

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).

faut-il pourvoir à la tutelle, c'est-à-dire à l'administration de la personne des biens d'un mineur? Lorsqu'il n'a pas de protecteur. Quand il en a un, à quoi bon en nommer un autre? Serait-ce parce que la loi a plus de confiance dans un tuteur nommé par le père que dans un tuteur datif? En ce cas, elle aurait dû lui donner le droit de nommer toujours le tuteur, au père quand il s'excuse et à la mère quand elle refuse, tandis qu'elle fait nommer le tuteur par le conseil de famille. Pourquoi le survivant, qui ne peut pas nommer un tuteur pendant sa vie, acquerrait-il le droit d'en nommer un à sa mort? Ce serait lui donner le droit de révoquer un tuteur. Or, ce droit n'appartient à personne, sauf au conseil de famille en cas de destitution (1).

397. Si le survivant est exclu ou destitué de la tutelle, il ne peut plus nommer de tuteur à ses enfants. Sur ce point, tout le monde est d'accord. On donne comme raison que le père ou la mère, exclu ou destitué, ne pourrait pas concourir, comme membre du conseil de famille, à la nomination d'un tuteur datif; à plus forte raison ne peut-il pas faire seul ce qu'il ne pourrait faire avec d'autres (2). Il y a un motif plus décisif. C'est que, quoique dernier mourant, le père ou la mère exclu ou destitué n'est pas tuteur. Or, nous venons de voir que le survivant qui n'est pas tuteur ne peut pas nommer de tuteur testamentaire.

La loi elle-même applique ce principe à la mère remariée qui n'est pas maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage; elle ne peut leur choisir un tuteur, dit l'article 399. Peu importe qu'elle ait perdu la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille, ou que le conseil lui ait retiré la tutelle. Dans tous les cas, elle n'est pas tutrice; elle ne peut donc pas nommer un tuteur pour la remplacer. Il est vrai que dans ce cas il peut ne pas y avoir de tuteur datif; il n'y aura donc, à la mort de la mère, qu'une tutelle de fait : toujours est-il que la mère ne peut pas déléguer un pouvoir qu'elle n'a pas.

(1) C'est l'opinion la plus généralement suivie (voyez les témoignages dans Dalloz, n° 135).

(2) Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, et les auteurs qu'ils citent, t. 1^{er}, p. 44, note 7.

398. Il se présente une dernière hypothèse. Le survivant est tuteur à sa mort, mais tuteur datif. Le père, après avoir été excusé, est nommé tuteur; la mère, après avoir refusé, est nommée tutrice : peuvent-ils nommer un tuteur testamentaire? Il y a un motif de douter. Le dernier mourant est tuteur dans ce cas; on pourrait donc dire qu'il est dans le texte et dans l'esprit de la loi. Cependant nous croyons qu'il ne pourra pas nommer un tuteur. Il a pour lui le texte, mais dans l'esprit de la loi, la nomination d'un tuteur testamentaire est une délégation que le dernier mourant fait des pouvoirs qu'il tient de la nature et de la loi. Or, quand il est tuteur datif, il tient son pouvoir du conseil, et ce pouvoir, il ne peut le déléguer : le conseil qui l'a nommé peut seul lui choisir un remplaçant (1).

Le code applique ce principe à un cas particulier. La mère remariée est maintenue dans la tutelle, elle est donc tutrice dative et légale tout ensemble : pourra-t-elle nommer un tuteur à ses enfants du premier mariage? Oui, dit l'article 400, mais son choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille. Elle peut nommer un tuteur, car elle n'a jamais cessé d'être tutrice légale; c'est dans cette tutelle légale qu'elle est maintenue, mais comme il faut une délibération du conseil de famille pour l'y maintenir, il faut aussi une délibération du conseil pour confirmer la nomination qu'elle aura faite. Cette intervention du conseil, exigée par les principes, est aussi fondée en raison. La femme remariée est sous l'influence de son nouveau conjoint; elle pourrait nommer tuteur, soit le mari, soit un parent du mari, soit même un étranger dont le choix lui aurait été dicté par son mari. Il est bon que le conseil de famille examine si le tuteur qu'elle a nommé est digne de remplir cette mission (2). La tutelle n'en sera pas moins une tutelle testamentaire, car c'est la mère qui nomme le tuteur; le conseil confirme seulement son choix. De là suit qu'il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants si le tuteur testamentaire est excusé; ce sera au conseil

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 195, art. 400, n° I.

