

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<sup>er</sup>, 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.

sont légitimes. En est-il de même pour les enfants naturels? Nous ne le croyons pas. Si la loi organise la tutelle à côté de la puissance paternelle, c'est que les intérêts de l'enfant légitime peuvent se trouver et se trouvent le plus souvent en conflit avec les intérêts du survivant des père et mère. Pour une position nouvelle, il fallait à l'enfant des garanties nouvelles. Peut-on en dire autant de l'enfant naturel? Il succède, à la vérité, à son père ou à sa mère prédécédé; mais naîtra-t-il de là des intérêts opposés entre lui et le survivant? Non, car il n'y a pas de mariage, pas de contrat de mariage, pas de donation entre époux, les père et mère sont étrangers l'un à l'autre. Si par hasard il y avait des donations ou des legs d'où pourrait surgir un conflit d'intérêts, la nomination d'un tuteur *ad hoc* suffirait pour sauvegarder les intérêts de l'enfant. Une tutelle proprement dite serait donc inutile.

414. Il faut revenir à l'opinion commune, et assister au spectacle de ses contradictions et de ses inconséquences, résultat inévitable, quand les interprètes veulent faire la loi. Hâtons-nous d'ajouter que si jamais ils sont excusables, c'est dans la matière qui nous occupe, puisqu'il y a silence complet du législateur. Nous supposons que l'enfant a des biens; il y a donc lieu à la tutelle, mais à laquelle? Les uns disent, à la tutelle légale des père et mère; que si les père et mère vivent, ils accordent la tutelle au père. Ici on fait à lettre une nouvelle loi pour les enfants naturels. La seule disposition qui existe dans le code civil sur la tutelle légale, c'est l'article 390, et il suppose la mort de l'un des père et mère; tant que l'un et l'autre vivent, il n'y a jamais de tutelle. Il résulte de là que pour les enfants naturels il y a une tutelle spéciale créée par les interprètes. Peut-il y avoir une tutelle légale sans loi, ou du moins sans analogie légale? Non-seulement il n'y a pas de loi dans l'espèce établissant une tutelle; il y en a une qui exclut la tutelle tant que les père et mère vivent. L'objection nous semble péremptoire.

L'un des père et mère vient à mourir. Le survivant sera-t-il tuteur légal? Il est évident qu'il n'y a pas de texte. Les cours qui admettent une tutelle légale l'avouent, car

elles recourent au droit naturel (1). Une tutelle légale fondée sur le droit naturel! Une pareille proposition peut être taxée à juste titre d'hérésie juridique. Si nous admettions la nécessité d'une tutelle pour l'enfant naturel qui a encore son père ou sa mère, nous invoquerions plutôt l'article 390. Qu'importe qu'il parle de la dissolution du mariage? Cela n'empêcherait pas de s'en prévaloir s'il y avait réellement analogie. En traitant de la *puissance paternelle*, nous avons dit que les auteurs n'hésitent pas à appliquer aux père et mère naturels des dispositions qui supposent le mariage des père et mère (nos 354, 359). Pourquoi ne ferait-on pas la même chose pour la tutelle, si les motifs de décider étaient identiques? A notre avis, il n'y a pas analogie; mais dans l'opinion générale on doit l'admettre, puisque l'on reconnaît la nécessité de la tutelle dès que l'enfant a des biens; or, il en acquiert régulièrement par la mort d'un de ses père et mère. Et quel tuteur convient mieux à l'enfant naturel que son père ou sa mère, c'est-à-dire le seul être au monde qui ait pour lui quelque affection (2)?

415. La grande objection que les partisans de l'opinion contraire font à cette opinion, c'est que la tutelle est une institution de droit civil, qu'elle ne peut exister qu'en vertu d'une loi, et que de loi il n'y en a pas, de l'aveu de tous. Acceptons pour un instant l'argument, et demandons quelle sera la tutelle des enfants naturels? On répond la tutelle datative (3). Où est le texte qui décide que le tuteur des en-

(1) Bruxelles, 4 février 1811 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 492, 1°) et Grenoble, 28 juillet 1836 (Daloz, *ibid.*, n° 686, 2°).

(2) Cette opinion est consacrée par les arrêts que nous venons de citer, et par les arrêts de Toulouse du 1<sup>er</sup> septembre 1809 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 687, 1°), le range à tort parmi les arrêts qui ont consacré l'opinion contraire), de Douai du 13 février 1844 (Daloz, 1845, 2, 152) et de Poitiers du 4 mai 1858 (Daloz, 1859, 2, 141). Voyez, dans le même sens, Loiseau, Magnin, Delvincourt, Vazeille, Chardon, cités par Daloz, qui partage cette opinion (au mot *Minorité*, n° 686).

