

quand elle finit. Le compte sera rendu au propriétaire des biens, c'est-à-dire à l'enfant. D'après notre article, le père ne doit rendre compte que de la propriété pour les biens dont il avait la jouissance ; car il a fait siens les fruits de ces biens en vertu de son droit d'usufruit. Au contraire, en ce qui concerne les biens soustraits à son droit de jouissance, il doit compte de la propriété et des *revenus*.

Et toutefois il a le droit de déduire sur les revenus à restituer le montant des frais qu'il a faits pour l'éducation et l'entretien de l'enfant, en supposant qu'ils ne soient pas couverts par les revenus d'autres biens appartenant à l'enfant dont le père avait la jouissance ; ces frais sont une charge de la jouissance légale (art. 385), et doivent être imputés en premier lieu sur les revenus des biens qui y sont soumis.

* Un donateur ou un testateur peut-il, par une clause de la donation ou du testament, retirer au père l'administration légale du bien qu'il donne ou lègue à l'enfant ? La jurisprudence admet l'affirmative (Nancy, 42 nov. 1874., Sir., 75. 2. 44), et cette solution est acceptée par la majorité des auteurs, dont quelques-uns toutefois établissent cette restriction : que la clause sera nulle, si elle a été dictée par un sentiment d'hostilité pour le père plutôt que par un sentiment de bienveillance pour l'enfant. La jurisprudence se fonde sur l'art. 387, qui permet au donateur ou au testateur de retirer au père la jouissance légale du bien donné à l'enfant ; donc, dit-on, à plus forte raison l'administration de ces mêmes biens. — On objecte que la disposition de l'article 389, comme toutes celles relatives à la puissance paternelle, est d'ordre public, et que par suite la volonté des particuliers ne peut pas y déroger (arg., art. 6). Il a fallu, dit-on, un texte (art. 387) pour permettre au donateur de déroger à l'article 384 ; il en faudrait un autre pour l'autoriser à déroger à l'article 389. L'y autoriser en vertu de l'article 387, c'est étendre cet article en dehors du cas qu'il prévoit contrairement à la règle *Exceptio est strictissima interpretationis*. — Ne peut-on pas répondre que l'exception dont il s'agit est en réalité contenue dans l'article 387 ? En accordant au père le droit de jouissance légale, la loi lui accorde implicitement le droit d'administration ; car l'usufruitier a le droit d'administrer les biens compris dans son droit d'usufruit ; par suite, en autorisant le donateur à retirer au père le droit de jouissance, l'article 387 l'autorise implicitement à lui retirer le droit d'administration.

II. Des diverses espèces de tutelle en ce qui concerne les mineurs.

834. Voici en peu de mots le système que le législateur a admis sur ce point. Aussitôt que la tutelle est ouverte par la dissolution du mariage, elle est déferée de plein droit au survivant des père et mère. Le survivant, tuteur légitime, peut, s'il craint de mourir avant la majorité ou l'émancipation de son enfant, désigner le tuteur qui devra lui succéder. Cette désignation se fait par acte de dernière volonté, et la tutelle ainsi déferée porte le nom de *tutelle testamentaire*. Si le survivant des père et mère meurt avant la fin de la tutelle sans avoir désigné le tuteur qui doit le remplacer, il y a lieu à la tutelle des ascendants qui est déferée de plein droit par la loi à l'ascendant le plus proche. Enfin, à défaut de toute autre, il y a lieu à la tutelle *dativo* ou tutelle déferée par le conseil de famille.

Il y a donc quatre espèces de tutelles, savoir : la tutelle du survivant

des père et mère ; la tutelle testamentaire ou tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère ; la tutelle des ascendants et la tutelle *dativo* ou tutelle déferée par le conseil de famille. Chacune fait l'objet d'une section distincte de notre chapitre. La tutelle du survivant des père et mère et la tutelle des ascendants sont des tutelles *légitimes*, parce qu'elles sont déferées de plein droit par la loi. La tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère et la tutelle déferée par le conseil de famille sont des tutelles *datives* (de *dare, datum*, donner).

