

il y a un recours contre les délibérations du conseil de famille. Enfin viennent les actes les plus importants de la tutelle pour lesquels la loi exige l'homologation du tribunal. Tout est donc défini par la loi, elle n'abandonne rien au pouvoir discrétionnaire du conseil de famille ni de la justice. Si l'on admettait, avec la cour de cassation, que le conseil de famille peut restreindre les pouvoirs du tuteur, il faudrait admettre aussi qu'il peut les augmenter quand l'intérêt du mineur l'exige. Ce serait abolir la moitié du titre de la tutelle. Nous concluons avec la cour de Toulouse que, hors les cas où le code exige l'intervention du conseil de famille, il ne peut pas intervenir pour imposer des conditions ou des restrictions à l'action du tuteur (1).

NO 2. NOTIONS GÉNÉRALES.

**367.** La tutelle est déferée par la loi ou en vertu de ses dispositions. Elle s'ouvre par la mort de l'un des père et mère ; la loi la défère au survivant. Si le survivant, tuteur légal, vient à mourir pendant la minorité des enfants, il peut leur choisir un tuteur. Quand il n'a pas fait usage de cette faculté, la tutelle passe, en vertu de la loi, aux ascendants. A défaut d'ascendants, c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur. Quel est le principe que la loi suit dans la délation de la tutelle et dans l'ordre qu'elle établit pour les diverses espèces de tutelle ? L'ordre de la société, répond Domat, ne souffre pas que les orphelins soient abandonnés ; ce devoir regarde donc naturellement ceux qui leur sont proches, tant à cause que la proximité les y engage plus étroitement que parce que le soin des biens des mineurs regarde ceux que la loi appelle à leur succéder (2). Il y a du vrai dans cette considération, mais elle n'est que secondaire. Ce qui le prouve, c'est que le plus proche parent n'est pas nécessairement tuteur. Quand le

(1) Toulouse, 2 juillet 1821 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 402, 2°).

(2) Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. II, tit. II, *Des tuteurs*, p. 171. Comparez Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 330.

survivant des père et mère refuse la tutelle ou s'excuse, elle ne passe pas au parent le plus proche ; c'est le conseil de famille qui a mission de choisir le plus capable. Les ascendants sont appelés par la loi, bien qu'il y ait des frères et sœurs, héritiers présomptifs, et d'un autre côté, la loi préfère le tuteur nommé par le dernier mourant des père et mère aux ascendants, bien qu'il soit un étranger.

Puisque la tutelle est organisée dans l'intérêt des mineurs, c'est cet intérêt qui a dû guider le législateur. Il faut à l'orphelin un protecteur qui prenne la place de celui que la nature lui avait donné et que la mort lui enlève. Il s'agit de choisir le plus digne. La tutelle est une charge très-lourde ; l'éducation des enfants demande une sollicitude extrême et une vive affection ; les enfants ont besoin d'amour, comme ils ont besoin d'air et de soleil pour vivre. Chez qui trouveront-ils ces soins affectueux, cette indulgence qui ne se rebute jamais, et qui seule légitime la sévérité parfois nécessaire ? Chez les parents. Le survivant des père et mère est désigné par la nature même. Pourquoi, à sa mort, la tutelle ne passe-t-elle pas de droit aux parents les plus proches ? C'est que le père ou la mère est le meilleur juge : c'est à lui à désigner l'ami ou le parent qui tiendra lieu de père à ceux qui vont devenir orphelins. Si le père n'use pas de cette faculté, c'est que sans doute il y a un ascendant que son affection appelle à cette charge. On a critiqué le code ; on a dit que mieux eût valu laisser le choix au conseil de famille, les ascendants pouvant être incapables, à raison de leur âge ou de leurs infirmités. Cette critique méconnaît l'esprit de la loi. La qualité essentielle du tuteur, c'est l'amour qu'il porte aux orphelins qu'il doit élever ; c'est dire que les ascendants sont indiqués par la nature, aussi bien que les père et mère. Ici la loi s'arrête ; il y a des parents plus proches, héritiers présomptifs, les frères et sœurs ; mais s'ils ont l'affection, ils ont rarement l'autorité nécessaire pour diriger l'éducation : le conseil de famille décidera (1).

**368.** Le principe des tutelles légales ou légitimes a

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, n° 412, p. 405.

