

sons pour lesquelles le législateur n'a pas cru devoir accorder une hypothèque légale à l'enfant pendant le mariage. « L'enfant a pour protecteurs non-seulement le père, dans sa vigilance, ses soins et son expérience, mais encore la mère, dans sa tendresse attentive et prévoyante. Tandis que, après la dissolution du mariage par la mort de la mère, l'enfant perd un protecteur et une partie de ses garanties pour la conservation de ses droits. Cette différence de position pour les enfants a dû déterminer une différence dans la précaution que le législateur prend pour sauvegarder leurs intérêts pécuniaires (1). » En Belgique, la loi hypothécaire a tranché implicitement la question en ce sens, comme nous le dirons au titre des *Hypothèques*.

Ce que le législateur n'a pas fait, les parties intéressées peuvent-elles le faire? Il y a un cas qui ne présente aucun doute. Un legs est fait au mineur. Le débiteur peut-il exiger que le père administrateur consente une hypothèque sur ses biens pour la garantie du légataire ou de l'héritier? Il est évident que non. Le débiteur du legs n'a pas besoin de garanties, il paye valablement entre les mains du père administrateur. Quant à l'enfant, il n'a pas droit à une garantie hypothécaire. La cour de Toulouse l'a décidé ainsi dans une espèce où le père avait consenti à ce qu'une inscription fût prise sur ses biens; elle ordonna la radiation de l'inscription. Il ne peut pas y avoir d'inscription sans hypothèque; or, l'enfant n'a pas d'hypothèque légale; l'inscription avait donc été prise sans cause (2). Il y a plus, nous croyons que le père ne pourrait pas même se soumettre à l'hypothèque, parce que ce serait déroger à la puissance paternelle. C'est par des motifs d'ordre public que le législateur a exempté le père de l'hypothèque légale; dès lors les conventions particulières qui établiraient une hypothèque sont frappées de nullité.

La question est plus douteuse quand le testateur lui-même, en faisant un legs au mineur, exige que le père administrateur donne une garantie hypothécaire. Il a été

(1) Riom, 30 août 1852 (Dalloz, 1854, 2, 227).

(2) Toulouse, 25 février 1845 (Dalloz, 1845, 4, 438).

jugé par la cour de cassation que cette clause ne violait aucune loi (1). Si l'on admet que le testateur peut priver le père de l'administration, alors il est évident qu'à plus forte raison il peut lui imposer des garanties. Dans notre opinion, la question doit être décidée dans un sens différent. Si l'administration légale est d'ordre public, et si c'est par des motifs d'ordre public que la loi ne frappe pas les biens du père d'une hypothèque légale, il faut conclure que le testateur ne peut établir une garantie hypothécaire. Il y a une raison péremptoire en faveur de cette décision. D'où l'enfant tient-il les biens que son père administre pendant le mariage? Ce sont des dons et des legs. Si le donateur et le testateur pouvaient forcer le père à donner hypothèque, que deviendrait la disposition de la loi qui l'affranchit de l'hypothèque légale? Le législateur trouve une garantie suffisante pour l'enfant dans l'affection de ses père et mère. Et le donateur ou le testateur dirait : Cette affection ne m'inspire aucune confiance, je veux une sûreté réelle. Cela est inadmissible dans le système du code. Nous n'entendons pas justifier la loi, nous l'interprétons.

310. On demande s'il y a lieu de nommer un subrogé tuteur? On ne devrait pas le demander. Peut-il être question d'une subrogée tutelle là où il n'y a pas de tutelle? Le Tribunal, qui a proposé l'article 389, n'a-t-il pas dit en toutes lettres qu'il n'y aurait pas de subrogé tuteur? Il se peut cependant qu'il y ait un conflit d'intérêts entre le père et l'enfant. Dans ce cas, il faut que celui-ci ait un représentant pour le défendre. Les auteurs s'accordent à dire qu'il lui sera nommé un tuteur *ad hoc*. Nous en trouvons un exemple dans le code civil. Quand le mari intente une action en désaveu contre l'enfant, l'article 318 veut qu'il soit donné un tuteur *ad hoc* à l'enfant. Dans l'opinion commune, ce tuteur est nommé par le conseil de famille. A notre avis, c'est le tribunal qui doit le nommer (2).

