

aussi que si le survivant n'est pas tuteur, il conserve néanmoins la puissance paternelle, en ce qui concerne l'éducation de l'enfant, l'administration des biens passant au tuteur (nos 263-266). Pour le moment, nous considérons la tutelle comme un pouvoir distinct, en faisant abstraction de la puissance paternelle.

Nous disons que la tutelle s'ouvre au décès de l'un des père et mère. La doctrine admet diverses exceptions à ce principe. D'abord on enseigne que les enfants naturels sont nécessairement en tutelle dès l'instant de leur naissance (1); nous reviendrons sur ce point, qui est très-douteux, à notre avis (n° 413). On prétend aussi qu'il y a lieu à tutelle, quand l'un des père et mère est absent, dans le sens légal du mot; au titre de l'*Absence*, nous avons examiné la question (2). On enseigne encore que le divorce donne ouverture à la tutelle. La loi ne dit pas cela; elle se borne à dire à qui les enfants seront confiés quand le divorce est prononcé pour cause déterminée, et elle ajoute que les père et mère conservent le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants; ce qui implique que la puissance paternelle subsiste, sauf les modifications que la loi autorise les tribunaux à y apporter pour le plus grand avantage des enfants, comme le dit l'article 302. Il ne peut donc être question de nommer un subrogé tuteur, ainsi que le veut Toullier, suivi par Marcadé (3), ni de conseil de famille, ni d'hypothèque légale. Il est très-vrai que, s'il y avait tutelle, il y aurait aussi hypothèque légale; mais peut-il y avoir une hypothèque légale sans loi? Et où est la loi qui établit une tutelle en cas de divorce? Sans doute le législateur aurait pu, il aurait peut-être dû organiser une protection spéciale pour les enfants, quand ils ne trouvent plus dans leurs parents divorcés l'appui et la protection qu'ils avaient pendant leur mariage; mais il ne l'a pas fait, et il n'appartient certes pas à l'interprète de créer des tutelles et des hypothèques. Il faut donc s'en tenir aux

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I^{er}, p. 360.

(2) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 183, n° 145.

(3) Toullier, t. II, nos 1093-1095, p. 199. Marcadé, t. II, p. 186, art. 300, n° I.

articles 302 et 303, et se contenter du pouvoir discrétionnaire que la loi accorde au juge.

Enfin, l'on enseigne qu'il y a lieu à une tutelle provisoire lorsque les père et mère sont dans l'impossibilité physique, morale et légale d'exercer la puissance paternelle. M. Demolombe a raison de dire que cela n'est pas admissible. Sans doute des mesures doivent être prises dans l'intérêt des enfants mineurs; les tribunaux interviendront, au besoin, pour confier provisoirement la garde des enfants à un parent ou à un ami, ainsi que la gestion de leurs biens; mais ils n'ont pas le droit de transformer cette administration en tutelle; la tutelle a des effets légaux qui ne peuvent pas exister sans loi (1).

§ II. De la tutelle.

N° I. DÉFINITION.

364. On définit la tutelle, une charge civile déferée à une personne par la loi ou en vertu de ses dispositions, pour administrer gratuitement la personne et les biens d'un mineur (2). Les mineurs étant incapables de se conduire et d'administrer leurs biens, la loi leur donne des tuteurs qui sont chargés de les élever et de gérer leurs intérêts. Le nom de tuteur indique la mission que la loi leur confie : il vient d'un mot latin qui signifie défendre, protéger. Le tuteur est le protecteur, le défenseur légal du mineur. Notre code dit qu'il prend soin de la personne du mineur et qu'il le représente dans tous les actes civils.

Il y a donc une grande analogie entre la tutelle et la puissance paternelle : l'objet est le même, l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens; mais les moyens diffèrent, en ce sens que le législateur donne aux père et mère un pouvoir plus étendu que celui dont jouissent les tuteurs. Le code dit que le tuteur prend soin de la per-

(1) Demolombe, t. VI, n° 451 et t. VII, n° 27. En sens contraire, Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 366 et note 4, et Magnin, t. I^{er}, n° 492.

