Commentaire théorique et pratique du Code civil / par Théophile Huc,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque Cujas

Huc, Théophile (1829-1906). Commentaire théorique et pratique du Code civil / par Théophile Huc,.... 1892-1903.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque Cujas

3230

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

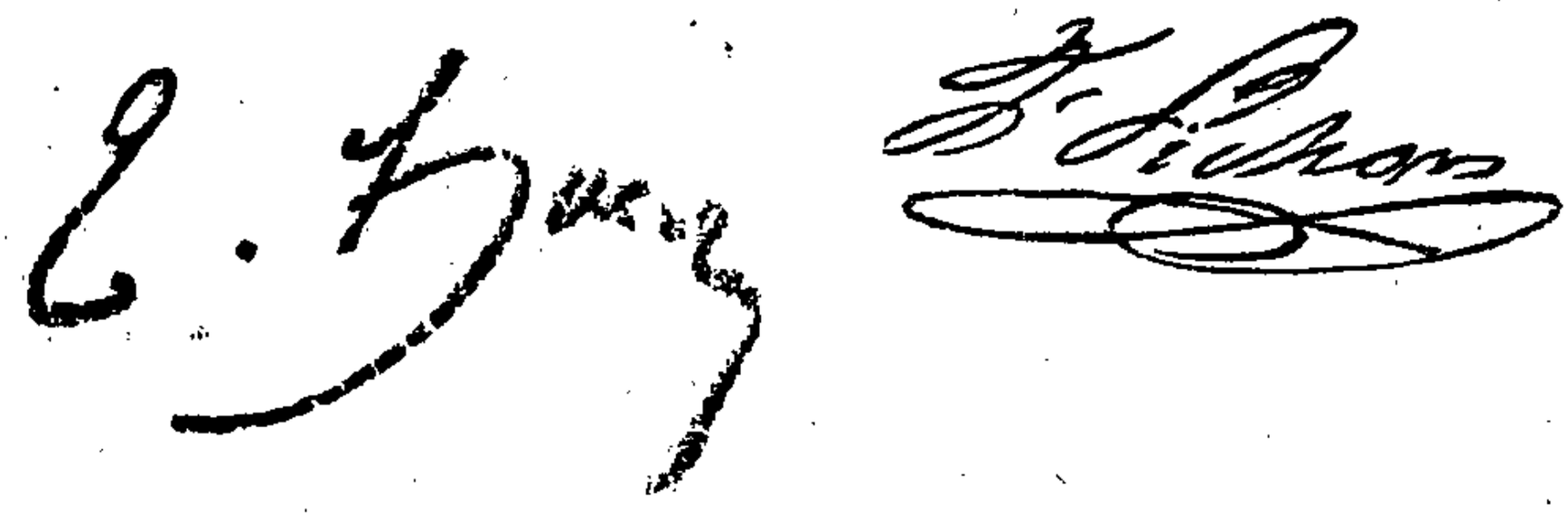
DU

CODE CIVIL

III

FACULTÉ DE DROIT
DE
PARIS
BIBLIOTHÈQUE

Chaque exemplaire doit être revêtu de la signature de l'auteur et de celle de l'éditeur.



COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

PAR

THÉOPHILE HUC

Conseiller à la Cour d'appel de Paris,
Professeur honoraire des Facultés de droit.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

TOME TROISIÈME

Paternité et filiation ;
Adoption et tutelle officieuse ; — Puissance paternelle ;
Minorité, tutelle, émancipation ; — Majorité ;
Interdiction et Conseil judiciaire ;
Art. 312 à 515.

BIBLIOTHEQUE CUJAS
D 060 086194 6

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

—

1892

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

TITRE SEPTIÈME.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

1. — Objet du titre VII : preuve de la parenté.
2. — Des questions d'état, généralités.
3. — Objets distincts de chacun des deux chapitres compris dans le titre VII ; — importance de cette précision.

1. Les deux termes *paternité* et *filiation* sont corrélatifs; l'un ne se peut concevoir sans l'autre. Mais le mot *filiation* présente un sens plus large ; il correspond, en effet, non seulement à la paternité, mais encore à la maternité.

Après avoir, dans les chapitres qui précèdent, traité du mariage considéré comme étant la source de la famille proprement dite, le Code s'occupe dans notre titre d'organiser la preuve du lien de parenté qui réunit entre elles les diverses branches issues du tronc commun.

Le fait sur lequel reposent les parentés à leurs divers degrés n'est pas le mariage tout seul. Le mariage tout seul, en faisant abstraction de tout événement ultérieur, ne peut engendrer que le lien purement civil de l'alliance, lien qui existe entre l'un des conjoints et les parents de l'autre; lien

qui peut servir de base à certaines incompatibilités relatives au mariage, à la faculté d'être témoin, mais qui ne produit aucun droit respectif, si ce n'est le droit aux aliments dans les limites de l'art. 206.

La parenté repose sur le fait de la *filiation*. Quand la filiation se rattache à un mariage existant entre le père et la mère au moment de la conception, il y a alors *parenté légitime*, laquelle confère le droit de succession jusqu'au douzième degré inclusivement.

La filiation survenue en dehors de cette hypothèse ne peut produire qu'une *parenté naturelle*, servant de base à certaines incapacités ou incompatibilités assez étendues, et ne donnant le droit de succession que dans des limites assez restreintes, ainsi que cela résulte des art. 756, 765, 766.

2. Par conséquent, toute question de parenté qui s'élèvera entre deux personnes, à l'appui d'un droit quelconque, prétendu d'une part et dénié de l'autre, se réduira, en définitive, à une question de filiation, soit légitime, soit simplement naturelle, selon les cas, c'est-à-dire à ce qu'on a appelé une *question d'état*.

« L'état des personnes, dit la Cour de cassation, consiste dans les rapports que la nature et la loi civile établissent, indépendamment de la volonté des parties, entre un individu et ceux dont il tient la naissance (1). »

L'enfant naturel a donc un état aussi bien que l'enfant légitime, mais se traduisant par des relations moins étendues.

Les actions concernant l'état des personnes doivent être régies par la loi nationale des intéressés; elles se divisent en deux classes principales :

1° *Les actions en contestation d'état;* ce sont celles qui tendent à repousser un enfant de la famille à laquelle il prétend

(1) 12 juin 1838, DALLOZ, *Répert.*, v° *Paternité*, n° 633 2°.

appartenir, soit que l'enfant possède ou ne possède pas l'état contesté.

Les principales actions en contestation d'état sont :

L'action *en désaveu*, qui tend à contester la filiation légitime de l'enfant conçu, ou tout au moins né pendant le mariage (art. 312 à 314) ;

L'action en *contestation de légitimité* (art. 315, 317) qui se rapproche beaucoup de la précédente.

2° *Les actions en réclamation d'état ;* intentées par ceux qui prétendent appartenir à une famille déterminée, à raison de leur filiation (art. 319 à 330).

Ces diverses actions ne sont susceptibles ni de compromis, ni de transaction.

Le Code civil s'occupe spécialement des actions en contestation et en réclamation d'état, dans les deux premiers chapitres de notre titre.

Les rubriques de ces chapitres paraissent ne concerner, il est vrai, que la *filiation des enfants légitimes*, ou la *preuve* de cette *filiation*. Mais on aperçoit tout de suite l'intime liaison, ou plutôt la parfaite identité qui existe entre les questions d'état et les questions de filiation, la filiation étant, d'après la définition de la Cour de cassation, la base même de l'état des personnes.

3. Cela posé, il importe de remarquer que les deux chapitres dont nous venons de parler ont chacun un objet bien distinct, et qu'il n'est pas possible d'argumenter des dispositions de l'un d'eux pour trancher les questions, ou les difficultés prévues dans l'autre.

La distinction signalée doit toujours demeurer présente à l'esprit, si l'on veut éviter la confusion quand il s'agit d'avoir une idée exacte de la théorie de la loi. En effet :

Toute question de parenté légitime, et par conséquent de filiation, se décompose nécessairement en cinq chefs différents :

1° Y a-t-il eu mariage entre l'homme et la femme que l'on prétend être les père et mère légitimes de tel enfant?

2° Cette femme mariée a-t-elle, en fait, réellement accouché?

3° Y a-t-il identité entre l'enfant dont il s'agit et celui dont cette femme est accouchée?

4° Cet enfant a-t-il été réellement conçu des œuvres du mari de sa mère?

5° Cette conception a-t-elle eu lieu pendant le mariage?

Si on peut répondre affirmativement à toutes ces questions, il n'y a pas de doute : l'enfant est légitime. Mais il peut au contraire y avoir difficulté, et le doute peut porter indifféremment sur l'un des cinq points qui viennent d'être indiqués. Or, cela étant, quel est l'objet précis du chapitre Ier et du chapitre II de notre titre septième?

Le chapitre Ier suppose :

1° Que le mariage entre le prétendu père et la prétendue mère n'est contesté par personne;

2° Ni le fait de l'accouchement de cette femme mariée, à telle époque déterminée;

3° Ni la parfaite identité de l'enfant dont on recherche la filiation légitime avec celui dont la même femme est accouchée à la même époque.

Ces trois points étant tenus pour constants, que reste-t-il à établir?

Les deux autres, c'est-à-dire :

1° Que la conception provient des œuvres du mari de la mère;

2° Que cette conception a eu lieu pendant le mariage.

Pour tout dire en un mot, le chapitre Ier suppose que la filiation maternelle est régulièrement prouvée, hors de contestation, et qu'il n'y a plus à s'occuper que de la filiation paternelle.

Le chapitre II, au contraire, suppose que tout est contesté,

aussi bien la maternité que la paternité, et que, dans l'intérêt de l'enfant, il y a lieu de rechercher à la fois la maternité et la paternité.

Or, voici maintenent la différence capitale qui existe entre ces deux situations.

Dans le cas du chapitre Ier, c'est-à-dire quand, la maternité étant régulièrement prouvée, il ne s'agit plus que de rechercher la paternité, la loi établit une présomption en vertu de laquelle l'enfant conçu pendant le mariage a toujours pour père le mari, et cette présomption ne peut être détruite que par une *action en désaveu* action soumise à de grandes restrictions.

Au contraire, dans le cas du chapitre II, c'est-à-dire lorsque la filiation maternelle n'est établie que par la preuve testimoniale, la présomption qui attribue la paternité au mari, n'est plus aussi forte, et elle peut être détruite par tous les moyens tendant à établir que le mari n'est pas le père de l'enfant, ainsi que le dit l'art. 325.

Tels sont les objets précis des deux chapitres qui vont être étudiés.

Pour compléter cet aperçu, nous ajouterons que le chapitre Ier est plus spécialement consacré aux actions en contestation d'état, et que le chapitre II est plus spécialement consacré aux actions en réclamation d'état, quoiqu'il traite, incidemment, de certaines actions en contestation (art. 339).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU NÉS DANS LE MARIAGE.

§ 1er. — De la présomption de paternité et du désaveu.

4. — La paternité ne peut être prouvée directement.
5. — Présomption édictée par l'art. 312, § 1.
6. — Calcul de la durée des gestations.
7. — Trois situations différentes à examiner.
8. — I. Cas où la conception a eu lieu pendant le mariage.
9. — Droit de désaveu du mari en cas d'impossibilité physique de cohabitation, art. 312, § 2.
10. — Calcul de la durée de cette impossibilité.
11. — Droit de désaveu en cas d'impossibilité morale de cohabitation, art. 313, § 1.
12. — Importance relative des éléments divers de cette impossibilité.
13. — Autre cas d'impossibilité morale résultant du divorce ou de la séparation, art. 313, § 2.
14. — II. Cas où la conception a eu lieu avant le mariage, art. 314.
15. — Fins de non-recevoir contre le désaveu dans cette hypothèse.
16. — L'enfant, dans le cas de l'art. 314, naît légitime et non légitimé.
17. — III. Cas où la conception a eu lieu après la dissolution du mariage, art. 315.
18. — Action en contestation de légitimité admise dans ce cas.
19. — État de l'enfant dans le cas de confusion de part.

4. Rappelons qu'il va être uniquement question, dans ce chapitre, des cas où la maternité est régulièrement prouvée, et où, par conséquent, il ne s'agit plus que de rechercher la paternité.

Et d'abord peut-on directement prouver la paternité, c'est-à-dire la conception d'un enfant par les œuvres de tel homme déterminé?

Evidemment non; tandis que la maternité est rendue sen-

sible par un fait apparent, l'accouchement, la paternité est entourée, au contraire, d'un mystère impénétrable. Sur ce point, le prétendu père ne saurait rien affirmer de positif, l'enfant encore moins. Une seule personne en sait plus, à cet égard, que les autres, c'est la mère : mais son témoignage est suspect, parce qu'il est intéressé; de plus, il peut y avoir un doute sérieux dans son esprit, si elle a eu des rapports avec plusieurs hommes à une époque voisine de celle de la conception. Par conséquent la loi ne pouvait pas admettre comme preuve de la paternité la déclaration de la mère.