La tutelle légitime était inconnue dans nos anciens pays de coutume. Toute tutelle y était *dativo*, et c'était le juge qui était investi de la mission de nommer les tuteurs. Effectivement la tutelle légale ou légitime présente un danger : le choix fait par la loi est nécessairement un peu aveugle ; le tuteur qu'elle désigne ne sera-t-il pas souvent inhabile à remplir sa mission ? Ne vaudrait-il pas mieux en laisser dans tous les cas le choix à une autorité qui pourrait statuer *cognita causa* ? La loi a sans doute considéré que la plus forte garantie à offrir au mineur consiste dans l'affection de son tuteur. A ce point de vue, son choix n'est pas complètement aveugle, quand elle désigne comme tuteur de droit le père ou la mère du mineur ou ses ascendants. Un autre offrirait peut-être des garanties plus sérieuses au point de vue de la capacité ou de la solvabilité, mais non sous le rapport de l'affection et du dévouement.

SECTION I

DE LA TUTELLE DES PÈRE ET MÈRE

835. « Après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère » (art. 390).

Cette tutelle est appelée *tutelle naturelle*, parce qu'elle était écrite dans la loi naturelle avant de l'être dans la loi positive. La tutelle est avant tout une mission de confiance et d'affection ; qui donc peut mieux la remplir que le survivant des père et mère ?

Cette tutelle est déferée de plein droit, *vi ac potestate legis*, au survivant quel qu'il soit, à la mère par conséquent aussi bien qu'au père. D'après le projet, la mère survivante n'était pas tutrice de plein droit ; elle pouvait seulement être nommée tutrice.

* L'article 390 étant conçu dans les termes les plus absolus, on doit en conclure que le survivant des père et mère serait de droit tuteur, alors même qu'il serait mineur ; c'est ce que dit d'ailleurs explicitement l'article 442 1°. Mais comme il impliquerait contradiction que le survivant, tuteur de son enfant, eût une capacité plus grande pour les actes qui concernent son pupille que pour ceux qui le regardent personnellement, on doit décider que l'assistance de son curateur lui sera nécessaire pour tous les actes de la tutelle, qu'il ne pourrait pas accomplir sans cette assistance pour son propre compte. Quelques auteurs exigent l'assistance du subrogé tuteur, mais cette opinion doit être rejetée, parce que, dans le système admis par notre législateur, le subrogé tuteur n'assiste jamais le tuteur.

836. Il existe plusieurs différences entre la tutelle du père survivant

et celle de la mère survivante. Elles sont indiquées par les articles 391 à 396.

837. PREMIÈRE DIFFÉRENCE. Le père peut, en prévision du cas où sa femme, lui ayant survécu, deviendrait tutrice de ses enfants mineurs, nommer à celle-ci un *conseil de tutelle*, dont l'assistance lui sera nécessaire pour accomplir, soit tous les actes de la tutelle indistinctement, soit certains actes seulement. Au contraire la mère ne peut pas, par une mesure du même genre, restreindre les droits du père pour le cas où il serait appelé à la tutelle; car nulle loi ne l'y autorise. L'article 391 dit à ce sujet: « *Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante et tutrice un conseil, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil sera nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assistance.* » Le plus souvent c'est à une seule personne que le père confie les fonctions de *conseil de tutelle*; le mot *conseil* est ici synonyme de *conseiller*, comme dans les articles 499 et 513, et non d'*assemblée*. Rien ne paraîtrait s'opposer cependant à ce que le père confiât à plusieurs personnes collectivement les fonctions dont il s'agit.

Le conseil de tutelle est un mandataire désigné par l'affection du père. Il faut donc appliquer les règles du mandat, ce qui entraîne les conséquences suivantes :

1^o Celui qui a été désigné par le père pour remplir les fonctions de conseil de tutelle, peut refuser de les accepter (arg., art. 4984); il faudrait une disposition expresse de la loi pour les lui imposer. S'il les refuse, la nomination faite par le père sera considérée comme non avenue, et tout se passera par suite comme si le père n'avait pas nommé de conseil de tutelle.

