

suppose cependant que le tuteur l'a ; comment prendrait-il soin de la personne du mineur, si le pupille pouvait quitter la maison du tuteur ou celle où le tuteur l'a placé ? L'article 468 donne au tuteur le pouvoir de correction, mais avec une restriction. Il porte : « Le tuteur qui aura des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur pourra porter ses plaintes à un conseil de famille, et, s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la reclusion du mineur, conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre de la *Puissance paternelle*. » Il résulte de là des différences considérables entre le pouvoir du tuteur et celui du père : le tuteur doit obtenir l'autorisation du conseil de famille pour exercer le pouvoir de correction, tandis que le père n'est jamais soumis à l'autorité du conseil. De plus, le tuteur ne peut pas ordonner la détention du pupille ; la loi dit qu'il peut la provoquer, ce qui implique une demande ; il doit donc agir par voie de réquisition. En serait-il de même si le père était tuteur ? Nous ne le croyons pas. Il est certain que lorsque le père survivant se fait excuser de la tutelle, il conserve l'exercice de la puissance paternelle dans toute sa plénitude. S'il gère la tutelle, sa qualité de tuteur ne peut pas diminuer les droits qu'il a comme père. Il a le pouvoir d'éducation, sans restriction, c'est-à-dire sans être soumis à l'autorité d'un conseil de famille. Donc il doit aussi avoir le pouvoir de correction, sans restriction. Il est vrai que l'article 468 ne distingue pas ; il prévoit le cas général, celui où le tuteur administre la personne du pupille comme tuteur ; mais la distinction résulte des principes. Le droit du père est écrit au titre de la *Puissance paternelle*, et il ne perd pas cette puissance alors qu'il devient tuteur, sauf les limites que la loi y met, pour ce qui regarde l'administration des biens.

SECTION II. — De l'administration des biens.

§ 1^{er}. Des obligations du tuteur quand il entre en fonctions.

6. L'article 418 porte : « Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence ; sinon, du jour où elle lui aura été notifiée. » La notification se fait à la diligence d'un membre du conseil, désigné à cet effet ; elle doit se faire dans les trois jours de la délibération, outre un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est tenue l'assemblée et le domicile du tuteur. (Code de proc., art. 882.)

Le code ne parle pas du tuteur légal. On en a conclu qu'il entre en fonctions dès le jour de l'ouverture de la tutelle : il ne peut ignorer, dit Troplong, la loi qui le saisit (1). Non, mais il peut très-bien ignorer que la tutelle est ouverte. Le tuteur légitime entrera-t-il en fonctions le jour de l'ouverture de la tutelle, s'il est aux Etats-Unis et que la tutelle s'ouvre en France ? Administrer est une chose de fait, qui suppose avant tout la possibilité de gérer ; il faut donc se placer dans la réalité des choses, et voir à partir de quel moment le tuteur peut gérer. Or, il ne le peut certes pas avant qu'il ait connaissance de la délation de la tutelle. Il en est de même du tuteur testamentaire. Reste à savoir s'il faut une notification pour avertir le tuteur que la tutelle lui est déférée. La loi ne l'exige pas, et le législateur seul aurait pu désigner l'autorité qui fera la notification, déterminer les délais dans lesquels elle doit se faire. Dans le silence de la loi, l'on ne peut exiger qu'une chose, c'est que le tuteur légal ou testamentaire ait appris l'ouverture de la tutelle, et qu'il soit dans la possibilité de gérer (1).

La question de savoir quel est le moment précis où le tuteur entre en fonctions était très-importante sous l'empire du code civil, puisque l'hypothèque légale du mineur

(1) Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 432, § 110, et les auteurs qui y sont cités.

datait de ce moment (art. 2194). D'après la loi hypothécaire belge, l'hypothèque du mineur doit être inscrite et n'a de rang qu'à partir de cette inscription.