5. Dans l'impossibilité d'admettre une preuve directe, la loi a dû recourir à la preuve indirecte résultant d'une présomption. En effet, la vie commune existant entre le mari et la femme, la fidélité que cette dernière est supposée avoir gardée, tout concourt pour faire présumer que l'enfant a été conçu des œuvres du mari :

ART. 312, § 1. L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (*).

Ordinairement on rattache cette présomption au texte si connu : *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant,* et on en conclut que les rédacteurs du Code civil n'ont fait que reproduire une règle dont ils auraient emprunté la formule au droit romain.

Cependant, il n'en est rien; et la règle : *Pater is est.....* avait en droit romain une tout autre signification; elle se référait uniquement à l'exercice du droit d'assigner quelqu'un en justice. Il était admis en effet qu'on ne pouvait assigner en justice son père ou sa mère sans la permission du magistrat. Pour la mère, il n'y avait pas de difficulté : un *vulgo quæsitus* avait une mère certaine aussi bien qu'un enfant légitime. Pour le père, il pouvait au contraire y avoir incertitude. Par

(*) Art. 312, § 1. — L. 5, D. 2, 4, *De in jus voc.;* L. 6, D. 1, 6, *De his qui sunt sui vel alieni juris;* L. 4, C. 6, 39. *De posthum. hæred.*

conséquent, un *vulgo quæsitus* pouvait assigner, sans la permission du juge, celui qui en réalité était son vrai père. Mais pour l'enfant légitime, il n'en était pas ainsi; le mari de sa mère était censé être son père; il fallait donc, pour l'assigner, obtenir la permission du juge (1).

La présomption légale de paternité n'existait donc, en droit romain, que pour empêcher un enfant de violer les convenances, en assignant sans permission celui qui passait pour être son père. Mais cette règle, quoi qu'on ait pu dire, n'avait pas pour but d'organiser la preuve de la paternité qui reposait sur des bases toutes différentes.

Au lieu de la faire reposer, comme chez nous, sur une présomption légale, la loi romaine s'en remettait sur ce point à l'appréciation du mari de la mère, qui, dans certains cas, était le maître de reconnaître ou non pour son fils l'enfant de sa femme (2). Mais cela n'allait pas jusqu'à donner au mari le droit de décliner sans motifs sa paternité lorsqu'il avait constamment habité avec sa femme, et Ulpien nous apprend qu'alors la question de paternité était une question de fait qu'il fallait trancher d'après les circonstances (3).

Ainsi donc, en droit romain, la question de paternité était traitée, en cas de doute, comme une question de fait. D'après le Code civil, au contraire, la solution d'une telle question résulte d'une présomption légale, l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Dans les nations civilisées, la même question est tranchée, tantôt par voie de présomption, tantôt par appréciation telle quelle des faits. C'est à la loi nationale qu'il appartient de déterminer l'autorité de l'étendue de la présomption dite : *pater is est...* Le Français, en tout pays, doit pouvoir invoquer la présomption de l'art. 312 § 1;

(1) L. 4, § 3, L. 5, D. 2, 4, *De in jus vocando.*
(2) L. 1, §§ 4, 5, 6, 11 et 15, D. 25, 3, *De agnosc. et alend. lib.*
(3) L. 6, D. 1, 6, *De his qui sui jur.*

à l'inverse, la condition de l'étranger doit, sur ce point, être appréciée d'après sa loi personnelle (1).

6. Si l'enfant est né quelques mois après la célébration du mariage, comment saura-t-on si la conception remonte en deça ou au delà du mariage? De même, si l'enfant est né quelques mois après la dissolution du mariage survenue par le décès du mari, comment saura-t-on si la conception est antérieure ou postérieure à ce décès ?

Si les grossesses avaient toutes une égale durée fixée à un nombre de jours invariable, le jour de l'accouchement étant connu, il serait bien facile de trouver, en remontant, le jour de la conception. Mais comme il n'en est pas ainsi, il a fallu tenir compte de la durée *maxima* et de la durée *minima* des grossesses, d'après les données de l'observation.

Suivant Fourcroy, qui fut entendu au Conseil d'Etat, la durée ordinaire des grossesses est de 270 jours, ou neuf mois de trente jours. Mais cette durée peut quelquefois aller jusqu'à 286 jours pour les naissances tardives, et être réduite à 186 jours seulement pour les naissances accélérées. Le législateur voulant faire la part plus large à la légitimité, a reculé de quelques jours les deux termes extrêmes, et a fixé en conséqence le durée légale des grossesses à 300 jours pour le *maximum* et 180 jours pour le *minimum*. Lors de la rédaction du Code, et sous l'ère républicaine, cette fixation correspondait exactement à dix mois et à six mois, puisque dans le calendrier républicain, les mois avaient tous une durée égale de trente jours. Depuis le rétablissement de l'*ère vulgaire*, d'après laquelle les mois se composent d'un nombre inégal de jours, cette corrélation n'est plus exacte, et il faut absolument compter par jours, ainsi que le fait d'ailleurs le texte même du Code.

En droit romain, on avait adopté à peu près les mêmes

(1) VINCENT et PÉNAUD, *Dict. dr. inter. priv.*, v° *Paternité*, n° 2.

chiffres, mais uniquement, il le faut bien remarquer, comme éléments de solution dans les questions de fait que présentaient les doutes élevés au sujet de la paternité, et pas du tout à l'appui d'une présomption légale qui n'existait pas.

Ainsi donc, ces bases étant admises, l'enfant qui naît *aujourd'hui* ne peut pas avoir été conçu depuis plus de 300 jours, ni depuis moins de 180 jours. Il peut bien avoir été conçu le 180e jour, en remontant à compter d'aujourd'hui, mais non le 179e jour. Par conséquent la conception ne peut avoir eu lieu que dans l'intervalle des 121 jours qui s'est écoulé entre le 180e jour, ce jour là étant compté, et le 300e. Ce calcul, suivant l'opinion commune, doit se faire, non pas d'heure à heure, mais *de die ad diem*, c'est-à-dire par périodes de 24 heures, *de minuit à minuit* (1).

Cette solution consiste à traiter la durée des gestations comme s'il s'agissait d'un délai de procédure ! En effet : conformément à la règle : *Dies a quo non computatur in termino,* on ne compte pas le jour où s'est accompli l'événement qui sert de point de départ au délai, notamment le jour de la célébration du mariage ou celui de la dissolution. Mais on compte le *dies ad quem*, c'est-à-dire le jour de la naissance. On arrive ainsi à exclure du délai de 180 jours le jour même de la célébration du mariage, comme si la conception était impossible ce jour là; mais, ce qui est plus fort, on arrive par le même procédé à exclure pareillement du délai de 300 jours celui de la dissolution du mariage, c'est-à-dire que l'on considère la conception comme ayant pu se produire pendant toute la durée de ce jour, même postérieurement à l'heure précise où la dissolution du mariage a eu lieu ! — Enfin on fait remarquer que, d'après l'art. 2260, les délais pour la prescription se cal-

(1) Cass. 8 fév. 1869, S. 69, 1, 215. — DEMOLOMBE, t. V, n° 19. — AUBRY et RAU, § 545, texte et note 6.

culent par jours et non par heures, ce qui indiquerait la pensée générale de la loi en matière de computation de délais.

La vérité est qu'on ne saurait appliquer à notre matière les règles concernant la computation des délais. Il ne s'agit pas de calculer un délai arbitrairement fixé par le législateur, mais de déterminer le temps nécessaire, mais suffisant, pour que la nature puisse accomplir son œuvre. Les données de la science, qui ne connaît ni *dies a quo*, ni *dies ad quem*, mais seulement l'heure de la naissance et, en remontant, le moment où la conception a été possible, ont permis d'exprimer par des chiffres la durée du temps qu'il s'agit de mesurer. La circonstance que le législateur a modifié, dans un sens favorable à la légitimité, les chiffres d'abord fournis par l'observation scientifique, ne saurait changer la signification de ces chiffres eux-mêmes. Ils expriment, d'après le mode adopté pour la division du temps, cette idée bien simple que la durée des gestations doit équivaloir au temps nécessaire pour donner soit trois cents jours dans les gestations les plus longues, soit cent quatre-vingts jours dans les gestations les plus courtes; ce qui revient à dire, étant admis que le jour a une durée de vingt-quatre heures, qu'il faut compter 180 fois vingt-quatre heures pour les courtes gestations, et trois cents fois vingt-quatre heures pour les autres. Au contraire, d'après le système admis par la majorité des auteurs et consacré par une décision de la Cour de cassation (1), la période *minima* de la grossesse au lieu d'être de 180 jours, comme le veut le texte, se trouve en réalité réduite à 179 jours pleins, et la période *maxima* que le texte déclare être de 300 jours se trouve réduite à 299 jours pleins.

L'espèce sur laquelle la Cour de cassation a eu l'occasion de statuer met bien en relief le point de la difficulté :

Un individu était décédé le 19 mars 1866 à deux heures du

(1) Arrêt précité du 8 fév. 1869, cassant un arrêt de la Cour d'Angers du 12 déc. 1867.

matin; sa veuve mit au monde un enfant le 13 janvier 1867 à huit heures et demie du malin; l'enfant était-il légitime?

Si la question avait été posée à Fourcroy, ce dernier aurait certainement répondu : Entre les deux dates ci-dessus indiquées, il s'est écoulé un laps de temps équivalent précisément à trois cent fois vingt-quatre heures, plus six heures et demie. Or d'après l'observation, les grossesses les plus longues sont d'une durée équivalente à 286 jours, la loi a cru devoir admettre une durée égale à trois cents jours, mais il n'est pas possible d'aller plus loin. L'enfant est né plus de trois cents jours après la mort du mari, il est donc illégitime. C'est ce qui avait été jugé par la Cours d'Angers (1). Maintenant si on avait objecté à Fourcroy que le *dies a quo non computatur in termino*, et que d'après l'art. 2260 la prescription se calcule par jours et non par heures, il est probable qu'il eût vainement cherché le rapport qu'on a prétendu établir entre une telle objection et la difficulté à résoudre.

Il faudra donc compter 180 jours de vingt quatre-heures à partir de l'heure où le mariage a été célébré jusqu'à l'heure où l'enfant est né. L'enfant sera légitime si ce nombre d'heures est écoulé, et illégitime dans le cas contraire.

Il en sera de même pour les longues grossesses; il faudra compter 300 jours de vingt-quatre heures à partir de l'heure où le mariage a été dissous jusqu'à l'heure de la naissance. L'enfant né dans cette période sera présumé conçu durant le mariage et par conséquent légitime, il en sera autrement dans le cas contraire.

Ce système, d'abord proposé par Valette (2), a obtenu depuis d'importantes adhésions dans la doctrine (3).

7. En faisant le calcul qui précède ou peut être amené à constater trois situations différentes :

(1) 12 déc. 1867, S. 68, 2, 39.
(2) *Explic. somm.*, p. 164.
(3) LAURENT, t. III, nº 391; — BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, nº 818.

1° Ou bien que la conception a eu lieu réellement pendant le mariage, art. 312-313 ;

2° Ou bien qu'elle a eu lieu avant le mariage, art. 314 ;

3° Ou bien qu'elle a eu lieu après sa dissolution, art. 315.

Il faut examiner successivement ces trois hypothèses.

8. I. — Nous savons que, dans la première hypothèse, le mari, en vertu de la présomption de la loi, est déclaré père de l'enfant, attendu que la conception a eu lieu pendant le mariage. Mais, *a priori*, il est évident qu'il y a des circonstances où il serait absurde de maintenir l'énergie de cette présomption, par exemple quand il sera démontré que pendant toute la période où la conception peut avoir eu lieu, il y a eu impossibilité de cohabitation entre le mari et la femme. Il est manifeste qu'en pareil cas, l'enfant, quoique conçu pendant le mariage, ne doit pas avoir pour père le mari de sa mère. Il fallait donc que le mari pût, le cas échéant, faire tomber la présomption de la loi.

9. L'action par laquelle le mari demande à détruire la présomption de la loi porte le nom d'*action en désaveu de paternité*.

Voyons dans quels cas cette action est recevable de la part du mari :

ART. 312, § 2. Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme (*).

Il s'agit ici d'un cas d'impossibilité physique.

