

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<sup>o</sup> 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).



puissances coexistent, soit dans la même personne, si le survivant est tuteur, soit dans deux personnes, si le survivant ne l'est pas. L'autorité du père modifie, en un certain sens, le pouvoir du tuteur; elle lui donne plus d'indépendance. Nous reviendrons sur ce point. Pour le moment, nous n'avons à traiter que de l'organisation de la tutelle. Considérée sous ce rapport, la tutelle du survivant est soumise, en général, aux principes qui régissent la tutelle. Le code lui-même le dit. Il résulte des articles 420 et 421 qu'il y a un subrogé tuteur dans la tutelle légale. L'article 405 déclare que les causes d'excuse et d'exclusion sont communes au survivant. Cette disposition ne mentionne pas les causes d'incapacité : ici il y a quelque chose de spécial aux père et mère.

**375.** Les mineurs ne peuvent être tuteurs, excepté, dit l'article 442, le père ou la mère. Pourquoi la loi fait-elle cette exception? Est-ce parce que les père et mère mineurs sont émancipés? Non, car le mineur qui n'est pas marié ne peut être tuteur quoiqu'il soit émancipé; et les père et mère eux-mêmes ne peuvent être tuteurs que de leurs enfants. C'est donc dans cette circonstance qu'il faut chercher la raison de la loi. Les père et mère ont la puissance paternelle quoiqu'ils soient mineurs; le père est administrateur légal, il a la puissance maritale. Cela n'est pas sans inconvénient, et c'est une grave dérogation à l'incapacité qui frappe le mineur, mais c'est une conséquence forcée de la loi qui permet au mineur de se marier.

Le survivant mineur a un curateur dont il doit être assisté dans les cas prévus par la loi. Sa capacité est donc moindre que celle du tuteur qui est majeur et capable, comme tel, de tous les actes civils. Il y a aussi un subrogé tuteur dans l'intérêt de l'enfant. De là naît une difficulté. Quand le tuteur mineur fait un acte pour lequel un mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur, devra-t-il être assisté par son curateur ou par le subrogé tuteur? Tel serait le cas où il recevrait un capital mobilier dû au pupille. Comme mineur émancipé, il ne peut le recevoir sans assistance, cela est certain, car il ne peut pas avoir pour les affaires du pupille une capacité qu'il

n'a point pour les siennes. Mais les auteurs ne s'accordent pas sur le point de savoir par qui il doit être assisté; la plupart exigent l'assistance du subrogé tuteur, parce qu'il s'agit de veiller aux intérêts du pupille, ce qui est la mission du subrogé tuteur plutôt que celle du curateur (1). Cette opinion est inadmissible; elle est en opposition avec les textes qui règlent l'action du subrogé tuteur. Il n'assiste jamais; il agit quand il y a opposition d'intérêts entre le tuteur et son pupille. Il eût fallu une disposition expresse pour donner au subrogé tuteur un pouvoir qu'en général il n'a point. Dans le silence de la loi, c'est le curateur qui doit assister, et cela est logique, car il s'agit de couvrir l'incapacité du tuteur mineur.

Que faut-il décider s'il s'agit d'un acte pour lequel le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille? Quand le tuteur est mineur, il y a deux conseils de famille, l'un pour le père ou la mère survivant, l'autre pour le pupille. S'agit-il d'une affaire qui lui est personnelle, c'est naturellement son conseil de famille qui doit l'autoriser. Par contre, si l'acte concerne le mineur, le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille qui est attaché à la tutelle (2).

**376.** Il y a une seconde dérogation au droit commun, en faveur de la mère survivante. Elle est tutrice de droit aussi bien que le père. Cette innovation est un hommage rendu au principe de l'égalité, et si jamais l'égalité est légitime, c'est bien quand il s'agit de remplir un devoir et de donner une preuve d'affection (3). D'ailleurs la mère a la puissance paternelle, elle a l'usufruit légal; dès lors elle devait aussi avoir la tutelle. Toutefois la loi établit une différence entre le père et la mère. Le père est obligé de gérer la tutelle, à moins qu'il n'ait une excuse légale; tandis que la mère peut refuser la tutelle (art. 394). Il se peut que la femme n'ait pas l'expérience des affaires, qui lui serait nécessaire pour gérer des biens considérables; en ce cas, elle peut refuser. La différence est grande entre le refus et l'excuse; il n'y a d'excuses que dans les cas

(1) Demolombe, t. VII, p. 276, n° 465, et les auteurs qu'il cite.

(2) Zachariæ, traduction de Vergé et Massé, t. 1<sup>er</sup>, p. 409, note 20.