N° 1. SPÉCIALISATION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR

7. La loi hypothécaire belge soumet l'hypothèque légale du mineur aux principes de la spécialité et de la publicité. Elle charge le conseil de famille de spécialiser l'hypothèque, en fixant la somme pour laquelle il sera pris inscription, et en désignant les immeubles sur lesquels inscription sera prise. Cette délibération du conseil étant essentielle pour la conservation des droits du mineur, la loi veut que le conseil se réunisse avant l'entrée en gestion du tuteur (art. 49), donc aussitôt que possible après l'ouverture de la tutelle. Nous ne faisons que poser le principe : le siège de la matière est au titre des *Hypothèques*.

N° 2. DE L'INVENTAIRE.

8. L'article 451 porte : « Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur. » Aux termes de l'article 819, les scellés doivent être apposés quand une succession s'ouvre, et qu'il y a des mineurs parmi les héritiers. Comme la première ouverture de la tutelle a lieu lors de la mort de l'un des père et mère, on pourrait croire que les scellés doivent toujours être mis. Mais le code de procédure a dérogé au code civil; le scellé ne doit être apposé que si le mineur est sans tuteur; or, il a régulièrement un tuteur, puisque le survivant des père et mère est tuteur légal. (Code de proc., art. 910-911.)

9. L'inventaire est un acte notarié qui contient l'énumération, la description et l'évaluation des biens mobiliers du mineur; les dettes y sont également relatées. Quant aux

immeubles, il est d'usage de les mentionner, mais sans les décrire ni les estimer. Le code civil comprend les immeubles dans l'expression générale de *biens du mineur*. Mais l'article 943 du code de procédure, qui énumère en détail ce que l'inventaire doit contenir, ne parle pas des immeubles. L'inventaire est surtout nécessaire pour les meubles, notamment pour les titres; il en prévient le détournement : ce danger n'est pas à craindre pour les immeubles, puisque le propriétaire peut toujours les revendiquer, tandis que la revendication des meubles n'est pas admise en droit français (art. 2279) (1). L'inventaire est aussi la base du compte que le tuteur doit rendre à la fin de sa gestion. Enfin, dès le début de la tutelle, le conseil de famille doit connaître la fortune du mineur, d'abord pour spécialiser l'hypothèque légale qu'il a sur les biens du tuteur, puis pour fixer le chiffre de la dépense annuelle du pupille. (Loi hypothécaire, art. 49, et code civil, art. 454.)

L'article 451 semble faire une obligation absolue à tout tuteur de faire procéder à l'inventaire des biens du mineur, dans les dix jours qui suivent celui de sa nomination. C'est que le code suppose que la tutelle vient de s'ouvrir, que le mineur succède à ses père et mère, que par suite ses biens doivent être constatés. Si le tuteur est remplacé par un nouveau tuteur, en cas d'excuse, de destitution, ou en cas de mort, il n'y a pas lieu de procéder à un inventaire, puisqu'il y en a déjà un. Le compte qui doit être présenté au nouveau tuteur en tiendra lieu. Toutefois cela suppose qu'il existe un inventaire fait lors de l'ouverture de la tutelle. Si l'ancien tuteur avait négligé de remplir cette formalité essentielle, le nouveau tuteur devrait y procéder; le compte ne tient pas lieu de l'inventaire, car il ne présente pas les mêmes garanties : il se fait sans intervention d'un officier public et sans prestation de serment (2).

La disposition de l'article 451 est générale, en ce sens que tout tuteur qui commence la gestion de la tutelle doit faire inventaire, même le survivant des père et mère. Pour

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 331, n° 546.

(2) Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 438, et les auteurs qu'ils citent.

mieux dire, c'est surtout à lui que cette obligation incombe, car régulièrement c'est lui qui gère le premier la tutelle. Il est vrai que le code suppose que le tuteur est datif, puisqu'il dit que l'inventaire doit être dressé dans les dix jours qui suivent la nomination du tuteur; cette expression ne s'emploie que du tuteur élu par le conseil de famille. Mais les principes ne laissent aucun doute sur le sens de la loi. Les règles de la tutelle sont toutes générales de leur nature, et s'appliquent par conséquent à tout tuteur; quand le législateur veut faire une exception pour le père ou la mère, il le dit. Donc par cela seul qu'il ne fait pas exception dans l'article 451, les père et mère sont compris dans la loi (1).

