

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<sup>er</sup>*, 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 ascendants 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

présomption d'absence, la nécessité ou l'utilité de l'émancipation (1). Inutile de combattre ces opinions singulières qui n'ont de base ni dans les textes, ni dans les principes.

Si le survivant des père et mère est interdit, le conseil de famille pourra-t-il émanciper? La solution de la question dépend du point de savoir par qui sont exercées dans ce cas la tutelle et la puissance paternelle qui appartiennent au survivant. Nous y reviendrons au titre de l'*Interdiction* (n° 303 bis).

Si les père et mère sont l'un et l'autre absents, il y aura encore tutelle provisoire, car la puissance paternelle qui appartient aux conjoints absents ne peut pas être déléguée. Et dès qu'il y a tutelle, il peut y avoir émancipation. En serait-il de même si les père et mère sont interdits? La puissance paternelle continue à résider sur leur tête; les père et mère existent. Dès lors on n'est ni dans les termes, ni dans l'esprit de l'article 477.

Il y a une grande divergence d'opinions sur les questions que nous venons d'agiter (2). Nous croyons inutile de nous y arrêter. D'abord elles sont de pure théorie, et nous n'aimons pas les débats qui n'ont aucune importance pratique. Puis si la difficulté se présentait par hasard, il serait facile de la décider en maintenant le principe que le conseil de famille ne peut émanciper que lorsque le mineur est sous tutelle, pourvu que cette tutelle ne soit pas celle du survivant des père et mère.

**206.** Quand le mineur est sous tutelle, c'est le tuteur qui devrait avoir le droit de l'émanciper de l'autorité tutélaire, de même que le père a le pouvoir d'affranchir l'enfant de la puissance paternelle. Tel n'est pas le système du code Napoléon. Aux termes de l'article 478, c'est le conseil de famille qui a mission de décider si le mineur est capable d'être émancipé; le tuteur doit seulement faire des diligences pour provoquer l'émancipation, s'il la juge nécessaire ou utile. S'il ne fait aucune diligence à cet

(1) Demante, t. II, p. 313, n° 244 bis. Demolombe, t. VIII, p. 183, nos 223-225. Comparez le tome II de mes *Principes*, p. 186, n° 148.

(2) Marcadé, t. II, p. 266, article 479, n° I. Demolombe, t. VIII, p. 184, n° 226. Mourlon, t. I<sup>er</sup>, p. 580.

effet, dit l'article 479, un ou plusieurs parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, qui jugent le mineur capable d'être émancipé, pourront requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet. Le juge de paix doit déférer à cette réquisition. Quelle est la raison de cette marche compliquée, quand le mineur est sous tutelle, alors que la logique semble demander l'émancipation par le tuteur? C'est que la tutelle est une charge difficile, que l'on n'accepte le plus souvent qu'à son corps défendant et dont on ne demande pas mieux que de se débarrasser. Si donc le tuteur avait le même pouvoir que le père, il serait à craindre qu'il n'en abusât pour se décharger de la tutelle au préjudice de son pupille; tandis que pour le père une pareille crainte ne se conçoit pas. Voilà pourquoi la loi fait intervenir le conseil de famille. Le tuteur pourrait parfois avoir un intérêt contraire; si, administrateur infidèle, il retire un profit illicite de sa gestion, il ne provoquera pas l'émancipation du pupille. Dans cette prévision, la loi donne aux plus proches parents le droit de requérir la convocation du conseil de famille. La loi ne dit pas que le juge de paix a le droit de convoquer le conseil d'office, par une raison très-simple, c'est que généralement ce magistrat ne connaît pas le mineur; comment donc pourrait-il savoir s'il est ou non capable d'être émancipé? Dans le silence de la loi, les auteurs sont divisés sur la question (1). Il nous semble que l'opinion la plus juridique est de décider que le juge de paix n'a pas le droit de provoquer l'émancipation; il s'agit d'une question d'état, donc d'ordre public; en cette matière l'interprète ne peut pas suppléer au silence de la loi. Du reste, la question n'a pas d'intérêt pratique; car si le conseil convoqué par le juge de paix décidait que le mineur est capable, il est bien évident que l'émancipation serait valable.