(3) Berlier, Exposé des motifs, n° 5 (Loché, t. III, p. 412).



déterminés par la loi; l'excuse doit donc être motivée, elle est soumise au conseil de famille qui peut la rejeter, sauf au tuteur à se pourvoir devant les tribunaux. Il n'en est pas de même du refus; la mère ne doit pas le motiver, elle seule en est juge, c'est un droit absolu qu'elle exerce.

La loi dit que la mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle (art. 394). De là on conclut que si elle l'accepte, elle ne peut plus la refuser, et elle est acceptante dès qu'elle manifeste la volonté d'être tutrice (1). La cour de Limoges a tiré une conséquence contraire du texte que nous venons de citer: de ce que la mère peut refuser la tutelle, elle a conclu qu'il lui était libre de s'en démettre (2). Nous préférons cette interprétation à celle que donnent les auteurs. On dit que la mère n'a pas le droit de se démettre de la tutelle, parce que la loi ne le lui accorde pas. Mais c'est précisément là la question. En disant que la mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle, l'article 394 dit en d'autres termes qu'elle peut la refuser; il ne dit pas ce qu'on lui fait dire, qu'elle ne peut plus refuser après avoir accepté. Les motifs pour lesquels le législateur donne à la mère le droit de refuser s'appliquent à la mère qui a déjà géré aussi bien qu'à celle qui n'a pas encore géré. Il y a plus, c'est précisément quand la femme a géré qu'elle se convaincra de son incapacité, et l'on veut que lorsqu'elle se reconnaît incapable, lorsqu'elle a fait preuve d'incapacité, elle soit néanmoins tenue de continuer la gestion! Les auteurs invoquent par analogie les principes qui régissent l'excuse; le tuteur qui, ayant une excuse, ne la fait pas valoir et accepte la tutelle, ne peut pas, en général, se démettre de la tutelle; donc, dit-on, il en doit être de même de la mère tutrice qui n'use pas de son droit de refus. Nous répondons que c'est confondre le refus et l'excuse, deux droits essentiellement différents. L'excuse n'implique pas l'incapacité, elle est établie dans l'intérêt du tuteur plutôt que dans celui du pupille; le refus, au con-

(1) Demolombe, t. VII, n° 111, p. 59, et les auteurs qu'il cite. Ajouter Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 216, n° 143 bis I, et Aubry et Rau t. I<sup>er</sup>, p. 401, note 2.

(2) Limoges, 17 mai 1808 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 73, 1°).

traire, suppose que la mère est incapable; or, dès qu'elle est incapable, elle doit avoir le droit de se démettre de la tutelle. L'intérêt du mineur l'exige, et cet intérêt domine tout. Cela est si vrai qu'il y a même des excuses que le tuteur peut alléguer après avoir accepté la tutelle: ce sont celles, dit Pothier, qui l'empêchent absolument de vaquer à la tutelle (1). Or, le refus de la mère implique cet empêchement absolu, puisque la loi ne lui accorde le droit de refuser qu'à raison de son incapacité (2).

L'article 394 ajoute que si la mère refuse la tutelle, elle doit en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur. Il y a lieu, en ce cas, à la tutelle dative, comme nous le dirons plus loin.

N° 2. DU CONSEIL DE LA MÈRE TUTRICE.

**377.** Aux termes de l'article 391, le père peut nommer à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. Ce droit suppose encore l'incapacité de la mère. Le père ne peut pas la priver de la tutelle; elle tient ce droit de la nature, quoi qu'en dise le président Fabre qui traite de grande sottise la tutelle de la mère (3). Tronchet dit très-bien qu'à défaut du père, la mère est la personne la plus affectionnée de toutes celles qui peuvent prendre soin du mineur (4). Toutefois la loi a dû prévoir que la femme n'aurait pas l'expérience des affaires; elle peut renoncer en ce cas. Il se fait alors un partage de pouvoir entre la mère qui conserve la puissance paternelle et le tuteur qui gère les biens: de là des conflits presque inévitables. Mieux vaut que la mère conserve la tutelle, sauf à lui donner un conseil.

(1) Pothier, *Traité des personnes*, n° 158.

(2) C'est l'opinion de Magnin, *Traité des minorités*, t. I<sup>er</sup>, n° 434, et d'Allemand, *Du mariage*, t. II, n° 1180. Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. I<sup>er</sup>, p. 410, note 23, admet le droit d'excuse plutôt que le droit de refus.

(3) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. I<sup>er</sup>, p. 401 et suiv.

(4) Séance du conseil d'Etat du 26 frimaire an X, n° 7 (Loché, t. III, p. 377).