10. Le testateur peut-il dispenser le tuteur de l'obligation de faire inventaire? La négative nous paraît évidente. Pourquoi la loi prescrit-elle l'inventaire? C'est une garantie pour le mineur; or, toutes les garanties que la loi établit dans l'intérêt des incapables sont d'ordre public; partant il n'est pas permis d'y déroger (art. 6). L'inventaire tient encore aux bonnes mœurs, car il a pour objet de prévenir les détournements, c'est-à-dire un fait immoral; or, on ne peut pas déroger aux lois qui intéressent les bonnes mœurs. Cela suffit pour décider la question. On objecte que le testateur pourrait, s'il n'y a pas d'héritiers réservataires, donner tous ses biens au tuteur; à plus forte raison, dit-on, peut-il le dispenser de rendre compte; car qui peut le plus, peut le moins. Voilà une de ces maximes banales que l'on applique à tort et à travers. Sans doute, qui peut le plus, peut le moins, quand il n'y a aucune raison de différence entre le plus et le moins, quand le moins est dans le même ordre d'idées que le plus; mais quand le moins appartient à un autre ordre de principes, l'adage n'est plus applicable. Le testateur peut donner tous ses biens au tuteur, c'est le droit du propriétaire. Mais personne ne peut déroger à des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, donc le testa-

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 357, note I. Demolombe, t. VII, p. 332, n° 547.

teur ne peut dispenser le tuteur de faire inventaire. Il ne s'agit pas ici d'un *moins*, il s'agit d'un ordre de choses tout à fait différent. Dans le legs que le testateur fait au tuteur, l'ordre public et les bonnes mœurs sont hors de cause; tandis que dans la dispense d'inventaire, l'ordre public et les bonnes mœurs sont violés. Nous croyons inutile d'insister sur cette controverse; à notre avis, c'est une de celles qui devraient disparaître de la science du droit (1).

11. Quel est l'effet du défaut d'inventaire? On répond que le mineur pourra prouver la consistance et la valeur des effets non inventoriés par toute espèce de preuve, notamment par témoins et par la commune renommée. Quant à la preuve testimoniale, il n'y a pas de doute, c'est l'application du droit commun: d'après l'article 1348, le créancier peut invoquer la preuve par témoins toutes les fois qu'il ne lui a pas été possible de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Telle est certainement la position du mineur; non-seulement il n'a pas pu se procurer une preuve littérale, mais c'est par la faute du tuteur, par la violation d'un devoir que la loi lui impose, qu'il est dans l'impossibilité de faire preuve de la consistance de ses biens. Il peut donc recourir aux témoignages. Peut-il aussi faire preuve de ses biens par la commune renommée? Cela est douteux. Cette preuve est tout à fait exorbitante du droit commun; c'est donc une exception dans toute la force du mot; or, les exceptions demandent un texte. Marcadé dit que la commune renommée est de droit commun (2). Quand la preuve testimoniale est admissible, dit-il, le juge peut admettre des présomptions; il peut donc se fonder sur des *on dit*. C'est confondre deux preuves essentiellement différentes. Les présomptions sont un raisonnement que fait le magistrat, en tirant une conséquence d'un fait connu à un

(1) Demolombe, t. VII, p. 333, nos 548 et 549. Demante, t. II, p. 276, n° 208 bis V. Massé et Vergé, traduction de Zachariae, t. Ier, p. 427, note 7. Aubry et Rau, t. Ier, p. 437, note 15. En sens contraire: Marcadé, t. II, p. 242, art. 451, n° V. Durantou, t. III, n° 538. Toullier, t. II, n° 1198.

(2) Marcadé, t. II, p. 241, art. 451, n° III. C'est l'opinion commune (Aubry et Rau, t. Ier, p. 436, et note 6).

fait inconnu. Il y a donc un fait connu, certain, sur lequel le juge prend appui. Tandis que lorsqu'on recourt à la commune renommée, tout est inconnu; et on prouve ces faits inconnus par la plus vague et la plus dangereuse de toutes les preuves, de simples *on dit*, c'est-à-dire des bruits qui souvent n'ont aucun fondement. Le législateur admet la commune renommée quand le survivant des époux, commun en biens, ne fait pas inventaire (art. 1442); par analogie, il aurait dû l'admettre aussi en faveur du mineur; mais il ne l'a pas fait, et il nous paraît difficile d'étendre une exception par voie d'analogie.