(1) Arrêt du 30 avril 1833 (Dalloz, au mot *Dispositions entre-vifs*, n° 189).

(2) Demolombe, t. VI, p. 317 et suiv., nos 421, 422. Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 569, n° 453.

N° 3. DES ACTES D'ADMINISTRATION.

311. Il va sans dire que le père peut faire tous les actes d'administration que le tuteur peut faire seul. Dans la théorie du code, les baux sont des actes d'administration quand ils ne dépassent pas la durée ordinaire de neuf ans (art. 1429, 1430, 1718). Lorsqu'ils dépassent neuf ans, ils sont considérés comme des actes de disposition. De là suit que le père administrateur est soumis, en cette matière, aux restrictions qui sont imposées au tuteur, non par motif d'analogie, mais par application d'un principe général.

L'article 452 oblige le tuteur de vendre les meubles du mineur, à l'exception de ceux que le conseil de famille l'autorise à conserver en nature. On s'accorde à dire que cette disposition n'est pas applicable au père. Cela est évident, d'après le principe que nous avons posé, en nous appuyant sur l'autorité du Tribunat (n° 302). En faut-il conclure que le père a plein pouvoir de vendre comme il le veut? Les auteurs l'enseignent. Mais nous cherchons vainement le principe juridique qui permet au père simple administrateur d'aliéner. Serait-ce parce que la vente des meubles est un acte d'administration? M. Demolombe répond qu'il ne voudrait pas admettre cette proposition avec une telle généralité. Nous l'avons combattue formellement, en nous appuyant sur les textes du code. Notre question revient. Aliéner est un acte de disposition. Or, le père n'est que simple administrateur. De quel droit aliénerait-il? « La loi, dit-on, *paraît* s'en remettre à la sagesse et à l'affection du père, du soin de faire la vente selon ce qu'il croira le mieux, et, par conséquent, d'éviter les frais de justice, s'il le croit utile pour ses enfants (1). » Ce n'est pas là le langage du jurisconsulte : il ne décide pas les questions en se fondant sur ce que la loi *paraît* dire, mais sur ce qu'elle dit; et quand elle ne dit pas que l'administra-

(1) Demolombe, t. VI, p. 330, n° 437, et le tome II de mes *Principes*, p. 235, n° 279.

teur peut aliéner, elle lui dénie ce droit, puisqu'il est contraire à tout principe que le non-proprétaire puisse faire acte de propriété. Où est d'ailleurs la loi qui *paraît* donner ce pouvoir discrétionnaire au père? Nous n'avons qu'un seul article sur l'administration légale; et tout ce que dit l'article 389, c'est que le père est *administrateur*. Cela veut-il dire qu'il a un pouvoir illimité de disposer du mobilier?

312. Il y a des actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Le père administrateur peut-il les faire seul? Cette question est controversée. Nous écartons d'abord l'opinion qui assimile l'administration légale à la tutelle (1). Il n'y a pas de conseil de famille qui contrôle le père administrateur, pas plus qu'il n'y a un subrogé tuteur. On ne peut pas dire non plus qu'il faut procéder par voie d'analogie; car les dispositions de la loi concernant la tutelle sont spéciales à la tutelle; nous en avons déjà fait la remarque (n° 302). Faut-il conclure de là, avec d'autres auteurs, que le père peut faire seul tous les actes pour lesquels le tuteur doit demander l'autorisation du conseil de famille (2)? Cela nous paraît trop absolu. Il faut considérer la nature des divers actes; si ce ne sont pas des actes de disposition, le père peut les faire seul. C'est l'application de notre principe (nos 302-305); mais si l'acte implique une aliénation, le père ne le peut pas faire, parce qu'il n'a qu'un pouvoir d'administration.

Il n'y a pas de doute pour l'acceptation des donations (art. 463); le code lui-même autorise le père à accepter les donations faites à l'enfant (art. 935). Le père peut aussi accepter les successions échues au mineur; il n'aliène pas, il acquiert, et l'acceptation devant se faire sous bénéfice d'inventaire, il n'en résulte aucun danger pour l'enfant (art. 461 et 776). En est-il de même de la répudiation? Non, car renoncer c'est aliéner, puisque le droit à l'héritage est acquis à l'enfant, de plein droit, dès la mort du défunt. Vainement dirait-on que la loi met une différence

(1) C'est l'opinion de Demolombe, t. VI, p. 334, n° 446.

