

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).

père héritier légitime. Si le père avait soutenu la nullité du testament, il y aurait eu conflit évident d'intérêts; mais, dans l'espèce, le père concluait au maintien du testament, tant en son nom personnel qu'au nom de l'enfant. Dès lors il n'y avait pas lieu de nommer un tuteur *ad hoc* (1).

Si le mineur est sous tutelle, il n'y a pas lieu, en général, à lui donner un tuteur *ad hoc*. En effet, aux termes de l'article 420, le subrogé tuteur a précisément pour mission d'agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. Il peut cependant se faire que l'intervention du subrogé tuteur ne suffise pas pour garantir les intérêts des mineurs. Le code civil prévoit un cas pareil : « Si parmi les cohéritiers il y a des mineurs et s'ils ont des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun un tuteur particulier et spécial (art. 838). » Il suit de là que l'on peut poser en principe qu'il y a lieu de nommer un tuteur *ad hoc* au mineur sous tutelle dès que son intérêt l'exige, c'est-à-dire dès que cet intérêt n'est pas suffisamment garanti par l'intervention du subrogé tuteur. Par application de ce principe, il a été jugé que le tuteur qui plaide contre son pupille doit lui faire nommer un tuteur *ad hoc* pendant la litispendance. Il ne suffit pas que le procès soit intenté contre le subrogé tuteur; le mineur doit être représenté par un tuteur, lequel est surveillé par le subrogé tuteur. Si la demande était formée contre le mineur ou contre le subrogé tuteur, toute la procédure serait nulle (2).

420. Qui nomme le tuteur *ad hoc*? Il y a un cas dans lequel la loi décide la question; quand des tuteurs spéciaux doivent être nommés à des mineurs qui ont des intérêts opposés dans un partage, le code de procédure veut (art. 968) qu'ils soient nommés par le conseil de famille. On enseigne généralement, comme un point hors de tout doute, qu'il en est de même dans les autres cas (3). Cette opinion est contraire à la rigueur des principes. On s'ac-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 5 juillet 1847 (Daloz, 1848, 1, 148).
 (2) Rennes, 19 juillet 1826 et 9 avril 1827 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 719, 1° et 2°).
 (3) Daloz, au mot *Minorité*, n° 724.

corde à dire que le conseil de famille n'a d'attributions que celles que la loi lui donne; sa compétence doit donc être interprétée d'une façon restrictive. La conséquence logique de ce principe est que le tuteur *ad hoc* ne peut être nommé par le conseil que lorsque la loi le dit. Hors ces cas, c'est aux tribunaux à suppléer au silence de la loi, car leur compétence est générale. Il en doit être ainsi surtout quand il est impossible de constituer un conseil de famille. Tel est le cas des enfants naturels, qui n'ont pas de famille. On doit forcément alors s'adresser aux tribunaux.

SECTION III. — Du subrogé tuteur.

§ I^{er}. Nomination.

421. « Dans toute tutelle, dit l'article 420, il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille. » La subrogée tutelle est donc toujours dative; il n'y a pas de subrogé tuteur légal, et le dernier mourant des père et mère, qui peut choisir un tuteur à ses enfants, ne peut pas nommer de subrogé tuteur (1). Pourquoi la loi veut-elle que la subrogée tutelle émane toujours du conseil de famille? Les fonctions mêmes du subrogé tuteur impliquent qu'un choix est nécessaire. Il est appelé à surveiller la gestion du tuteur, à provoquer sa destitution, s'il y a lieu; il faut donc qu'il ait la fermeté nécessaire pour remplir ces difficiles fonctions. Il doit intervenir quand le tuteur et le mineur ont des intérêts opposés; il faut donc qu'il n'ait pas les mêmes intérêts que le tuteur. Enfin, le subrogé tuteur est en quelque sorte le mandataire du conseil de famille. Le conseil se réunit rarement; le contrôle de la tutelle qui lui est confié repose en grande partie sur le subrogé tuteur; il est donc bon qu'il soit l'homme de confiance du conseil. D'après cela, on concevrait difficilement que le subrogé tuteur fût nommé par la loi. Le dernier mourant des père et mère aurait pu, à la rigueur, choisir

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 504, n° 517.