L'impossibilité physique peut résulter :

1° De l'*éloignement*. C'est une question de fait. Il ne s'agit pas seulement d'une séparation par l'*espace*, mais par toute cause rendant la cohabitation impossible, incarcération,

(*) Art. 312, § 2. — L. 12, D. 1, 5, *De statu hominum ;* L. 3, § 12, D. 38, 17, *De suis et legit. hæred.* — PAUL, *Sent.*, § 5, lib. 4, tit. 9; AULU-GELLE, *Noct.*, L. 3, cap. 16, § 12.

internement dans une maison d'aliénés, captivité chez l'ennemi, pourvu qu'il n'y ait eu ni entrevue, ni rapprochement.

2° De l'*impuissance accidentelle*, ce qui paraît exclure une simple *maladie*. L'impuissance accidentelle implique qu'il s'agit d'un individu qui a possédé la faculté d'engendrer, mais qui en a été privé par l'effet d'un événement postérieur à son développement normal. Cette impuissance peut être rendue apparente, comme elle peut être non apparente.

Faut-il que l'impuissance résulte d'un accident postérieur au mariage? On a soutenu l'affirmative, en invoquant la maxime : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* Celui qui s'est marié après l'accident qui l'a rendu impuissant et dont il ne pouvait méconnaître les conséquences, a dit-on, trompé sa femme et ne peut invoquer sa faute pour en faire tomber la responsabilité sur sa victime (1). Mais d'abord si la femme n'a pas été trompée, et a consenti à épouser un impuissant en pleine connaissance de cause, il n'y a pas eu *turpitudo;* si la femme a été trompée elle aurait pu, ainsi que nous l'avons démontré (t. II, n° 79), intenter l'action en nullité du mariage pour cause d'erreur. Ne l'ayant pas fait, elle s'est placée dans la même situation que si elle n'avait pas été trompée. Donc, il importe peu que l'accident soit antérieur ou postérieur au mariage.

10. Cette impossibilité physique doit avoir duré pendant tout le temps intermédiaire qui s'est écoulé entre la limite *minima* et la limite *maxima*, des grossesses. Il faudra donc nécessairement établir le moment précis où a commencé cette impossibilité physique ou celui où elle a cessé. Sans doute il pourra y avoir quelque difficulté à cet égard, mais la preuve à faire est possible.

L'action en désaveu de paternité, pour cause d'impossibilité physique de cohabitation durant toute la période au cours

(1) LAURENT, t. III, n° 369 et les autorités citées.

de laquelle la conception peut être placée, doit être limitée rigoureusement aux seules hypothèses prévues par l'art. 312. Il n'est pas permis d'imaginer d'autres cas d'impossibilité physique, car la loi a pris soin, comme nous allons le voir, d'exclure l'allégation de l'impuissance naturelle, dont il était difficile de produire la justification.

11. Mais l'action en désaveu peut encore être intentée pour cause d'impossibilité purement morale de cohabitation ; c'est-à-dire dans des circonstances où, en fait, il n'y avait aucun obstacle matériel au rapprochement des époux, mais où des faits très graves rendaient ce rapprochement tellement improbable, qu'il était permis d'admettre logiquement qu'il n'a pas eu lieu, et que par conséquent le mari n'est pas le père de l'enfant procréé par sa femme.

C'est à cette impossibilité morale que se réfère le texte suivant après avoir, comme nous l'avons dit, éliminé l'impuissance naturelle :

ART. 313, § 1. Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant ; il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père (*).

L'économie de cette disposition doit être remarquée :

1° Ce n'est pas l'adultère qui est une cause de désaveu ; il est en effet manifeste que la preuve d'un adultère commis par la femme à une époque voisine de la conception, n'implique pas nécessairement la non cohabitation de la part du mari, et par conséquent sa non paternité.

2° Ce n'est pas non plus le recel de la naissance, car des parents dénaturés auraient pu s'entendre pour écarter un enfant de la famille, et en outre il pourrait arriver qu'une femme n'ayant rien à se reprocher, enceinte des œuvres de

(*) Art. 313, § 1. — L. 6, D. 1, 6, *De his qui sunt sui vel alieni juris ;* L. 11, § 9, D. 48, 5, *Ad leg. jul. de adult.;* L. 29, § 1, D. 22, 3, *De probat.*

son mari, ait néanmoins cherché à cacher à ce dernier la naissance de son enfant pour éviter l'éclat d'une jalousie excitée par des soupçons injustes. Il faut donc la réunion de ces deux faits : *adultère* et *recel;* mais ces deux faits réunis vont-ils à eux seuls constituer l'impossibilité morale de cohabitation, et par conséquent vont-ils, à eux seuls, motiver suffisamment l'action en désaveu de la part du mari? Non; c'est lorsque ces deux faits auront été établis tout d'abord, d'une manière principale et directe que le mari pourra, comme le dit le texte : *proposer*, *dans ce cas*, tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant, c'est-à-dire invoquer alors l'impossibilité morale de cohabitation, résultant, par exemple, de l'état d'irritation qui existait entre les deux époux.

12. Il faut, à cet égard, faire deux remarques importantes :

1° Les faits constitutifs de l'impossibilité morale sont, par eux-mêmes, insuffisants pour motiver un désaveu. Il serait absurde qu'il en fût autrement ; il serait absurde qu'un mari pût désavouer un enfant, sous l'unique prétexte qu'à l'époque de la conception il était brouillé avec sa femme. Donc, les faits d'impossibilité morale empruntent leur importance juridique aux deux autres circonstances de l'adultère et du recel. En effet, il est d'abord prouvé que la mère a commis un adultère. Jusque-là rien ne s'oppose encore à ce qu'on admette la paternité du mari. Mais, en outre, la femme a caché à son mari la naissance de l'enfant ; ceci est plus grave, car la femme, en agissant ainsi, a l'air de reconnaître que son mari n'est pas le père. Toutefois, ce n'est pas encore assez pour admettre le désaveu du mari, car malgré ces deux circonstances, la cohabitation des époux était encore possible au moment de sa conception. Le mari pouvait vivre, en effet, en bons termes avec sa femme, attendu qu'à cette époque il ignorait ou pouvait ignorer les torts de cette dernière. Mais le mari offre de prouver qu'à cette époque, et déjà de-

puis longtemps, la bonne harmonie était bannie du ménage, que tous les jours des scènes désagréables venaient rendre patente à tous les yeux la mésintelligence des époux, et qu'ils étaient séparés par une haine violente, peut-être même qu'ils avaient, chacun, adopté une résidence différente. De tels faits rendent improbable toute cohabitation ; ils la rendent moralement impossible. Maintenant quand on rapproche cette impossibilité morale de cohabitation de cette double circonstance, d'abord que la femme a commis un adultère, ensuite qu'elle a caché la naissance de l'enfant, il est permis de conclure qu'il est infiniment probable que le mari n'est pas le père de l'enfant, et que son désaveu pour cause d'impossibilité morale de cohabitation doit être admis.

2° Puisque l'impossibilité morale emprunte toute son importance juridique aux deux faits de l'adultère et du recel, il en résulte, invinciblement, à peine de tomber dans un non-sens, que ces deux faits doivent avoir une existence propre, tout à fait indépendante de l'impossibilité morale. Cette réflexion, dont l'exactitude est manifeste, suffit pour faire repousser la singulière doctrine de quelques arrêts de laquelle il résulte que l'adultère n'a pas besoin d'être principalement prouvé, et qu'il résultera nécessairement de ce que l'impossibilité morale de cohabitation a été prouvée, et que cependant la femme a eu un enfant.

Dans cette opinion, le mari pourrait commencer par prouver l'impossibilité morale de cohabitation et le recel de la naissance; l'adultère en résulterait par voie de conséquence... Mais c'est aller directement :

1° Contre le texte même de l'art. 313 qui parle de l'adultère comme étant la cause même du désaveu;

2° Contre le bon sens juridique qui ne permet pas qu'on fasse découler de l'impossibilité morale, l'un des faits qui ont précisément pour conséquence de donner une importance particulière à cette impossibilité.

Aussi pensons-nous que le mari demandeur devra d'abord prouver l'adultère et le recel (1); seulement nous n'irons pas jusqu'à exiger, comme l'ont fait quelques auteurs, une instance et un jugement spéciaux sur l'adultère.

13. Telle était d'abord la seule hypothèse dans laquelle l'impossibilité morale pouvait être proposée. Mais on discutait sur le point de savoir s'il ne convenait pas d'en admettre d'autres, notamment la séparation de corps.

La loi du 6 décembre 1850 d'abord, ensuite la loi du 18 avril 1886 ont donné satisfaction à ces préoccupations en édictant l'addition suivante à l'art. 313 :

> ART. 313, § 2. En cas de jugement ou même de demande soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation. — L'action en désaveu n'est pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux (*).

Cette disposition a consacré un état nouveau consistant en ce que, dans les cas de divorce ou de séparation, le désaveu du mari n'est plus, comme auparavant, subordonné à la condition du recel de la naissance. En effet, il était arrivé quelquefois que des femmes séparées de corps se trouvaient enceintes par suite d'un adultère. On en a vu qui, pour empêcher le mari de désavouer leur enfant, lui ont fait signifier, par exploit d'huissier, qu'elles étaient enceintes et qui lui ont encore notifié par huissier le fait de l'accouchement. Elles ont ainsi trouvé le moyen de se créer une fin de non-recevoir insurmontable contre l'action en désaveu que le mari aurait eu le droit d'exercer.

Le désaveu formé dans les cas auxquels s'applique l'article 313 § 2 est péremptoire (2). Mais cela ne veut pas dire,

(*) Art. 313, § 2. — Cap. 2, *Decr. Greg.*, 4, 17, *Qui filii sint legit.*

(1) DEMOLOMBE, t. V, n° 46; LAURENT, t. III, n° 375.

(2) Pau, 11 janv. 1887, S. 87, 2, 226 et les renvois indiqués en note.

comme l'ont décidé quelques arrêts par une équivoque singulière (1), qu'un tel désaveu détruit par lui-même, immédiatement et de plein droit, la présomption de paternité. Il ne saurait en être ainsi, car il reste à vérifier s'il a été fondé sur un calcul exact de la durée de la gestation, s'il n'y a pas quelque fin de non-recevoir résultant notamment, comme le dit le texte, d'une réunion de fait entre les époux. Toutes ces questions doivent recevoir une solution pour qu'on sache si le désaveu doit être admis, et dans ce cas il ne produira son effet normal qu'en vertu du jugement d'admission. Le désaveu est péremptoire en ce sens uniquement que le mari n'a aucune preuve particulière à fournir.

Le mari peut renoncer à l'action en désaveu par une reconnaissance expresse ou tacite de sa paternité. Si l'enfant n'est pas né viable, l'action en désaveu s'évanouit faute d'intérêt (arg. art. 314).

L'impossibilité morale de cohabitation sur laquelle repose le désaveu autorisé par l'art. 313 § 2, cesse, d'après le texte, par la réconciliation ou par le rejet définitif de la demande. Si les époux laissent passer le délai de deux mois fixé par l'art. 252 sans requérir la transcription sur les registres de l'état civil du jugement de divorce, le divorce, on le sait, est nul et non avenu. Par conséquent, si le défaut de transcription dans le délai voulu est le résultat d'un accord intervenu sur ce point entre les deux époux, il y a eu réconciliation. Mais il peut arriver au contraire que le défaut de transcription résulte tout simplement de l'oubli, de l'indifférence ou de l'ignorance des conjoints, en dehors de toute pensée de réconciliation. Dans ce cas, le divorce prononcé étant considéré comme non avenu, c'est comme s'il y avait eu rejet définitif de la demande. L'impossibilité morale de cohabi-

(1) Montpellier, 21 juill. 1886, S. 88, 2, 100; Caen, 22 et 29 déc. 1880, S. 81, 2, 161.

tation cessera donc, dans tous les cas, en même temps que finira le jour où expire le délai de deux mois, puisque ce jour-là est tout entier utile pour requérir la transcription. La possibilité de cohabitation ne sera donc censée recommencer qu'à partir du lendemain. Le mari pourra donc désavouer les enfants dont la conception remonterait, d'après la présomption de la loi, à une époque antérieure à l'expiration du délai.

14. II. — Dans les hypothèses ci-dessus examinées, la conception, d'après le calcul des grossesses, avait eu lieu réellement pendant le mariage. Que décider si, d'après ce même calcul, la conception est démontrée avoir eu lieu avant le mariage ?

ART. 314. L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants : — 1° S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; — 2° S'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer; — 3° Si l'enfant n'est pas déclaré viable (*).

Pour que le désaveu soit possible, il faut donc que l'enfant soit né avant le 180e jour *du mariage*. Cette expression démontre avec la dernière évidence que, dans le calcul de la durée de la grossesse, il faut tenir compte du jour où a eu lieu la célébration du mariage. Il faut nécessairement qu'il en soit ainsi puisque la conception peut se produire ce jour-là. Mais on ne peut tenir compte de ce jour qu'à partir de l'heure où le mariage a été célébré, puisque c'est cette célébration qui permet d'admettre que la conception a pu avoir lieu ce jour même. Nouvelle preuve que la durée des gestations doit être calculée *de horâ ad horam*, et non *de die ad diem*.