été emprunté au droit romain. Dans les pays coutumiers, toutes les tutelles étaient datives, c'est-à-dire que tous les tuteurs étaient nommés par le juge du lieu où le père des mineurs avait son dernier domicile. Quand le père et la mère nommaient un tuteur par leur testament, on ne le refusait guère en justice, et le survivant des père et mère était préféré à tous les autres parents. Il y avait même des coutumes, telles que celles de la Flandre française et du Brabant, qui déféraient la tutelle de droit au survivant des père et mère (1). Le code a admis ce système en l'étendant aux ascendants. Il y a un avantage incontestable dans le principe coutumier de la tutelle dative : c'est que la tutelle est toujours déferée au plus capable. Les tutelles légitimes ont cet inconvénient, que le parent appelé à la tutelle peut ne pas avoir d'excuse légale, et ne pas posséder néanmoins les qualités requises pour être tuteur. Si, malgré ce danger, les auteurs du code Napoléon ont admis des tutelles légitimes, c'est que l'affection des ascendants est la plus forte garantie que l'on puisse désirer dans l'intérêt du mineur (2).

**369.** Dans l'ancien droit, on nommait quelquefois deux tuteurs, l'un honoraire, l'autre onéraire; le premier dirigeait l'éducation du pupille, l'autre gérât les biens. Cela se faisait, dit Argou, pour les personnes de considération. Il a été jugé que le dernier mourant des père et mère pouvait nommer un tuteur à la personne et un tuteur pour les biens, et une jurisprudence récente a étendu cette faculté au conseil de famille. On dit que tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis. Voilà une de ces maximes banales dont on peut faire tout ce que l'on veut, si on les prend dans un sens absolu. En matière pénale, l'adage est très-vrai. Il est vrai encore quand il s'agit de conventions, parce qu'elles sont en général d'intérêt privé; mais dès qu'elles touchent à l'ordre public, les parties contractantes ne peuvent plus faire ce qu'elles veulent; il ne leur est pas permis de déroger à des lois d'ordre public; et on

(1) Argou, *Institution au droit français*, t. 1<sup>er</sup>, p. 51. Merlin, *Répertoire*, au mot *Tutelle*, sect. II, § II, art. 1 (t. 35, p. 209).

(2) Huguot, Rapport fait au Tribunal, n° 5 (Loché, t. III, p. 419).

ne le peut pas plus dans un testament que dans une convention. Une autre cour allègue une autre raison. La tutelle est établie dans l'intérêt des mineurs, tel est le principe dominant; or, qui est le meilleur juge de cet intérêt, sinon le père ou la mère? Il faut donc respecter leurs dernières volontés (1). Et si cela est permis au dernier mourant des père et mère, pourquoi ne le permettrait-on pas au conseil de famille, toujours dans l'intérêt du mineur (2)? Sans doute, c'est dans l'intérêt des mineurs que la tutelle est organisée. Mais qui décide ce qui est de l'intérêt des mineurs? N'est-ce pas la loi, et la loi seule? Il faut donc renverser le principe suivi par la jurisprudence, et dire que ceux qui nommeront un tuteur n'ont d'autre pouvoir que celui que la loi leur donne. Et que dit la loi?

L'article 397 dit que le droit individuel de choisir un tuteur n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère; les articles 399-401 ne parlent aussi que d'un tuteur. Cela décide la question pour la tutelle testamentaire. Il en est de même de la tutelle dative : l'article 405 donne au conseil de famille le droit de nommer un tuteur. Il n'y a que deux cas dans lesquels la loi veut qu'il y ait deux tuteurs : quand la mère se remarie et qu'elle est maintenue dans la tutelle, le conseil de famille doit lui donner pour cotuteur le second mari (art. 396); et si le mineur possède des biens dans les colonies, l'administration de ces biens est confiée à un protuteur (art. 417). Ces exceptions confirment la règle. Le tuteur est unique; si l'étendue des biens et leur importance l'exigent, le conseil de famille peut autoriser le tuteur à s'aider d'un administrateur salarié, mais l'article 454 ajoute que cet administrateur gérera sous la responsabilité du tuteur; ce qui prouve de nouveau que le législateur ne veut pas que la tutelle soit partagée. Ce qui achève cette démonstration et lui donne le caractère d'évidence, c'est que le Tribunal, en

(1) Paris, 15 messidor an XII (Daloz, au mot *Minorité*, n° 59, 1<sup>o</sup>) et Rouen, 8 mai 1840 (Daloz, *ibid.*, n° 393).

