

386. Le conseil de famille peut maintenir la mère dans la tutelle. Dans ce cas, la tutelle de la mère change de nature; ce n'est plus une tutelle légale, car la mère tient son droit non de la loi, mais de la délibération du conseil. La tutelle devient donc dative. De là suit que l'on doit appliquer à la mère tutrice les principes qui régissent la tutelle dative. Ainsi les articles 454, 455, 456 et 470 qui, en général, ne sont pas applicables au survivant des père et mère, recevront leur application à la mère remariée. On doit le décider ainsi d'autant plus que la mère n'est pas seule tutrice; son second mari est nécessairement cotuteur, et à son égard, la tutelle est exclusivement dative, et par conséquent soumise au droit commun (1).

Faut-il aller plus loin et dire que le conseil de famille peut, en conservant la tutelle à la mère, restreindre ses pouvoirs dans l'intérêt des enfants du premier lit? La question est controversée et il y a quelque doute. Si l'on s'en tient aux principes, elle est très-simple. La tutelle de la mère devient dative. Il s'agit donc de savoir si le conseil de famille peut déroger aux règles que le code établit sur les pouvoirs du tuteur. Nous avons d'avance répondu à la question. La tutelle étant d'ordre public, le conseil ne peut ni étendre les attributions du tuteur, ni y apporter des restrictions. Nous reviendrons encore sur ce point qui, à notre avis, ne souffre pas le moindre doute. La seule difficulté est de savoir si les principes généraux reçoivent une exception en cas de convol. Il nous semble que la position de la question la décide déjà. Une exception demande un texte. Et où est le texte qui autorise le conseil à restreindre le pouvoir de la mère tutrice? On dit que l'article 395 permet au conseil de retirer la tutelle à la mère; or, celui qui peut le plus peut le moins; donc le conseil peut conserver la tutelle à la mère en la limitant; il concilie par là tous les intérêts, ceux des mineurs et ceux de la mère tutrice. L'argument séduit au premier abord: si l'on y regarde de près, on se convainc qu'il viole le principe fondamental en

(1) C'est ce motif qui paraît avoir décidé la cour de Grenoble (arrêt du 21 juin 1855, Dalloz, 1856, 2, 277) et la cour de cassation, qui a rejeté le pourvoi par arrêt du 5 mai 1856 (Dalloz, 1856, 1, 242).

matière de tutelle, c'est qu'elle est d'ordre public et que la loi seule peut permettre d'y déroger. La loi le fait en donnant au père le droit de nommer un conseil à la mère. L'exception confirme la règle. Il n'y a pas de raisonnement qui puisse détruire ce principe (1).

On oppose l'intérêt des mineurs, l'intérêt de la mère. Quant à l'intérêt de la mère, nous l'écartons; la tutelle n'est pas organisée dans l'intérêt du tuteur. En ce qui concerne les enfants, nous dirons avec la cour de Caen que le législateur a organisé la tutelle de manière à sauvegarder les intérêts du pupille; s'il accorde au tuteur le pouvoir d'agir seul et en pleine liberté, quand il s'agit d'actes de simple administration, c'est qu'il a jugé que l'avantage de l'administration pupillaire l'exigeait. Il n'appartient pas aux tribunaux d'examiner si ces règles auraient pu être plus prévoyantes et plus sages; à force de vouloir être plus sages que le législateur, ils pourraient bien compromettre les intérêts qu'ils tiennent à garantir (2).

La jurisprudence se prononce pour l'opinion contraire. Ce qui paraît avoir déterminé la cour d'Agen, c'est que la mère, maintenue dans la tutelle, avait promis d'observer les conditions sous lesquelles la tutelle lui avait été conservée, conditions prescrites dans l'intérêt des mineurs (3). Comme on le voit, le fait l'emporta sur le droit strict. Le consentement de la mère ne peut pas valider des dérogations à une loi d'ordre public; si le conseil de famille n'a pas le droit de les stipuler, la mère n'a pas le droit d'y souscrire. Bien moins encore les tribunaux peuvent-ils enlever à la mère les droits qu'elle tient de la puissance paternelle, l'éducation et la garde de l'enfant. La cour de Bruxelles a confié l'enfant au tuteur, par la raison que la mère s'était mésalliée et que sa fille ne recevrait pas, dans la nouvelle famille de sa mère, une éducation conforme à

(1) Demolombe, t. VII, p. 87 et suiv., nos 142-148. Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 409, notes 36 et 37.

(2) Arrêt de Caen du 30 décembre 1845 (Dalloz, 1846, 4, 501, n° 9). Comparez arrêt de Grenoble du 28 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 402, 4°).