Le désaveu du mari, au cas prévu par l'art. 314, est péremptoire dans le sens qui a été déterminé plus haut (n°13).

(*) Art. 314. — L. 12, D. 1, 5, *De statu hom.;* L. 3, § 12, D. 38, 16, *De suis et legit. hæred.;* Novel. 39, cap. ult.; AULU-GELLE, lib. 3, cap. 16; PLIN., *Nat. histor.*, lib. 7, cap. 3.

C'est-à-dire que le mari, pour triompher dans son action, n'a pas de preuve spéciale à faire; il lui suffit de méconnaître sa paternité. S'il ne formule pas son désaveu, il se reconnaît alors le père de l'enfant qu'il aurait ainsi procréé avant le mariage. L'enfant, dans ce cas, semble légitimé plutôt que légitime.

15. L'art. 314 indique certaines fins de non-recevoir contre le désaveu que voudrait faire le mari. Quand le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, ou lorsque, ayant assisté à l'acte de naissance, il a signé cet acte ou fait constater sa déclaration qu'il ne sait signer, il a avoué en quelque sorte sa paternité et ne peut plus revenir sur un tel aveu. Ces deux cas de renonciation tacite doivent être considérés comme des exemples; on pourrait en trouver d'autres. Une renonciation expresse produirait évidemment le même effet. Si l'enfant n'est pas déclaré viable, l'action en désaveu n'a plus d'intérêt.

16. Nous venons de dire que l'enfant conçu avant le mariage semble légitimé plutôt que légitime. Mais il ne saurait être question d'une véritable légitimation comme l'ont soutenu certains auteurs (1). Il résulte des termes de l'article 314 que cet enfant est considéré comme fils légitime en vertu de sa naissance pendant le mariage et que cette qualité ne peut être détruite que par une action en désaveu proprement dite, appartenant au mari, et exercée par lui dans les limites édictées par le texte lui-même.

Or, dans l'opinion qui veut étendre à notre hypothèse les règles de la légitimation, il faudrait décider que si l'enfant avait été conçu à une époque où le mariage n'était pas possible entre le père et la mère, parce que l'un d'eux aurait été, à cette époque, engagé dans les liens d'une autre union, l'ar-

(1) MARCADÉ sur l'art. 314; DEMANTE, t. II, n° 37 *bis*; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 834; Comp. AUBRY et RAU, § 545, note 9; Cass. 28 juin 1869, D. 69, 1, 335.

ticle 314 ne pourrait pas s'appliquer, et l'enfant serait adultérin. D'où la conséquence que dans le cas où le mari ne le désavouerait pas, toute personne aurait contre cet enfant une action en contestation de légitimité ce qui est contraire au texte (1).

L'enfant dont il s'agit naît donc légitime. Mais comme sa légitimité ne date que du jour du mariage de ses père et mère, il n'a aucun droit sur la succession des parents de ses père et mère décédés avant le mariage de ces derniers. Tout le monde est d'accord sur ce point.

17. Dans le cas où l'enfant est né après la dissolution du mariage, il sera toujours réputé fils légitime du mari de sa mère, si le calcul de la durée de la grossesse permet de faire remonter le moment de la conception à une époque antérieure à la dissolution du mariage. Si le même calcul fait apparaître comme étant le moment de la conception une époque postérieure à la dissolution du mariage, il est certain que l'enfant ne sera pas le fils légitime du mari de sa mère. Cependant la loi ne le déclare pas de plein droit *enfant naturel :*

ART. 315. La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée (*).

C'est une situation qui se produit quelquefois. Une femme devenue veuve, avec ou sans enfants, met au monde un enfant plus de trois cents jours après la mort de son mari. Il peut se faire que l'enfant ait été inscrit sur les registres de l'état civil comme fils du défunt, qu'il ait été élevé et traité comme tel. En réalité, il occupe alors dans la société civile une place qui ne lui appartient pas. Mais c'est à ceux au préjudice de qui cette place est occupée qu'il appartient de veil-

(*) Art. 315. — L. 3, § 11, D. 38, 16, *De suis et legit. hæred.;* L. 4, C. 6, 39, *De posth. hæred.*

(1) DEMOLOMBE, t. V, n° 60; LAURENT, t. III, n° 385; Poitiers, 19 juill. 1875, S. 76, 2, 161.

ler sur leurs intérêts. Si personne ne se plaint, c'est que probablement personne n'est lésé, et il n'y a aucun inconvénient à laisser l'enfant jouir de l'état civil dont il est ainsi en possession.

18. Si les intéressés se plaignent, ils exerceront non une action en désaveu, mais une action en *contestation de légitimité*. Cette action ne sera donc pas soumise aux règles étroites du désaveu. Comme les actions en contestation d'état en général, elle appartient à toute personne intéressée, peu importe qu'il s'agisse d'un intérêt pécuniaire né et actuel, ou d'un intérêt simplement moral ou de famille, celui par exemple qu'ont tous les membres d'une famille à laquelle une personne prétend appartenir, de contester une telle prétention. L'action appartient également aux héritiers de la mère, à ceux du mari, à l'enfant lui-même, s'il voulait, par exemple, décliner la qualité d'enfant légitime pour se soustraire à la nécessité de prester des aliments aux ascendants du mari de sa mère, etc. Enfin, cette action en contestation de légitimité n'est soumise à aucun délai quelconque et est imprescriptible. Il ne faut pas la confondre avec l'action en contestation de légitimité pouvant résulter de l'art. 197 (V. t. II, n° 181).

En cas de contestation les tribunaux doivent nécessairement déclarer l'illégitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage; ils ne pourraient déclarer l'enfant légitime sous prétexte que des circonstances *extraordinaires* expliquent la tardivité de la naissance. L'art. 315 ne parle en effet que de la *possibilité* de la contestation et non de la possibilité de la décision qui s'impose quand la date de la naissance comparée à celle de la dissolution du mariage, place la conception à une époque postérieure au mariage. Il n'y a pas en effet de motifs pour décider dans notre hypothèse autrement que dans les cas de l'art. 312 (1).

(1) DEMOLOMBE, t. V, n° 85; LAURENT, t. III, n° 387.

19. Les auteurs ont encore discuté la question fort connue de savoir quel est l'état d'un enfant dans le cas de confusion de part (Voy. t. II, n° 284). Il est inutile, croyons-nous, d'insister sur des difficultés qui ne présentent guère qu'un intérêt théorique.

Il s'est présenté cependant un cas singulier sur lequel la Cour de cassation a eu à se prononcer : Un enfant né 283 jours après la mort du mari de sa mère fut reconnu comme enfant naturel par son père et par sa mère, et plus tard légitimé par le mariage de ces derniers. Quelle était sa filiation? La Cour de Paris décida que l'enfant appartenait au mari défunt comme ayant été conçu pendant le mariage. La Cour de cassation décida au contraire, avec raison, que l'enfant reconnu et légitimé avait la possession de l'état d'enfant légitime du second mari de sa mère; que cet état ne pouvait lui être enlevé par une présomption établie pour le protéger quand il l'invoque, mais qui ne saurait être rétorquée contre lui (1).

§ 2. — Exercice de l'action en désaveu.

20. — Le mari peut seul, de son vivant, exercer l'action en désaveu. — Du mari étranger.

21. — Délai imparti au mari pour cet exercice, art. 316.

22. — Le mari n'a pas à prouver qu'il est dans les délais voulus pour intenter l'action.

23. — Transmissibilité de l'action aux héritiers quant à son intérêt pécuniaire, art. 317. Conditions de son exercice par les héritiers.

24. — Les héritiers doivent attendre d'être troublés par l'enfant dans leur possession.

25. — Prolongation des délais au moyen d'un acte extrajudiciaire, art. 318.

26. — L'action est dirigée contre l'enfant représenté, s'il est mineur, par un tuteur *ad hoc*.

(1) Paris, 16 juill. 1839; Cass. 23 nov. 1842; Orléans (renvoi), 10 août 1843, DALLOZ, *Répert.*, v° *Paternité*, n° 94.

27. — Par qui doit être nommé le tuteur *ad hoc*.
28. — L'action est-elle possible si l'enfant n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil, ou a été inscrit sous de faux noms, ou comme né de parents inconnus?
29. — Solution affirmative admise par la jurisprudence; — réfutation.
30. — L'action doit être exercée en présence de la mère; compétence.
31. — Effets du désaveu.
32. — De la chose jugée en matière de désaveu. Transcription du jugement.

20. L'exercice de l'action en désaveu qui tend à détruire la présomption de paternité admise par la loi, dépend d'une appréciation intime que le mari est seul en état de faire :

D'où il suit que son tuteur, en cas d'interdiction, ne possédant et ne pouvant posséder aucun des éléments d'une telle appréciation, ne saurait remplacer le mari dans l'exercice de l'action en désaveu. Le mandat du tuteur ne s'étend pas au delà des intérêts qui se rattachent au patrimoine. Les mêmes motifs qui font refuser au tuteur le droit d'intenter l'action en divorce (Voy. t. II, nº 305) doivent lui faire refuser le droit d'exercer l'action en désaveu de paternité (1).

De plus, comme cette action ne fait pas partie du gage des créanciers, puisqu'elle a uniquement pour but la sauvegarde de l'honneur marital, et non celle du patrimoine, elle ne saurait être intentée par les créanciers du mari (2).

D'après la jurisprudence, les tribunaux français sont, en principe, incompétents pour connaître d'une action en désaveu formée par un mari étranger (3). Mais, lorsque les tribunaux français peuvent être valablement saisis d'une telle action, par exemple en vertu d'un traité, ils devront la juger par application de la loi nationale du demandeur, et

(1) Voy. LAURENT, t. III, nº 436; *Contrà*, Cass. 24 juil. 1844, D. *Répert.*, vº *Paternité*, nº 115.

(2) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, nºs 99, 100.

(3) Trib. Seine, 13 janv. 1859, *Gaz. Trib.*, 21 janv. 1859.

par conséquent en admettant toutes les causes de désaveu autorisées par la loi étrangère, autres que celles qui auraient été formellement repoussées par un texte de la loi française, par exemple l'impuissance naturelle.

21. Tant que le mari est vivant, il a donc seul le droit de désavouer l'enfant, Mais pourra-t-il conserver indéfiniment son droit de désaveu à l'état abstrait, sauf à en faire usage quand bon lui semblera? L'homme qui croit avoir des motifs suffisants pour désavouer l'enfant de sa femme, doit le faire sans retard. S'il supporte auprès de lui, ou s'il a connu sans indignation l'existence d'un enfant que la loi et la société appellent son fils, il reconnaît par là même le fait de sa paternité. La loi devait donc subordonner la recevabilité de l'action en désaveu, à son exercice dans un très court délai;

ART. 316. Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire, dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant; — — Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent; — Dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant.

Dans le premier cas, le mari se trouve *sur les lieux de la naissance*, c'est-à-dire à une suffisante proximité pour être immédiatement informé de l'événement; il devra alors réclamer dans le mois.

Dans le second cas, le mari n'est pas sur les lieux, il est absent, c'est-à-dire éloigné, le délai utile est alors prolongé d'un mois en sus. Le point de départ du délai est fixé au retour du mari, et les tribunaux apprécieront souverainement les circonstances relatives tant à sa présence qu'à sa non-présence sur les lieux.

Dans le troisième cas, on a caché au mari la naissance de l'enfant, le délai de deux mois court alors à partir de la *découverte*, dit la loi, c'est-à-dire d'une certitude acquise quant à la naissance qui a été cachée, et non d'un soupçon plus ou moins grave. Il faut laisser au mari le temps de prendre

les renseignements nécessaires. Le délai courra, non à partir des premiers soupçons, conçus par le mari, mais des indications complémentaires qui lui seront parvenues. Il n'y a pas lieu de craindre que le mari puisse prolonger les délais à sa volonté par la diligence plus ou moins grande qu'il apportera dans ses recherches, car le pouvoir d'appréciation qui appartient sur ce point aux tribunaux (1), permettra de considérer comme étant déjà suffisamment informé à une certaine date, le mari qui prétend le contraire.

Remarquons que, dans cette dernière hypothèse, la fraude prévue par la loi consiste uniquement dans le recel de la naissance. On suppose que l'enfant a été inscrit sur les registres de l'état civil comme né de sa mère et du mari de cette dernière. C'est précisément à cause de cela que le mari doit à peine de déchéance former sa réclamation dans le délai de deux mois, à partir de la découverte de la fraude.