2^o Le conseil de tutelle serait, comme tout mandataire, responsable, non seulement du dol, mais encore des fautes graves qu'il commettrait dans l'accomplissement de sa mission (art. 4992). Le conseil de tutelle ne doit donc donner son assentiment aux actes de la tutelle qu'après mûr examen, *cognita causa*; autrement il commettrait une faute qui engagerait sa responsabilité.

3^o La mort de la personne désignée pour remplir les fonctions de conseil de tutelle mettra fin à son mandat (arg., art. 2003); et, à dater de ce jour, la mère tutrice se trouvera dans la même situation que si un conseil de tutelle ne lui avait pas été donné. Il ne peut être question en effet de nommer un autre conseil de tutelle à la mère, car le père seul a qualité pour faire cette désignation.

838. Rôle du conseil de tutelle. — Le conseil de tutelle a pour mission d'assister la mère, soit dans tous les actes de la tutelle, soit dans certains actes seulement, suivant la distinction établie en notre article. Il ne suffit pas à la mère de prendre l'avis du conseil de tutelle, sauf à ne pas le suivre; elle est liée par son avis, en ce sens qu'elle ne peut pas accomplir les actes auxquels celui-ci refuse de donner son assentiment. Le doute, que peut laisser subsister à cet égard l'alinéa 1^{er} de l'article 391, se dissipe à la lecture de l'alinéa 2.

La mère est donc incapable d'agir sans l'assistance du conseil de tutelle dans les cas où cette assistance est requise; et de là on doit conclure que le défaut d'assis-

tance serait une cause de nullité, car les actes accomplis par un incapable sont nuls. Les termes prohibitifs dont se sert la loi... *ne pourra...* viennent fortifier cette solution; sous cette expression se cache ordinairement une nullité virtuelle (*supra*, n^o 96). Le mineur sera donc fondé à demander la nullité des actes accomplis par sa mère sans l'assistance requise par la loi, en supposant bien entendu que ces actes lui causent préjudice. — Tel n'est pas cependant l'avis de tous les auteurs. Plusieurs prétendent que le défaut d'assistance du conseil de tutelle ne pourrait jamais servir de base à une action en nullité intentée par le mineur, mais seulement à une action en dommages et intérêts contre sa mère. On invoque surtout en faveur de cette solution l'intérêt des tiers, qui ont traité avec la mère tutrice, ignorant le plus souvent la restriction apportée à ses pouvoirs par la nomination du conseil de tutelle que rien ne pouvait leur faire soupçonner: n'est-il pas souverainement injuste d'autoriser contre eux l'exercice d'une action en nullité qu'ils n'ont pas pu prévoir? Mais tout ce que prouve ce raisonnement, c'est que le législateur a eu tort de n'organiser aucun moyen de publicité pour porter à la connaissance du public la nomination du conseil de tutelle. Ce n'est pas d'ailleurs le seul cas malheureusement, dans lequel le législateur a sacrifié les droits des tiers.

839. La mère, à laquelle le conseil de tutelle refuse le concours qui lui est nécessaire pour accomplir un acte de la tutelle, a-t-elle quelque voie de recours contre ce refus? La plupart des auteurs lui accordent un droit de recours, les uns devant le conseil de famille, les autres devant le tribunal, ce qui paraîtrait plus logique, car le conseil de famille n'a que des attributions limitées, et nul texte ne lui confère celle dont il s'agit. D'autres pensent que, dans le silence de la loi, le plus sûr serait peut-être de décider qu'il n'existe aucune voie de recours.

840. En quelle forme doit être faite la nomination du conseil de tutelle. — « *Cette nomination de conseil ne pourra être faite que de l'une des manières suivantes: — 1^o Par acte de dernière volonté; — 2^o Par une déclaration faite, ou devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaires* » (art. 392).

