

le plus tôt possible, afin que le mineur ne reste pas sans défenseur. Aux termes de l'article 406, les parents du mineur, ses créanciers ou autres parties intéressées peuvent requérir la nomination du conseil de famille. Le juge de paix du domicile du mineur peut faire la convocation d'office. Comme il pourrait ignorer le fait qui donne lieu à la nomination d'un tuteur, la loi permet à toute personne de le lui dénoncer. Quand la mère survivante refuse la tutelle, c'est elle qui est chargée de faire les diligences nécessaires pour qu'un tuteur datif soit nommé (art. 394). Si une tutelle en exercice devient vacante ou si elle est abandonnée par absence, la loi charge le subrogé tuteur de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur; le subrogé tuteur répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter pour le mineur de la négligence qu'il aurait mise à remplir ce devoir (art. 424).

408. Le conseil de famille a, en principe, une liberté illimitée pour le choix du tuteur, sauf à celui qui est nommé à faire valoir une excuse légale qui le dispense d'accepter la tutelle; sauf aussi le droit de ceux qui peuvent attaquer la délibération; nous dirons plus loin si elle peut être attaquée à raison du choix fait par le conseil. Comme les plus proches parents siègent au conseil, il arrivera souvent que le tuteur sera pris dans le sein du conseil de famille. Il y avait même dans le projet de code civil une disposition qui donnait à toute personne ne faisant pas partie du conseil le droit de refuser la tutelle. C'était circonscrire le choix dans des limites trop étroites. La liberté dont jouit le conseil a un autre écueil. Déjà, dans l'ancien droit, Domat se plaignait que les parents appelés à choisir un tuteur s'entendaient pour s'exempter de cette charge en l'imposant à un parent plus éloigné qui ne faisait pas partie du conseil (1). Il y a un remède au mal, c'est d'attaquer la délibération comme entachée de fraude. La liberté accordée au conseil ne va pas jusqu'au dol, le dol faisant toujours exception, comme le dit la cour de Montpellier (2).

(1) Domat, *Lois civiles*, livre II, titre I^{er} (p. 172 de l'édition in-fol.).

(2) Arrêt du 18 août 1823, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 1^{er} février 1825 (Daloz, au mot *Minorité*, n^o 177).

§ V. De la protutelle.

409. L'article 417 porte : « Quand le mineur, domicilié en France, possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur. » Cette disposition est empruntée aux déclarations du roi du 15 décembre 1721 et du 1^{er} février 1743. C'est une exception au principe de l'unité de la tutelle; elle se justifie par l'intérêt même du mineur. Comment un tuteur résidant en France pourrait-il administrer des biens situés aux Indes? Le conseil de famille peut, il est vrai, l'autoriser à nommer des administrateurs; mais qui contrôlera leur gestion? Et s'il y a lieu à responsabilité, n'est-il pas injuste de déclarer le tuteur responsable d'une administration qu'il n'a pas pu surveiller? La protutelle est donc établie dans l'intérêt des mineurs tout ensemble et dans celui du tuteur. C'est parce que les enfants y sont intéressés que le code ordonne de nommer un protuteur : l'article 417 est conçu en termes impératifs. Il en était ainsi dans l'ancien droit; le projet de l'article 417 portait que le tuteur *pourrait* faire nommer un protuteur; la faculté a été changée en commandement. On est étonné de voir un auteur recommandable soutenir que le conseil de famille ne devra nommer un protuteur que si le tuteur ou le subrogé tuteur le demandent. Et la raison? C'est qu'il y a aujourd'hui des bateaux à vapeur qui abrègent les distances! Cela n'est pas sérieux. L'invention des bateaux à vapeur ne peut pas déroger au code civil; et nous doutons fort que le législateur rendrait la nomination d'un protuteur facultative, parce qu'il y a des bateaux à vapeur. Est-ce un motif pour obliger le tuteur d'être toujours en mer (1)?