Si au contraire, l'enfant dont il s'agit avait été inscrit sous d'autres noms, ou comme né de père et mère inconnus, l'hypothèse ne serait plus régie par les règles de notre chapitre Ier, mais rentrerait, comme nous le verrons bientôt, dans les cas prévus au chapitre II.

Si le mari n'a pas agi dans les délais parce qu'il ignorait l'existence de l'enfant, bien que sa naissance n'ait pas été cachée, encourrait-il la déchéance? Si le désaveu est fondé sur la séparation de corps ou le divorce, il a été jugé que le point de départ des deux mois est le jour où le mari a été instruit de la naissance de l'enfant (2); mais il serait difficile de généraliser une telle solution à cause des termes absolus de l'art. 316.

A l'égard du mari étranger, il est généralement reconnu que les délais dans lesquels l'action en désaveu doit être

(1) Dijon, 10 janv. 1865, S. 65, 2, 12.
(2) Cass. 9 déc. 1857, D. 58, 1, 132.

introduite, sont déterminés par la loi nationale du demandeur. Ces délais ne rentrent pas en effet dans la procédure proprement dite et n'intéressent pas d'ailleurs l'ordre public (1).

22. La déchéance prononcée par le texte est fondée sur ce que l'inaction du mari durant les délais légaux peut être considérée comme impliquant un aveu de sa paternité. Donc, le mari qui exerce l'action en désaveu n'a pas à prouver qu'il n'a pas avoué être le père, soit d'une manière expresse, soit d'une manière tacite, en laissant expirer sans agir les délais fixés par la loi. Le champ de la preuve, en ce qui le concerne, est nettement déterminé. Le mari doit seulement prouver qu'il se trouve dans un des cas où la loi permet le désaveu. C'est au défendeur à cette action, s'il veut opposer la déchéance prononcée par l'art. 316, à établir que l'action ayant été tardivement introduite est irrecevable (2); et cette solution ne doit pas être restreinte, comme cela semble résulter de quelques arrêts (3), à l'hypothèse où la naissance de l'enfant a eu lieu depuis la séparation de corps.

Le mari, dans ce cas, ne pourrait répliquer qu'il y a eu interruption ou suspension du délai, car le délai dont il s'agit n'est pas soumis aux règles concernant la prescription.

23. L'action en désaveu appartenant au mari a pour but principal et direct la sauvegarde d'un intérêt moral; elle peut en même temps produire des conséquences utiles pour le patrimoine. Mais tant qu'elle demeure à la disposition du mari vivant, son caractère moral absorbe en quelque sorte son côté pécuniaire; c'est ce qui fait que les créanciers du mari ne peuvent l'intenter de son chef.

(1) Douai, 23 nov. 1806, MERLIN, *Répert.*, v° *Légitimité*, sect. 4, § 3, n° 3; Voy. *J. Dr. inter. pr.*, 1880, p. 470.

(2) Cass. 14 fév. 1854, D. 54, 1, 89; LAURENT, t. III, n° 445; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. V, n° 144.

(3) Pau, 11 janv. 1887, S. 87, 2, 226.

Mais si le mari décède étant encore maître de son action, c'est-à-dire pendant le délai que lui accorde la loi pour l'intenter, ou bien si, l'ayant déjà portée lui-même devant la justice, il décède durant l'instance, alors le côté moral de l'action s'évanouit, et l'intérêt pécuniaire qu'elle soulevait pouvant être nettement dégagé, devient transmissible à tous ceux qui sont appelés à recueillir le patrimoine du défunt:

ART. 317. Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession.

La loi emploie l'expression *héritiers* dans son sens large, comprenant non seulement les héritiers proprement dits, mais encore les successeurs irréguliers et les légataires universels ou à titre universel, mais non les légataires particuliers qui ne succèdent pas aux actions du défunt; ni les parents du mari qui n'ont pas la qualité d'héritiers (1), ni la mère, ni les héritiers de la mère.

Les héritiers ont donc, pour agir, c'est-à-dire pour exercer ce que la loi appelle l'action en *contestation de légitimité*, un nouveau délai de deux mois qui a paru convenable pour leur permettre d'obtenir les renseignements nécessaires sur des faits qui leur sont étrangers.

Ce délai a pour point de départ soit le moment où l'enfant s'est mis en possession des biens du mari, soit le moment où les héritiers sont troublés par l'enfant dans leur possession.

Par conséquent toute prétention déclarée de l'enfant, toute réclamation de sa part, soit judiciaire, pétitoire ou possessoire, soit extrajudiciaire, mettra les héritiers en demeure d'agir. Il en sera ainsi alors même que l'enfant n'ayant en-

(1) Cass. 3 mars 1874, S. 74, 1, 301.

core manifesté aucune prétention quant à la succession du mari, alléguerait sa qualité d'enfant légitime pour venir en concours avec les héritiers de ce dernier, sur la succession d'un autre membre de la famille paternelle.

Il en serait autrement des prétentions manifestées par l'enfant sur des successions provenant de la ligne maternelle ; car les héritiers du mari n'ayant aucun droit dans ces successions, ne peuvent être considérés comme troublés par les réclamations de l'enfant. Ces réclamations ne feront donc pas courir le délai de deux mois, et les héritiers du mari pourront, s'ils le préfèrent, garder le silence. Néanmoins, ils auront intérêt à agir pour empêcher que l'enfant procède dans la liquidation de la succession maternelle avec un titre de légitimité que celui-ci pourrait plus tard retourner contre eux.

24. Les héritiers sont-ils obligés pour agir d'attendre que l'enfant les trouble dans leur possession? On admet généralement l'affirmative quand l'enfant est inscrit sous de faux noms, ou comme né de père et mère inconnus (1). Mais dans le cas contraire, on soutient que les héritiers peuvent former leur action en contestation de légitimité, sans attendre le trouble, autrement l'enfant pourrait compter sur le dépérissement des preuves avant de formuler ses prétentions (2).

Cette dernière décision paraît contraire à l'esprit et au texte de la loi. Notre chapitre Ier contient en effet les règles spéciales à l'action en désaveu que pourrait former le mari lui-même ; c'est cette action qui, sous le nom d'action en contestation de légitimité, et dépouillée de son caractère moral, passe aux héritiers. Donc la loi suppose qu'il s'agit toujours de contester la légitimité d'un enfant vis-à-vis de

(1) Cass. 5 avr. 1854, D. 54, 1, 93.
(2) Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Paternité*, n° 151.

qui le mari, s'il était vivant, pourrait exercer lui-même l'action en désaveu ; — donc l'art. 317 statue en vue d'un enfant vis-à-vis de qui la maternité est certaine, c'est-à-dire qui a été inscrit comme fils de sa mère. Mais comme il s'agit uniquement pour les héritiers de sauvegarder un intérêt pécuniaire, la loi fait courir le délai du jour où cet intérêt est menacé, ce qui implique que l'action n'est pas ouverte tant que cet intérêt n'est pas menacé (1).

25. La loi accorde encore soit au mari, soit à ses héritiers le moyen de prolonger d'un mois le délai qui leur est donné pour intenter leur action ; ce moyen consiste dans une déclaration de désaveu contenue dans un acte extrajudiciaire :

ART. 318. Tout acte extrajudiciaire, contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers, sera comme non avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère.

L'acte dont il s'agit peut être un acte notarié, un exploit d'huissier, ou même un acte sous-seing privé ayant date certaine. Il n'a pas besoin d'être notifié. Il n'a qu'un but et qu'un effet, c'est de prolonger d'un mois le délai ordinaire pour intenter l'action. Par conséquent, si on opposait au demandeur une fin de non-recevoir tirée de la tardivité apparente de son action, il pourrait paralyser cette exception en invoquant un acte extrajudiciaire qui lui a donné un supplément de délai d'un mois.

26. L'action en désaveu ou en contestation de légitimité sera introduite contre l'enfant lui-même s'il est majeur, ou contre un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé, s'il est mineur.

La loi veut que le mineur soit représenté par un tuteur *ad hoc*, même s'il a un tuteur ordinaire, parce que ce dernier étant bien souvent parent du mari ou de la mère semblerait intéressé au triomphe du désaveu.

(1) LAURENT, *loc. cit.*, n° 439.

La prescription de l'art. 318 paraît constituer autant une règle de forme qu'une règle de fond. Nous pensons donc qu'elle doit être observée même à l'égard des étrangers (1).

27. On se demande par qui doit être nommé le tuteur *ad hoc?* Les motifs qui ont rendu nécessaire la nomination d'un tuteur *ad hoc* excluent manifestement toute compétence de la part du conseil de famille. En effet, il n'était pas possible de faire représenter l'enfant par le mari, puisque le mari est son adversaire ; les parents du mari sont donc suspects. On ne pouvait pas davantage songer à faire représenter l'enfant par sa mère, car cette dernière peut ne pas vouloir défendre à l'action, ses parents sont également suspects. Tous les parents, tant du côté paternel que du côté maternel ayant intérêt à voir admettre le désaveu, il semblait illogique de leur confier le soin de désigner le représentant spécial de l'enfant. Par conséquent la seule solution conforme à l'esprit de la loi était celle qui reconnaissait au tribunal compétent la mission de désigner le tuteur *ad hoc*.

Cependant c'est l'opinion contraire qui a été consacrée par une jurisprudence constante. On décide que c'est au conseil de famille et non au tribunal qu'il appartient de nommer le tuteur *ad hoc* à l'enfant désavoué, à peine de nullité de la procédure (2).

La jurisprudence décide encore, par voie de conséquence, que le conseil de famille doit être composé et convoqué comme pour la nomination d'un tuteur ordinaire, et notamment qu'il doit être composé de parents pris moitié du côté paternel, moitié du côté maternel (3). Mais une dissidence s'est produite dans le cas de désaveu conçu après la sépara-

(1) *Contrà*, *J. Dr. int. pr.*, 1885, p. 374; Cpr. Trib. Seine, 23 mai 1883, *Loi*, 30 juin 1883.

(2) Cass. 24 nov. 1880, S. 81, 1, 65 ; Montpellier, 21 juill. 1886, S. 88, 2, 108.

(3) Cass. 9 mai 1864, S. 64, 1, 305.

tion de corps ou le divorce. Quelques arrêts ont admis que, en pareille hypothèse, la présomption de paternité étant détruite de plein droit, le conseil doit être exclusivement composé de parents ou alliés de la femme (1). Mais de ce que le désaveu est péremptoire en ce sens que le mari n'a pas de preuve spéciale à faire, il n'en résulte pas qu'il doive produire immédiatement son effet; il reste toujours à savoir s'il ne peut pas être combattu par quelque exception; il faut donc pour qu'il produise son effet attendre qu'il soit admis (V. nº 13).

On décide en outre que dans ce dernier cas le conseil de famille doit être convoqué au domicile de la mère, et dans les autres cas au domicile du mari.

Toutes ces difficultés ne pourraient pas être soulevées, si l'on reconnaissait qu'il n'est pas possible d'attribuer une compétence sérieuse au conseil de famille pour désigner le tuteur *ad hoc*, et que cette désignation doit appartenir au tribunal. Du reste les conseils de famille le comprennent quelquefois, et refusent de procéder à la nomination du tuteur *ad hoc*. Il faut bien alors que le tribunal procède lui-même à cette nomination pour permettre au mari d'agir dans les délais impartis par la loi (2).

28. L'action en désaveu ne peut être introduite par le mari que contre un enfant inscrit sous son nom dans les registres de l'état civil. C'est ce qui résulte de toute l'économie du chapitre Ier qui n'a été rédigé qu'en vue de cette hypothèse.

De là il suit que l'action en désaveu ne saurait se comprendre contre un enfant qui a été inscrit sous d'autres noms, ou comme né de père et mère inconnus, ou qui n'a même pas été déclaré à l'état civil. Cela ne veut pas dire que

(1) Arrêt précité de Montpellier, 21 juill. 1886, S. 88, 2, 100, note 3; Caen, 22 et 29 déc. 1880, S. 81, 2, 161.

(2) Arrêt précité de Montpellier du 21 juill. 1886.

le mari demeure désarmé; dans le cas, en effet, d'une réclamation d'état ultérieurement formée par cet enfant, le mari pourra se défendre par la dénégation de sa paternité réservée, sous forme de preuve contraire, par l'art. 325 du chapitre II.

29. Mais comme l'enfant a le droit imprescriptible de réclamer l'état qui lui appartient, et d'établir sa filiation, il en résulte pour le mari une menace pérpétuelle. Cette considération a entraîné la jurisprudence à permettre au mari de se soustraire à ce danger et à prendre les devants, surtout s'il a à craindre de voir dépérir les preuves qui sont actuellement à sa disposition.

On décide en conséquence que le mari peut intenter une action préventive en désaveu ou dénégation de paternité contre un enfant qu'il prétend être né de sa femme, mais qui ne se rattache légalement à elle ni par la possession d'état, ni par un titre régulier (1).

