

§ II. De l'émancipation expresse.

N° 1. PAR LE PÈRE ET PAR LA MÈRE.

197. L'article 477 porte : « Le mineur, même non marié, pourra être émancipé par son père, ou, à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus. » On objecte qu'à quinze ans, dans nos climats du nord, le mineur n'est encore qu'un enfant. On peut répondre à ce reproche que l'émancipation est facultative, que la loi s'en est rapportée à l'intelligence et à la tendresse du père, et que d'ailleurs l'enfant émancipé conserve un guide et un conseiller dans celui que la nature lui a donné comme soutien.

L'article 477 ajoute : « Cette émancipation s'opérera par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix, assisté de son greffier. » C'est donc par la volonté du père que l'émancipation se fait; le juge de paix ne remplit qu'un ministère passif : il ne peut pas refuser la déclaration du père. Toutefois l'intervention de ce magistrat est nécessaire, en ce sens que la déclaration du père ne peut pas être reçue par un autre officier public : l'émancipation est donc un acte solennel. La forme est de l'essence de l'acte ; si elle était faite devant un autre officier public, ou par un acte sous seing privé, l'émancipation n'existerait pas aux yeux de la loi. Il ne suffit pas que le père fasse devant le juge de paix une déclaration d'où l'on pourrait induire la volonté d'émanciper; l'émancipation doit être expresse. Le texte du code le dit, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Il est arrivé qu'un père a demandé, au sein d'un conseil de famille, qu'il fût nommé un curateur à l'un de ses enfants mineurs, à l'effet de procéder au partage d'une succession. La cour de Riom a très-bien jugé que cette demande, à laquelle il fut fait droit, n'était pas une déclaration d'émancipation (1). Émanciper un enfant, c'est l'affranchir de la puissance pater-

(1) Riom, 22 mars 1823 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 765).

nelle, c'est donc abdiquer une puissance et les droits qui y sont attachés, notamment l'usufruit légal; or, les renonciations sont de stricte interprétation, elles ne s'établissent pas par voie d'induction, sauf quand la loi elle-même le dit. Dans notre espèce, la loi dit le contraire, puisqu'elle exige une déclaration, ce qui implique une manifestation expresse de la volonté du père.

Faut-il que la déclaration soit faite devant le juge de paix du domicile du mineur, qui est le domicile du père? On le dit (1), et cette opinion est fondée sur les principes généraux qui régissent le domicile. En général, tous les actes judiciaires ou extrajudiciaires qui intéressent une personne se font à son domicile (art. 102). Toutefois il y a un motif de douter qui nous fait pencher vers l'opinion contraire. Si l'on exige que la déclaration d'émancipation soit reçue par le juge de paix du domicile de l'enfant, il en résultera que, faite devant un autre juge, elle serait nulle, inexistante même. Peut-on, sans un texte de loi, admettre des nullités ou des conditions essentielles pour l'existence d'un acte juridique? Or, l'article 477, qui établit la condition de forme, est conçu dans les termes les plus généraux : le *juge de paix*, assisté de son greffier. Donc tout juge de paix est compétent. Cela est aussi fondé en raison. C'est la volonté du père qui émancipe : pourquoi cette volonté ne pourrait-elle pas se manifester devant un magistrat quelconque? On dit que l'émancipation aura plus de publicité si elle est faite devant le juge du domicile. La vérité est qu'elle n'est jamais publique, car les registres de la justice de paix ne sont pas publics, et la déclaration ne doit pas se faire publiquement. C'est une lacune de notre code. Dans l'ancien droit, on exigeait une insinuation; la coutume de Mons voulait que « toutes les mises hors de pain fussent enregistrées en un registre à ce servant (2). » L'émancipation intéresse les tiers; elle devrait donc être rendue publique comme tous les faits qui concernent l'état des personnes.

(1) Demolombe, t. VIII, p. 167, n° 194.

(2) *Nouveau Denisart*, t. VIII, au mot *Émancipation*, § 4, n° 8. Merlin, *Répertoire*, au mot *Émancipation*, § 1^{er}, n° 10 (t. X, p. 127).

