

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^{er}, 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.

d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille. De là une grande diversité d'avis parmi les auteurs. On demande s'il y a une curatelle légale, comme il y a une tutelle légale (1). Si l'on se place sur le terrain des principes, la question a de quoi étonner. Peut-il y avoir une curatelle légale, c'est-à-dire établie par la loi, alors qu'il n'y a pas de loi? Qui serait bien ce curateur légal? Le père ou la mère qui émancipe? les ascendants? Il faudrait pour cela un texte qui déclarât applicables à la curatelle les dispositions du code sur la tutelle. Dans le silence absolu de la loi, il est de toute évidence qu'il ne peut être question d'une curatelle légale. Il est tout aussi évident que les auteurs qui admettent une curatelle légale font la loi. L'un, c'est le plus logique, décide de son autorité privée que toutes les dispositions sur la tutelle reçoivent de plein droit leur application à la curatelle; aux yeux de Delvincourt, le silence de la loi équivaut à la loi. On lui répond, et la réponse est péremptoire, que s'il y a silence du code sur la curatelle légale, il ne peut pas s'agir de curatelle légale. Mais il n'y a pas silence du code sur la curatelle; nous venons de transcrire l'article qui établit une curatelle dative. Cela suffit pour décider la question. D'autres auteurs donnent la curatelle légale aux père et mère et la refusent aux ascendants; de quel droit? Il y en a qui ne veulent d'autre curateur légal que le père : de quel droit? Nous croyons inutile d'entrer dans la discussion de ces diverses opinions. Dès que l'on admet une curatelle légale sans loi, il est inévitable que chaque auteur fasse la loi à sa guise. Nous ne croyons pas que l'interprète puisse prendre la place du législateur. La loi a parlé, nous avons un texte, donc il faut s'y tenir. Il est imparfait, il est vrai, mais ce n'est pas à l'interprète de le corriger. Donc pas de curatelle légale.

209. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre une exception : c'est que le mari est de droit le curateur de sa femme (2). Une exception consacrant une

(1) Voyez les diverses opinions dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 791.

(2) Voyez la doctrine et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 792. Jugement du tribunal de la Seine du 2 décembre 1853 (Dalloz, 1854.

curatelle légale, alors que, en règle générale, il n'y en a pas, suppose qu'il y a un texte, car il n'y a jamais d'exception sans texte. L'ancien droit que l'on invoque ne suffit point; c'est une probabilité en faveur de l'opinion générale, mais une probabilité n'est pas une loi. On cite l'article 506, qui porte : « Le mari est de droit le tuteur de sa femme interdite. » Voilà un argument d'analogie qui a sa valeur, mais nous répéterons que les exceptions ne s'établissent pas par voie d'analogie. C'est l'article 2208 qui est le vrai siège de la matière. La loi suppose qu'un créancier poursuit l'expropriation des immeubles propres à la femme; elle veut que la poursuite soit dirigée contre le mari et la femme. A quel titre le mari intervient-il? Ce n'est pas pour autoriser sa femme, car en cette qualité le mari ne doit pas intervenir dans l'acte juridique, ni dans le procès qui concerne sa femme; or, la suite de l'article prouve que la loi exige l'assistance du mari. Sur le refus du mari, continue l'article 2208, de procéder avec sa femme mineure, il est nommé à la femme un *tuteur* contre lequel la poursuite est exercée. Le mari quand il procède avec la femme tient donc lieu de ce *tuteur*. Cette expression de *tuteur* est inexacte, la loi a voulu dire *curateur*. En effet, le mari ne peut pas tenir lieu de *tuteur*, la femme mariée n'étant pas sous tutelle; il ne peut être qu'un *curateur*. Donc, dit-on, la loi suppose que le mari est le curateur de sa femme. L'argument n'est pas décisif. L'article 2208 est une disposition spéciale relative à l'expropriation. Peut-on en induire comme règle que le mari est le curateur légal de sa femme? Cela nous paraît bien difficile, d'autant plus que le code ne prononce pas même le mot de *curateur* dans l'article 2208. Mais si le mari n'est pas le curateur légal de sa femme, faudra-t-il que la femme ait un curateur nommé par le conseil de famille?