(3) Arrêt d'Agen du 14 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 100).

son rang (1). C'est oublier que les père et mère, sauf quand ils sont usufruitiers, ont un pouvoir absolu de diriger l'éducation comme ils l'entendent, sans être tenus d'élever leurs enfants selon le rang qu'ils occupent dans la société. Nous ne prétendons pas que cette liberté illimitée soit sans inconvénient et sans danger; mais telle est la loi, et il faut la respecter, en supposant même qu'elle soit mauvaise.

387. Lorsque le conseil de famille, dit l'article 396, conserve la tutelle à la mère, il lui donne *nécessairement* pour cotuteur le second mari. Le second mari est tuteur *nécessaire*, en ce sens que le conseil de famille ne peut maintenir la mère dans la tutelle qu'en nommant son mari cotuteur. La raison en est que si la mère est tutrice, son mari gèrera la tutelle; le législateur a voulu que celui qui est cotuteur de fait, le soit aussi légalement. Il eût été injuste de rendre la mère seule responsable d'une administration qu'elle partage avec son conjoint. De là suit que si le nouveau conjoint ne peut pas être tuteur pour raison d'incapacité légale, la mère ne peut pas être maintenue dans la tutelle. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi à plusieurs reprises; l'exclusion du mari entraîne celle de la femme. Il y a cependant cette différence, c'est qu'à l'égard de la femme, il n'y a pas exclusion proprement dite, il y a seulement impossibilité légale de lui conserver la tutelle pendant la durée du mariage; c'est donc une suspension plutôt qu'une destitution (2).

388. Qui gère la tutelle quand elle est conservée à la mère? Il y a une grande diversité d'avis sur ce point. On dit que l'administration appartient au mari, si, d'après le régime sous lequel il est marié, il est administrateur des biens de la femme (3). Cette opinion doit être rejetée, parce qu'elle est contraire au texte comme à l'esprit de la loi. La tutelle appartient en principe à la mère, elle est tutrice; or, la tutelle est un mandat personnel qui

1) Arrêt de Bruxelles du 28 janvier 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 24).

(2) Bruxelles, 18 juil. et 1810 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 364) et 9 juil. et 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 257).

(3) Magnia, t. 1^{er}, n°s 458-461. De Fréminville, t. 1^{er}, n°s 54 et 171.

doit être rempli par celui à qui la loi le confie. Aussi la loi dit-elle que la femme et son mari sont solidairement responsables de la gestion postérieure au mariage, ce qui implique que la femme et le mari gèrent la tutelle. Mais comment cette gestion à deux se fera-t-elle? Suffit-il, comme l'a jugé la cour de Bruxelles, que la femme agisse avec l'autorisation du mari (1)? Ce système paraît spécieux au premier abord. C'est bien la mère qui est la vraie tutrice; son second mari lui est seulement adjoint; cette adjonction, dit la cour, n'est qu'une suite nécessaire de l'autorité que la loi accorde au mari sur sa femme; donc la femme gère avec autorisation maritale. Ici, nous semble-t-il, il y a erreur. En disant que le mari est *cotuteur nécessaire*, la loi a voulu mettre le droit en harmonie avec le fait; le mari, qui de fait administrerait, devient aussi administrateur de droit. Voilà pourquoi il porte le nom de *cotuteur*; étant *tuteur*, il a le droit et le devoir de gérer la tutelle. Il y a donc deux tuteurs, l'un et l'autre responsables solidairement. N'est-ce pas dire clairement que l'un et l'autre gèrent? Il faut donc le concours de la femme tutrice et du mari cotuteur pour tout acte de gestion (2).

Aubry et Rau, qui enseignent cette opinion, y apportent une restriction. Si l'un des époux fait un acte d'administration et que l'autre ne s'y oppose pas, on peut, d'après les circonstances, considérer cet acte comme valable, dans l'intérêt des tiers, et en vertu d'un mandat tacite ou d'une adhésion de celui des tuteurs qui a gardé le silence. Cela nous paraît inadmissible; il en résulterait que, de droit comme de fait, le mari serait presque toujours seul tuteur et que la femme abdiquerait la tutelle. Sans doute, le tuteur peut s'aider d'administrateurs qui gèrent sous sa responsabilité (art. 454); mais quand la loi veut qu'il y ait deux tuteurs, l'un ne peut pas abdiquer la tutelle au profit de l'autre, ni par une procuration expresse, ni par un

(1) Bruxelles, 27 avril 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 129, et Daloz, au mot *Minorité*, n° 102).