(3) C'est l'opinion de la plupart des auteurs (voyez les témoignages dans Demolombe, t. VIII, p. 285, n° 385). Elle a été consacrée par les arrêts de Grenoble du 5 avril 1819 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 694), d'Amiens du 23 juillet 1814 (*ibid.*, n° 695), d'Agen du 19 février 1830 (*ibid.*, n° 692), de Toulouse du 25 juillet 1809 (*ibid.*, nos 687, 3°), de Paris du 9 août 1811 (*ibid.*), de Lyon du 11 juin 1856 (Daloz, 1857, 2, 9) et du 8 mars 1859 (Daloz, 1859, 2, 141). Il n'y a pas d'arrêt de la cour de cassation sur cette difficile question.

fants naturels sera nommé par le conseil de famille? Nous n'avons qu'un seul article pour la tutelle dative, c'est l'article 405, et cette disposition, si on veut l'appliquer par analogie, témoigne contre ceux qui l'invoquent. Pour qu'il y ait lieu à la tutelle dative, dit l'article 405, il faut que l'enfant mineur reste *sans père ni mère*. Et on organise une tutelle dative alors que l'enfant naturel a son père et sa mère! La contradiction est flagrante, et ce n'est pas la seule. Par qui le tuteur datif est-il nommé? Par le conseil de famille. Or, l'enfant naturel n'a pas de famille. Que fait-on pour arriver à un simulacre de conseil? On le compose d'amis. Où est le texte qui permette de composer un conseil de famille uniquement d'amis? Et quand il n'y a pas d'amis, le juge de paix appellera, dit-on, des personnes honorables et charitables (1). Demanderons-nous où est le texte qui permet à un prétendu conseil de famille, composé d'inconnus, de déléguer la tutelle?

**416.** Cette objection, très-bien développée par Ducaurroy, prouve trop, dit-on, et partant elle n'a aucune valeur. Il arrive, en effet, un moment où, de l'aveu de tous, le mineur a besoin d'un tuteur. L'enfant naturel reste sans père ni mère : qui sera son tuteur? Une première question se présente. Le dernier mourant des père et mère peut-il nommer un tuteur testamentaire? Il y a controverse et doute. De loi il n'y en a pas, à moins que l'on n'admette l'analogie. L'analogie nous paraît évidente. Si l'on permet au père légitime de nommer un tuteur à son enfant, à plus forte raison faut-il donner ce droit au père naturel. L'enfant légitime, alors qu'il n'a pas de tuteur testamentaire, a des ascendants, il a une famille qui prendront soin de lui; tandis que l'enfant naturel n'a personne, il est seul au monde. Et on veut que le dernier mourant de ses père et mère ne puisse pas désigner l'ami qui sera le protecteur de l'orphelin! On objecte qu'il n'y a pas de texte. Mais les partisans de la tutelle dative ont vraiment bonne grâce de nous opposer le silence de la loi, alors qu'ils créent

(1) Demolombe, t. VIII, p. 277, n° 377. Ducaurroy montre très-bien tout ce qu'il y a d'imaginaire dans ce prétendu conseil de famille (*Commentaire*, t. 1<sup>er</sup>, p. 415, n° 585).

un conseil de famille purement imaginaire et une tutelle dative que le texte repousse (1)!

**417.** La difficulté que nous avons soulevée est reculée, elle n'est pas résolue. Si le dernier mourant des père et mère n'a pas nommé de tuteur, qui le sera? Il ne reste plus que la tutelle dative, car il ne peut être question de celle des ascendants, l'enfant naturel n'ayant pas d'ascendants. Qui nommera un tuteur à l'enfant resté sans père ni mère? Tout le monde s'accorde à dire que ce sera un conseil de famille composé d'amis. C'est un système extralégal, auquel il ne faut recourir qu'à la dernière extrémité. Ducaurroy propose de faire nommer le conseil par le tribunal. Ne serait-il pas plus simple que le tribunal nommât lui-même le tuteur? On dira que les juges n'ont plus de juridiction volontaire. Cela est très-vrai, mais cela n'est pas absolu. Les tribunaux interviennent en matière d'adoption, ils interviennent en matière de tutelle pour homologuer les avis du conseil de famille, ce qui est bien un acte de juridiction gracieuse. Il n'y a donc pas d'incompétence radicale. Il y a des auteurs qui enseignent que le tribunal nomme les tuteurs *ad hoc*, quand la loi n'en a pas attribué la nomination au conseil de famille. Le tuteur donné à l'enfant naturel sera un tuteur *ad hoc*. La loi elle-même nous indique cette voie. Quand l'enfant naturel mineur veut se marier et qu'il est sans père ni mère, qui est appelé à donner son consentement? Ce n'est pas le conseil de famille, c'est un tuteur *ad hoc*. Eh bien, le tribunal nommera aussi un tuteur *ad hoc* pour élever l'enfant ou pour gérer ses biens.