(2) Observations du Tribunal, n° 8 (Loché, t. III, p. 405), et séance du conseil d'Etat du 22 vendémiaire an XI, n° 19 (Loché, t. III, p. 387).

de famille à nommer un tuteur datif, d'après la disposition expresse de l'article 405 (1).

399. Le tuteur élu par le père ou la mère est obligé d'accepter la tutelle, comme tout tuteur. Mais il peut aussi, comme tuteur, se prévaloir des excuses admises par la loi. C'est ce que veut dire l'article 401, qui porte : « Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger. »

§ III. De la tutelle des ascendants.

400. Les ascendants sont appelés à la tutelle par la loi. C'est donc aussi une tutelle légale. Les ascendantes ne sont pas tutrices légitimes; d'après l'article 442, elles peuvent être tutrices, mais la loi ne leur défère pas de plein droit la tutelle. Elles y étaient appelées par le projet de code civil. La mère étant tutrice de droit, on ne voit pas, au premier abord, pourquoi les ascendantes ne le sont pas. Berlier explique la raison de cette apparente anomalie. Il eût été dangereux, dit-il, d'admettre de plein droit comme tutrices des personnes en qui la faiblesse du sexe est jointe à la faiblesse de l'âge. C'est au conseil de famille ou au dernier mourant des père et mère à nommer l'ascendante qui est en état de porter le lourd fardeau de la tutelle (2).

401. Quand y a-t-il lieu à la tutelle des ascendants? L'article 402 répond : « Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère; » ce qui implique que la tutelle n'est pas déférée aux ascendants lorsque le survivant n'est pas tuteur à sa mort. Le père survivant s'excuse : aux termes de l'article 405, c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur.

(1) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 294, n° III.

(2) Séance du conseil d'Etat du 22 vendémiaire an XI, n° 23 (Loché, t. III, p. 388).

Si la mère survivante refuse la tutelle, elle doit faire nommer un tuteur par le conseil de famille (art. 394). Il en est de même quand la mère qui se remarie n'est pas maintenue dans la tutelle, ou lorsqu'elle la perd pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille. L'article 402 n'est pas applicable, car il n'appelle les ascendants à la tutelle que lorsqu'il n'a pas été choisi de tuteur par le dernier mourant des père et mère; et dans l'espèce, la mère vit, et il ne lui est pas permis de son vivant de choisir un tuteur; il ne reste donc que la tutelle dative. La question a été décidée en ce sens par la jurisprudence, et elle n'est pas douteuse, bien que l'article 405 ne prévoie pas textuellement cette hypothèse (1). On peut demander pourquoi le législateur préfère la tutelle des ascendants, alors qu'il y a un des père et mère qui survit et qui n'est pas tuteur. Les travaux préparatoires ne nous font pas connaître les motifs de la loi; on est donc réduit à les deviner. Nous ne voyons qu'une raison de convenance : tant que le père ou la mère vit, il ne convient pas qu'un ascendant soit appelé à une tutelle que le survivant des père et mère n'exerce pas (2). Le motif n'est pas bien déterminant; car l'ascendant peut être élu par le conseil de famille, il gérera donc la tutelle du vivant du père ou de la mère.

Il suit de là que si le tuteur légal donne sa démission ou est destitué, il y a lieu, non à la tutelle des ascendants, mais à la tutelle dative. En cas de destitution, il n'y a aucun doute; nous avons un texte : l'article 405 dit formellement que le conseil de famille nomme le tuteur quand le père ou la mère est exclu de la tutelle (3). Quant à la démission, elle est donnée ou en vertu d'une cause, et dans ce cas encore l'article 402 décide que le conseil de famille nomme le tuteur, ou elle est donnée pour prévenir la destitution, ce qui nous replace toujours dans le texte de l'article 405 (4). Cette disposition confirme donc le principe

(1) Arrêts de la cour de cassation du 26 février 1807 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 151) et de Paris du 24 juin 1856 (Daloz, 1857, 2, 10). Duranton, t. III, p. 437, n° 446.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 198, art. 404, n° II.

(3) Toulouse, 18 mai 1832 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 363, 5°).

(4) Paris, 24 juillet 1835 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 210).