410. Doit-il y avoir un protuteur dans toute tutelle? Il y a un motif de douter. Le code parle de la protutelle dans la section consacrée à la tutelle datative. En conclura-t-on qu'il ne doit pas y avoir de protuteur dans la tutelle

(1) C'est l'opinion commune (Daloz, au mot *Minorité*, n^o 277). En sens contraire, Demolombe, t. VII, p. 120, n^{os} 199, 200.

légale ou testamentaire? La conclusion serait peu juridique, car la plupart des dispositions de la section IV s'appliquent à toute espèce de tutelle : tels sont les articles qui règlent la composition, la convocation et les délibérations du conseil de famille : tel est l'article 419, qui impose aux héritiers du tuteur l'obligation de continuer la gestion jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur. Y a-t-il d'ailleurs la moindre raison pour que les biens situés dans les colonies soient gérés par le père, l'ascendant ou le tuteur testamentaire, tandis qu'ils ne peuvent pas être gérés par un tuteur datif? Pour le coup, on crierait à l'absurde. Quand la loi est absurde, il faut l'accepter telle qu'elle est ; mais gardons-nous d'y introduire l'absurdité : nous rendrions un bien mauvais service à notre science. Passons à l'application.

On convient que le dernier mourant peut nommer un protuteur. Mais qu'arrivera-t-il s'il n'en nomme pas? Les uns disent que le conseil de famille pourra nommer un protuteur (1) ; les autres lui dénie ce droit, à moins qu'il ne soit appelé à nommer un tuteur, car, dit Marcadé, celui qui nomme le tuteur a seul le droit de nommer le protuteur. Si l'on demandait à Marcadé où il a trouvé ce principe-là? Il faut dire que le conseil de famille doit nommer un protuteur, parce que la protutelle est obligatoire.

Quand c'est un tuteur légal qui gère la tutelle, les opinions sont encore plus divisées. Marcadé dit que le conseil de famille n'a pas le droit de limiter les pouvoirs d'un tuteur légal. Il s'agit bien de cela ! Ce dont il s'agit, c'est qu'il y ait une administration raisonnable ; et n'est-ce pas le comble de la déraison que de confier à un ascendant sexagénaire la gestion de biens situés dans les Indes, par le motif que son autorité en souffrirait si on nommait un protuteur ! Puis, oubliant son principe, Marcadé donne au père, quand il est usufruitier légal, le droit de nommer lui-même un protuteur. Un tuteur nommé par un tuteur en exercice ! Et le protuteur est indépendant du tuteur ! dit l'article 417. M. Demolombe veut que la nomination soit

(1) Demolombe, t. VII, p. 124, n° 203. Demante, t. II, p. 245, n° 167 bis II.

facultative ; puis il refuse cette faculté au conseil quand le père est usufruitier (1). C'est de l'arbitraire tout pur. Quand le survivant des père et mère refuse la tutelle ou s'excuse, il y a lieu à tutelle dative et par conséquent à protutelle, bien que le père ou la mère ait l'usufruit légal. Pourquoi n'y aurait-il pas un protuteur quand le survivant usufruitier gère la tutelle (2)?

Il y a cependant un motif de douter. Dans l'ancien droit, on ne nommait pas de protuteur quand le père était tuteur. Le silence du code n'indique-t-il pas qu'il a entendu reproduire la doctrine traditionnelle? C'est une question d'intention. Dans les travaux préparatoires, on ne trouve pas un mot qui fasse connaître la volonté du législateur ; dès lors il faut s'en tenir au texte et aux principes.

411. Y a-t-il lieu à la protutelle quand le mineur a des biens à l'étranger, mais ailleurs que dans les colonies? Il y a des auteurs qui appliquent l'article 417 par analogie. Cela nous paraît très-douteux. Il est certain que si la loi n'organisait pas la protutelle, le conseil de famille ne pourrait nommer un protuteur. Or, la protutelle n'a été établie que pour les biens situés dans les colonies. L'article 417 est exprès. Il faut dire plus : la question est décidée par le code. L'article 454 prévoit le cas où l'étendue des biens ou leur dispersion rendrait difficile à un tuteur unique de les gérer lui-même. Est-ce que la loi lui permet, dans ce cas, de provoquer la nomination d'un protuteur? Non. Elle maintient le principe de l'unité de tutelle, sauf au conseil de famille à autoriser le tuteur à s'aider d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, mais le code a soin d'ajouter que ces administrateurs géreront sous la responsabilité du tuteur (3).

412. Le protuteur est tuteur ; donc il faut lui appliquer toutes les dispositions qui concernent la tutelle. Il est soumis à l'hypothèque légale, ainsi qu'aux incapacités qui dé-

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 214, n° 2 de l'article 417.

(2) Voyez les diverses opinions des auteurs dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 279.