La Cour de cassation, et après elle la Cour de Lyon, invoquent les art. 312 et 313, lesquels donnent au mari l'action en désaveu « sans la subordonner à la condition que l'enfant désavoué soit en possession de la qualité d'enfant légitime, ou ait du moins été inscrit sur les registres de l'état civil, comme né de la femme mariée (2). » Mais c'est tomber dans la confusion que nous avons signalée plus haut (n° 3). L'action en désaveu suppose que la maternité est prouvée par un titre; les art. 312, 313 et tout le chapitre Ier ne statuent qu'en vue de cette hypothèse; les autres hypothèses font l'objet du chapitre II. Les art. 312 et 313 n'avaient donc pas besoin de déclarer que l'action en désaveu était subordonnée à la condition que l'enfant ait la possession d'état d'enfant légi-

(1) Cass. 9 mars 1864, S. 64, 1, 305; Lyon, 21 janv. 1886, S. 88, 2, 77.

(2) Arrêts précités.

time; ce qui est nécessairement sous-entendu n'a pas besoin d'être exprimé, méconnaître ce point, c'est méconnaître l'évidence même (1).

Les mêmes arrêts ajoutent que les preuves actuellement à la disposition du mari, peuvent s'affaiblir ou disparaître. C'est possible, mais ce n'est pas une raison pour rétablir, dans un cas particulier, les anciennes enquêtes d'*examen à futur*, et la circonstance indiquée n'est pas de nature à créer pour le mari un intérêt suffisant pour agir tant que l'enfant ne manifeste aucune prétention (2).

Enfin, dans les hypothèses auxquelles se réfèrent les décisions ci-dessus, on voit le mari s'efforcer de reconstituer l'état civil de l'enfant dans le but unique de détruire ensuite ce même état civil, et cette reconstitution est opérée au moyen d'une recherche de la maternité dirigée contre l'enfant, alors qu'il est reconnu par la Cour de cassation elle-même, que la maternité ne peut être recherchée que par l'enfant et jamais contre lui.

Nons pouvons donc conclure, d'abord qu'il n'est pas possible d'exercer une action en désaveu proprement dite contre un enfant qui n'est pas rattaché à la mère par un titre régulier ;

Que la seule action possible est l'action en dénégation de paternité réservée par l'art. 325 ;

Que cette action ne peut se produire soit directement, soit sous forme d'exception que lorsque l'enfant réclamera d'une manière quelconque sa filiation.

30. L'action en désaveu, dit l'art. 318, doit être exercée *en présence de la mère*. La mère n'est pas partie au procès, mais on comprend les raisons qui rendent nécessaire son appel en cause. Il n'est pas indispensable, à peine de dé-

(1) Conf. DEMOLOMBE, *Paternité et filiation*, n° 146 *bis*, III.
(2) V. LAURENT, *loc. cit.*, n° 434, p. 547, note 1.

chéance, que son appel en cause ait lieu dans le délai d'un mois (1).

L'action doit être portée devant le tribunal du domicile de l'enfant, véritable défendeur à l'action. Or l'enfant a le domicile de son père, et ne le perd pas par l'effet du désaveu ni par la nomination d'un tuteur *ad hoc*.

L'action n'est pas soumise au préliminaire de conciliation; elle n'est susceptible ni de transaction, ni de compromis (art. 49, 83, 1004, C. pr. c.); elle sera portée en appel à l'audience solennelle.

31. Si le désaveu est admis, la présomption légale de paternité étant détruite, l'enfant désavoué cesse d'appartenir à la famille du mari. Il est illégitime; il prendra place parmi les enfants naturels s'il a été conçu avant le mariage, et parmi les enfants adultérins s'il a été conçu pendant le mariage. Dans le premier cas, il pourra être reconnu par son père naturel; il ne pourra pas l'être dans le second cas.

Quant à la maternité, quoique certaine et reconnue par l'admission du désaveu, elle se trouve altérée dans une certaine mesure quant à ses effets. L'enfant conçu avant le mariage n'aura vis-à-vis du patrimoine de la mère que les droits restreints des enfants naturels; l'enfant conçu pendant le mariage ne pourra réclamer que des aliments.

En définitive l'enfant porte seul la conséquence de la faute commise par la mère et le complice de cette dernière. La loi a cru prévenir la faute en frappant le fils, et assurer la moralité du mariage. Mais le moyen est inique, et une réforme est nécessaire.

32. Quelle est maintenant, au point de vue de la question de filiation, l'autorité du jugement qui a statué soit sur l'action en désaveu proprement dite, soit sur l'action en contestation de légitimité? Ce jugement aura-t-il un effet *général*

(1) Caen, 31 janv. 1836, D. *Répert.*, v° *Paternité*, n° 169.

ou un effet *limité* aux seules personnes qui ont été parties dans l'instance ?

Si le jugement a été rendu avec le mari ou avec tous les héritiers du mari, il produit son effet *erga omnes ;* il pourra être opposé à tous les membres de la famille, comme il pourra, le cas échéant, leur profiter. Pourquoi en est-il ainsi ? Serait-ce, comme on le dit quelquefois, parce que : « la loi a préposé le mari, et, après sa mort, ses héritiers, à l'intérêt collectif des deux familles (1) », ou parce que la loi les aurait constitués, en qualité de contradicteurs légitimes, les représentants des deux familles ? Il serait difficile d'imaginer des conceptions plus fausses. Le droit d'exercer l'action en désaveu n'appartenait qu'au mari ; quand le mari a exercé ce droit, il a agi pour son compte personnel et exclusif, sans prétendre représenter des intérêts autres que les siens. Voilà pourquoi la question de désaveu jugée avec le mari est définitivement jugée, nul autre n'ayant le droit de la discuter (2).

Il ne peut donc y avoir de difficulté que dans les cas suivants :

1° Si le jugement a été rendu entre l'enfant et quelques-uns seulement des héritiers du mari ;

2° S'il a été rendu entre le mari ou tous ses héritiers, et quelques-uns seulement des héritiers de l'enfant ;

3° S'il a été rendu entre quelques-uns seulement des héritiers de l'enfant et quelques-uns seulement des héritiers du mari.

Dans toutes ces hypothèses, il faudra appliquer le droit commun sur les effets relatifs de la chose jugée (art. 1351). Le jugement ne produira d'effet qu'à l'égard des parties en cause ; la question pourra donc être débattue de nouveau par ceux qui n'auront pas figuré dans le premier procès, de telle sorte qu'un homme pourra être reconnu fils de tel individu à

(1) MOURLON, t. I, n° 897, note 1.
(2) LAURENT, *loc. cit.*, n° 458.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

l'égard de tel de ses frères, et non à l'égard de tel autre (V. t. Ier, n° 362). Pour éviter cette contrariété de jugements, on admet que le tribunal saisi de la première demande, peut ordonner d'office la mise en cause de toutes les parties intéressées (art. 856, C. pr. c.).

Quand il s'agira de tenir compte de décisions différentes dans un partage de biens, il sera facile d'arriver, par le calcul, à la répartition de ces biens, selon la qualité attribuée à l'enfant vis-à-vis de chaque héritier déterminé. La difficulté paraît plus grave en ce qui touche le *status* proprement dit se résumant dans le nom de famille.

Ainsi, un enfant a succombé dans un procès en contestation de légitimité suscité contre lui par un de ses frères; en conséquence il a été déclaré étranger à la famille, avec défense d'en porter le nom. Le même a triomphé dans un autre procès, vis-à-vis d'un autre frère, il a été reconnu appartenir à la famille, et par conséquent il a le droit d'en porter le nom. Donc, s'il prend le nom de la famille, celui vis-à-vis de qui il a triomphé ne pourra pas se plaindre; mais celui vis-à-vis de qui il a succombé le pourra (1) (Voy. *infrà*, n° 60).

Les effets du jugement rendu sur l'action en désaveu intentée par le mari sont définitifs en ce qui concerne l'état civil de l'enfant désavoué, et les conséquences qui peuvent résulter de cet état. Le mari peut renoncer, s'il le juge convenable, aux avantages pécuniaires dérivant de ce jugement. Mais cette renonciation ne fera pas disparaître le jugement lui-même, et n'apportera aucun changement à l'état civil qui en résulte.

Le tribunal pourra donc ordonner la transcription du jugement admettant le désaveu sur tous registres de l'état civil (arg. art. 101), partout où besoin sera, tant en France qu'à l'étranger. Dans ce dernier cas la décision ne contient qu'une

(1) Voy. Metz, 29 avril 1847, *P. J.*, t. 49, p. 172.

autorisation donnée à la partie la plus diligente de faire procéder à cette transcription dans les formes voulues, et non une injonction aux autorités étrangères; cette décision ne serait donc pas entachée d'excès de pouvoir (1).

(1) Cass. 8 déc. 1851, D, 51, 1, 5.

CHAPITRE II.

DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

§ 1er. — Des divers modes de preuve dans les actions en réclamation d'état.

33. — Transition. — La loi admet trois modes de preuve. — Loi étrangère.
34. — I. Preuve par la production d'un acte de naissance, art. 319.
35. — II. Preuve par la possession d'état, art. 320, 321.
36. — Combinaison du titre et de la possession d'état, art. 322 : — de l'action en contestation d'état.
37. — Ne pas la confondre avec la contestation du droit de porter un nom propre de famille.
38. — Comparaison entre les effets de la preuve par titre et ceux de la preuve par la possession d'état. La filiation légitime en résulte d'une manière cumulative, tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère.
39. — III. Preuve testimoniale, art. 323; dans quels cas admissible; elle suppose une action en réclamation d'état.
40. — Nécessité d'un commencement de preuve par écrit, art. 323 et 324, ou d'indices graves.
41 — Justification préalable soit de ce commencement de preuve, soit des indices graves.
42. — Application des règles ci-dessus, spécialement quand l'enfant a été inscrit sous de faux noms.
43. — Cas de perte des registres.
44. — Cas où l'action est intentée par les deux époux ou l'un d'eux.
45. — Objets distincts du commencement de preuve par écrit et de la preuve testimoniale.
46. — Fins de non-recevoir contre la demande.
47. — De la preuve contraire, art. 325.
48. — L'art. 325 ne doit recevoir d'application que si la filiation maternelle résulte seulement de la preuve testimoniale.
49. — L'art. 325 n'est pas une application de l'art. 1351.
50. — Résumé.

33. Il s'agissait dans le chapitre précédent, du cas où la maternité étant régulièrement prouvée, et n'étant pas d'ailleurs contestée, il n'y avait plus qu'à rechercher la paternité.

Il va être question, dans ce chapitre deuxième, du cas où il s'agit de rechercher, dans l'intérêt de l'enfant, à la fois sa filiation maternelle ou maternité et sa filiation paternelle ou paternité, qui sont contestées l'une et l'autre. Nous allons donc nous placer dans l'hypothèse où les éléments de la filiation légitime étant contestés, il y a lieu, pour celui qui réclame, d'en fournir la preuve.

Il va donc être plus spécialement question de l'action en réclamation de l'état d'enfant légitime reposant sur une filiation alléguée.

La loi française admet trois modes de preuve de la filiation légitime :

1° La preuve par titre ou par la production d'un acte de naissance ;

2° La preuve par la possession d'état ;

3° La preuve par témoins sous certaines conditions.

Les législations étrangères ne sont pas uniformes sur ce point ; les unes admettent les mêmes modes de preuve que la loi française, les autres en rejettent quelques-uns, d'autres enfin en admettent qui ne sont pas reconnus par notre loi.

Quand l'action portée devant un tribunal français intéresse un étranger, la loi nationale des intéressés devra être appliquée, soit pour déterminer la valeur probante de l'acte de naissance au point de vue de la filiation, soit pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale, soit pour déterminer les conditions dans lesquelles la possession d'état peut être reçue (1).

Si la loi étrangère admet un moyen de preuve que ne reconnaît pas la loi française, mais qui n'a rien de contraire à l'ordre public, les tribunaux français peuvent aussi l'admettre, ainsi la légitimité d'un enfant russe pourrait être

(1) Paris, 20 janv. 1873, S. 73, 2, 177 ; Cass. 8 juill. 1886, *J. Dr. int. pr.*, 86, p. 585.

prouvée, conformément à la loi russe, par les listes de recensement (1).

34. I. — Le mode le plus direct de la filiation légitime dérive naturellement, dans notre législation, de l'organisation de l'état civil :

ART. 319. La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil.