Par acte de dernière volonté, c'est-à-dire par un acte passé dans la forme des testaments. Mais il n'est pas nécessaire que cet acte constitue un testament, en d'autres termes que le père y dispose de ses biens en tout ou en partie. La loi ne dit pas: « *par testament* »; elle dit « *par acte de dernière volonté.* »

Par une déclaration faite devant le juge de paix... ou devant notaires. Le choix du juge de paix ou des notaires appartiendrait au père, car la loi ne les désigne pas spécialement.

841. DEUXIÈME DIFFÉRENCE. Elle nous est révélée par l'article 393, qui nous signale une particularité de la tutelle de la mère: « *Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille* » (art. 393).

Le personnage, que la loi désigne ici sous le nom quelque peu barbare de *curateur au ventre*, est chargé de veiller aux intérêts de l'enfant à naître et de toutes les autres personnes qui peuvent avoir des droits sur la succession du mari prédécédé. A ce titre, le curateur doit chercher à déjouer les diverses fraudes, que l'on pourrait tenter de commettre pour porter atteinte à leurs droits. Les principales consistent dans la suppression de part, dans la supposition de part et dans la substitution de part.

et celle de la mère survivante. Elles sont indiquées par les articles 391 à 396.

837. PREMIÈRE DIFFÉRENCE. Le père peut, en prévision du cas où sa femme, lui ayant survécu, deviendrait tutrice de ses enfants mineurs, nommer à celle-ci un *conseil de tutelle*, dont l'assistance lui sera nécessaire pour accomplir, soit tous les actes de la tutelle indistinctement, soit certains actes seulement. Au contraire la mère ne peut pas, par une mesure du même genre, restreindre les droits du père pour le cas où il serait appelé à la tutelle; car nulle loi ne l'y autorise. L'article 391 dit à ce sujet : « *Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante et tutrice un conseil, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle. Si le père spécifie les actes pour lesquels le conseil sera nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assistance.* » Le plus souvent c'est à une seule personne que le père confie les fonctions de *conseil de tutelle*; le mot *conseil* est ici synonyme de *conseiller*, comme dans les articles 499 et 513, et non d'*assemblée*. Rien ne paraîtrait s'opposer cependant à ce que le père confiât à plusieurs personnes collectivement les fonctions dont il s'agit.

Le conseil de tutelle est un mandataire désigné par l'affection du père. Il faut donc appliquer les règles du mandat, ce qui entraîne les conséquences suivantes :

1° Celui qui a été désigné par le père pour remplir les fonctions de conseil de tutelle, peut refuser de les accepter (arg., art. 4984); il faudrait une disposition expresse de la loi pour les lui imposer. S'il les refuse, la nomination faite par le père sera considérée comme non avenue, et tout se passera par suite comme si le père n'avait pas nommé de conseil de tutelle.

2° Le conseil de tutelle serait, comme tout mandataire, responsable, non seulement du dol, mais encore des fautes graves qu'il commettrait dans l'accomplissement de sa mission (art. 4992). Le conseil de tutelle ne doit donc donner son assentiment aux actes de la tutelle qu'après mûr examen, *cognita causa*; autrement il commettrait une faute qui engagerait sa responsabilité.

3° La mort de la personne désignée pour remplir les fonctions de conseil de tutelle mettra fin à son mandat (arg., art. 2003); et, à dater de ce jour, la mère tutrice se trouvera dans la même situation que si un conseil de tutelle ne lui avait pas été donné. Il ne peut être question en effet de nommer un autre conseil de tutelle à la mère, car le père seul a qualité pour faire cette désignation.

838. RÔLE DU CONSEIL DE TUTELLE. — Le conseil de tutelle a pour mission d'assister la mère, soit dans tous les actes de la tutelle, soit dans certains actes seulement, suivant la distinction établie en notre article. Il ne suffit pas à la mère de prendre l'avis du conseil de tutelle, sauf à ne pas le suivre; elle est liée par son avis, en ce sens qu'elle ne peut pas accomplir les actes auxquels celui-ci refuse de donner son assentiment. Le doute, que peut laisser subsister à cet égard l'alinéa 1^{er} de l'article 391, se dissipe à la lecture de l'alinéa 2.