(2) Duranton, t. III, p. 403, n° 410.

sonne du mineur; il ne dit pas qu'il exerce une puissance, tandis que la loi qualifie d'*autorité* les droits dont elle investit le père et la mère. Ce n'est pas seulement une différence de mots. Le père a une autorité illimitée en ce qui concerne l'éducation de l'enfant; il n'y a d'exception que lorsque l'enfant a des biens personnels; le père doit l'élever, dans ce cas, suivant sa fortune. Or, l'enfant sous tutelle a régulièrement des biens, puisqu'il est héritier de son père ou de sa mère prédécédés. Le tuteur doit gérer ces biens dans le plus grand intérêt de l'enfant: de là l'obligation qui lui est imposée de prendre l'avis du conseil de famille sur les dépenses qu'il pourra faire pour l'éducation de son pupille (art. 454). Tant que l'enfant a ses père et mère, la loi compte sur leur affection pour modérer l'exercice de la puissance paternelle; elle ne craint pas de leur donner le droit de détention, même par voie d'autorité. Au tuteur elle permet seulement de porter ses plaintes devant le conseil de famille; il ne peut provoquer la reclusion du mineur que s'il y est autorisé par ce conseil (art. 468). Le père a des droits qui n'appartiennent jamais au tuteur, le droit de consentir au mariage, au divorce, à l'adoption, le droit d'émancipation.

Pour l'administration des biens, les différences sont tout aussi grandes; nous les avons déjà signalées. On peut dire du père comme du tuteur qu'il représente l'enfant mineur dans tous les actes civils; mais ses pouvoirs sont plus étendus; il n'est pas surveillé par un subrogé tuteur, il n'est pas soumis au contrôle d'un conseil de famille. L'enfant n'a pas contre son père les garanties que la loi donne au mineur contre son tuteur. Nous en avons dit la raison (nos 317-319).

365. La tutelle du droit français diffère considérablement de la tutelle romaine. En droit romain, le pupille, sorti d'enfance, gérait lui-même ses affaires, le tuteur se bornait à l'assister. Tandis que, d'après le code Napoléon, le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils; il est donc son mandataire légal (art. 450). Notre législation est plus en harmonie avec la réalité des choses. Pourquoi le mineur a-t-il un tuteur? Parce qu'il est incapable.

S'il est incapable, à quoi bon le faire figurer dans les actes qui l'intéressent? C'est une pure fiction, et le droit français n'aime point les fictions. On n'y doit recourir que lorsqu'il y a nécessité. Par contre, il y a des actes juridiques dans lesquels le mineur français figure en personne comme partie principale, parce que la nature de ces actes exige une intervention personnelle, de sorte qu'il y aurait une fiction à le représenter par son tuteur. Le mineur qui se marie se présente en personne devant l'officier de l'état civil pour y prendre les engagements solennels qu'il serait ridicule de souscrire par procureur; et comme le contrat de mariage est l'accessoire du mariage célébré par l'officier de l'état civil, c'est encore le mineur qui y parle en personne. Le mineur peut tester à l'âge de seize ans dans de certaines limites; par sa nature, le testament exclut toute volonté étrangère; d'ailleurs, reconnu capable de disposer de ses biens, il n'y a plus de motif pour exiger qu'il soit représenté par son tuteur. Le mineur peut aussi souscrire un contrat d'apprentissage, avec le concours et l'appui des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve (loi du 22 germinal an XI, art. 9); comme il engage sa liberté pour plusieurs années, c'est naturellement lui qui y doit parler. Il en serait de même, et pour la même raison, si le mineur contractait un engagement au théâtre. Dès que la personne et la liberté sont en cause, on ne conçoit plus que le mineur soit lié par une volonté étrangère (1).

366. Nous avons défini la tutelle une charge *civile*. D'ordinaire on dit que c'est une institution de droit public, parce qu'elle intéresse la société tout entière, en ce sens qu'elle a pour objet l'état des personnes, le gouvernement des familles et la conservation de leur patrimoine (2). C'est une idée traditionnelle. Pothier dit aussi que la tutelle est une charge publique. Il base ce principe, non sur l'objet de la tutelle, mais sur le mode de son établissement; dans l'ancien droit, toute tutelle était dative, au

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. I^{er}, p. 554. Ducaurroy, *Commentaire*, t. I^{er}, n^o 648, p. 463. En sens contraire, pour ce qui concerne le contrat d'apprentissage, Demolombe, t. VII, p. 561, n^o 798.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 13, n^o 30.

