

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<sup>er</sup>. 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.

un subrogé tuteur ; mais il eût été à craindre que ce choix ne répondît pas au vœu du législateur. Celui qui donne et demande une marque d'amitié en nommant un tuteur testamentaire, ne peut guère choisir un surveillant sévère du tuteur auquel il confie ses enfants. Mieux valait laisser ce soin au conseil de famille, appelé lui-même à contrôler la tutelle.

**422.** La loi veut que le subrogé tuteur soit nommé aussitôt qu'il y a un tuteur. Dès qu'il y a un tuteur qui doit être surveillé, il faut qu'il y ait un surveillant. Quand la tutelle est dative, la nomination du subrogé tuteur a lieu immédiatement après celle du tuteur (art. 422). Quand la tutelle est légale ou testamentaire, le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer un conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur. Cette obligation est sanctionnée par une peine très-grave. Si, dit l'article 421, le tuteur s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir fait nommer un subrogé tuteur, le conseil de famille peut lui retirer la tutelle, s'il y a eu dol de sa part, sans préjudice des indemnités dues au mineur. La loi ajoute que le conseil de famille sera convoqué à cet effet, soit sur la réquisition des parents, créanciers ou autres parents intéressés, soit d'office par le juge de paix. La destitution ne peut être prononcée que s'il y a dol. Le plus souvent il n'y aura que négligence ou ignorance de la loi. Quand même il n'y a que simple faute, le tuteur sera tenu des dommages-intérêts. C'est l'application du droit commun.

**423.** La loi ne veut pas que le tuteur gère avant qu'il y ait un subrogé tuteur. Si de fait il gère sans qu'il y ait un subrogé tuteur, les actes qu'il fera seront-ils frappés de nullité ? Il est certain que le mineur en pourra demander la nullité, s'il s'agit d'un acte dans lequel l'intervention du subrogé tuteur est requise par la loi : c'est l'application du droit commun qui lui permet d'agir en nullité dès que les formes protectrices établies dans son intérêt n'ont pas été remplies. Si la présence du subrogé tuteur n'était pas nécessaire, il n'y aurait plus lieu à nullité, le tuteur ayant fait ce qu'il avait le droit de faire, sauf au mineur à demander des dommages-intérêts s'il était lésé ; c'est

l'application des principes qui régissent la responsabilité du tuteur.

Les tiers qui ont contracté avec le tuteur peuvent-ils aussi demander la nullité des actes qu'il fait sans qu'il y ait un subrogé tuteur ? Tout le monde admet que les tiers ne peuvent pas opposer le défaut de nomination d'un subrogé tuteur, quand il s'agit d'un acte d'administration que le tuteur a le droit de faire sans intervention du subrogé tuteur. Vainement dirait-on que le tuteur ne peut pas gérer et que cette incapacité est d'ordre public. La loi ne dit pas cela, elle ne déclare pas le tuteur incapable de gérer ; il peut donc et il doit même administrer, car il est tuteur. Si la présence du subrogé tuteur est nécessaire, les tiers ont le droit d'exiger que le tuteur fasse nommer un subrogé tuteur ; mais s'ils contractent ou s'ils plaident sans qu'ils aient usé de ce droit, ils ne peuvent pas agir en nullité. La nullité n'est pas d'ordre public, elle n'est établie que dans l'intérêt du mineur ; lui seul peut donc s'en prévaloir (1). La jurisprudence est en ce sens (2).

**424.** Qui peut être nommé subrogé tuteur ? Le conseil de famille a pour la nomination du subrogé tuteur la même latitude que pour celle du tuteur ; il peut donc nommer un parent, un allié ou un étranger, sauf l'application des règles concernant les excuses. Toutefois son choix, en ce qui concerne les parents, est restreint par une disposition spéciale. « Le subrogé tuteur, dit l'article 423, sera pris dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas. » Cette disposition est une conséquence de l'article 420, aux termes duquel les fonctions du subrogé tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur. Si le subrogé tuteur appartenait à la même ligne que le tuteur, il aurait les mêmes intérêts que celui-ci, et par suite il se trouverait en conflit avec le pupille. De là la restriction de l'article 423. Le but de cette disposition est donc d'em-

(1) Aubry et Rau, t. I<sup>er</sup>, p. 417. Demante, t. II, p. 248, n° 171 bis I. En sens contraire, Demolombe, t. VII, p. 220, nos 363, 364.