(2) Arrêt de Dijon du 14 mai 1862, confirmé par la cour de cassation; arrêt du 14 décembre 1863 (Daloz, 1862, 2, 121; 1864, 1, 63).

amendant l'article 454, ajouta la remarque que les diverses dispositions de la loi, et surtout l'article 457, feraient assez connaître que le mineur ne peut avoir qu'un seul tuteur dans les départements continentaux de la France (1). Ce principe est fondé en raison. Quand il y a plusieurs personnes chargées du même office, l'une s'en rapporte à l'autre, et aucune ne fait ce qu'elle devrait faire. Telle est aussi l'opinion commune des auteurs (2). Il y a des dissentiments (3); nous croyons inutile d'y insister, l'unité de la tutelle est entrée dans nos mœurs.

**370.** Le tuteur peut-il être nommé à temps ou sous condition? C'est encore une de ces questions oiseuses que la doctrine discute et que la jurisprudence ignore. Nous ne pensons pas qu'elle se soit présentée devant les tribunaux; si elle se présentait, elle devrait être décidée négativement et sans hésitation aucune. Le tuteur légitime est tuteur pur et simple; une tutelle à terme ou conditionnelle serait chose absurde. Il en doit être de même quand la tutelle est déferée par le dernier mourant des père et mère ou par le conseil de famille; la loi ne leur donne pas le droit de nommer un tuteur à temps ou sous condition, donc ils ne l'ont pas. Cela est aussi fondé en raison. Il importe d'éviter les changements de tuteur, et pour l'éducation des mineurs et pour l'administration de leurs biens; la loi l'évite en dispensant plus difficilement d'une tutelle qui est commencée que d'une tutelle qui ne l'est pas encore. Par le même motif, elle devait proscrire les tutelles à terme ou conditionnelles; elle les proscriit par cela seul qu'elle ne les autorise pas (4).

**371.** Le tuteur administre les biens de ses pupilles, s'il leur cause un préjudice par incapacité, par négligence ou par dol, il est responsable; mais la responsabilité personnelle du tuteur peut être une garantie illusoire. La loi

(1) Observations du Tribunat, n° 14 (Loché, t. III, p. 405).

(2) Voyez les auteurs cités par Demolombe, t. VII, p. 134, n° 222.

(3) Duranton, t. III, n° 444; Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 370, et même Demolombe, qui, après avoir très-bien posé les principes, recule quand il s'agit de les appliquer (t. VII, nos 223-225).

(4) Les auteurs sont divisés. Dalloz, au mot *Minorité*, nos 138, 139 et 160.

donne aux mineurs une garantie réelle en frappant les biens du tuteur d'une hypothèque légale à leur profit. Cette garantie aussi peut être insuffisante et même nulle si le tuteur n'a pas d'immeubles. La loi ne soumet pas le tuteur à l'obligation de donner caution. Elle exige quelquefois une caution de ceux qui administrent le patrimoine d'autrui, par exemple, en matière d'absence; mais c'est une exception. La loi a cherché la garantie des mineurs dans l'affection du tuteur; il pourrait être pauvre et ne trouverait peut-être pas de caution, il sera néanmoins un tuteur affectionné et capable. Il ne faut donc pas, par une sollicitude excessive pour les intérêts pécuniaires du pupille, écarter de la tutelle ceux qui sont capables de la bien gérer.

Dans l'ancien droit, les parents *nominateurs* répondaient de la gestion du tuteur quand il était insolvable. Le projet de code reproduisait cette responsabilité. Elle ne fut pas adoptée. L'orateur du gouvernement nous en dit la raison. C'était une rigueur contraire à tous les principes; Berlier la qualifie d'odieuse. Il y a en effet quelque chose de révoltant à déclarer des parents responsables d'une insolvabilité qui ne leur est pas imputable; aussi était-elle tombée en désuétude; les tribunaux ne l'appliquaient qu'en cas de dol évident: cela est le droit commun, tout le monde répondant de son dol (1).