moins dans les pays de droit coutumier, et conférée par les tribunaux, donc par l'autorité publique. Ce motif n'existe plus sous le code Napoléon : c'est la loi qui défère la tutelle, ou c'est le dernier mourant des père et mère, ou c'est un conseil de famille. Et quand même les tribunaux interviendraient, il n'en résulterait pas que la tutelle est de droit public. Les dispositions mêmes du code prouvent le contraire. Le tuteur peut s'excuser de la tutelle quand il remplit une des fonctions publiques déterminées par la loi. Quel est le fondement de cette excuse? L'orateur du Tribunal, après avoir dit que la tutelle est une charge publique, ajoute qu'elle est déferée au nom d'un intérêt particulier; il en conclut que le service de l'Etat doit l'emporter sur les obligations du tuteur (1). N'est-ce pas avouer que le tuteur exerce une mission d'intérêt privé? Gérer des biens et prendre soin de la personne d'un enfant, ne sont certes pas des fonctions publiques. Il faut donc laisser là la doctrine traditionnelle, qui n'a plus de raison d'être dans notre droit moderne.

Pothier en dérivait cette conséquence que les étrangers sont incapables d'être tuteurs ainsi que les femmes (2). Voilà une nouvelle raison pour abandonner la tradition. Les ascendantes peuvent être nommées tutrices, bien que les femmes ne puissent pas exercer de fonction publique. Toutefois il a été jugé que les étrangers ne peuvent pas être tuteurs. Nous avons combattu cette doctrine dans le premier volume de nos *Principes* (3), et nous persistons dans notre opinion (4). Tout ce que l'on peut dire, c'est que la tutelle est une charge publique, en ce sens que ceux qui sont appelés à la remplir ne peuvent la refuser. La raison en est que la loi l'impose; le code lui-même le dit. D'après l'article 1370, il y a des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi; le code donne comme exemple ceux des tuteurs et autres administrateurs qui ne

(1) Leroy, Discours, n° 12 (Loché, t. III, p. 429).

(2) Pothier, *Traité des personnes*, n° 153.

(3) Voyez mes *Principes*, t. 1^{er}, p. 560, n° 445.

(4) Voyez, en ce sens, deux arrêts de Liège du 5 avril 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 97) et du 22 juin 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 167).

peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. Il faut ajouter que la tutelle, ayant pour objet de veiller à la personne et aux intérêts de personnes incapables, est par cela même d'ordre public. D'où suit qu'il ne peut être dérogé par des conventions particulières aux dispositions du code qui règlent les devoirs des tuteurs, le mode de leur administration et leur destitution. De pareilles conventions seraient nulles. Nous verrons plus loin des applications de ce principe. Il en faut aussi conclure que l'action des tribunaux, en cette matière, est limitée par les textes du code. C'est la loi qui organise la tutelle; les juges ont pour mission d'appliquer la loi, ils ne peuvent pas la modifier.

La question est cependant très-controversée; les cours se décident le plus souvent d'après les circonstances de la cause, et dans la doctrine aussi, il y a beaucoup d'incertitude. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que la tutelle ne tient à l'ordre public qu'en ce qui concerne l'intérêt du mineur; d'où elle conclut que le conseil de famille peut restreindre les pouvoirs du tuteur pour sauvegarder cet intérêt (1). Sans doute, c'est à raison des mineurs que la tutelle est d'ordre public; elle est organisée pour protéger des incapables, et tout ce qui concerne les incapables est d'ordre public. Mais comment la loi pourvoit-elle aux intérêts des mineurs? Donne-t-elle par hasard un plein pouvoir, soit au tuteur, soit au conseil de famille, soit aux tribunaux? Non, elle définit avec soin les pouvoirs du tuteur. S'agit-il d'actes d'administration, elle lui laisse une grande latitude, elle ne limite son action ni par l'intervention du subrogé tuteur, ni par celle du conseil de famille; bien moins encore donne-t-elle aux juges la mission de contrôler sa gestion, comme le dit la cour de Limoges (2). Quand les actes dépassent les bornes d'une simple administration, le code oblige le tuteur de demander l'autorisation du conseil de famille; dans ce cas, le tribunal n'a pas le droit d'homologuer, il intervient seulement quand

(1) Arrêt de la cour de cassation du 20 juillet 1842 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 403, 1^o).

(2) Limoges, 28 février 1846 (Daloz, 1846, 2, 153).