(2) Arrêts de Riom du 1<sup>er</sup> mars 1817 et de la cour de cassation du 4 juin 1818 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 298).

pécher que le subrogé tuteur et le tuteur n'aient les mêmes intérêts; il ne dit pas, comme on l'a jugé, que s'il y a des parents dans les deux lignes, le conseil de famille soit forcé de prendre le subrogé tuteur parmi les parents de la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas; le conseil pourra nommer, en ce cas, un étranger (1). Tout ce qui résulte de la loi, c'est qu'il devra nommer un étranger s'il n'y a de parents que dans une ligne.

Il résulte encore une autre conséquence de la restriction établie par l'article 423. Si le tuteur est remplacé par un parent appartenant à la ligne dans laquelle le subrogé tuteur a été choisi, le conseil de famille devra nommer un autre subrogé tuteur. On ne peut pas dire qu'il aurait dû prendre le tuteur dans la ligne à laquelle le subrogé tuteur n'appartient pas. Le conseil doit jouir de la plus entière liberté dans son choix; il se détermine par l'intérêt du mineur (2).

Si le conseil de famille avait choisi le subrogé tuteur dans la ligne du tuteur, y aurait-il nullité de la délibération? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. La tutelle est d'ordre public, puisqu'elle est établie dans l'intérêt des incapables. Or, le contrôle de la gestion du tuteur est de l'essence de la tutelle, et il n'y a plus de contrôle possible quand les intérêts du subrogé tuteur aussi bien que ceux du tuteur sont opposés aux intérêts du mineur. C'est ce qui arrivera nécessairement si le tuteur et le subrogé tuteur appartiennent à la même ligne (3).

**425.** L'article 423 ajoute : « Hors le cas de frères germains. » Quel est le sens de cette exception? Les frères germains appartiennent aux deux lignes. Quand donc un frère germain est tuteur, on ne pourrait, d'après la règle établie par l'article 423, prendre le subrogé tuteur parmi les parents, puisqu'il appartiendrait nécessairement à la ligne du tuteur. C'est à cette règle que la loi fait exception; elle veut donc dire que si le tuteur est un frère ger-

(1) La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 290).

(2) Nancy, 14 mars 1826 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 292).

(3) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I<sup>er</sup>, p. 420, note 1.

main, le subrogé tuteur pourra être pris indifféremment dans l'une des deux lignes. Logiquement il aurait fallu décider que, dans ce cas, le conseil doit nommer un étranger subrogé tuteur; c'est le seul moyen de sauvegarder les intérêts du mineur (1). On a proposé une autre interprétation plus restrictive de l'article 423. Comme le texte parle de frères germains au pluriel, on dit qu'il prévoit le cas où le tuteur et le subrogé tuteur sont frères germains du mineur (2). Cette interprétation est plus favorable au mineur, en ce sens que le tuteur et le subrogé tuteur étant ses plus proches parents, il n'y a pas à craindre qu'ils sacrifient leur devoir à leur intérêt. Mais l'interprétation est inadmissible. Quand la loi pose une règle et qu'elle y fait exception, l'exception porte naturellement sur la règle. Et quelle est la règle, dans l'espèce? Le code dit que le subrogé tuteur doit être pris dans la ligne à laquelle le tuteur n'appartient pas. C'est à cette règle que l'article 423 déroge, *en cas de frères germains*; donc si le tuteur est un frère germain, le subrogé tuteur peut être pris dans la ligne du tuteur, c'est-à-dire dans l'une ou l'autre ligne, puisque le tuteur appartient aux deux lignes.

**426.** La règle et l'exception établies par l'article 423 s'appliquent-elles aux alliés? Il nous semble que l'affirmative n'est pas douteuse. La loi ne mentionne pas les alliés, il est vrai, mais elle ne les exclut pas non plus. Il faut donc appliquer le principe général que le code suit en matière de tutelle : les alliés sont sur la même ligne que les parents. Quand il s'agit de la composition du conseil de famille, l'article 408 y appelle indifféremment, et à titre d'exception, les frères germains et les maris des sœurs germaines. On doit suivre la même règle pour la subrogée tutelle (3).

Faut-il étendre l'exception, que la loi fait pour les frères germains, à tous les parents qui appartiennent aux deux lignes? Les exceptions ne s'étendent pas, à moins qu'elles

(1) Demante, t. II, p. 250, n° 173 bis IV. Demolombe, t. VII, p. 324, n° 369.

