

N° 4. DU CURATEUR AU VENTRE.

393. L'article 393 porte : « Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille. A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de plein droit le subrogé tuteur. » Pourquoi la loi n'organise-t-elle pas immédiatement la tutelle? Si la veuve est réellement enceinte, l'enfant conçu est héritier de son père (art. 725); dès lors la mère doit être sa tutrice. Telle devrait être la décision de la loi, s'il était certain que la mère fût enceinte. Mais la mère peut ne pas l'être, quoiqu'elle déclare sa grossesse; on peut craindre qu'elle ne simule une grossesse et un accouchement afin d'avoir l'usufruit des biens délaissés par le père prédécédé. Dès lors il importe que la mère ait un surveillant qui veille à ce qu'il n'y ait point de supposition de part, et qui administre les biens en attendant que l'on sache qui sera l'héritier du père. Quand même la mère serait enceinte, il faut encore s'assurer si l'enfant naît viable; car ce n'est qu'à cette condition qu'il succédera. S'il naissait non viable, il y aurait un nouveau danger, c'est que la mère ne cache pendant quelque temps la mort de l'enfant pour pouvoir lui succéder. Nouvelle raison pour qu'il y ait un surveillant. De là l'institution et le nom un peu barbare de *curateur au ventre*.

394. Y a-t-il lieu à la nomination d'un curateur au ventre lorsque, à la mort du père, il y a des enfants qui lui succèdent? La question est controversée; nous croyons qu'elle est décidée par le texte même de l'article 393. Il dit qu'à la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et que le curateur en deviendra de plein droit le subrogé tuteur. La loi suppose donc qu'il n'y a encore ni tutrice ni subrogé tuteur, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'enfants, au moins pas d'enfants mineurs. S'il y en a, il y a nécessairement un tuteur et un subrogé tuteur. Dès lors il ne peut pas être question de nommer un curateur qui sera subrogé tuteur, à moins que l'on ne dise qu'il y aura deux subrogés tuteurs, ce qui est absurde. Il y a plus : la no-

mination d'un curateur, en ce cas, est inutile. Le père prédécédé a des héritiers auxquels la succession est déferée, il y a un tuteur qui administre les biens. On ne doit plus craindre une supposition de part, puisque la mère n'y a plus aucun intérêt; en effet, elle a l'usufruit des biens délaissés par le père, puisqu'on suppose qu'il y a des enfants mineurs. Dans le projet de code, arrêté au conseil d'Etat et communiqué officieusement au Tribunat, il y avait une disposition en ce sens. La section de législation proposa de la rédiger comme suit : « Quand il existera d'autres enfants mineurs non émancipés, leur subrogé tuteur remplira en même temps les fonctions de curateur à l'enfant à naître. » La disposition fut retranchée, on ne sait par qui ni pourquoi, probablement par la section de législation du conseil d'Etat, et par le motif qu'il était inutile dans cette hypothèse de nommer un curateur au ventre, puisqu'il ne faut ni administrateur ni surveillant (1).

Que faut-il décider si les enfants sont émancipés ou majeurs? La loi ne prévoit pas ce cas; il faut donc décider qu'il n'y a pas lieu à la nomination d'un curateur. Dans quel but le nommerait-on? Ce n'est pas pour administrer les biens, il y a des administrateurs, ce sont les enfants héritiers de leur père. Est-ce pour prévenir une supposition de part (2)? La mère y aurait intérêt pour avoir l'usufruit légal; mais dans le silence de la loi, est-il permis au juge ou au conseil de famille de prendre cette mesure de défiance? Non. Le législateur aura pensé qu'il y avait des parties intéressées à surveiller la mère si elle voulait simuler une grossesse; ce sont les enfants majeurs ou émancipés, héritiers de leur père; leur intérêt suffit pour écarter tout danger d'un crime aussi peu probable, alors qu'il y a des enfants sur les lieux, dans la maison paternelle.

395. Quelles sont les fonctions du curateur au ventre?

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. I^{er}, p. 420, n° 592. Marcadé, t. II, p. 190, art. 393, n° II. Demolombe, t. VII, p. 37, n°s 71 et 72. Valette, *Explication sommaire*, p. 228. Voyez, en sens contraire, Dalloz, au mot *Minorité*, n° 127, et les auteurs qu'il cite.

(2) C'est l'opinion de Demolombe, t. VII, p. 36, n° 70.