(2) Demolombe, t. VII, p. 78, n° 136. Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 410 et note 39.

mandat tacite. Un pareil mandat ne donnerait pas au mineur la garantie du concours des deux tuteurs. En définitive, là où il y a deux tuteurs, il faut qu'ils agissent l'un et l'autre.

389. Si la mère qui se remarie ne convoque pas le conseil de famille, elle perd la tutelle de plein droit; et si elle continue à la gérer, la loi déclare que le nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle que la mère aura indûment conservée (art. 395). Le code suppose, ce qui arrivera le plus souvent, que la mère continue à gérer la tutelle soit par ignorance de la loi, soit qu'elle n'aime pas d'exposer l'union qu'elle va contracter à la critique de la famille. Il y a donc alors une tutelle de fait. Cette tutelle est-elle régie par les principes qui régissent la tutelle légale? La loi ne s'explique que sur un seul point, la responsabilité. Il allait sans dire que la mère est responsable de sa gestion; c'est le droit commun. Si le second mari intervient dans la gestion, il est également responsable, toujours en vertu du droit commun. La loi va plus loin; elle impose une responsabilité exceptionnelle au mari: il est responsable de *toutes les suites de la tutelle*, dit l'article 395, et il en est tenu solidairement. Qu'est-ce que la loi entend par *toutes les suites de la tutelle*? L'opinion commune est que le mari est responsable non-seulement de la gestion postérieure au mariage, mais encore de la gestion qui l'a précédée. Cela semble résulter de la combinaison des articles 395 et 396. Quand la mère est maintenue dans la tutelle, le second mari est cotuteur, et la loi le déclare responsable, solidairement avec sa femme, *de la gestion postérieure au mariage*. Lorsque la mère est déchue de la tutelle et qu'elle la gère illégalement, la loi dit que le nouveau mari sera solidairement responsable de *toutes les suites de la tutelle* qu'elle aura indûment conservée. Il y a une différence de rédaction qui paraît impliquer, dans la dernière hypothèse, une responsabilité plus étendue que dans la première; et quelle serait bien cette responsabilité plus étendue, sinon celle de la gestion antérieure au mariage? Ce qui donne une grande autorité à cette interprétation, c'est que, dans

l'ancien droit, le mari encourait cette responsabilité. C'était une espèce de peine dont la loi le frappait; et la peine s'explique. En ne convoquant pas le conseil, la mère cesse d'être tutrice, elle doit rendre compte de sa gestion et payer le reliquat; le nouveau mari devrait veiller à ce que le compte soit rendu et le reliquat payé; en ne le faisant pas, il participe à la faute, peut-être au dol de sa femme; il est donc très-juste qu'il réponde des suites de l'ancienne gestion. Telle est la doctrine commune, et elle est consacrée par la jurisprudence (1).

Cependant il y a un motif de douter qui nous fait pencher vers l'opinion contraire, soutenue par Ducaurroy, et admise par Demolombe ainsi que par Massé et Vergé, les traducteurs de Zachariæ (2). Le projet de code civil, arrêté au conseil d'Etat et communiqué officieusement au Tribunal, contenait une disposition ainsi conçue: « A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de *l'indue gestion qui aura eu lieu depuis le mariage*. » Ainsi les auteurs du code civil, après délibération, s'écartaient formellement de l'ancienne jurisprudence. Voilà un premier point qui est considérable. On ne peut plus invoquer l'ancien droit pour interpréter le droit nouveau, à moins de prouver qu'après l'avoir répudié, les auteurs du code ont eu l'intention d'y revenir. Il faut donc voir quels sont les motifs pour lesquels le Tribunal proposa un changement de rédaction: c'est là l'élément décisif du débat. On lit dans les Observations de la section de législation du Tribunal que « l'expression littérale de la loi semblait autoriser le nouveau mari à prétendre qu'il n'était responsable que de la *gestion* qui aurait eu lieu depuis le nouveau mariage, » c'est-à-dire qu'il ne serait pas responsable du *défaut de gestion*. La section ajoute que le véritable esprit de la loi « est que le mari réponde du *défaut de gestion*

(1) Voyez Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 407, note 26, et les auteurs ainsi que les arrêts qu'ils citent.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. 1^{er}, p. 422, n° 595. Demolombe, t. VII, p. 71, n° 127. Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 457, note 3.