(2) Duranton, t. III, n° 518. Marcadé, t. II, p. 218, art. 423, n° 1. Aubry et Rau, t. I<sup>er</sup>, p. 421.

(3) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 218, n° 1 de l'article 423.

ne soient l'application d'un principe. Celle que l'article 423 consacre déroge, au contraire, à un principe, et à un principe d'ordre public. Cela suffit pour qu'il faille rejeter toute extension de la loi. D'ailleurs il n'y a pas même raison. L'exception se fonde sur le lien étroit de parenté qui existe entre le tuteur et son pupille; cela est vrai du frère germain, cela n'est plus vrai au delà du degré de frère germain (1).

### § II. Des fonctions du subrogé tuteur.

**427.** Le subrogé tuteur est appelé à surveiller le tuteur; c'est sa fonction principale; mais, chose singulière, la loi ne le dit pas d'une manière expresse. Il n'y a cependant pas de doute. C'est à sa diligence que le conseil de famille est convoqué, quand il y a lieu de destituer le tuteur (art. 446). Cela suppose le droit et le devoir de surveiller l'administration de la tutelle. Comment le subrogé tuteur exercera-t-il cette surveillance? La loi ne lui donne qu'un moyen; encore dépend-il de la volonté du conseil de famille: il peut obliger le tuteur à remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil juge à propos de fixer (art. 470). Cette obligation devrait exister de droit, au lieu d'être facultative; car si le subrogé tuteur n'a point ce moyen de contrôle, la surveillance deviendra impossible.

L'article 420 porte que les fonctions du subrogé tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. De là suit qu'en général, le subrogé tuteur n'agit point, il n'est pas tuteur, ni substitut du tuteur; alors même que la tutelle devient vacante, ou qu'elle est abandonnée par absence, le subrogé tuteur ne remplace pas de plein droit le tuteur; il doit, en ce cas, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424). Appelé à surveiller la gestion, il est impossible que lui-même agisse; car que deviendrait alors le contrôle

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 421, note 5.

de la tutelle? Il y a exception quand les intérêts du mineur et du tuteur sont en conflit: la loi dit que, dans ce cas, il agit; c'est donc lui qui gère alors la tutelle pour un acte spécial. Que devient en ce cas la garantie que le mineur trouve dans la subrogée tutelle? Le subrogé tuteur ne peut pas se surveiller lui-même. A vrai dire, la subrogée tutelle est vacante pendant la durée de cet acte; or, la loi veut qu'il y ait toujours un subrogé tuteur; il faudra donc, comme l'a décidé la cour de Paris, nommer un subrogé tuteur *ad hoc* (1). La loi ne connaît pas cette dénomination, mais elle exprime bien le motif et le but de cette subrogée tutelle provisoire.

Il en est de même, pour identité de motifs, si le subrogé tuteur a des intérêts opposés à ceux du mineur. Le subrogé tuteur ne pourrait pas donner sa démission; car ce n'est pas pour toujours qu'il y a opposition d'intérêts entre lui et le mineur, c'est seulement pour un acte particulier et temporaire; il suffit donc de le remplacer provisoirement par un subrogé tuteur *ad hoc* (2).

### SECTION IV. — Du conseil de famille.

#### § 1<sup>er</sup>. Des membres du conseil.

**428.** « Pour parvenir à une bonne organisation des conseils de famille, dit Berlier, il a paru nécessaire de les rendre peu nombreux, de n'y admettre que les plus proches parents de chaque ligne, et d'obvier à l'influence d'une ligne sur l'autre, par l'appel d'un nombre égal de parents pris dans chacune. On appellera donc les trois plus proches parents de chaque ligne. Voilà la limite qu'on a cru devoir adopter; elle portera le conseil de famille au nombre de sept, en y comprenant le juge de paix, qui en sera membre et président, et dont le caractère impartial dirigera les résultats vers le bien et l'utilité du mineur (3). »

(1) Paris, 11 mars 1843 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 305). La cour de Rennes a décidé que la nomination d'un tuteur *ad hoc* n'était pas nécessaire (arrêt du 24 mai 1851, Dalloz, 1856, 5, 470, n° 17).

(2) Liège, 15 janvier 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 210).

(3) Berlier, Exposé des motifs. n° 11 (Loché, t. III, p. 413).