198. Comment se fait la preuve de l'émancipation? Puisque le juge de paix doit être assisté de son greffier, la déclaration sera portée sur les registres de la justice de paix. Il est arrivé que ces registres ont été perdus ou détruits. La cour de cassation a décidé que dans ce cas les juges avaient pu recourir à la preuve testimoniale, et par suite à des présomptions (1). Cette décision est conforme aux principes généraux sur la preuve, tels qu'ils résultent de diverses dispositions du code. Aux termes de l'article 46, quand les registres de l'état civil sont perdus, la preuve en est reçue tant par titres que par témoins; et dans ce cas, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés par témoins. L'article 1348 admet aussi la preuve testimoniale, lorsque le créancier a perdu son titre par suite d'un cas fortuit. Et quand la preuve testimoniale est admissible, la loi permet aux juges de recourir à de simples présomptions.

199. Le droit d'émanciper dérive de la puissance paternelle. De là suit que quand la puissance paternelle cesse, le droit d'émanciper cesse également. Il en est ainsi lorsque le père est privé par un jugement criminel « des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le code Napoléon, livre I^{er}, titre IX, de la *Puissance paternelle*. » Tels sont les termes du code pénal de 1810 (art. 335); ils sont reproduits par le code pénal belge (art. 379-382). Si l'on s'en tenait à la lettre de la loi, on devrait dire que le père déchu de la puissance paternelle peut néanmoins émanciper. Nous avons décidé la question en sens contraire, au titre de la *Puissance paternelle* (2), et nous maintenons notre décision. Il n'est pas besoin de texte pour établir une incapacité qui est une impossibilité logique et juridique. Le père qui émancipe son enfant l'affranchit de la puissance paternelle; et comment pourrait-il l'affranchir d'une puissance qu'il n'a plus (3)?

Les auteurs vont plus loin. Ils enseignent que le père

(1) Arrêt de rejet du 27 janvier 1819 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 766).

(2) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 384, n° 290.

(3) Voyez, en ce sens, Demante, t. II, p. 312, n° 243 bis IV.

qui n'a plus la garde de l'enfant ne peut l'émanciper que sous le contrôle des tribunaux (1). Cela s'appelle, à la lettre, faire la loi. De quel droit les tribunaux interviendraient-ils dans l'exercice de la puissance paternelle? La loi dit que c'est le père qui émancipe par sa seule volonté. C'est donc un droit attaché à la puissance paternelle; tant que le père conserve cette puissance, il a un pouvoir absolu d'émanciper, sans que le juge puisse modifier ni contrôler l'exercice de son droit. Sans doute, le législateur aurait pu déclarer que le père qui n'a plus la garde de l'enfant, qui par conséquent ne peut guère apprécier ses facultés et sa conduite, ne peut pas émanciper l'enfant ou ne le peut que sous le contrôle des tribunaux. Mais la loi ne l'a pas fait. L'interprète se trouve donc en présence du pouvoir absolu du père, et il est obligé de le respecter.

La question présente d'autres difficultés. C'est en cas de divorce que la loi permet aux tribunaux de priver le père de la garde de ses enfants, bien qu'il conserve la puissance paternelle (art. 302). Le père a-t-il, en ce cas, le pouvoir absolu d'émancipation que lui donne l'article 477? Nous avons enseigné, au titre du *Divorce*, que le père divorcé n'a plus l'exercice exclusif de la puissance paternelle, que la mère a un droit égal à celui du père (2). De là suit qu'en principe les père et mère devraient concourir pour émanciper l'enfant. Ce concours de volontés est d'autant plus nécessaire que le plus souvent il s'élève des conflits entre les parents divorcés, l'un voulant arracher à l'autre la garde des enfants; l'émancipation pourrait donc devenir un moyen de soustraire les enfants à la garde de ceux auxquels le tribunal les a confiés. Mais que faudrait-il décider si le père seul avait émancipé l'enfant? La mère pourrait-elle demander la nullité de l'émancipation? Nous croyons que l'action en nullité devrait être admise s'il était constaté que le père l'a faite, non parce que l'enfant avait droit et intérêt à être émancipé, mais pour éluder la décision du tribunal qui a enlevé la garde de l'enfant au

(1) Valette, *Explication sommaire du livre I^{er} du code civil*, p. 308

(2) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 339, n° 294.

père. Il est de principe que l'on ne peut faire fraude à la loi, et c'est l'é luder par fraude que d'émanciper un enfant pour empêcher l'exécution d'un jugement rendu en vertu de l'article 302. Il a été jugé que la mère avait le droit de former opposition à l'émancipation, en prouvant qu'elle n'a pas été faite dans l'intérêt du mineur (1).