(3) Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. Ier, p. 385, note 2. En sens contraire, Taulier, t. Ier, p. 34 et Demolombe, t. VII, p. 130, n° 218.

rivent de la tutelle. Doit-il y avoir un subrogé tuteur? On est étonné de voir la question posée et résolue négativement (1), alors que l'article 420 dit que dans toute tutelle il y aura un subrogé tuteur. Quand il y a un protuteur, il y a deux tutelles, donc il faut deux subrogés tuteurs. Y a-t-il aussi deux conseils de famille? Non; le conseil de famille est formé au domicile du mineur, et c'est là qu'il se réunit; or, le mineur n'a qu'un domicile. L'article 417 dit: le mineur *domicilié en France*. C'est donc à son domicile en France que le conseil de famille sera formé; ce conseil nomme le protuteur aussi bien que le tuteur, et il autorise l'un et l'autre à faire les actes pour la validité desquels la loi exige l'autorisation du conseil. Il y a diversité d'opinions sur ce point, mais les principes sont si évidents qu'il est vraiment inutile d'y insister (2).

La coexistence de la tutelle et de la protutelle donne encore lieu à une autre difficulté que le code a tranchée. Aux termes de l'article 417, le tuteur et le protuteur sont indépendants et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective. De ce qu'il y a deux tutelles, il faut conclure que chacune cesse pour les causes qui mettent fin à la tutelle, sans que la fin de l'une fasse cesser l'autre. Marcadé dit le contraire, dans le cas où le protuteur est nommé par le dernier mourant des père et mère; mais cette opinion n'a d'autre base que le prétendu principe qu'il a imaginé en matière de protutelle.

§ VI. De la tutelle des enfants naturels.

413. Les enfants naturels sont mineurs jusqu'à l'âge de vingt et un ans, aussi bien que les enfants légitimes. Étant incapables de gouverner leur personne et leurs biens, ils doivent avoir un protecteur. Il y a donc une tutelle pour les enfants naturels. Mais quand s'ouvre-t-elle? et à quelle tutelle y a-t-il lieu? Le code garde un silence absolu sur

(1) Magnin, t. I^{er}, n° 494. En sens contraire, tous les auteurs.

(2) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 280.

ces questions. De là des difficultés et des doutes, et une grande diversité d'avis. Il y a un point sur lequel les auteurs s'accordent, c'est que l'enfant naturel est toujours en tutelle depuis sa naissance. M. Demolombe dit que cela lui paraît certain, et Dalloz répète que cela est évident (1). On fonde cette opinion sur l'intérêt de l'enfant. S'il a des biens, qui les administrera? Ce ne sont pas ses père et mère, puisqu'ils n'ont pas l'administration légale des biens de leurs enfants. Donc il faudra leur nommer un tuteur. D'après cela, on doit modifier le principe admis par la doctrine en ce sens que l'enfant naturel est sous tutelle s'il acquiert des biens. D'où suit que régulièrement il n'y aura pas lieu à tutelle du vivant des père et mère, puisque l'enfant naturel ne succède qu'à ses père et mère; quant aux libéralités qui peuvent lui être faites, ce sera certes une rare exception.

Nous croyons qu'il faut aller plus loin et décider que les enfants naturels ne sont jamais sous tutelle, tant qu'ils ont leurs père et mère ou l'un d'eux. Tout le monde convient qu'il n'y a pas lieu à tutelle aussi longtemps que l'enfant n'a pas de biens. C'est donc uniquement pour administrer les biens que l'on admet la nécessité de la tutelle. Or, dans notre opinion, les père et mère naturels ont l'administration des biens de leurs enfants (n° 359); donc la tutelle est inutile, puisque la puissance paternelle suffit. Dira-t-on que l'enfant naturel ne trouve pas dans ses père et mère, qui le plus souvent vivent séparés, la garantie que l'enfant légitime trouve dans le mariage? Cela est vrai; le législateur aurait pu tenir compte de cette différence pour établir des garanties spéciales en faveur des enfants illégitimes, mais il ne l'a pas fait. Si donc on admet que les père et mère naturels ont le droit, pour mieux dire, le devoir d'administrer les biens de leurs enfants, il faut en conclure que la tutelle est inutile, la puissance paternelle répondant à tous les besoins.

Que doit-on décider si l'un des père et mère vient à mourir? C'est alors que la tutelle s'ouvre quand les enfants

(1) Demolombe, t. VIII, p. 280, n° 381; Dalloz, au mot *Minorité*, n° 697.