(2) Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. I^{er}, p. 406, note 12. Marcadé, t. II, p. 155, n° 4.

entre la renonciation et l'aliénation, puisque le tuteur peut renoncer avec l'autorisation du conseil de famille, tandis que pour aliéner il lui faut l'homologation du tribunal. Nous répondons que ces distinctions, spéciales à la tutelle, ne peuvent être étendues par voie d'analogie. Il faut donc appliquer à la renonciation le principe que nous allons poser sur les actes de disposition.

Le père peut répondre à une demande en partage dirigée contre l'enfant, puisque le tuteur lui-même le peut (art. 465). Il peut provoquer un partage sans l'autorisation du conseil de famille, car partager n'est pas aliéner; c'est donc un acte d'administration, au point de vue des principes qui régissent l'administration légale (1).

Restent les actions immobilières et l'acquiescement. La question étant douteuse, nous la traiterons à part.

N° 4. DES ACTES DE DISPOSITION.

313. Le tuteur ne peut aliéner directement ni indirectement les biens du mineur qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal, et l'autorisation ne doit être accordée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident (art. 457). On demande si le père administrateur est assujéti aux mêmes formalités. Comme nous écartons l'assimilation entre la tutelle et l'administration légale, et même l'argumentation par analogie, il faut décider que le père ne doit pas être autorisé par le conseil de famille; il n'y a pas de conseil pour le père administrateur. Dès lors il ne peut pas être question d'homologation proprement dite. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de M. Demolombe. On peut citer à l'appui, outre les considérations que nous avons fait valoir, ce qui s'est passé lors de la discussion. L'article 389, d'après le

(1) Bruxelles, 9 mars 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 128). La cour de cassation de France a décidé que le père administrateur n'est pas soumis, en principe, à l'intervention et au contrôle d'un conseil de famille. Cela résulte à l'évidence, dit l'arrêt, des circonstances et des déclarations qui ont accompagné l'introduction dans le code de l'article 389 (arrêt du 3 juin 1867, Dalloz, 1868, 1, 27).

projet, se terminait ainsi : « Tout ce qui intéresse la propriété des biens sera réglé par la section VIII, » c'est-à-dire par les dispositions qui imposent au tuteur l'obligation de demander l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Cette partie finale de l'article 389 a été supprimée. C'est la confirmation de la théorie du code civil en cette matière. Il faut laisser de côté les principes de la tutelle, ils ne reçoivent pas d'application à l'administration du père (1).

Ce n'est pas à dire que le père puisse faire, comme administrateur, des actes de disposition. Cela est impossible. En faut-il conclure que les biens de l'enfant ne peuvent pas être aliénés pendant toute la durée de l'administration légale? Telle serait, d'après la rigueur des principes, la conséquence du silence de la loi. Le père ne peut pas aliéner, et l'enfant n'a d'autre représentant que le père. Il en résulterait que les biens de l'enfant seraient placés hors du commerce; ce qui est contraire à l'intérêt général tout ensemble et à l'intérêt des propriétaires. S'il y a nécessité absolue ou avantage évident pour l'enfant à ce que ses biens soient vendus ou hypothéqués, pourquoi le père ne pourrait-il pas le faire, alors que la loi le permet au tuteur? Il y a ici un argument par analogie, en ce sens que l'intérêt de l'enfant sous puissance paternelle est le même que l'intérêt de l'enfant sous tutelle. Il y a même un argument *a fortiori* pour le père. Il a, en général, des pouvoirs plus étendus que le tuteur. Si l'aliénation est permise au tuteur, elle doit l'être au père. Il n'y a qu'une difficulté, et, au point de vue des principes, elle est grande. La loi donne des garanties au mineur sous tutelle : l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Elle n'en établit pas en faveur de l'enfant qui est sous puissance paternelle. Il lui en faut cependant. Quelles seront ces garanties?

314. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre que le juge peut autoriser le père à aliéner, à

(1) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 82.

hypotéquer, à emprunter. Il y a un motif de douter. Les tribunaux peuvent-ils, en l'absence d'un texte, autoriser un administrateur à aliéner? Nous ne le croyons pas. Le propriétaire seul peut aliéner. Quand il est incapable, c'est à la loi à déterminer par qui, sous quelles conditions, avec quelles garanties l'aliénation se fera. Nous ne voyons pas à quel titre le juge interviendrait. C'est la nécessité, c'est à-dire l'intérêt de l'enfant qui a conduit les interprètes à régler ce que le législateur aurait dû décider. Il est donc admis que le père peut faire tous actes de disposition avec l'autorisation du juge. Nous disons l'autorisation, et non l'homologation; car il ne peut pas être question de l'intervention du conseil de famille; donc il n'y a rien à homologuer. Si le père fait un acte de disposition sans l'autorisation de justice, l'acte est nul. C'est la conséquence forcée du principe. Elle augmente notre doute. Peut-il y avoir nullité sans la volonté du législateur; nullité pour inobservation d'une formalité qu'il ne prescrit pas? On voit clairement ici que les interprètes font la loi.

La cour de cassation a fait une application remarquable du principe généralement admis. Un père administrateur légal achète des immeubles au nom de ses enfants, mais au lieu de payer comptant avec les deniers qu'il avait en main, il stipule des termes de paiement. La cour de la Martinique décida que la convention était un véritable emprunt, dissimulé sous la forme d'une acquisition à titre d'emploi; or, le père simple administrateur ne peut emprunter, il ne le peut du moins qu'avec l'autorisation de justice. Sur le pourvoi en cassation, l'arrêt fut confirmé (1). La décision est très-logique dès que l'on admet le principe.

La transaction est soumise à des formalités spéciales quand il s'agit d'un mineur en tutelle. Il faut, outre l'autorisation du conseil de famille, l'avis de trois jurisconsultes, puis l'homologation du tribunal (art. 467). Il a été jugé que le père doit observer toutes ces formalités (2). C'est

(1) Arrêt du 2 mai 1865 (Daloz, 1865, 1, 365).

(2) Jugement du tribunal de Marseille du 12 décembre 1864 (Daloz, 1867, 5 347).

dépasser le principe consacré par la jurisprudence. Si le code exige l'avis de trois jurisconsultes, c'est qu'il se peut que dans le conseil de famille il n'y ait aucun membre qui soit initié à la science du droit; c'est un complément de l'autorisation du conseil de famille; or, cette autorisation n'est jamais exigée pour le père administrateur. Il faut donc décider que pour la transaction, aussi bien que pour tout acte de disposition, l'intervention du tribunal suffit.

315. Le père a-t-il le droit de représenter son enfant en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur? Si l'on part du principe que le père n'a qu'un pouvoir d'administration, la question sera de savoir si le droit d'intenter une action ou d'y répondre est un acte d'administration ou un acte de disposition. Le code civil a là-dessus une théorie spéciale. Il distingue. Généralement il donne aux administrateurs le droit de former des actions mobilières. L'article 464 reconnaît implicitement ce droit au tuteur; le mineur émancipé, celui dont le pouvoir d'administration est le plus restreint, a le même droit (art. 482); l'article 1428 le donne formellement au mari qui administre les biens de sa femme. Il est donc hors de doute que le père peut exercer seul toutes les actions mobilières de l'enfant. Quant aux actions immobilières, le code les refuse au tuteur, au mineur émancipé, et implicitement au mari. Il faut donc dire que le droit d'intenter les actions immobilières est considéré par la loi comme dépassant le pouvoir d'administration. Cela décide la question, nous semble-t-il. Toutefois la doctrine et la jurisprudence sont contraires.