La même question se présente pour la séparation de corps. On admet généralement que l'article 302 est applicable quand la séparation de corps est prononcée contre le mari; il est, en ce cas, privé de la garde des enfants. Conserve-t-il le droit de les émanciper? L'affirmative ne souffre aucun doute. Il faut ajouter que le père seul pourra émanciper; la mère ne le peut pas, puisque le mariage subsiste. Mais que faudrait-il décider si l'émancipation était faite en fraude d'un jugement qui a enlevé la garde au père? La mère pourra-t-elle demander la nullité de l'émancipation? Nous le croyons, par application des principes que nous venons d'établir. Il y a cependant un motif de douter. Le mariage subsiste; le père, pendant le mariage, a seul l'exercice de la puissance paternelle, il a donc le droit d'émanciper; ce droit est, en principe, absolu; dès lors ne faut-il pas conclure que les tribunaux n'ont aucun pouvoir de le contrôler? Nous répondons que le droit du père n'est plus absolu, si l'on admet que l'article 302 est applicable à la séparation de corps. La puissance paternelle est modifiée, elle est soumise au contrôle des tribunaux appelés à veiller aux intérêts des enfants; dès lors le pouvoir d'émanciper doit aussi être limité, car il pourrait être exercé au préjudice des enfants. Notre conclusion est que l'émancipation faite en fraude de la loi est nulle.

Il y a encore une difficulté dans cette difficile matière. On suppose que l'arrêt qui prononce la séparation de corps ordonne de placer les mineurs dans une maison d'éducation jusqu'à leur majorité ou leur établissement par mariage. Le père émancipe ses enfants et refuse ensuite d'exécuter l'arrêt, en invoquant la maxime qu'à l'impossible personne n'est tenu. Il a été jugé par la cour de Rouen que le père avait,

(1) Paris, 1^{er} mai 1813 (Dalloz, au mot *Minorité*, n^o 770).

à la vérité, le droit d'émanciper ses enfants, mais que ce droit ne le dispensait pas de l'obligation d'exécuter l'arrêt qui lui commandait de placer les enfants dans la maison d'éducation désignée par le juge, en vertu de l'article 302. La cour de cassation a maintenu cette décision. L'arrêt de la cour cherche à concilier l'émancipation avec l'application de l'article 302. L'émancipation subsistera, dit la cour de cassation, mais elle ne pourra produire que ceux de ses effets légaux qui ne seront pas contraires à ce qui a été ordonné souverainement par la justice (1). Il nous semble que la cour suprême ne respecte pas le droit qu'elle reconnaît au père séparé de corps d'émanciper ses enfants. Si l'émancipation est valable, elle doit produire les effets que la loi y attache; or, l'enfant émancipé est maître de sa personne; ni le père ni le juge n'ont le droit de lui imposer un domicile, de le confier à la garde de qui que ce soit. Maintenir l'émancipation et lui refuser cet effet, c'est créer une émancipation que la loi ne connaît pas, c'est donc faire une loi nouvelle. On dira qu'il y a conflit entre l'émancipation et l'arrêt d'une cour souveraine; à notre avis, ce conflit n'existe pas. Qu'est-ce que l'arrêt a ordonné? De mettre dans une maison d'éducation des enfants mineurs; or, par l'émancipation ils cessent d'être mineurs, ils sont majeurs en ce qui concerne leurs personnes; dès lors l'arrêt cesse d'être applicable. Vainement dira-t-on que c'est par la faute du père que l'arrêt ne reçoit pas son exécution; en principe il n'y a pas de faute là où il y a exercice d'un droit. L'acte fait en vertu de la loi ne peut être attaqué que s'il a été fait en fraude de la loi; il n'y avait donc qu'un moyen légal d'empêcher l'exécution de l'acte d'émancipation, c'était d'en demander l'annulation pour cause de fraude.

200. Si le père survivant est destitué de la tutelle, ou si la mère remariée n'est pas maintenue dans la tutelle, conserveront-ils néanmoins le droit d'émanciper leurs enfants? L'affirmative ne souffre aucun doute. En effet, la destitution de la tutelle n'entraîne pas la déchéance de la

(1) Arrêt de rejet du 4 avril 1865 (Dalloz, 1865, 1. 387).

puissance paternelle; quand même on admettrait avec la jurisprudence que la garde de l'enfant peut être enlevée au tuteur destitué, il n'en reste pas moins investi de la puissance paternelle, ce qui décide la question. A plus forte raison en est-il ainsi de la mère qui perd la tutelle, en cas de convol, pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille, ou qui n'est pas maintenue dans la tutelle. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1). Nous croyons inutile d'insister.