comme de l'*indue gestion*; » pour prévenir tout doute à cet égard, elle proposa la rédaction suivante : « Et son nouveau mari sera solidairement responsable avec elle depuis le mariage (1). » On voit que le Tribunal ne songea pas même à revenir à l'ancienne jurisprudence, en rendant le mari responsable de la gestion antérieure au mariage; il adopta au contraire le nouveau principe admis par le conseil d'Etat; sa proposition tendait uniquement à lever un doute sur la responsabilité du mari en cas de *défaut de gestion*. Voilà donc le Tribunal et le conseil d'Etat d'accord pour limiter la responsabilité du nouveau mari à la tutelle postérieure au mariage. Est-ce que, lors du dernier vote, le conseil changea de système? Il n'y a pas un mot dans les travaux préparatoires qui dénote cette intention : la section de législation fit droit aux observations du Tribunal, sans cependant adopter la rédaction qu'il avait proposée. Pour marquer que la responsabilité embrassait le *défaut de gestion* aussi bien que la gestion, le conseil d'Etat employa cette expression : le nouveau mari sera responsable de toutes les suites de la tutelle. Ces mots n'impliquent donc pas l'intention d'étendre la responsabilité à la gestion antérieure. Cela suffit pour renverser l'interprétation généralement suivie. Il y a plus : le Tribunal limitait formellement la responsabilité à la tutelle postérieure au mariage. Le conseil d'Etat exprime la même idée en ajoutant : « De la tutelle qu'elle aura *indûment conservée*. » Ce n'est donc pas des suites de toute la tutelle que le mari répond, c'est des suites de la tutelle indue, illégale, de la tutelle de fait. Après cela, on est assez étonné de lire dans un arrêt qu'il résulte à l'évidence de la discussion du code Napoléon au conseil d'Etat, que la responsabilité du second mari s'étend à la gestion antérieure au mariage (2)!

390. La mère et son nouveau mari sont-ils tuteurs lorsque le conseil de famille n'a pas été convoqué? Ils ne sont pas tuteurs, légalement parlant, cela est certain, puis-

(1) Observations du Tribunal, n° 7 (Loché, t. III, p. 404).

(2) Arrêt de Dijon du 16 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 2, 146).

que la loi dit que la mère perd la tutelle de plein droit; si elle continue à la gérer, c'est *indûment*, dit l'article 395. Si la mère n'est pas tutrice, le mari ne peut pas être tuteur. L'un et l'autre sont tuteurs de fait; sont-ils, en cette qualité, soumis aux lois qui régissent la tutelle? Au titre des *Hypothèques*, nous examinerons la question de savoir si l'hypothèque légale qui frappait les biens de la mère tutrice, au moment où elle se remarie, subsiste, et si les mineurs ont une hypothèque légale sur les biens du nouveau mari. A notre avis, la tutelle de fait ne peut avoir d'autres effets que ceux que la loi lui attribue (n° 373). Ce n'est pas une tutelle, c'est une gestion indue; donc on ne peut appliquer à la mère et à son mari les dispositions qui régissent la tutelle. Le tuteur est soumis à certaines incapacités (art. 472, 907). En est-il de même du tuteur de fait? La raison sans doute le demanderait : n'est-il pas absurde que celui qui gère illégalement la tutelle soit affranchi d'incapacités qui pèsent sur celui qui la gère légalement? Ce motif a entraîné la doctrine et la jurisprudence (1). Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, il faut décider, et même sans hésiter, qu'il n'y a pas d'incapacité légale sans loi; que s'il en résulte une conséquence absurde, il faut renvoyer le reproche au législateur. Toutefois l'article 472 serait applicable à la mère tutrice, puisqu'elle est tenue de rendre compte au moment où elle perd la tutelle; donc aucun traité ne peut intervenir entre elle et son enfant jusqu'à ce que ce compte ait été rendu conformément à la loi. Quant à la gestion illégale que la mère a continuée avec son mari, ils en sont certainement comptables, mais la nullité établie par l'article 472 ne recevrait plus d'application. Tout au plus pourrait-on dire que les tribunaux auraient le droit d'annuler les traités faits dans le but de dispenser le tuteur de rendre compte, comme faits en fraude de la loi, le juge pouvant prononcer des nullités virtuelles fondées sur la volonté tacite du législateur. L'article 907 donne lieu à d'autres difficultés; nous y reviendrons au titre des *Donations*.

(1) Dalloz, Répertoire, au mot *Minorité*, nos 110-112.

Si la mère perd la tutelle, elle conserve néanmoins la puissance paternelle. C'est une nouvelle anomalie. Elle ne peut pas légalement administrer les biens de ses enfants, tandis qu'elle a toujours le droit d'éducation, partant le droit de garde. Elle a aussi le droit d'émanciper ses enfants. La jurisprudence a consacré ces principes (1), et ils ne donnent lieu à aucun doute.