L'article 392 détermine les formes dans lesquelles doit se faire la nomination du conseil. Elle peut être faite d'abord par acte de dernière volonté, c'est-à-dire par testament. La loi dit *acte de dernière volonté* pour marquer que l'écrit doit être rédigé d'après les solennités prescrites par la loi, mais qu'il ne doit pas renfermer une disposition de biens, comme cela est requis pour le testament. Il va sans dire que si l'acte est nul en la forme, la nomination de conseil tombe; car elle doit se faire par un acte solennel, elle est donc aussi un acte solennel. Le père peut encore nommer un conseil par une déclaration faite devant le juge de paix, assisté de son greffier. Comme la loi ne dit pas devant quel juge de paix la nomination doit se faire, il en faut conclure que tout juge de paix est compétent pour la recevoir. Enfin, la déclaration peut aussi être faite devant notaires, c'est-à-dire par un acte notarié, reçu conformément à la loi du 25 ventôse an XI (1).

**378.** Le conseil n'est ni un tuteur, ni un subrogé tuteur. C'est la mère qui est tutrice, dit l'article 391, et l'article 421 veut qu'il soit nommé un subrogé tuteur à la mère survivante. Le conseil est un simple mandataire; il faut donc appliquer les principes qui régissent le mandat, et non les règles que la loi établit pour la tutelle. Ainsi le conseil est libre de refuser le mandat, tandis que le tuteur nommé par acte de dernière volonté doit accepter (article 401). Si le conseil refuse, il n'y a pas lieu de le remplacer, ni par le conseil de famille, ni par le tribunal. Ce sera à la mère à voir si elle veut se charger de la tutelle; si elle l'accepte, elle jouira de la plénitude de ses droits, les restrictions que le père a mises à son pouvoir venant à tomber par cela seul que le conseil refuse. Si le conseil accepte le mandat qui lui est conféré, il doit le remplir comme tout mandataire; mais il pourra toujours y renoncer (art. 2003). On ne peut pas imposer au conseil les garanties spéciales que la loi exige du tuteur; il n'est pas soumis à l'hypothèque légale, ni aux incapacités qui frappent le tuteur (art. 450, 908). Il n'y a aucun doute sur

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I<sup>er</sup>, p. 401 et suiv.

tous ces points, et il ne vaudrait presque pas la peine de le dire, si les auteurs ne s'occupaient de ces questions (1).

**379.** Quelles sont les fonctions du conseil? Il donne son avis à la mère tutrice, ou, comme le dit l'article 391 à la fin, il *l'assiste*. L'étendue de cette mission est déterminée par l'acte de nomination. Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil est nommé, la tutrice, dit l'article 391, sera habile à faire tous les autres sans son assistance. S'il ne les spécifie pas, la mère ne pourra faire, sans son avis, aucun acte relatif à la tutelle. Il va sans dire que la mère a en outre besoin du concours du subrogé tuteur et du conseil de famille dans les cas où la loi le prescrit. Le mari ne peut pas transporter au conseil les attributions que le code confie à ceux qu'il charge de contrôler la tutelle. Il ne peut pas davantage donner au conseil le pouvoir d'administrer ou de représenter le mineur: ce serait le transformer en tuteur; or, il n'est pas tuteur, c'est la mère qui est tutrice, c'est elle qui gère la tutelle avec l'assistance du conseil. Il a été jugé à plusieurs reprises que le père ne pouvait pas enlever à la mère l'administration des biens, puisque ce serait lui enlever la tutelle; peu importe que la mère eût consenti à exécuter le testament de son mari, elle peut toujours revenir sur son consentement; pour mieux dire, ce consentement est nul, car la tutelle étant d'ordre public, il n'y peut être dérogé par des conventions particulières (2). Si la loi permet au père de restreindre les pouvoirs de la mère, c'est uniquement pour éclairer la tutrice et la guider. Il a été jugé encore que le conseil n'a aucune qualité pour défendre à une action intentée par la mère contre les mineurs, même avec l'assistance du subrogé tuteur; ce n'est pas le conseil, c'est le subrogé tuteur qui doit intervenir quand il y a opposition d'intérêt entre le tuteur et le pupille (3).

**380.** L'article 391 dit que la mère ne peut agir sans

(1) Demolombe, t. VII, p. 45, nos 86 et 87. Aubry et Rau, t. I<sup>er</sup>, p. 402, note 8, et p. 406.

(2) Bruxelles, 2 mai 1806 et Gênes, 10 août 1811 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 39).