Ici revient la question de savoir si le droit du père destitué de la tutelle est placé sous le contrôle des tribunaux. On peut dire que le père destitué est peu digne d'exercer la puissance paternelle; et s'il est indigne de diriger l'éducation de ses enfants, comment aurait-il qualité pour les émanciper (2)? Cela est très-juste, mais l'argument va à l'adresse du législateur, qui aurait dû restreindre, en ce cas, l'autorité du père ou la lui enlever (3). Il n'y a qu'un cas dans lequel on puisse admettre l'intervention des tribunaux, celui de fraude à la loi. Une mère tutrice est destituée pour inconduite notoire, et parce qu'elle donne de dangereux exemples à ses filles mineures; elle les émancipe; non pour leur procurer aucun avantage, mais pour rendre sans effet la destitution qui l'a frappée, en soustrayant ses enfants à la protection du tuteur et en reprenant sur elles le pouvoir dont elle a été privée. C'est éluder la destitution, c'est donc faire fraude à la loi. Les tribunaux peuvent annuler l'émancipation (4).

201. L'article 477 dit que le mineur peut être émancipé par la mère, à défaut de père. Cela veut-il dire que la mère ne peut émanciper qu'après la mort du père? ou le peut-elle aussi quand le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté pour cause d'absence ou d'interdiction? Le principe est que le droit d'émancipation appartient à celui qui exerce la puissance paternelle. Régulièrement

(1) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 773.

(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 312, n° 243 bis II.

(3) Voyez ce que nous disons dans le tome IV de nos *Principes*, p. 386, nos 291, 292.

(4) Bordeaux, 7 janvier 1852 (Dalloz. 1852, 2, 200).

c'est le père qui seul exerce cette autorité pendant le mariage (art. 373); lui seul a donc le droit d'émanciper. C'est bien là le sens de l'article 477. Mais la règle reçoit des exceptions. En cas d'absence du père, l'exercice de la puissance paternelle est dévolu à la mère (art. 141); elle doit donc avoir le droit d'émanciper (1). On objecte que la mère en émancipant l'enfant priverait le père de l'usufruit qu'il a sur les biens de ses enfants. L'objection n'est pas aussi sérieuse qu'on l'a cru (2). Dans notre droit moderne, la puissance paternelle n'est pas un droit du père, c'est une protection accordée à l'enfant. La protection doit cesser quand, au lieu d'être utile à l'enfant, elle serait pour lui une entrave. Donc l'émancipation est moins une faveur qu'un droit. A ce titre, il faut qu'elle puisse être accordée à l'enfant dès qu'elle lui est avantageuse. Par qui? Naturellement par la mère, si le père est absent. La mère ne fera que ce que le père aurait dû faire s'il avait été présent. S'il perd l'usufruit légal, c'est comme conséquence de l'émancipation. Puisque l'enfant a droit à l'émancipation, il a, par cela même, droit à la jouissance de ses biens. La mère en émancipant ne prive pas le père d'un droit, car la puissance paternelle n'est plus un droit; quant à l'usufruit légal, il n'a plus de raison d'être quand la puissance paternelle cesse.

Il y a des auteurs qui s'en tiennent au texte de l'article 477 (3). A vrai dire, le texte ne prévoit que le cas ordinaire, comme la loi le fait toujours quand elle parle de la puissance paternelle (art. 384); cela n'empêche pas que l'on ne doive appliquer à la mère ce que la loi dit du père, lorsque la mère a par exception la puissance paternelle pendant le mariage (4). Si l'on donne une interprétation restrictive à l'article 477, on le met en opposition avec l'article 141; or, c'est dans l'article 141 que se trouve le siège

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 186, n° 147.

(2) Duranton dit que la mère pourra émanciper, mais que le père conservera l'usufruit légal (t. III, n° 655). Marcadé (t. II, p. 264) et de Fréminville (t. II, n° 1028) disent que la mère ne peut émanciper que lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans.

(3) Toullier, t. II, n° 1287. Proudhon, t. II, p. 425.

(4) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 351, n° 262.

de la matière. L'article 477 établit la règle, l'article 141 prévoit l'exception (1). Y a-t-il une seconde exception quand le mari est interdit? Nous renvoyons la question au titre de l'*Interdiction*.