391. Quel est le sort des actes faits par la mère quand elle gère comme tutrice de fait? Le tuteur légal représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450), et les actes qu'il fait dans la limite de ses attributions lient le mineur. Quant au tuteur de fait, il n'a aucune qualité pour représenter le mineur; donc les actes de gestion ne peuvent pas obliger celui-ci. Mais qui peut se prévaloir de la nullité? On serait tenté de décider, au premier abord, que la nullité est radicale et d'ordre public, puisque c'est un usurpateur de la tutelle qui gère. Si la tutelle était, comme on le prétend, une institution de droit public, il faudrait le décider ainsi. A vrai dire, il ne s'agit jamais que d'un intérêt privé; donc le mineur seul peut invoquer la nullité. C'est l'application des principes généraux qui régissent les nullités (2). Puisque le mineur demande la nullité dans son intérêt, il faut qu'il prouve qu'il est lésé (3). Il n'y a pas lieu de distinguer, comme on le fait en matière de tutelle légale, entre les actes nuls en la forme et les actes rescindables pour cause de lésion (art. 1311). La question doit plutôt être décidée par les principes qui régissent la gestion d'affaires, mais il ne faut pas perdre de vue que c'est une gestion illégale. De là suit que les tiers qui traitent avec le tuteur de fait ne peuvent pas se prévaloir de leur bonne foi (4). La bonne foi des tiers ne donne pas au tuteur de fait le droit d'agir. On invoque l'article 1240, qui permet au débiteur de payer à celui qui est en possession

(1) Liège, 6 mai 1806 et Colmar, 7 juin 1807 (Dalloz, au mot *Minorité* nos 773, 1^o et 118).

(2) Voyez le tome 1^{er} de mes *Principes*, p. 107, n^o 72.

(3) Bruxelles, 19 avril 1848 (*Pasicriste*, 1848, 2, 135). Arrêt de la cour de cassation du 7 mars 1827 (Dalloz, au mot *Faillite*, n^o 273).

(4) Demante s'omet l'exception de bonne foi (*Cours analytique*, t. II, p. 217, n^o 144, § 1).

de la créance. Mais peut-on dire de la mère déchue de la tutelle qu'elle est en possession de la qualité de créancière? Non, certes. On ne peut pas même dire que les tiers soient de bonne foi. Car le second mariage étant public, ils devaient savoir que la mère tutrice était obligée de convoquer le conseil de famille, et qu'à défaut de convocation, elle était déchue de la tutelle (1).

392. Quand la mère ne convoque pas le conseil de famille, elle perd de plein droit la tutelle. Il y a donc lieu à la remplacer. C'est le conseil de famille qui doit nommer le tuteur. Le tribunal de la Seine avait jugé que la mère était remplacée par l'ascendant tuteur légitime. Cette décision fut réformée en appel; il suffit de lire les articles 402 et 405 pour se convaincre que c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur lorsque la mère tutrice s'excuse ou est exclue. Il est vrai que la perte de la tutelle n'est pas une exclusion proprement dite, mais la différence qui existe entre l'exclusion et la perte n'influe pas sur la succession des tutelles: d'après l'esprit comme d'après le texte de la loi, la tutelle ne peut être déférée aux ascendants aussi longtemps que l'un des père et mère vit (2).

La mère déchue de la tutelle peut-elle être nommée tutrice par le conseil de famille? Oui, et sans doute aucun. Il est vrai que ceux qui ont été destitués de la tutelle ne peuvent plus être tuteurs (art. 444); mais ici il faut tenir compte de la différence qui existe entre la destitution ou l'exclusion, et la perte de la tutelle. La veuve qui se remarie n'est pas destituée, donc on ne peut lui appliquer les articles 444 et 445. Si elle est coupable de dol, le conseil de famille ne la nommera pas; mais s'il n'y a rien à lui reprocher qu'une simple négligence, due à l'ignorance de la loi, le conseil pourra la nommer tutrice en lui donnant le nouveau mari pour cotuteur. Telle est aussi l'opinion commune, et elle est consacrée par la jurisprudence (3).

(1) Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 408 et note 28. Comparez Demolombe, t. VII, p. 63, nos 120-122.

(2) Paris, 24 juin 1856 (Dalloz, 1857, 2, 10) et Montpellier, 13 juin 1866 (Dalloz, 1868, 2, 162).

(3) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Minorité*, nos 114 et 271.