(3) Douai, 17 janvier 1820 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 90).



l'avis du conseil. Cela ne veut pas dire qu'elle peut se borner à prendre l'avis du conseil, sauf à ne pas le suivre. La loi explique ce qu'elle entend par *avis*, en ajoutant que la tutrice doit être *assistée* du conseil. Or, l'*assistance* est un concours à l'acte. C'est ainsi que le mineur émancipé ne peut faire certains actes sans l'assistance de son curateur (art. 480, 482); c'est ainsi que les prodigues et les faibles d'esprit ne peuvent faire les actes qui leur sont interdits sans l'assistance du conseil que le tribunal leur donne (art. 499, 513). Cela ne fait pas de doute (1). Mais que faut-il décider si le conseil refuse d'assister la mère? Les auteurs s'accordent à dire que la mère a un recours contre cette décision; les uns disent que le recours doit être porté devant le conseil de famille, les autres, que la tutrice doit s'adresser au tribunal (2). Si l'on admet un recours, c'est cette dernière opinion qu'il faut suivre. Le conseil de famille n'a que des attributions limitées; il n'est pas juge des conflits qui peuvent s'élever entre la mère tutrice et son conseil. Mais est-il bien certain qu'il y ait un recours? Nous en doutons (3). La volonté du père est que la mère ne puisse agir sans le conseil; n'est-ce pas contrevenir à cette volonté que de décider que la mère pourra agir malgré le conseil, si la famille ou le tribunal l'autorisent? L'intervention du conseil est une mission toute de confiance, d'amitié; conçoit-on que la famille ou le juge contrôlent une mission aussi intime? D'ailleurs la nomination d'un conseil implique l'incapacité de la femme; elle est placée sur la même ligne que le mineur émancipé et le prodigue. Ceux-ci peuvent-ils réclamer contre le refus d'assistance de leur curateur ou de leur conseil? Nous revenons sur cette question (4).

**381.** Y a-t-il des actes pour lesquels la mère n'a pas besoin d'être assistée de son conseil? On suppose que le père n'a rien spécifié dans l'acte de nomination. La ques-

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 287, n° II.

(2) Demolombe, t. VII, p. 50, n° 95, et les auteurs qu'il cite. Ajoutez Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 214, n° 140 bis II.

(3) C'est aussi l'avis de Marcadé, t. II, p. 189, art. 391, n° 1.

(4) Voyez le tome V de mes *Principes*.

tion paraît étrange quand on lit l'article 391 : il y est dit que la mère ne peut faire *aucun* acte relatif à la tutelle sans l'avis du conseil spécial que le père lui a donné. Cela n'est-il pas décisif? Toutefois il a été jugé que l'intervention du conseil n'est requise que pour les actes dont la tutrice prend l'initiative; que si une action est intentée contre elle, la mère ne doit pas être assistée, puisqu'elle est obligée d'y répondre (1). Voilà une étrange doctrine. De quel droit introduit-on dans la loi une distinction que le texte réprouve? Serait-ce parce que l'avis du conseil est inutile? L'assistance est toujours utile; il n'y a pas d'acte obligatoire, puisque toute action peut être l'objet d'une transaction; et ne voudrait-on pas transiger, le conseil sera toujours utile à la tutrice. Après tout, le législateur a parlé et il a décidé; dès lors le juge n'a plus qu'à appliquer la loi.

**382.** Si la mère ne prend pas l'avis du conseil alors que l'acte de nomination l'y oblige, l'acte sera-t-il nul? La plupart des auteurs répondent que l'acte est valable, sauf au mineur à agir contre la mère. C'était l'ancienne jurisprudence. Nous croyons avec M. Demolombe que l'acte est nul. La nomination d'un conseil implique l'incapacité de la mère; elle est réellement déclarée incapable de gérer sans l'assistance du conseil. Or, conçoit-on qu'un acte fait par celui qui n'avait pas capacité de le faire soit maintenu? A quoi servirait alors la nomination d'un conseil? Le texte est conçu en ce sens : La mère *ne peut* faire, dit l'article 391; elle est *inhabile* à faire, ajoute la loi. Il y a donc une incapacité. On peut encore invoquer, comme l'a fait la cour d'Aix, les termes prohibitifs de la loi; la prohibition emporte nullité, surtout quand il s'agit d'une loi qui concerne l'ordre public. On oppose l'intérêt des tiers, qui peuvent ignorer la nomination du conseil, et qui, dans cette ignorance, doivent croire que la mère tutrice est capable. L'objection s'adresse au législateur. Il est très-vrai qu'il aurait dû prescrire une publicité quelconque pour prévenir les tiers. Il ne l'a pas fait; mais de là ne suit pas

(1) Besançon, 29 juin 1868 (Daloz, 1868, 2, 203).



que la mère soit capable. Ce n'est pas le seul cas où le défaut de publicité nuit aux tiers qui contractent de bonne foi. L'émancipation est retirée par le conseil de famille ou par le père, sans publicité aucune; cependant le mineur cesse d'être capable et les actes qu'il fera seront régis par les principes qui régissent l'incapacité du mineur (1).

