

tion, on comprend qu'à un enfant qui sera généralement pauvre, l'on donne de quoi apprendre un métier. Mais si l'éducation est commencée, nous ne sommes plus dans les termes de la loi; l'esprit du code, à défaut de texte, demande, en ce cas, que le pupille puisse poursuivre ses études.

L'indemnité est-elle toujours due? L'article 369 dit que le tuteur officieux *pourra* être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci se trouverait de pourvoir à sa subsistance. Il résulte de là que les tribunaux peuvent ne pas accorder d'indemnité. C'est ce qu'ils feront si l'incapacité du pupille lui doit être imputée. Il va sans dire que le pupille ne pourra pas réclamer d'indemnité si c'est par son refus que l'adoption n'a pas lieu; car la loi ne lui accorde le droit d'en exiger que s'il a inutilement requis l'adoption.

SECTION II. — De la tutelle testamentaire.

242. Le tuteur officieux peut, après cinq ans révolus depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui conférer l'adoption par acte testamentaire (art. 366). C'est le but principal de la tutelle officieuse. Il va donc sans dire que le tuteur officieux peut seul faire une adoption par testament. On a soutenu que la reconnaissance d'un enfant naturel par son père équivaut à la tutelle officieuse, que par suite l'adoption testamentaire que ferait le père serait valable. C'est là une de ces opinions nouvelles qui tendent à faire un nouveau code civil. La cour de cassation l'a repoussée par le motif péremptoire que l'adoption est un acte solennel, et un acte solennel n'est valable que s'il est fait selon les conditions prescrites par la loi (1). Est-il nécessaire d'ajouter que la reconnaissance n'est pas une tutelle officieuse? La tutelle est un contrat qui exige un concours de consentement, tandis que la reconnaissance est un aveu de paternité. Il est vrai que cet aveu a des effets plus considérables que la

(1) Arrêt du 23 juin 1857 (Daloz, 1857, 1, 392).

tutelle; mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le législateur aurait pu permettre au père naturel d'adopter son enfant par testament, sans tutelle officieuse. C'est dire qu'il faudrait un changement dans la loi pour admettre cette adoption.

243. Quelles sont les conditions requises pour que le tuteur officieux puisse faire une adoption par testament? Il faut, dit l'article 366, que cinq ans soient révolus depuis la tutelle. Faut-il que ces cinq ans soient révolus au moment où le testament est dressé? Le texte paraît l'exiger, et la cour de cassation a jugé en ce sens (1). Mais est-il bien vrai que le texte soit aussi formel qu'on le dit? L'article 366 porte : « Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus depuis la tutelle, confère l'adoption au pupille par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur ne laisse pas d'enfants légitimes. » Le législateur prévoit le cas le plus ordinaire. Cinq ans se sont passés depuis que la tutelle officieuse existe. Le tuteur devient malade, il prévoit qu'il mourra; il peut alors adopter son pupille par testament, dit la loi. Est-ce à dire qu'il ne le puisse pas avant que les cinq ans soient révolus? La condition essentielle que la loi exige, c'est que pendant cinq ans le tuteur ait donné des soins à son pupille; c'est la garantie d'une affection réciproque. Eh bien, cette condition est remplie quand, lors du décès du tuteur, cinq ans se sont écoulés depuis la tutelle.

Vainement objecte-t-on que l'adoptant doit être capable au moment où il fait l'adoption, c'est-à-dire lorsqu'il écrit son testament. Ici est, à notre avis, l'erreur de l'opinion consacrée par la cour de cassation. Elle a confondu la *capacité* de l'adoptant avec les *conditions* requises pour la validité de l'adoption. Certes l'adoptant doit être capable au moment où il fait le testament. Mais en quoi consiste cette capacité? Il doit être tuteur officieux, sain d'esprit, capable, en un mot, de disposer par testament. Mais faut-il aussi que les conditions requises pour la validité de l'adop-

(1) Arrêt du 26 novembre 1856 (Daloz, 1856, 1, 388). Les auteurs sont partagés (voyez Daloz, au mot *Adoption*, n° 242).