**418.** Nous avons supposé, dans tout ce que nous venons de dire, que les enfants naturels sont reconnus. Quand ils ne le sont pas, il n'y a aucun lien légal entre eux et leurs père et mère, donc pas de puissance paternelle. Si l'enfant est élevé par sa mère, comme cela arrive d'ordinaire, la mère n'aura aucun pouvoir sur lui, ni droit de garde, ni droit de correction, ni administration légale. Il faudrait

(1) C'est l'opinion de Ducaurroy, de Zachariæ et de Taulier. Il y a un arrêt en ce sens. Demolombe est d'avis contraire (Daloz, au mot *Minorité*, n° 693).

de nouveau recourir au tribunal, si l'enfant avait besoin d'un représentant dans un acte juridique. La nécessité de s'adresser au tribunal est la même quand l'enfant est recueilli par un tiers. Il ne serait même plus possible d'organiser un semblant de conseil de famille, puisque les père et mère sont légalement inconnus tant qu'il n'y a pas de reconnaissance, et ils peuvent l'être aussi de fait (1). Il n'y a qu'une seule hypothèse dans laquelle la loi ait étendu sa sollicitude aux enfants malheureux que leurs parents abandonnent, c'est quand ils sont recueillis dans un hospice : la loi du 11 pluviôse an XIII les place sous la tutelle des administrateurs des hospices.

Restent les plus malheureux de tous, les enfants adultérins et incestueux. Leur reconnaissance étant prohibée, ils n'ont légalement ni père ni mère, et il faut leur appliquer ce que nous venons de dire des enfants naturels non reconnus. Mais il se peut que leur état soit constaté par un jugement. Seront-ils alors sous puissance et sous tutelle, comme les enfants naturels simples? On décide généralement la négative (2). Nous repoussons cette opinion de toutes nos forces. Qu'est-ce que la puissance paternelle en droit français? C'est le devoir d'éducation et les moyens que la loi donne aux père et mère pour le remplir. A qui ce devoir incombe-t-il? Aux père et mère, légitimes ou non. Quand les enfants sont illégitimes, ce devoir est constaté par la reconnaissance. Il n'existe donc pas légalement lorsque la paternité ne peut pas être constatée à raison du vice d'adultère ou d'inceste. Mais si par exception la paternité adultérine ou incestueuse est constante, établie par un jugement, de quel droit affranchirait-on le père du devoir que la paternité lui impose? Si la puissance paternelle, si la tutelle étaient établies en faveur de celui qui l'exerce, nous comprendrions qu'on refusât tout droit au père coupable d'adultère ou d'inceste. Mais il s'agit du droit de l'enfant, du droit le plus sacré, de son droit à

(1) Un arrêt de Grenoble du 5 avril 1819, confirmé par la cour de cassation (arrêt du 7 juin 1820) décide qu'il y a lieu à la tutelle dative (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 694).

(2) Demolombe, t. V, n° 597 et t. VIII, n° 370, et les auteurs qu'il cite.

l'éducation, sans laquelle l'homme devient une brute. Et on lui dénie ce droit parce que son père est coupable! Le père ne serait-il pas mille fois plus coupable si, après lui avoir donné la vie, il le tuait moralement? Au point de vue du droit, nous cherchons vainement la raison de la différence que l'on établit entre le père adultérin ou incestueux et le père naturel. Il n'y en a qu'une, c'est que la reconnaissance et la recherche sont prohibées en cas d'adultère ou d'inceste; mais cette différence vient à disparaître quand la paternité est judiciairement établie. Dès que la paternité est constante, l'enfant a droit à l'éducation, donc le père a la puissance paternelle et partant la tutelle. Il va sans dire que dans l'opinion générale qui admet que la tutelle des enfants naturels est toujours dative, celle des enfants adultérins et incestueux doit l'être aussi (1).

#### § VII. Des tuteurs AD HOC.

**419.** Le tuteur *ad hoc* est celui qui est donné au mineur pour une affaire spéciale à laquelle se bornent ses fonctions. On l'appelle aussi *tuteur spécial*.

Quand y a-t-il lieu à la nomination d'un tuteur *ad hoc*? La loi ordonne la nomination d'un tuteur *ad hoc*, quand le mari désavoue l'enfant conçu pendant le mariage (art. 318). Lorsque le père administrateur légal a des intérêts opposés à ceux de l'enfant dont il gère les biens, il y a lieu de nommer un tuteur spécial à l'enfant, parce que pendant la durée du mariage il n'y a pas de subrogé tuteur qui puisse sauvegarder les intérêts de l'enfant (2). La question de savoir quand il y a des intérêts opposés est décidée par le tribunal selon les circonstances. Il a été jugé que le père pouvait représenter son enfant dans une instance en nullité d'un testament, bien que l'enfant fût légataire et le

(1) Un arrêt de Toulouse du 25 juillet 1809 décide qu'il y a toujours lieu à la tutelle dative pour les enfants adultérins et incestueux (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 687, 3°).

(2) Duranton l'appelle un *subrogé tuteur ad hoc*. La loi ignore cette dénomination (*Cours de droit français*, t. III, p. 408, n° 415).