La mère est donc incapable d'agir sans l'assistance du conseil de tutelle dans les cas où cette assistance est requise; et de là on doit conclure que le défaut d'assis-

tance serait une cause de nullité, car les actes accomplis par un incapable sont nuls. Les termes prohibitifs dont se sert la loi... *ne pourra...* viennent fortifier cette solution; sous cette expression se cache ordinairement une nullité virtuelle (*supra*, n° 96). Le mineur sera donc fondé à demander la nullité des actes accomplis par sa mère sans l'assistance requise par la loi, en supposant bien entendu que ces actes lui causent préjudice. — Tel n'est pas cependant l'avis de tous les auteurs. Plusieurs prétendent que le défaut d'assistance du conseil de tutelle ne pourrait jamais servir de base à une action en nullité intentée par le mineur, mais seulement à une action en dommages et intérêts contre sa mère. On invoque surtout en faveur de cette solution l'intérêt des tiers, qui ont traité avec la mère tutrice, ignorant le plus souvent la restriction apportée à ses pouvoirs par la nomination du conseil de tutelle que rien ne pouvait leur faire soupçonner: n'est-il pas souverainement injuste d'autoriser contre eux l'exercice d'une action en nullité qu'ils n'ont pas pu prévoir? Mais tout ce que prouve ce raisonnement, c'est que le législateur a eu tort de n'organiser aucun moyen de publicité pour porter à la connaissance du public la nomination du conseil de tutelle. Ce n'est pas d'ailleurs le seul cas malheureusement, dans lequel le législateur a sacrifié les droits des tiers.

839. La mère, à laquelle le conseil de tutelle refuse le concours qui lui est nécessaire pour accomplir un acte de la tutelle, a-t-elle quelque voie de recours contre ce refus? La plupart des auteurs lui accordent un droit de recours, les uns devant le conseil de famille, les autres devant le tribunal, ce qui paraîtrait plus logique, car le conseil de famille n'a que des attributions limitées, et nul texte ne lui confère celle dont il s'agit. D'autres pensent que, dans le silence de la loi, le plus sûr serait peut-être de décider qu'il n'existe aucune voie de recours.

840. En quelle forme doit être faite la nomination du conseil de tutelle. — « *Cette nomination de conseil ne pourra être faite que de l'une des manières suivantes : — 1° Par acte de dernière volonté; — 2° Par une déclaration faite, ou devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaires* » (art. 392).

Par acte de dernière volonté, c'est-à-dire par un acte passé dans la forme des testaments. Mais il n'est pas nécessaire que cet acte constitue un testament, en d'autres termes que le père y dispose de ses biens en tout ou en partie. La loi ne dit pas : « *par testament* »; elle dit « *par acte de dernière volonté.* »

Par une déclaration faite devant le juge de paix... ou devant notaires. Le choix du juge de paix ou des notaires appartiendrait au père, car la loi ne les désigne pas spécialement.

841. DEUXIÈME DIFFÉRENCE. Elle nous est révélée par l'article 393, qui nous signale une particularité de la tutelle de la mère : « *Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille* » (art. 393).

Le personnage, que la loi désigne ici sous le nom quelque peu barbare de *curateur au ventre*, est chargé de veiller aux intérêts de l'enfant à naître et de toutes les autres personnes qui peuvent avoir des droits sur la succession du mari prédécédé. A ce titre, le curateur doit chercher à déjouer les diverses fraudes, que l'on pourrait tenter de commettre pour porter atteinte à leurs droits. Les principales consistent dans la suppression de part, dans la supposition de part et dans la substitution de part.

» toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée » (art. 395). « Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari, qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage » (art. 396).