**372.** La loi ne s'est pas contentée de garanties qui peuvent être nulles ou insuffisantes. Elle a organisé un contrôle de la tutelle, dans le but de sauvegarder tous les intérêts du mineur. Dans toute tutelle, il y a un subrogé tuteur. Il est appelé à surveiller la gestion du tuteur; il provoque sa destitution s'il est incapable ou infidèle. Le subrogé tuteur n'administre pas, il agit seulement par exception, lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur; ce qui arrive assez souvent: le tuteur et son pupille, étant d'ordinaire proches parents, peuvent être appelés à une même succession, et par suite avoir des intérêts opposés. La loi évite, et avec raison, de

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 17 (Loché, t. III, p. 414).

placer les hommes entre leur intérêt et leur devoir. Il est juste que le tuteur puisse défendre ses intérêts personnels, et il faut aussi que le mineur ait un défenseur. La subrogée tutelle répond à ce besoin. C'est une institution coutumière. Dans les pays de droit écrit, on donnait un curateur au mineur dans chaque affaire où il y avait conflit d'intérêts. La subrogée tutelle a l'avantage d'épargner les frais et d'établir une surveillance permanente de la tutelle (1).

Le conseil de famille est aussi une institution coutumière. Il joue un grand rôle dans la tutelle; c'est lui qui nomme le tuteur datif et le subrogé tuteur; il intervient dans les actes les plus importants pour les autoriser; il peut exercer une surveillance permanente sur la gestion du tuteur, en l'obligeant à lui rendre des comptes annuels; il destitue le tuteur incapable ou infidèle. C'est lui qui doit consentir au mariage du mineur orphelin, c'est lui qui l'émancipe (2). Cependant quelque nombreuses que soient ses attributions, il ne faut pas croire qu'il puisse intervenir quand bon lui semble, et prescrire ce qu'il juge convenable. La loi a pris soin de définir les limites dans lesquelles son action s'exerce; il ne peut pas les dépasser. Hors de ces limites, le conseil et les membres individuels n'ont aucun droit (3).

**373.** En droit romain, on admettait une tutelle de fait, sous le nom de protutelle. Il en était de même dans notre ancien droit : celui qui gérait en qualité de tuteur, bien que légalement il ne le fût pas, était soumis à toutes les obligations d'un tuteur véritable, et considéré comme tel pour toutes les suites de la tutelle. Cette doctrine est très-rationnelle. La tutelle est organisée de manière que tous les intérêts du mineur soient sauvegardés. Ne serait-il pas absurde que le mineur eût moins de garanties contre un tuteur illégal qui usurperait la tutelle, qu'il n'en a contre un tuteur légal? Mais la question est de savoir si le code

(1) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. 1<sup>er</sup>, p. 431.

(2) Proudhon énumère les attributions du conseil de famille (*Des personnes*, t. 1<sup>er</sup>, p. 316 et suiv.).

(3) Grenoble, 31 août 1855 (Dalloz, 1856, 2, 124).

a consacré les principes de l'ancien droit (1). Quant à la responsabilité du tuteur de fait, il n'y a pas de doute. C'est l'application du droit commun. Le tuteur de fait est un gérant d'affaires, et tenu, comme tel, de tous les soins d'un bon père de famille. Mais on demande s'il sera aussi soumis à l'hypothèque légale comme garantie de sa gestion. Nous examinerons la question au titre des *Hypothèques*. On demande encore si on peut lui appliquer les incapacités spéciales qui frappent le tuteur (art. 450, 907). Nous reviendrons sur ce point en traitant de la seule tutelle de fait que le code civil prévoit, celle de la veuve, en cas de convol, et celle de son mari (art. 395, 396). En principe et en l'absence d'un texte, nous croyons que l'assimilation complète du tuteur de fait et du tuteur légal ne peut être admise. Il eût fallu pour cela une disposition de la loi, car il s'agit d'une véritable fiction. L'interprète peut-il créer des fictions? Il est de principe que le législateur seul le peut. De là suit que la tutelle de fait reste sous l'empire du droit commun, et quant aux obligations du prétendu tuteur, et quant à ses droits. Il en est de même de ses rapports avec les tiers. Nous n'approuvons certes pas ce résultat : c'est une lacune que nous signalons, mais, à notre avis, au législateur seul il appartient de la combler.

## SECTION II. — Des diverses espèces de tutelle.

### § 1<sup>er</sup>. De la tutelle légitime.

#### N° 1. DU SURVIVANT DES PÈRE ET MÈRE

**374.** L'article 390 porte : « Après la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère. » Le survivant a-t-il aussi la puissance paternelle : est-ce que cette puissance absorbe pas la tutelle? Nous avons déjà dit que les deux

(1) Décidé affirmativement par arrêt de la cour de Bruxelles du 3 février 1830 (*Pasicrisie*, 1830, 2, 32).