Quand c'est le survivant des père et mère qui ne fait pas inventaire, la loi établit d'autres sanctions très-rigoureuses. Comme elles sont indépendantes de la tutelle, nous en traiterons au titre du *Contrat de Mariage*; c'est là qu'est le siège de la matière (art. 1442).

II

12. L'article 451, deuxième alinéa, porte : « S'il est dû quelque chose au tuteur par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal. » C'est une mesure de défiance contre les tuteurs de mauvaise foi. On suppose que leur créance est éteinte et que la quittance existe dans les papiers du mineur. Si cette quittance n'était pas inventoriée, le tuteur pourrait la supprimer et réclamer de nouveau le paiement qu'il a déjà reçu. La déclaration exigée par le code prévient cette fraude : le tuteur n'osera pas se dire créancier, alors que la quittance pourra se trouver dans les papiers dont on va faire l'inventaire. Cette disposition qui est dirigée contre la mauvaise foi pourrait compromettre les tuteurs honnêtes qui ignorent la loi. Voilà pourquoi l'article 451 veut que le notaire leur fasse une interpellation. C'est cette réquisition qui justifie la rigueur de la loi. Le tuteur est déchu de sa créance s'il ne la déclare pas; il n'a aucune excuse, si, interpellé par l'officier public, il répond qu'il ne lui est rien dû. Lui-même

prononce sa déchéance; car sa réponse est un aveu, et l'aveu, bien que fait hors justice, a dans ce cas un caractère solennel qui permet d'y ajouter pleine foi.

Il suit de là que la déchéance n'est pas encourue si le notaire ne fait pas la réquisition prescrite par la loi. C'est précisément pour justifier la déchéance que les auteurs du code ont exigé une interpellation de l'officier public (1); les tuteurs ne sont pas tous des légistes, et l'adage que personne n'est censé ignorer la loi ne reçoit d'application qu'aux lois d'intérêt général. La doctrine (2) et la jurisprudence (3) sont d'accord sur ce point. Si le notaire ne fait pas la réquisition au tuteur, il commet une faute, et il en est responsable. Cela ne veut pas dire que si le tuteur réclame contre le pupille une créance non déclarée lors de l'inventaire, le mineur aura par cela seul une action en dommages et intérêts contre le notaire. La créance peut être véritable et n'avoir jamais été soldée; le tuteur l'aurait donc déclarée s'il en avait été requis. Dans ce cas, le mineur ne souffre aucun préjudice, et quand il n'y a pas de dommage causé par une faute, il n'y a pas lieu à dommages-intérêts. Pour que le mineur puisse demander des dommages-intérêts au notaire, il faut qu'il prouve que la créance dont le tuteur a exigé le paiement était éteinte lors de l'inventaire, et que le tuteur est insolvable (4).

13. Qu'est-ce que le tuteur doit déclarer? L'article 451 répond à la question : « Ce qui lui est dû par le mineur. » Il faut donc, en principe, que le tuteur déclare le chiffre exact de la créance qu'il a contre son pupille. Cela suppose que la créance est liquide. Si elle ne l'est pas, s'il s'agit d'un compte qui n'est pas terminé, en conclura-t-on que le tuteur, ne pouvant pas faire de déclaration exacte, n'est pas tenu d'en faire? La cour de Nîmes a décidé, avec raison, que les créances non liquides doivent être déclarées parce que la loi ne distingue pas, et il n'y avait pas

(1) Discours de Huguet, orateur du Tribunat, n° 25 (Loché, t. III, p. 423).

(2) Voyez les auteurs cités dans Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 437, note 14.

(3) Pau, 6 août 1834 (Daloz, au mot *Lois*, n° 250, 4^o) et Nancy, 23 juin 1851 (Daloz, 1852, 2, 84).

(4) Ducauroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. I^{er}, p. 467, n° 651.