La mère tutrice qui se remarie passe sous l'autorité d'un nouveau maître; si elle conserve la tutelle de ses enfants, en fait c'est le deuxième mari qui la gèrera. Il convenait donc de s'assurer que le deuxième mari est digne de cette gestion : c'est ce qu'examinera le conseil de famille, qui doit être convoqué à cet effet par les soins de la mère avant l'acte de mariage. Si la mère ne fait pas cette convocation, elle perd la tutelle de plein droit. Au contraire le père tuteur qui se remarie conserve son indépendance; en fait comme en droit, c'est lui qui, après comme avant son nouveau mariage, gèrera la tutelle de ses enfants du premier lit; le nouveau mariage du père ne devait donc exercer aucune influence sur la tutelle dont il est investi. Telle est la raison d'être de la différence que la loi établit ici entre la tutelle du père et celle de la mère. Cette différence n'existait pas dans le projet; elle y a été introduite après coup.

Cela posé, examinons successivement les deux hypothèses, qui peuvent se présenter quand la mère tutrice se remarie.

846. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. *La mère a convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.* Le conseil de famille peut retirer la tutelle à la mère ou la lui conserver.

S'il retire la tutelle à la mère, ce qu'il ne doit faire que pour des motifs très-graves, il fera nommer un tuteur pour la remplacer.

Si le conseil de famille conserve la tutelle à la mère, il doit nécessairement lui donner le second mari pour cotuteur. *Cotuteur* signifie *tuteur avec* : le deuxième mari sera donc nommé tuteur avec sa femme. Présument que celui-ci gèrera *en fait* la tutelle qui est conservée à la mère, la loi veut qu'il ait *en droit* le titre de tuteur.

Cela étant, il eût été beaucoup plus simple de dire que le nouveau mari est de droit cotuteur de sa femme. Puisque, dans la pensée du législateur, la cotutelle du deuxième mari est nécessaire, mieux valait l'inscrire dans la loi que d'imposer au conseil de famille l'obligation de la lui conférer; on aurait ainsi reproduit sous une autre forme l'ancien adage « Qui épouse la veuve épouse la tutelle ». Telle était bien certainement l'idée du législateur; aussi faut-il décider que, si le conseil de famille, en conservant la tutelle à la mère, avait omis de nommer le nouveau mari cotuteur, cette omission se réparerait en quelque sorte d'elle-même, et n'empêcherait pas le deuxième mari d'avoir le titre de cotuteur.

Le conseil de famille a conservé la tutelle à la mère et nommé le nouveau mari cotuteur. Par qui la tutelle sera-t-elle gérée? par la mère et par son deuxième mari conjointement; car ils sont tous les deux tu-

teurs, et il n'y a pas de motif pour accorder la prééminence à l'un sur l'autre. Le concours des deux époux sera donc nécessaire pour tous les actes de la tutelle, non-seulement pour les actes de disposition, mais même pour ceux de simple administration.

De plus le nouveau mari est solidairement responsable avec sa femme des suites de la gestion *postérieure au mariage*, c'est-à-dire de la gestion à laquelle il a coopéré, — *solidairement*, c'est-à-dire pour le total.

Il y a un lien si étroit entre la tutelle de la mère remariée et la cotutelle de son nouveau mari que toute cause qui met fin à l'une met fin en principe à l'autre.

Ainsi la tutelle de la mère cesse pour une cause quelconque, sa mort par exemple; la cotutelle du mari cessera du même coup. Le mari n'est pas tuteur; il est seulement *cotuteur*, ce qui indique qu'il ne peut être tuteur qu'autant que sa femme est tutrice. En sens inverse, le mari est destitué de la cotutelle, la mère perdra la tutelle. Si elle la conservait, on s'exposerait à voir le mari gérer en fait une tutelle qu'il a été déclaré indigne de conserver en droit. — Il en serait autrement, si la cotutelle du mari prenait fin ou par sa mort ou par son interdiction. Quand le mari est là, pouvant gérer la tutelle, la loi veut qu'il assume en droit la responsabilité d'une gestion qu'il exercera en fait, et par suite si le mari cesse d'être tuteur en droit, il faut nécessairement lui retirer en fait l'exercice de la tutelle: le seul moyen pour en arriver là est de retirer la tutelle à la mère. Il n'en est plus de même évidemment, quand le mari est devenu incapable en fait comme en droit de gérer la tutelle: ce qui arrive quand il est mort ou interdit.

847. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *La mère n'a pas convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.* Elle perd par ce seul fait la tutelle de plein droit, *ipso jure*. C'est une peine, et une peine sévère, que la loi prononce contre elle pour n'avoir pas obéi à ses prescriptions.

Il arrivera souvent que la femme conservera en fait la tutelle qu'elle a perdue en droit. Et comme le mari gère presque toujours les affaires de sa femme, il en résulte que celle-ci sera tutrice de fait et son mari cotuteur de fait. Quelles seront les conséquences de cette tutelle et de cette cotutelle de fait? La loi dit que le nouveau mari « sera solidairement responsable avec sa femme de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée »; *de toutes les suites*, partant de toutes les conséquences de la tutelle sans exception. Le nouveau mari est donc responsable de la gestion antérieure au mariage comme de la gestion postérieure.

Par où l'on voit qu'il y a une différence, au point de vue de la responsabilité, entre le mari cotuteur de droit et le mari cotuteur de fait. Tandis que le premier n'est tenu que de la gestion postérieure au mariage, le second est tenu tant de la gestion antérieure que de celle postérieure au mariage. Cette différence saute aux yeux, quand on compare le texte de l'article 395 avec celui de l'article 396. Ce dernier article, statuant sur la responsabilité du mari cotuteur de droit, le déclare responsable « *de la gestion postérieure au mariage* »; tandis que le premier, statuant sur la responsabilité du mari cotuteur de fait, le déclare responsable « *DE TOUTES LES SUITES DE LA TUTELLE... indûment conservée* »; — *de toutes les suites*, par conséquent des suites de la gestion antérieure aussi bien que des suites de la gestion postérieure au

mariage. Cette différence s'explique d'ailleurs aisément. La loi devait se montrer moins rigoureuse pour le mari cotuteur de droit, qui gère en vertu d'un titre régulier, que pour le mari cotuteur de fait, qui a un titre irrégulier, ou qui, pour mieux dire, n'a pas de titre. Enfin cette différence était déjà admise dans notre ancien Droit, ainsi que l'atteste Domat. — Malgré ces raisons qui ont entraîné la jurisprudence et la majorité des auteurs, une minorité, respectable par la qualité plus encore que par le nombre de ses adhérents, soutient que le mari, cotuteur de fait, n'est tenu que de la gestion postérieure au mariage, de même que le mari cotuteur de droit. Mais l'argument, qu'on tire en faveur de cette solution des travaux préparatoires, est loin d'être concluant, et celui qu'on emprunte au texte de la loi l'est encore moins. L'article 395, dit-on, ne déclare pas le mari cotuteur de fait responsable de toutes les suites de la tutelle indistinctement, mais seulement des suites de la tutelle *indûment conservée*; or la tutelle indûment conservée, c'est seulement la tutelle postérieure au mariage; donc le mari n'est responsable que des suites de cette gestion. On peut répondre : la tutelle que la femme a conservée indûment, c'est celle qu'elle avait avant le mariage; or le législateur déclare la femme responsable de toutes les suites de cette tutelle sans distinction; donc il est responsable de la gestion antérieure au mariage comme de la gestion postérieure.

848. Lorsque la mère a perdu la tutelle pour n'avoir pas fait la convocation exigée par l'article 395, le conseil de famille doit nommer un autre tuteur pour la remplacer. Il a été jugé à tort qu'il y avait lieu en pareil cas à la tutelle des ascendants; une simple lecture des articles 402 et 403 suffit à démontrer qu'il n'y a lieu à cette tutelle qu'après le décès des père et mère.