Notons encore, à titre de singularité, l'opinion d'un auteur qui à chaque pas fait la loi, en oubliant qu'il y en a une qui enchaîne l'interprète. Demante enseigne que l'expression à défaut de père permet d'attribuer le droit d'émancipation à la mère, quand le père est interdit, absent ou indigne. Si le texte permet cela, tout est dit, semble-t-il. Non; en cas d'absence, la mère pourra émanciper seule; en cas d'interdiction ou d'indignité, elle ne le pourra que si elle est autorisée en connaissance de cause. Est-ce tout? Non, nouvelle restriction, même en cas d'absence, si le mineur n'a pas dix-huit ans; l'examen de la justice est nécessaire, parce que l'émancipation enlèvera au père l'usufruit légal (2). Est-ce un professeur qui parle, ou est-ce un législateur?

202. La mère remariée peut-elle émanciper les enfants de son premier lit sans autorisation de son second mari? Cette question a été vivement débattue à l'occasion d'un jugement du tribunal de Rennes qui s'est prononcé pour la nécessité de l'autorisation (3). Elle se réduit à des termes très-simples. L'autorisation n'est-elle requise que pour sauvegarder les intérêts pécuniaires de la femme et de la famille? Ou est-elle exigée pour toute espèce d'actes juridiques, à raison de l'obéissance et du respect que la femme doit au mari, même pour les actes moraux? Nous avons déjà rencontré la difficulté en traitant de la reconnaissance des enfants naturels, et nous avons décidé que la femme mariée, étant frappée d'incapacité juridique, ne pouvait faire aucun acte, quel qu'il soit, sans autorisation

(1) Demolombe, t. VIII, p. 173, n° 210 (Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 541 et note 10. Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. 1^{er}, p. 452, note 12. Valette, *Explication du livre 1^{er}*, p. 305. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. 1^{er}, n° 683.

(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 312, n° 243 bis IV.

(3) Jugement du tribunal de Rennes du 21 décembre 1840 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 774). Voyez, *ibid.*, une consultation de Daloz, dans le même sens, et une consultation de Vatimesnil, en sens contraire.

maritale (1). Il faut appliquer ce principe à l'émancipation aussi bien qu'à la reconnaissance d'un enfant naturel. On objecte que l'émancipation est moins un droit qu'un devoir; or, conçoit-on que la femme ait besoin d'une autorisation pour remplir un devoir? Nous répondons que l'interprète n'a pas à examiner la nature de l'acte que la femme est dans le cas de passer. Il y a bien des droits qui impliquent un devoir; peu importe: il suffit qu'il s'agisse d'un acte juridique pour que le mari doive intervenir. Dans l'espèce, il y a un motif tout spécial qui exige et justifie cette intervention. Lorsque la veuve ayant des enfants d'un premier lit convole en secondes noces, la loi veut que son second mari soit cotuteur. Pourquoi? Parce que c'est lui qui, en réalité, administrera la tutelle. C'est donc le mari qui dirigera l'éducation des enfants. Qui mieux que lui saura si les enfants méritent d'être émancipés? Et l'on veut qu'il reste étranger à leur émancipation? Remarquons que l'émancipation affranchit, dans ce cas, l'enfant de la puissance paternelle tout ensemble et de la tutelle. La mère en émancipant l'enfant met donc fin à la cotutelle du mari. Et elle aurait ce droit, sans même que le mari cotuteur le sache! Cela n'est pas admissible. Craint-on l'abus de pouvoir du mari? ou son mauvais vouloir pour les enfants d'un premier lit? L'intervention des tribunaux, auxquels la femme peut recourir, répond à ces craintes.

203. L'émancipation accordée par le père ou par la mère peut-elle être attaquée? Nous avons répondu d'avance à la question dans des cas spéciaux (n°s 199 et 200). En principe, les tribunaux n'ont aucun contrôle à exercer sur l'exercice de la puissance paternelle; à notre avis, ils ne peuvent jamais la modifier ni la limiter, car elle est d'ordre public; or, les dispositions qui concernent l'ordre public sont dans le domaine exclusif du législateur; les particuliers n'y peuvent pas déroger, ni les tribunaux, à moins que la loi ne leur en donne expressément le droit (art. 6). La doctrine contraire est cependant plus généralement suivie. Conformément à cette opinion, il a été jugé que les

(1) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 61, n° 38.

tribunaux pourraient annuler l'émancipation, si elle causait un préjudice matériel ou moral au mineur (1). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Bordeaux qui nous paraît plus conforme aux vrais principes (2). La cour n'admet qu'une exception, si l'émancipation se faisait en fraude de la loi. Cela n'est pas dit dans nos textes, mais il est de principe que la fraude fait toujours exception. Les tribunaux sont établis pour maintenir le respect que les citoyens doivent à la loi; par cela même ils doivent refuser la sanction de l'autorité publique aux actes qui auraient pour but et pour effet de frauder la loi, c'est-à-dire de la violer.