Il doit en être ainsi, quand même l'acte ne serait pas corroborré par une possession d'état conforme, ou qu'il y aurait une possession d'état contraire. S'il n'en était pas ainsi, la preuve résultant du titre n'existerait plus; le but de l'organisation de l'état civil serait manqué, et il n'y aurait plus que la preuve résultant d'une possession d'état. Mais pour que l'acte de l'état civil possède la force probante qui lui est attribuée, il faut que l'identité de l'enfant ne soit pas contestée, ou, en cas de contestation, que la preuve de cette identité soit produite. Cette preuve pourra se faire directement par témoins, sans commencement de preuve par écrit. Il n'y a pas lieu en effet, d'étendre à notre hypothèse, comme l'ont fait quelques arrêts, l'art. 323 fait uniquement pour le cas où il s'agit de la preuve testimoniale appliquée à la *filiation* elle-même, et non pour le cas bien différent où il s'agit d'appliquer cette preuve à l'*identité* seulement.

Dans ce cas, l'acte prouve jusqu'à inscription de faux la maternité de la mère, et jusqu'à désaveu la paternité du mari de la mère. Peu importe que dans cet acte, la mère ait été qualifiée femme *non mariée*, ou que l'enfant ait été déclaré né de *père inconnu*, ou d'un père autre que le mari de la mère. Il suffit que cette dernière ait été indiquée d'une manière certaine, pour que la paternité de son mari en résulte, sauf l'exercice du droit de désaveu.

L'acte de naissance doit réunir les conditions voulues par la loi; s'il a été dressé en pays étranger il aura force pro-

(1) Trib. Seine, 14 mars 1879, *J. Dr. int. pr.*, 79, p. 544.

bante en France, pourvu qu'il ait été rédigé suivant les formes prescrites dans le pays (1).

35. II. — Que décider au cas où l'enfant ne peut produire son acte de naissance?

ART. 320. A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit (*).

ART. 321. La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. — Les principaux de ces faits sont : — Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ; — Que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ; — Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ; — Qu'il a été reconnu pour tel par la famille.

La possession d'état, dont les éléments sont ci-dessus décrits (*nomen, fama, tractatus*), doit s'appliquer à la fois au père et à la mère. L'enfant ne pourrait pas, en scindant la preuve de la possession d'état, la justifier d'abord quant à la mère seule, et invoquer ensuite, quant au père, la présomption de l'art. 312, *pater is est*..... Dans deux cas cependant la possession d'état paraitra n'exister qu'à l'égard d'un seul des auteurs de l'enfant, c'est lorsque cet enfant est né après la mort de son père, ou lorsque la mère est morte en lui donnant le jour. Mais l'enfant qui réclame devra prouver qu'il a été traité par le survivant comme étant son fils légitime issu de son mariage avec le prédécédé.

36. La possession d'état, quand elle est seule, non corroborée par un acte de naissance peut être détruite par la preuve contraire ; de même l'acte de naissance, quand il est seul, non corroboré par la possession d'état, peut également être combattu et détruit par le désaveu. Mais il en est autrement quand il y a concours de l'acte de naissance et de la possession d'état :

(*) Art. 320. — Arg. ex. L. 2, C. 4, 20, *De test.*; L. 29, D. 22, 3, *De probat.*; L. 4, C. 4, 19, *De probat.*

(1) Bordeaux, 21 déc. 1886, D. 87, 2, 163.

ART. 322. Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre; — Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.

S'il n'y a pas conformité entre l'acte de naissance et la possession d'état, c'est le titre qui l'emporte.

On remarquera que l'art. 322 prévoit, dans son premier paragraphe une action en réclamation d'état, et dans le second paragraphe une action en contestation d'état; l'art. 322, § 2 est même le seul texte qui parle spécialement de l'action en contestation d'état.

Sauf l'hypothèse que ce texte prévoit, toute personne ayant intérêt peut contester l'état d'une autre. Cet intérêt peut être pécuniaire, comme un intérêt de succession; il peut être purement moral, par exemple pour repousser de la famille un individu qui lui est en réalité étranger, et pour éviter qu'il porte un nom qui ne lui appartient pas. Cette action en contestation d'état est régie par les mêmes principes que l'action en réclamation d'état.

37. Quand elle repose sur un pur intérêt moral et qu'elle a, par exemple, pour but unique d'écarter un étranger de la famille et de l'empêcher de porter un nom qui ne lui appartient pas, il ne faut pas la confondre, comme on le fait souvent, avec l'action qui porte uniquement sur la propriété d'un nom.

Ainsi, voilà une personne dont l'état n'est pas douteux, qui appartient bien réellement à telle famille, qui le reconnaît, mais qui prétend que sa famille a le droit de porter tel nom propre, et qui en effet prend ce nom. Or, une seconde famille, toute différente de la première, prétend au contraire que ce nom est sa propriété exclusive. Un procès s'engage entre les deux familles; ce procès n'a pas pour objet une question d'état, mais seulement une question de propriété de nom, et alors il pourra arriver que le défendeur gagne son procès à l'aide d'une sorte de prescription, parce qu'il aura démontré

que le nom en litige est possédé depuis un temps très long par sa famille.

Supposons au contraire qu'un individu s'attribue le nom propre d'une famille, précisément parce qu'il prétend être membre de cette famille. Si sa prétention est contestée, le procès qui surgira portera alors uniquement sur une question d'état. Personne ne conteste, en effet, que le nom dont il s'agit soit la propriété exclusive de telle famille. Toute la question est de savoir si celui dont l'état est contesté est réellement rattaché par sa filiation légitime à cette même famille. Ce n'est donc pas une question de propriété de nom, mais seulement une question de filiation légitime, c'est-à-dire une question d'état, qu'il faut résoudre. Pour la solution de cette question, il faut appliquer les règles relatives à l'état des personnes. Pour résoudre les difficultés relatives à la propriété d'un nom propre, il faut au contraire appliquer les règles concernant les choses.

38. Si celui qui intente l'action en réclamation d'état n'a pas de titre, et se trouve dans l'impossibilité d'invoquer la possession d'état, il pourra, dans certaines conditions, recourir à la preuve testimoniale.

Avant d'entrer dans l'examen des détails, il y a lieu de faire quelques remarques importantes :

1° La preuve résultant d'un acte de naissance, de la possession d'état, et de l'audition de témoins, ne concerne que le fait de la *filiation*, et pas du tout le fait du mariage entre les prétendus père et mère. — On suppose que le mariage entre eux est prouvé, et que l'enfant dont il s'agit demande uniquement à établir qu'il est issu de ce mariage. C'est donc sa filiation seulement qu'il se propose de démontrer soit à l'aide d'un titre, soit à l'aide de la possession d'état, soit à l'aide de la preuve testimoniale.

2° La preuve de la filiation résultant soit de l'acte de naissance, soit de la possession d'état, présente un caractère que

n'a pas la preuve testimoniale. Ce caractère particulier consiste en ce que par l'acte de naissance ou par la possession d'état, la filiation légitime de l'enfant se trouve prouvée, d'une manière *cumulative*, tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère. La paternité et la maternité sont donc prouvées en même temps et du même coup. Mais une distinction est à faire.

Si la filiation légitime est prouvée par l'acte de naissance, c'est-à-dire, si l'enfant prouve qu'il est le même que celui dont il est fait mention dans l'acte de naissance constatant l'accouchement de telle femme mariée, il est de plein droit présumé être le fils du mari de cette femme, et par conséquent il a prouvé en même temps non seulement sa filiation maternelle, mais aussi sa filiation paternelle. Le prétendu père, dans ce cas, ne pourra décliner la paternité qu'au moyen d'une action en désaveu proprement dite, intentée dans les conditions et les délais indiqués au chapitre Ier.

Au contraire, si la filiation légitime est prouvée par la possession d'état, la paternité et la maternité légitimes sont encore prouvées en même temps ; seulement, comme la possession d'état suppose, ainsi que le dit l'art. 321, que le prétendu père a toujours traité le demandeur comme son fils, il est manifeste que lorsque le demandeur a justifié de la possession d'état d'enfant légitime, il n'y a plus moyen pour le père de décliner sa paternité.

Ainsi donc : si le moyen de preuve employé consiste dans un acte de naissance, le prétendu père peut encore décliner la paternité au moyen de l'action en ~~divorce~~, désaveu.

Si le moyen de preuve employé est la possession d'état, le mari ne peut plus décliner sa paternité.

Mais dans les deux cas, et c'est sur ce point qu'il y a lieu d'insister, le titre et la possession d'état établissent d'une manière *cumulative* la paternité et la maternité légitimes.

3° C'est ce caractère que ne présente pas la preuve par

témoins; elle n'établit pas d'une manière *cumulative* et du même coup, la paternité et la maternité.

39. III. — Ces divers points étant établis, demandons-nous donc dans quels cas la preuve par témoins est admissible?

ART. 323. A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par témoins. — Néanmoins, cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour déterminer l'admission (*).

Ainsi donc : un individu voulant établir sa filiation, il peut arriver :

1° Qu'il n'ait ni acte de naissance, ni possession d'état d'aucune sorte; c'est le cas prévu par l'art. 323, *in princip.*;

2° Qu'il ait un acte de naissance le concernant, mais qu'il le rejette comme mensonger; c'est le cas prévu par le même art. 323, *in princip.*;

3° Qu'il ait une possession d'état sans titre, et qu'il rejette cette possession d'état;

4° Qu'il ait un titre et une possession d'état qui se contredisent. L'art. 322 suppose implicitement ces deux hypothèses.

C'est dans ces quatre cas seulement que la filiation légitime pourra être établie par témoins; et on voit que, dans ces quatre hypothèses, il s'agit en définitive pour le demandeur d'obtenir un état qu'il n'a pas. Aussi est-ce uniquement dans ces quatre cas qu'il peut être question d'une action en *réclamation d'état* proprement dite, en employant l'expression qui nous est offerte par l'art. 322.

40. La preuve par témoins, dans les divers cas ci-dessus indiqués, sera-t-elle admise directement, *de plano?* Cela serait peut-être dangereux. La loi veut qu'il y ait d'abord certaines bases acquises à la demande, indépendamment de toute déclaration des témoins. C'est pourquoi l'art. 323, § 2,

(*) Art. 323. — Arg. ex. L. 2, C. 4, 20, *De test.*

exige un commencement de preuve par écrit. On entend par là tout document écrit qui, sans prouver d'une manière directe le fait contesté, est de nature à le rendre vraisemblable. Dans les procès ordinaires, ce document doit émaner de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente (art. 1347). Mais dans notre matière, le débat intéressant en quelque sorte toute la famille, il était logique d'admettre les écrits de tous ceux qui auraient intérêt à la contestation s'ils étaient vivants.

ART. 324. Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante (*).

Les lettres missives produites avec le consentement de celui à qui elles sont adressées, peuvent constituer un commencement de preuve par écrit; c'est même ce qui arrive le plus souvent.

Mais le texte de l'art. 324 ne saurait être entendu comme permettant d'attribuer le caractère de commencement de preuve par écrit à un acte de naissance irrégulier, c'est-à-dire n'indiquant pas suffisamment la mère. L'acte dans ce cas n'a plus aucune force probante. L'enfant peut le faire rectifier, mais alors l'acte rectifié sera plus qu'un commencement de preuve par écrit; il constituera une preuve complète et directe de la maternité, et par voie de suite, de la paternité, sauf désaveu.

L'art. 323 met sur la même ligne que le commencement de preuve par écrit, les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants et assez graves pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale.

41. Par conséquent, le demandeur qui conclut à ce que le tribunal l'autorise à faire entendre des témoins, c'est-à-

(*) Art. 324. — L. 29, D. 22, 3, *De probat.* — Ord. de 1667, tit. 20, art. 14.

dire ordonne une enquête, ne pourra obtenir l'enquête qu'à la condition préalable, soit de produire un commencement de preuve par écrit, soit, ce qui en est l'équivalent, de justifier tout d'abord de l'existence de présomptions ou d'indices, démontrés autrement que par l'enquête demandée, et qui en outre ne pourront pas être prouvés par témoins. Mais alors comment ces indices ou présomptions seront-ils prouvés?

Leur preuve résultera des faits d'ores et déjà constants, c'est-à-dire reconnus par toutes les parties, ou dérivant des documents du procès.

42. L'application des règles ci-dessus, concernant l'admission de la preuve testimoniale, ne comporte aucune difficulté particulière dans la première hypothèse à laquelle se réfère l'art. 323, celle où l'enfant qui réclame n'a ni titre ni possession d'état constante. Il n'en est pas de même quand il s'agit de la deuxième hypothèse prévue par le même article, celle où l'enfant a été inscrit sous de faux noms.