tion soient remplies? Non, le texte même de l'article 366 le prouve. Le tuteur a des enfants au moment où il teste. L'adoption sera-t-elle nulle? Non, elle sera valable, dit la loi, s'il ne laisse point d'enfants légitimes à son décès. Il suffit donc que les conditions proprement dites de l'adoption soient remplies à ce moment. Cela est en harmonie avec la doctrine de la cour de cassation sur l'époque à laquelle doivent exister les conditions requises pour l'adoption entre-vifs; il faut qu'elles existent lors de l'homologation prononcée par le tribunal, il n'est pas nécessaire qu'elles soient accomplies lors de l'acte qui est reçu par le juge de paix; il suffit qu'à ce moment l'adoptant soit capable de consentir. Par identité de motifs, il faut décider que les conditions de l'adoption testamentaire doivent être remplies, non lors du testament, mais lors du décès du testateur. Cette interprétation est aussi fondée en raison. Si le tuteur, par affection pour le pupille, l'adopte par testament, fût-ce aussitôt après que le contrat de tutelle est passé, et s'il persévère dans cette volonté jusqu'à sa mort, pourquoi annulerait-on cette adoption? Le testament n'a d'effet qu'à la mort; le tuteur, après avoir testé, continue à prodiguer ses soins au pupille. Et l'on viendra annuler l'adoption parce que le tuteur n'est pas présumé avoir eu pour son pupille l'affection que la loi exige! Ce sont là des subtilités auxquelles les faits donnent un démenti.

244. L'adoption testamentaire devient-elle caduque si le tuteur survit à la majorité de son pupille? On enseigne généralement l'affirmative, et la cour de cassation a consacré cette opinion par le même arrêt que nous venons de combattre sur un autre point (1). On invoque de nouveau le texte et l'esprit de la loi. L'article 366 dit: « Si le tuteur officieux, dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable. » Résulte-t-il de là que l'adoption devient caduque quand le tuteur est encore en vie au moment où le pupille arrive à sa majorité? Le

(1) Il y a aussi une décision de la régie de l'enregistrement en ce sens, du 2 octobre 1848 (Daloz, 1849, 3, 47).

texte ne dit pas cela; les mots *dans la prévoyance de son décès* indiquent le motif pour lequel la loi admet l'adoption testamentaire, et le motif pour lequel le tuteur la fait; mais de ce que l'adoption par testament est permise en vue du décès, il ne suit pas que le décès soit une condition de validité de l'adoption. Une fois l'adoption faite valablement, elle doit produire ses effets, à moins que la loi ne la déclare caduque. Or, la loi ne prononce pas la caducité. On objecte que si le tuteur survit, l'adoption testamentaire n'a plus de raison d'être, puisque les parties intéressées peuvent faire l'adoption dans les formes ordinaires de l'adoption entre-vifs, comme la loi le dit dans l'article 368. L'objection est, en un certain sens, un argument en faveur de notre opinion. Si l'adoption devient caduque par la survie de l'adoptant, il faut décider que l'adoption devrait être refaite, si le tuteur officieux venait à mourir le jour où le pupille deviendrait majeur. Alors il serait impossible de remplir les formalités prescrites par la loi pour l'adoption entre-vifs, de sorte que l'adoption tomberait quoiqu'elle eût été faite légalement. Pour remédier à cet inconvénient, les auteurs ont imaginé de maintenir l'adoption testamentaire jusqu'à ce que les parties aient pu faire une adoption entre-vifs (1). Cela est inadmissible, car cela aboutit à faire la loi. Il faut donc décider que l'adoption testamentaire reste valable. C'est l'application du principe élémentaire que la loi doit sa sanction aux actes faits conformément aux prescriptions du législateur.

245. L'adoption testamentaire est valable, dit l'article 366, si le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes. C'est la condition de toute adoption. Ici il n'y a pas de doute sur l'époque à laquelle la condition doit être remplie. Le texte décide la question. Peu importe qu'il y ait ou non des enfants lors du testament; s'il y en a au décès du tuteur, l'adoption devient caduque, tandis qu'elle est valable si les enfants qui auraient existé lors du testament sont venus à précéder.

(1) Duranton, t. III, n° 242. Marcadé, t. II, p. 125, art. 366, n° 1. Demolombe, t. VI, n° 74. En sens contraire, Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 2, et Daloz, 1856, 1, p. 388, note 1.