204. Les père et mère naturels ont-ils le pouvoir d'émancipation? Oui, et sans doute aucun; puisqu'ils ont la puissance paternelle, ils doivent avoir tous les droits qui en dérivent, lorsque ces droits sont établis en faveur des enfants. Telle est l'émancipation. Il y a cependant une difficulté. Qui exercera le droit d'émancipation? Faut-il appliquer l'article 477 aux père et mère naturels, et décider en conséquence que le père seul a le droit d'émanciper, que la mère ne l'a qu'après le décès du père, et s'il est absent ou interdit? La cour de Limoges, sans résoudre précisément cette question, a décidé en principe que l'article 477, par la généralité de ses expressions, n'établit aucune différence entre les pères et mères légitimes et les pères et mères naturels (3). A notre avis, la distinction résulte de l'article 373, dont l'article 477, n'est que l'application. C'est celui qui exerce la puissance paternelle qui émancipe. Voilà pourquoi l'article 477 donne au père le droit d'émanciper, et ne reconnaît ce droit à la mère qu'à défaut de père. Reste à savoir si le père naturel a aussi l'exercice de la puissance paternelle à l'exclusion de la mère. Nous renvoyons au titre de la *Puissance paternelle*, où la question a été examinée (4).

(1) Caen, 9 juillet 1850 (Daloz, 1852, 5, 231). Comparez le tome IV de mes *Principes*, p. 388, n° 292.

(2) Bordeaux, 14 juillet 1838 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 773, 2°). Comparez Valette, *Explication du livre I^{er}*, p. 308.

(3) Limoges, 2 janvier 1821 (Daloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 197).

(4) Voyez le tome IV de mes *Principes*, nos 348, 349, p. 456, 458.

N° 2. DE L'ÉMANCIPATION ACCORDÉE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE.

205. Quand l'émancipation peut-elle être faite par le conseil de famille? L'article 478 dit que le mineur resté sans père ni mère pourra être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable. Il faut donc que le mineur reste sans père ni mère. La raison en est que le mineur qui a encore ses parents ou l'un d'eux est sous puissance paternelle; or, celui-là seul qui a la puissance paternelle en peut affranchir le mineur. De là suit que le conseil de famille est sans qualité tant que l'un des père et mère vit, car le survivant des père et mère, qu'il soit tuteur ou non, conserve la puissance paternelle.

Que faut-il décider si le survivant des père et mère est absent? L'article 142 dit que six mois après la disparition du père, si la mère est décédée, la *surveillance* des enfants est déferée par le conseil de famille aux ascendans les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire. Qu'est-ce que cette *surveillance*? Nous avons enseigné que c'est une vraie tutelle, mais provisoire; si l'absent revient, il reprend la tutelle légale et la puissance paternelle qui lui appartiennent. Puisque les mineurs sont sous tutelle, il y a lieu d'appliquer l'article 477. Il est vrai que le père absent n'est pas présumé mort; de sorte que l'on pourrait se prévaloir de la lettre de la loi contre notre décision. Nous répondrons sur l'article 477 ce que nous avons dit de l'article 476: la loi prévoit le cas ordinaire et pose une règle générale; en cas d'absence, il y a une exception. C'est donc l'article 142 qui décide la question. Les mineurs sont sous tutelle; ils ont le droit d'être émancipés. Qui fera l'émancipation? Le conseil de famille, puisque c'est le conseil qui émancipe quand le mineur n'est pas sous puissance paternelle. C'est l'opinion générale. Demante y apporte une restriction; il croit qu'il conviendrait de soumettre la délibération du conseil à l'homologation du tribunal. Nous renvoyons cette décision au législateur, pour qu'il en tienne note quand il revisera le code civil. Demolombe aussi voudrait que le tribunal examinât, en cas de