Il doit surveiller la mère pour empêcher une supposition de part. Le droit romain l'autorisait à exercer une surveillance que Toullier qualifie d'inquisitoriale ; il dit avec raison que nos mœurs proscrivent une inquisition blessante, immorale et qui pourrait dégénérer en attentat à la liberté individuelle. Il faut donc que la surveillance du curateur ne blesse pas nos mœurs, c'est-à-dire cette délicatesse de sentiment que nous devons aux progrès de la civilisation, ni la liberté individuelle qui fait l'essence de notre existence civile et politique (1).

Le curateur doit aussi administrer les biens du mari prédécédé. Il en était ainsi dans l'ancien droit, et le code civil est rédigé dans le même esprit. L'article 393 dit que la mère n'est pas encore tutrice, elle le sera si l'enfant naît viable ; elle n'a donc aucune qualité pour administrer ; les successeurs du mari n'en ont pas davantage, car on ne sait pas encore qui sera héritier. C'est précisément à raison de cette incertitude qu'on nomme un curateur. Il administre dans l'intérêt de l'enfant, s'il vient à naître viable, et dans l'intérêt des autres héritiers présomptifs. Puisque son administration ne dure que quelques mois, il va sans dire qu'il ne peut faire que les actes conservatoires et d'administration provisoire ; il doit conserver plutôt qu'administrer (2). Il est comptable de sa gestion, comme tout administrateur.

§ II. De la tutelle testamentaire.

396. Aux termes de l'article 397, « le droit individuel de choisir un tuteur parent, ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère. » Le code appelle ce droit un *droit individuel*, par opposition à la tutelle dative qui est déferée par une assemblée de parents réunis en conseil de famille. On appelle le tuteur nommé par le dernier mourant des père et mère, tuteur *testamentaire*, parce que cette tutelle ne s'ouvre qu'à la mort du

(1) Toullier, t. II, n° 400. Comparez Demolombe, t. VII, p. 31, n° 58.

(2) Duranton, t. III, p. 419, n° 430. Toullier, t. II, n° 1100. Demolombe, t. VII, n° 52, p. 30.

père ou de la mère tuteurs. La nomination peut se faire par testament, pour mieux dire par acte de dernière volonté ; elle peut aussi se faire par une déclaration reçue par le juge de paix ou par un notaire (art. 398, 392).

La loi donne ce droit au dernier mourant des père et mère. De là suit que le premier mourant ne peut pas nommer un tuteur testamentaire. La tutelle appartient de droit au survivant, et aucun des père et mère ne peut priver son conjoint de la tutelle. Il faut le décider ainsi quand même le conjoint serait incapable d'exercer la tutelle, par exemple s'il était interdit. La question est controversée, mais il n'y a vraiment pas lieu à controverse, puisque le texte est formel (1). De là suit encore que le survivant des père et mère qui refuse la tutelle ne peut nommer un tuteur pour prendre sa place ; en effet, la loi ne donne pas ce droit au survivant, elle le donne au dernier mourant. Si c'est la mère qui survit et qui refuse la tutelle, l'article 394 dit formellement qu'elle doit faire nommer un tuteur ; c'est dire qu'il y a lieu à la tutelle dative. Il en faut dire autant en cas d'excuse du père ; l'article 405 est tout aussi exprès, puisqu'il porte que le conseil de famille nomme le tuteur quand le père est excusé. C'est l'opinion commune, sauf quelques dissidences que nous regrettons, parce qu'elles font croire qu'il n'y a rien de certain en droit et que l'évidence même est controversable (2).

Que faut-il décider si le survivant des père et mère meurt, alors qu'il y a un tuteur datif en exercice ? En s'en tenant à la lettre de l'article 397, on pourrait dire qu'il est le dernier mourant et que par conséquent il peut nommer un tuteur. Mais si le texte laisse quelque doute, l'esprit de la loi n'en laisse aucun. Pourquoi le code donne-t-il au dernier mourant le droit de nommer un tuteur ? Parce que lui mieux que personne sait quel est le parent ou l'ami qui est digne de prendre sa place. Mais il n'y a pas lieu de remplacer le père ou la mère qui n'exerce pas la tutelle. Quand

(1) C'est l'opinion commune, sauf le dissentiment de Delvincourt, t. VII (Demolombe, t. VII, p. 99, n° 156, et les auteurs qu'il cite).

(2) Aubry et Rau citent les auteurs qui ont traité la question (t. I^{er}, p. 412, note 5).