Nous croyons qu'il n'y a pas lieu de nommer un curateur à la femme mariée, et qu'on ne peut pas dire non plus que le mari soit son curateur légal. Pourquoi le mi-

5, 293). On y trouve l'indication de toutes les sources. Il faut ajouter un arrêt de rejet du 4 février 1868 (Dalloz, 1868, 1, 395).

neur émancipé doit-il avoir un curateur? A cause de l'inexpérience de son âge, il lui faut un guide et un conseil. La femme mariée n'a pas besoin d'un curateur pour la guider et la conseiller; le mari doit l'autoriser pour tous les actes juridiques. Voilà une protection plus efficace que la curatelle. Le curateur n'intervient que dans quelques actes; tandis que le mari doit donner à sa femme une autorisation spéciale pour tous les actes qu'elle veut faire. Cette autorisation, bien qu'elle diffère de l'assistance, vaut l'assistance, puisque le mari et, sur son refus, la justice ne la donne qu'en grande connaissance de cause. La femme devant être autorisée, il est inutile qu'elle soit de plus assistée. Cela explique le silence du code sur la curatelle légale de la femme mariée; il n'en parle pas parce qu'elle est inutile. Il y a cependant un régime sous lequel la femme peut faire des actes d'administration et même disposer de son mobilier sans autorisation maritale. Si une femme mineure est séparée de biens, qui l'assistera quand elle fera un acte d'administration? Elle devra être assistée d'un curateur, et comme toute curatelle est dative, le curateur devra être nommé par le tribunal ou par le conseil de famille, car il s'agit d'un curateur *ad hoc* (1).

Nous fera-t-on le reproche que nous adressons souvent aux auteurs? Dira-t-on que nous faisons la loi? Nous répondrons que nous invoquons le texte du code. Nous l'invoquons pour valider les actes que la femme mariée fait avec autorisation maritale. Quand le mari a autorisé sa femme, faut-il de plus l'assistance d'un curateur nommé par le conseil de famille? Si le conseil nommait le mari curateur, le débat se réduirait à une question de mots: le mari autoriserait et assisterait; en réalité, les deux actes se confondraient. Si le conseil nommait un autre curateur que le mari, on aboutirait ou à une assistance inutile si le curateur ne faisait qu'approuver ce que le mari a déjà approuvé, ou à un conflit insoluble si le curateur et le mari étaient en désaccord. La voie la plus simple pour sortir de ces embarras n'est-elle pas de se contenter de l'autori-

(1) C'est l'opinion de Demante, t. II, I. 315, 316, n° 248 bis III.

sation maritale? L'article 2208 vient à l'appui de cette opinion; il met sur la même ligne l'assistance du *tuteur*, ou, si l'on veut, du curateur, et l'autorisation du mari; et à vrai dire, ces deux actes, quoiqu'ils ne soient pas identiques, ont le même but.

210. S'il n'y a pas de curatelle légale, il n'y a pas, par la même raison, de curatelle testamentaire. Dans une matière d'ordre public, tout doit reposer sur la loi. Il est certain que le dernier mourant des père et mère n'aurait pas eu le droit de nommer un tuteur par testament, si le code ne lui avait conféré expressément ce droit. Donc il faudrait aussi un texte pour lui donner le droit de nommer un curateur. Dira-t-on qu'il y a une raison d'analogie? Quand il y a un intérêt général en cause, tel que l'ordre public, l'argumentation par analogie n'est admissible que s'il y a identité absolue de raison. Or, cela n'est pas dans l'espèce. Le dernier mourant des père et mère ne peut nommer un tuteur que lorsqu'il exerce la tutelle légale; il délègue alors à un ami des pouvoirs qu'il tient de la nature. Tandis que le père, s'il est curateur, tient son mandat du conseil de famille; il ne peut pas déléguer une autorité qu'il n'exerce que comme mandataire. A plus forte raison le père ne peut-il pas, de son vivant, nommer un curateur à l'enfant qu'il émancipe (1).

Notre conclusion est que toute curatelle est dative et doit émaner du conseil de famille. Cette opinion n'est pas à l'abri de toute objection. Il y en a une qui s'appuie sur le texte du code. La seule disposition qui parle de la nomination du curateur est l'article 480; or, cet article suppose que le curateur est nommé pour recevoir le compte de tutelle. Cela implique que le mineur est sous tutelle. Si ses père et mère vivent et s'il est émancipé, il n'a pas de compte de tutelle à recevoir; donc il n'y a pas lieu, dit-on, à appliquer l'article 480, et il n'y en a pas d'autre. Quelle conséquence tire-t-on de là? Que le père est tuteur légal (2). C'est ce que l'on pourrait appeler à bon droit une interpré-

(1) Caen, 27 juin 1812 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 791).