246. Quant aux formes de l'adoption, l'article 366 se borne à dire qu'elle se fait par acte testamentaire. Elle peut donc se faire par toute espèce de testament, même par testament olographe. C'est une dérogation au système général du code civil. La filiation ne s'établit que par acte authentique. Il en est de même de la filiation fictive créée par l'adoption. La loi exige même un acte authentique pour la tutelle officieuse; logiquement, elle aurait dû exiger aussi un testament authentique.

La loi ne prescrit pas l'homologation de l'acte testamentaire par les tribunaux. Dans le silence de la loi, il faut décider que l'intervention des tribunaux n'est point requise. C'est une nouvelle dérogation au droit commun. Proudhon cherche à la justifier en disant qu'il n'y a pas lieu à vérifier si l'adoptant jouit d'une bonne réputation, puisque l'adoption n'a d'effet qu'à la mort du tuteur officieux. L'explication n'est pas satisfaisante. Dans la pensée des auteurs du code, le pouvoir judiciaire intervient à raison du changement d'état qui résulte de l'adoption, et ce motif s'applique évidemment à toute adoption. C'est une lacune, un oubli; mais appartient-il à l'interprète de combler la lacune en réparant l'oubli? Non, certes (1).

La loi ne prescrit pas non plus l'insertion de l'acte testamentaire sur les registres de l'état civil. Nouvel oubli. L'interprète ne peut pas exiger de conditions ni de formes que le législateur a négligé d'établir.

247. L'adoption testamentaire s'ouvre, comme toute disposition de dernière volonté, à la mort du testateur. A ce moment le pupille adopté sera encore mineur. La loi le suppose. Comme tel, il ne peut pas accepter l'adoption; en effet, dans le système du code, l'adopté doit être majeur pour consentir à l'adoption (art. 346), et la loi applique ce principe fondamental à l'adoption que le tuteur officieux voudrait faire au cas où il survit à la majorité du pupille (art. 368). De là une grave difficulté, si l'adoption se fait par testament. A la mort du tuteur, le pupille étant mineur,

(1) Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 209. En sens contraire, Demolombe, t. VI, p. 115, n° 126.

ne peut pas consentir. Qui consentira pour lui? En matière de legs ordinaires, il y a lieu à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, avec autorisation du conseil de famille. Ici le bénéfice d'inventaire n'a pas de sens; d'ailleurs l'acceptation bénéficiaire serait irrévocable, ce que l'on ne peut pas admettre. Ajournera-t-on l'acceptation jusqu'à la majorité? Impossible, car la succession de l'adoptant serait dévolue, en ce cas, à ses parents, et les droits de l'adopté sur cette succession seraient compromis, la loi ne prescrivant aucune garantie. Dira-t-on que l'acceptation faite au nom du pupille pourra être révoquée par lui? Il faudrait un texte pour le décider ainsi. Ou permettra-t-on au mineur d'agir en rescision pour cause de lésion? Cela encore est inadmissible. Il n'y a pas de lésion proprement dite, et l'acceptation étant régulière serait à l'abri de toute attaque. En définitive il y a une lacune dans la loi. Il ne reste qu'à appliquer les règles sur l'acceptation des dispositions testamentaires. Seulement le pupille devenu majeur devra être admis à répudier l'adoption (1).

CHAPITRE III.

EFFETS DE L'ADOPTION.

§ 1^{er}. *Effets quant aux personnes.*

248. On pose d'ordinaire comme principe que l'adoption crée une paternité et une filiation fictive, ou purement civile. Le code ne le dit point; quand il parle des parties intéressées, il se sert toujours des expressions d'*adoptant* et d'*adopté*; il n'y a qu'un seul article (348) où l'on trouve le mot *enfants adoptifs*; c'est un vestige des projets primi-

(1) Voyez en sens divers sur cette question : Proudhon, t. II, p. 208 et la note de Valette; Demante, t. II, p. 170, n° 105 bis III; Marcadé, t. II, p. 126, art. 366, n° II; Demolombe, t. VI, p. 83, n° 80.

BIBLIOTECA ALFONCINA

V. S. N. 21