* Le conseil de famille pourrait-il nommer tutrice la mère elle-même qui a perdu la tutelle? Pourquoi pas? Il est vrai que l'article 445 dit que « Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle, ne pourra être membre d'un conseil de famille », ce qui entraîne *a fortiori* l'incapacité d'être tuteur (arg., art. 442). Mais d'abord il n'y a pas ici exclusion ni destitution de la mère dans le sens propre de ces expressions; la loi dit seulement que la mère « perd la tutelle » (art. 395). Y eût-il exclusion ou destitution, l'article 445 n'en serait pas plus applicable; car il n'est écrit qu'en vue des causes d'exclusion ou de destitution réglées par les articles précédents. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Mais si l'on admet cette solution, il paraît conforme au vœu de la loi de décider que le conseil de famille, en nommant tutrice la mère déchuë de la tutelle, devra lui donner pour cotuteur le nouveau mari; car dans l'idée du législateur la cotutelle du mari paraît inséparable de la tutelle de la femme.

SECTION II

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE PÈRE OU PAR LA MÈRE

849. « Le droit individuel de choisir un tuteur parent ou même étranger n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère » (art. 397).

Le droit individuel. En principe, la nomination du tuteur, quand il n'est pas désigné de plein droit par la loi, n'appartient qu'à une assemblée connue sous le nom de conseil de famille. Par exception à cette règle la loi accorde, sous certaines conditions, au père ou à la mère le droit *individuel* de choisir un tuteur à ses enfants.

Au dernier mourant des père et mère. La loi ne dit pas au *survivant*.

Elle a voulu indiquer par cette expression singulière en apparence, et qu'elle n'emploie nulle part ailleurs, que le survivant des père et mère ne peut choisir un tuteur à ses enfants que pour après son décès. La loi suppose que le survivant des père et mère est tuteur de ses enfants, et elle lui permet de désigner pour après sa mort son successeur quant à la tutelle. La disposition, par laquelle le survivant des père et mère défère la tutelle, a donc de l'analogie avec une disposition testamentaire (toutes les dispositions testamentaires sont faites pour après le décès), et voilà pourquoi la doctrine donne à la tutelle qui nous occupe le nom de *tutelle testamentaire*.

De ce principe que le droit de nommer un tuteur testamentaire n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère découlent deux conséquences :

1^o Le droit de nommer ce tuteur n'appartiendrait en aucun cas au premier mourant des père et mère ;

2^o Le survivant des père et mère qui, par une cause quelconque : refus, excuse, incapacité, exclusion ou destitution, ne gère pas la tutelle, ne peut pas nommer le tuteur qui le remplacera, sa vie durant. Il ne pourrait même pas nommer un tuteur pour après son décès; car d'une part il destituerait ainsi le tuteur qui est en exercice à cette époque, ce que la loi ne lui donne pas le droit de faire, et d'autre part il ne peut pas déléguer un pouvoir qui ne lui appartient pas.

851. Aux termes de l'article 399 : « La mère remariée, et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut leur choisir un tuteur. » Outre que la mère, n'étant pas tutrice lors de son décès, ne peut pas déléguer un pouvoir qu'elle n'a pas, il y a ici un motif de suspicion légitime contre elle, parce que le conseil de famille l'a écartée de la tutelle.

C'est seulement à ses enfants du premier lit que la mère ne peut, d'après notre article, choisir un tuteur. Elle pourrait donc en choisir un à ses enfants du second lit, dont elle gèrerait la tutelle après le décès de son deuxième mari.

« Lorsque la mère remariée, et maintenue dans la tutelle, aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille » (art. 400).

La nomination d'un tuteur faite par la mère remariée et maintenue dans la tutelle est valable, alors même que son choix ne serait pas confirmé par le conseil de famille. Elle est valable, en ce sens qu'elle exclut dans tous les cas la tutelle légitime des ascendants (arg., art. 402); le conseil de famille, qui ne confirme pas le choix de la mère, devra donc nommer un autre tuteur; s'il y a un ascendant, il ne sera pas tuteur de droit. Au contraire la nomination faite par la mère remariée et non maintenue dans la tutelle est nulle (arg., art. 399), et par suite elle ne fait pas obstacle à la tutelle légitime des ascendants. Telle est selon nous la signification des articles 399 et 400.

852. En quelle forme se fait la nomination du tuteur testamentaire? « Ce droit, dit l'article 398, ne peut être exercé que dans les formes pres-