On demande si le mineur peut provoquer son émanci-

(1) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. I<sup>er</sup>, p. 542, note 12, et par Dalloz, au mot *Minorité*, n° 781.

pation. Il y a aussi sur cette question une grande divergence d'avis. Nous croyons que le silence de la loi décide la question contre le mineur. Si la convocation du conseil était demandée par un parent autre que ceux que la loi indique, le juge de paix devrait-il déférer à cette réquisition? Non, certes. Par la même raison, il ne serait pas tenu de convoquer le conseil sur la demande du mineur. L'interprète ne peut pas imposer à un magistrat une obligation que la loi ne lui impose pas. Le juge de paix ne pourrait pas même déférer à une demande officieuse du mineur, puisque ce magistrat n'a pas le droit d'agir d'office. S'il n'y avait pas de parent au degré déterminé par la loi, le juge de paix convoquerait, nous n'en doutons pas, le conseil, s'il avait de bonnes raisons de croire que le mineur est capable; le fait l'emporterait sur le droit, c'est dire qu'il y a une lacune dans le code, et qu'il aurait dû donner au juge de paix le droit de provoquer d'office l'émancipation (1).

**207.** Le conseil de famille ne peut émanciper le mineur que lorsqu'il a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, tandis que l'enfant peut être émancipé par son père quand il a quinze ans révolus (art. 478). On conçoit que la loi n'a pas pu accorder la même confiance au conseil de famille qu'au père. L'enfant émancipé par son père est de droit affranchi de toute autorité, mais de fait il restera sous la direction morale de l'auteur de ses jours; tandis que le mineur resté sans père ni mère n'aura plus aucun guide, aucun conseil, du jour où il sera émancipé de la tutelle; la loi a donc dû veiller à ce que le mineur émancipé fût en état de se guider lui-même.

L'article 478 détermine la forme de l'émancipation conférée par le conseil de famille. Elle résultera de la délibération qui l'aura autorisée et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte, que le mineur est émancipé.

La loi ne dit pas où le conseil de famille doit être con-

(1) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 543, note 15, et par Dalloz, au mot *Minorité*. n° 780.

voqué. Dans le silence du code, il faut décider que le conseil doit être formé là où le mineur a son domicile. Quel est ce domicile? Le mineur étant sous tutelle, il a pour domicile celui de son tuteur. C'est donc à ce domicile que le conseil doit être réuni (1). La question est cependant controversée. Nous avons dit ailleurs que la doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre un domicile de la tutelle, fixé invariablement au lieu où la tutelle s'est ouverte. On a jugé que c'est le même conseil qui confère l'émancipation (2). Nous n'admettons pas cette doctrine, et en matière d'émancipation, il nous semble qu'il y a des raisons particulières pour la rejeter. Sur quoi le conseil de famille est-il appelé à délibérer? Sur la question de savoir si le mineur est capable d'être émancipé. Et qui est le meilleur juge de cette capacité, pour mieux dire le seul juge compétent? Ne sont-ce pas les parents, qui voient journellement le mineur, qui le connaissent? partant, ceux qui sont sur les lieux, plutôt que des parents plus proches peut-être, mais qui à raison de leur éloignement ne pourraient pas juger en connaissance de cause si le mineur est capable ou non? A défaut de parents, des amis mêmes seraient plus compétents.

Y aurait-il un recours contre la délibération du conseil de famille qui accorde ou refuse l'émancipation? Nous avons examiné la question au titre de la *Tutelle* (3).

### CHAPITRE III.

#### DE LA CURATELLE.

**208.** Le code civil ne dit rien de la curatelle, sinon en passant, pour ainsi dire; l'article 480 porte que le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé, assisté

(1) Marcadé, t. II, p. 269, article 480, n° II.

(2) Demolombe, t. VIII, p. 199, n° 245. Comparez le tome IV de mes *Principes*, p. 556-562, n°s 447-450.

(3) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 585, n° 470.