Le seul argument que l'on trouve dans les auteurs et dans les arrêts, c'est que l'administration légale n'est pas une tutelle, que par conséquent le père n'est pas soumis aux formalités et aux restrictions que le code impose au tuteur. Aux termes de l'article 464, le tuteur ne peut introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille. Or, pendant le mariage, il n'y a pas de conseil de famille; donc il n'y a pas lieu pour le père de demander une autori-

sation pour plaider (1). Nous avons d'avance répondu à cette argumentation. De ce que l'administration légale n'est pas une tutelle, il faut conclure que les dispositions du titre X ne sont pas applicables au père; il faut donc en faire abstraction et régler les pouvoirs du père d'après les principes généraux qui régissent les droits de l'administrateur. C'est mal raisonner que de dire : le tuteur ne peut faire tel acte qu'avec l'autorisation du conseil de famille; donc le père peut le faire seul. Il faut voir la nature de l'acte : est-ce un acte d'administration, le père aura qualité de le faire : est-ce un acte de disposition, le père ne pourra pas le faire. Or, dans la théorie du code, les actions immobilières ne sont accordées à aucun administrateur; il faut par conséquent les refuser au père. C'est avec raison que la loi considère les actions immobilières comme dépassant le pouvoir d'un administrateur. En effet, celui qui intente une action mal fondée est condamné aux frais, et ces frais peuvent être énormes. L'administrateur, plaidant aux frais de celui dont il gère les intérêts, pourrait être tenté de plaider à la légère; il est donc bon qu'il y ait un contrôle. On peut même assimiler les actions judiciaires à des actes de disposition; car le demandeur qui succombe dispose indirectement de la chose qui fait l'objet du litige.

L'article 464 met l'acquiescement sur la même ligne que l'action. Si l'on reconnaît au père administrateur le droit d'agir, on lui reconnaît par cela même le droit d'acquiescer sans autorisation du conseil de famille (2). Dans notre opinion, il faudrait, pour acquiescer comme pour agir, une autorisation de justice.

316. Du principe que le père ne peut faire un acte de disposition, suit qu'il ne peut donner les biens de l'enfant. L'administrateur n'a jamais ce pouvoir, il ne peut faire que des actes utiles à celui dont il gère le patrimoine. Il y a un acte qui en général est très-avantageux, c'est l'ar-

(1) Bourges, 11 février 1863 (Daloz, 1864, 5, 305) et Besançon, 29 novembre 1864 (Daloz, 1864, 2, 195).

(2) Arrêt de Pau du 15 juillet 1865, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 3 juin 1867 (Daloz, 1868, 1, 27).

bitrage. Il est cependant de principe que le tuteur ne peut pas compromettre, parce que le mineur n'a pas devant les arbitres la garantie de l'intervention du ministère public (C. de proc., art. 1004 et 83, n° 6). Les textes du code de procédure sur lesquels ce principe est fondé s'appliquent à l'enfant sous puissance paternelle aussi bien qu'à l'enfant qui est sous tutelle.

Il y a un acte qui est interdit au tuteur, bien que ce soit un acte d'administration : il ne peut acheter les biens du mineur, ni accepter la cession d'une créance contre son pupille (art. 450). On demande si cette prohibition s'applique au père administrateur. Toute prohibition est de droit étroit. Donc on ne peut étendre au père administrateur ce que la loi dit du tuteur. On objecte que l'article 1596 reproduit la défense; mais cette disposition aussi est de stricte interprétation, et elle ne parle pas du père administrateur. Cela nous paraît décisif (1).

§ III. Obligations du père administrateur.

317. Le père est comptable, dit l'article 389. Il faut ajouter qu'il est responsable. C'est le droit commun. Sous ce rapport, il y a analogie complète entre le père administrateur et le tuteur; car la responsabilité n'est que l'application du principe général posé par l'article 1137. Le père comme le tuteur doit administrer en bon père de famille. Il est dispensé de toutes les garanties que la loi exige du tuteur. Raison de plus pour qu'il gère les intérêts de l'enfant avec toute la sollicitude que le législateur attend de son affection.

Le père rend compte de la propriété et des revenus des biens dont il n'a pas la jouissance, et de la propriété seulement quant aux biens dont il a l'usufruit. A quelle époque ce compte doit-il être rendu? A l'époque où l'administration légale finit, c'est-à-dire à la majorité ou à l'émanci-

(1) Aubry, dans la *Revue du droit français*, 1844, p. 681. En sens contraire, Daloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 83.