(2) Marcadé, t. II, p. 268, article 480, n° II.

tation judaïque. Il est vrai que c'est à l'occasion de la reddition du compte de tutelle que la loi parle de la nomination du curateur. Est-ce à dire que le curateur ne doit être nommé que lorsque le mineur est sous tutelle? La conséquence logique qu'il faut tirer de l'article 480 est, au contraire, que le curateur ne peut être nommé que par le conseil de famille, puisque c'est le seul article qui s'occupe de cette nomination.

Où le conseil de famille doit-il être formé et convoqué? La cour de cassation applique à la curatelle sa jurisprudence sur le domicile de la tutelle, et décide en conséquence que le conseil de famille doit être formé, non au domicile actuel du mineur, mais au domicile qu'il avait lors de l'ouverture de la tutelle. Cette extension d'un principe qui lui-même n'est pas écrit dans la loi, nous paraît inadmissible. La cour dit que les règles de la curatelle et celles de la tutelle dérivent des mêmes principes et des mêmes dispositions de la loi (1). Une pareille assimilation, dans des termes aussi absolus, est inexacte. La curatelle peut s'ouvrir, et elle s'ouvre d'ordinaire pendant la vie des père et mère, alors qu'il n'y a jamais eu de tutelle: comment donc y aurait-il un domicile de tutelle? Puisque la loi est muette, n'est-il pas plus juridique de s'en tenir au principe général d'après lequel tous les actes extrajudiciaires se font au domicile de la personne qu'ils concernent?

211. Qui peut être nommé curateur? La loi laisse la plus grande latitude au conseil de famille pour le choix qu'il est appelé à faire. D'après le projet de code civil, les fonctions de curateur devaient nécessairement être remplies par l'ancien tuteur. Cette disposition a été supprimée parce que, dans l'intérêt du mineur, le conseil doit être libre de choisir le curateur qui convient le mieux. Le plus souvent ce sera l'ancien tuteur, s'il s'est montré digne de la mission qui lui était confiée. L'article 480, qui veut que le compte de tutelle soit rendu au mineur assisté de son curateur, ne met pas obstacle à ce que l'ancien tuteur soit

(1) Arrêt de rejet du 17 décembre 1849 (Daloz, 1850, 1, 77).

chargé de la curatelle; on pourra nommer au mineur un curateur *ad hoc*, comme cela doit se faire dans tous les cas où les intérêts du curateur sont en opposition avec ceux du mineur émancipé (1).

Le code civil ne dit rien des causes d'excuse, d'incapacité et d'exclusion. Faut-il, dans le silence de la loi, appliquer à la curatelle les dispositions qui régissent la tutelle? La question est controversée et douteuse. Quant aux excuses, une première difficulté se présente; la curatelle est-elle une charge obligatoire? Cela même est controversé (2). Il n'y a qu'un principe qui puisse nous guider, c'est celui de l'analogie. La tutelle est une charge obligatoire; pourquoi? Parce que c'est une charge publique, en ce sens que la société a le devoir de protéger ceux qui ne peuvent se protéger eux-mêmes. Ce motif s'applique évidemment à la curatelle aussi bien qu'à la tutelle; si elle n'était pas obligatoire, le mineur émancipé pourrait se trouver sans curateur, ce qui est absurde. Vient maintenant la question des excuses. Ici on ne peut pas dire qu'il y ait même motif de décider; les fonctions de tuteur sont bien plus difficiles et plus onéreuses que celles de curateur; dès lors le curateur ne peut se prévaloir des excuses qui sont établies en faveur du tuteur. C'est dire qu'il pourra y avoir des excuses de fait empruntées à la tutelle, mais le conseil de famille ne sera pas forcé de les accepter. Restent les causes d'incapacité et d'exclusion. Ici il y a analogie complète: conçoit-on que le curateur donné à un mineur soit lui-même un mineur? Conçoit-on que celui qui a été destitué d'une tutelle devienne curateur (3)? Toutefois il reste un doute. Peut-on étendre des incapacités, des causes d'exclusion qui par leur nature sont infamantes? Non. Il y a donc lacune, et ce n'est pas à l'interprète de la combler. Le bon sens et le sens moral du conseil de famille suppléeront au silence de la loi.

(1) Ducaurroy, *Commentaire*, t. I^{er}, p. 494, n° 687. Séance du conseil d'Etat du 6 brumaire an xi, n° 8 (Loché, t. III, p. 395).

(2) Voyez les diverses opinions dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 795.

(3) Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 539. Demolombe, t. VIII, p. 201, n°s 248-250.