**383.** Le conseil est-il responsable? Il y a beaucoup d'incertitude sur ce point dans la doctrine. Il y en a qui invoquent le vieil adage qui déclare que l'auteur d'un conseil n'est pas responsable, à moins qu'il ne soit coupable de dol (2). Défions-nous des adages, ou du moins appliquons-les avec intelligence. Le conseil de la mère tutrice n'est pas un simple donneur d'avis; il est mandataire, libre de ne pas accepter le mandat qui lui est déferé, mais s'il l'accepte, il doit le remplir avec les soins d'un bon père de famille. Dès lors il doit répondre non-seulement de son dol, mais aussi de sa faute (3). On objecte que le conseil n'agit pas au nom du pupille dans l'intérêt duquel il a été nommé. Eh! qu'importe? Est-il mandataire, oui ou non? S'il ne l'est pas, il ne répond que de son dol; s'il l'est, il répond de toute faute (4).

N° 3. CONVOL DE LA MÈRE.

**384.** L'article 395 porte : « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. » D'après le projet de code civil, le père qui se remariait était soumis à la même obligation. Au conseil d'Etat, Tronchet demanda que le père et la mère fussent mis sur la même ligne. Un second mariage, dit-il, peut faire douter de l'affection du père aussi bien que de l'affec-

(1) Demolombe, t. VII, p. 52, n° 98. Arrêt d'Aix du 31 mars 1840 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 91). En sens contraire, Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 405, et les auteurs qu'ils citent, note 18.

(2) Fréminville, t. 1<sup>er</sup>, n° 42. Delvincourt, t. 1<sup>er</sup>, p. 270.

(3) Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 404, note 16.

(4) Valette sur Proudhon, t. II, p. 288, n° IV, suivi par Demolombe, t. VII, p. 55, n° 102. En sens contraire, Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 214, n° 140 bis III, et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 404, note 16.

tion de la mère; et il est des circonstances où ce doute se convertit en certitude : tel serait le cas où un homme opulent épouserait sa servante. Bigot-Préameneu répondit qu'il y avait une différence entre le père et la mère. Le père, en se remariant, devient le chef de la nouvelle famille, il reste le maître de ses affaires, c'est lui qui, de fait et de droit, continue à gérer la tutelle. Tandis que la mère qui convole en secondes nocces tombe sous puissance du second mari; c'est celui-ci qui de fait administrera les biens des enfants du premier lit et prendra soin de leur personne. Dès lors il faut que le conseil de famille intervienne pour examiner si le second mari mérite d'être chargé de la mission qu'il est appelé à exercer. Il y a du vrai dans cette remarque, mais elle ne répond pas suffisamment à la critique de Tronchet : reste toujours le défaut d'affection qui rend le père indigne de la tutelle aussi bien que la mère (1).

**385.** Le conseil de famille peut conserver la tutelle à la mère ou la lui enlever. Un arrêt de la cour d'Agen a fort bien jugé que le conseil ne doit priver la mère de la tutelle que la nature et la loi s'accordent à lui donner, que pour des causes graves et lorsque l'intérêt des enfants le réclame impérieusement. Dans l'espèce, la délibération du conseil de famille reconnaissait que le mariage de la veuve échappait à toute critique; on rendait hommage à son excellente conduite, à son dévouement et à sa tendresse pour sa fille; on ne contestait pas la parfaite honorabilité du futur mari, et les intérêts pécuniaires, très-médiocres, étaient entièrement sauvegardés. Cependant le conseil de famille avait enlevé la tutelle à la mère parce que le second mari, militaire, se trouvait exposé à de fréquents déplacements, et que cette vie vagabonde pouvait altérer la santé très-délicate de la mineure. La cour décida que la mère devait être maintenue dans la tutelle, la santé de l'enfant ne laissant rien à désirer, et l'affection éprouvée de la mère étant la meilleure garantie que l'on pût désirer pour la jeune fille (2).

(1) Séance du conseil d'Etat du 22 vendémiaire an XI, n° 13 (Loché, t. III, p. 386).

(2) Agen, 24 décembre 1860 (Daloz, 1861, 2, 20).