Dans ce cas, il devrait, selon quelques auteurs, établir d'abord qu'il a été inscrit sous de faux noms, et cela au moyen d'une inscription de faux, et ce n'est qu'après avoir ainsi détruit l'acte qu'il pourrait être admis à la preuve testimoniale (1). La loi ne paraît pas avoir voulu assujettir le demandeur à une telle procédure. La preuve qu'il a été inscrit sous de faux noms résultera précisément de la preuve qu'il se propose de fournir qu'il est le fils de telle personne, et non de celle qui lui a été attribuée pour mère dans l'acte de naissance. Il faut remarquer en effet que la nécessité, dans notre hypothèse, d'un commencement de preuve par écrit s'applique à toute la prétention de l'enfant, et que cette prétention est *indivisible*.

Le demandeur dit : je prétends avoir telle femme pour

(1) ZACHARIÆ, t. III, p. 650, note 23.

mère, et non celle qui m'est attribuée dans l'acte de naissance..... Voilà sa prétention qu'on ne peut pas couper en deux. Or, à cette prétention, l'art. 323 répond : Vous pourrez établir cette prétention par témoins, si vous avez un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire un document rendant vraisemblable le fait allégué; or le fait allégué se réduit en définitive à ce que le demandeur prétend avoir été inscrit sous de faux noms.

Or, l'opinion que nous repoussons aboutirait en réalité à dire à l'enfant : commencez par établir que vous avez été inscrit sous de faux noms, et quand vous aurez prouvé ce fait, vous devrez produire un document écrit de nature à le rendre simplement présumable (1) !

43. Si l'enfant au lieu de soutenir qu'il a été inscrit sous de faux noms allègue qu'il n'a pas été tenu des registres ou que les registres tenus ont été perdus, la situation est différente. Ce cas est réglé par l'art. 46, plus haut expliqué (t. I, nos 322 et 326), et constitue une dérogation à l'art. 323.

En effet : l'art. 323 n'autorise la preuve testimoniale de la *filiation* que s'il existe un commencement de preuve par écrit.

L'art. 46 autorise au contraire la preuve par témoins des *naissances*, sans commencement de preuve par écrit, mais à la charge qu'il soit préalablement établi que les registres n'ont pas été tenus ou qu'ils sont perdus. Tout le monde est d'accord pour constater cette différence ; mais quelques auteurs soutiennent que si la *naissance* est prouvée, dans le cas de l'art. 46, il n'en est pas de même de la *filiation*, que la filiation reste encore à prouver, et qu'elle ne peut être prouvée par témoins que moyennant la production préalable d'un commencement de preuve par écrit.

Mais il est facile de répondre que l'art. 46 a uniquement

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. V, n° 239; LAURENT, t. III, n° 415.

pour but de permettre de remplacer les registres de l'état civil, considérés comme instrument de preuve, par une preuve d'une autre nature. Or l'acte de naissance absent et qu'il s'agit en quelque sorte de remplacer, ne prouve pas seulement le fait qu'un enfant est né, il prouve encore la filiation quand il s'agit d'un enfant né du mariage. Donc la preuve faite dans les conditions de l'art. 46, et qui doit tenir lieu de l'acte de naissance, doit, tout comme ce dernier document, prouver la filiation, sans qu'un commencement de preuve par écrit soit nécessaire. De là il suit :

1° Que dans les cas prévus par l'art. 46, les énonciations écrites dans les registres et papiers domestiques pourront à elles seules, à titre d'indices graves ou de présomptions, faire preuve complète de la filiation, tandis que dans les cas de l'art. 323, les indices graves ou présomptions pourront seulement rendre la preuve testimoniale admissible.

2° Dans les cas de l'art. 46, le mari, comme dans le cas d'un acte régulier de naissance, ne peut faire tomber la présomption de paternité qu'au moyen de l'action en désaveu; au contraire, dans les cas de l'art. 323, il pourra décliner sa paternité par toute espèce de moyens (1).

44. On a soutenu que l'art. 323 et l'art. 325 qui le complète, supposant que la réclamation émane de l'enfant, ne doivent pas s'appliquer lorsque la réclamation émane des deux époux, ou de l'un d'eux, qui intentent une action pour faire déclarer que cet enfant leur appartient, ou du moins appartient à la femme. Nous laissons de côté, pour le moment, la difficulté provenant de ce qu'on ne peut, en principe, rechercher la paternité contre l'enfant. Mais étant donné que l'action dont nous parlons soit recevable, il est certain que la disposition de l'art. 323 est générale et qu'elle s'applique aux époux qui veulent prouver la filiation de l'enfant conçu pen-

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. V, n°s 233 et 234; LAURENT, III, n° 425.

dant leur mariage, comme à l'enfant lui-même qui réclame l'état d'enfant légitime (1). Un commencement de preuve par écrit sera donc nécessaire.

45. Voyons quels sont les points précis sur lesquels doit porter le commencement de preuve par écrit, et la preuve testimoniale elle-même.

D'abord, il ne faut pas confondre l'objet de la demande avec l'objet même de la preuve.

Dans notre matière quel est l'objet de la demande? Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit de filiation légitime. Par conséquent le demandeur réclame la qualité de fils légitime de tel homme et de telle femme mariés ensemble.

La prétention du demandeur a trait en conséquence d'une manière indivisible à la constatation de la filiation paternelle et de la filiation maternelle.

Quel doit être maintenant l'objet du commencement de preuve par écrit? Sur quoi doit-il porter? Il doit, comme le dit l'art. 1347, être de nature à rendre probable le fait allégué; c'est-à-dire le double fait de la filiation légitime paternelle et maternelle. Donc, le commencement de preuve par écrit doit se trouver en relation directe avec l'objet de la demande elle-même, il doit s'appliquer aussi d'une manière cumulative à rendre probable la filiation paternelle et maternelle.

Quel sera au contraire l'objet précis de la preuve testimoniale quand elle sera admise; sur quels points particuliers portera-t-elle? Le propre de la preuve testimoniale est de se diviser dans l'application, et de ne pouvoir porter que sur les éléments matériels et sensibles servant de base à la demande elle-même. La preuve testimoniale portera donc uniquement : 1° sur le fait de l'accouchement de la prétendue mère; 2° sur l'identité du réclamant avec l'enfant dont la femme est

(1) Cass. 22 août 1861, D. 62, 1, 115.

accouchée... Tels sont les deux faits uniques sur lesquels seront entendus les témoins. De ces faits ainsi constatés, il résultera : 1° que le demandeur est le fils de la femme qu'il réclame pour mère; 2° et comme cette femme était mariée à l'époque de la conception, qu'il est aussi le fils du mari; 3° enfin pour tout résumer, qu'il est le fils légitime de l'un et de l'autre.

Le résultat final sera donc : que la prétention par lui manifestée, qui paraissait probable d'après le commencement de preuve par écrit, se trouve enfin justifiée dans ses *éléments matériels*, par la déposition des témoins, c'est-à-dire des gens qui ont vu et entendu.

46. Le demandeur est donc allé jusqu'au bout dans la justification de sa demande. Il faut savoir maintenant ce que vont lui répondre ses adversaires, quels qu'ils soient, et de quels moyens ils pourront se servir pour repousser l'attaque.

D'abord, ils pourront essayer d'arrêter le demandeur *in limine litis*, et de couper court à l'instance par une fin de non-recevoir tirée de ce qu'il n'est pas dans l'une des quatre hypothèses où la preuve testimoniale est admissible.

Ainsi ils pourront opposer que le demandeur a une possession d'état conforme à son titre, art. 322 § 1; il faudra évidemment commencer par éclaircir cette question préalable. Ils pourront contester ensuite la valeur du commencement de preuve par écrit, etc.

47. Supposons néanmoins que le demandeur ait fini par être admis à la preuve testimoniale, qu'il ait produit et fait entendre ses témoins, comment les résultats de l'enquête pourront-ils être combattus?

ART. 325. La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère (*).

(*) Art. 325. — Ord. de 1667, tit. 22, art. 1.

Cela est tout naturel, la preuve contraire est de droit en toute matière (art. 256, C. pr. c.). Les adversaires produiront donc leurs témoins, et le juge appréciant les divers témoignages produits de part et d'autre, prononcera.

Il n'y a pas de difficulté pour la question de maternité. Mais quel est le sens de la dernière partie de l'art. 325 qui, même après la maternité prouvée, permet d'établir que le demandeur n'est pas l'enfant du mari de la mère? Ceci est très remarquable, la maternité est prouvée... Donc, d'après la présomption de l'art. 312, l'enfant a pour père le mari de la mère. Notre art. 325 admet bien cette présomption, même dans le cas où la maternité est simplement prouvée par témoins, mais il admet aussi que le mari peut faire tomber cette présomption *par tous les moyens*. La fin de la phrase est en effet régie par le commencement, et, quant au père, il faut lire le texte comme s'il était ainsi conçu : La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant du mari de la mère. Donc le mari ne sera pas réduit au désaveu exercé dans les conditions, formes et délais indiqués au chapitre II, mais il pourra faire valoir tous les moyens propres à faire admettre qu'il n'est pas le père.

48. On a soutenu quelquefois que l'art. 325 doit recevoir son application dans tous les cas où la maternité est constatée par un jugement, et que dans tous ces cas, sans distinction, le mari de la mère est autorisé à prouver, par tous les moyens possibles, qu'il n'est pas le père. En effet, dit-on, lorsque la maternité résulte d'un jugement, elle ne repose en définitive que sur la présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée. Or, une présomption de vérité n'a pas autant de force qu'une vérité incontestable, et ne peut tenir lieu d'un principe. Par conséquent chaque fois qu'après contestation, la maternité d'une femme mariée a été reconnue par jugement, il n'y a là qu'une vérité présumée qui n'est plus assez

incontestable pour rejaillir sur le mari, de façon à lui attribuer nécessairement la paternité, sauf désaveu de sa part. Aussi, dans ce cas, pourra-t-il décliner sa paternité sans avoir besoin de recourir au désaveu.

Mais cette manière d'expliquer l'art. 325 mènerait trop loin; elle conduirait à dire que lorsqu'un individu a un titre régulier, un acte de naissance, et que cependant son identité, par exemple, se trouve à tort contestée, s'il parvient à triompher en justice sur ce point, et à obtenir un jugement établissant son identité, et par conséquent sa filiation maternelle, la filiation paternelle n'en découlera pas nécessairement, et que le mari de la mère pourra décliner sa paternité sans recourir au désaveu!... Or, personne n'oserait proposer une pareille solution.

La vérité est que notre art. 325 ne peut s'appliquer que dans l'hypothèse où il n'y a pour le réclamant ni titre ni possession d'état; c'est-à-dire uniquement dans l'hypothèse où il n'a pu justifier sa filiation maternelle qu'à l'aide de la preuve testimoniale. C'est dans ce cas seulement que le mari de la mère pourra, par tous les moyens, faire juger que le réclamant n'est pas son fils.

49. On a encore voulu voir dans l'art. 325 une application pure et simple de l'art. 1351 duquel il résulte que la chose jugée ne produit qu'une vérité purement relative. En conséquence, le texte voudrait dire que si l'enfant a plaidé seulement contre la mère, et a réussi à prouver contre elle qu'il est celui dont elle est accouchée à telle époque, la maternité ne sera pas pour cela prouvée contre le mari, et il faudra l'établir de nouveau vis-à-vis de lui.

Cela est vrai, et cette constatation démontre le grand intérêt qu'il y a pour le réclamant à mettre en cause, à la fois, celle qu'il prétend être sa mère, et le mari de cette dernière. Mais notre article suppose précisément que c'est ce qui a eu lieu, et que la maternité se trouve ainsi établie d'une ma-

nière absolue aussi bien à l'égard du mari qu'à l'égard de la mère, et pour ce cas il admet que le mari pourra, par tous les moyens, prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant. Ce qui revient à dire que lorsque la filiation maternelle n'est prouvée que par témoins, la présomption de l'art. 312 qui attribue la paternité au mari ne se trouve plus aussi forte, et que le législateur n'exige pas que le mari recourre à l'action en désaveu pour la faire tomber.

50. Nous pouvons donc, maintenant, résumer en quelques mots, toute l'économie de la loi en cette matière :

1° Si la filiation maternelle est régulièrement prouvée par un titre, quand même ce titre aurait été contesté, la présomption de l'art. 312, qui attribue la paternité au mari de la mère, conserve toute son énergie; le mari pour détruire cette présomption n'a d'autre ressource que l'action en désaveu.

2° Si la filiation se trouve établie par la possession d'état, comme cette possession d'état implique l'aveu du père, il n'est pas possible de concevoir que le père puisse décliner par un moyen quelconque sa paternité.

3° Si la filiation maternelle ne se trouve établie que par témoins, la présomption de l'art. 312 subsiste toujours ; le mari est censé le père ; mais cette présomption a perdu de son énergie, et l'art. 325 permet au mari de la détruire par tous les moyens possibles.

§ 2. — Compétence et jugement.

51. — De la compétence en matière de réclamation d'état, art. 326 et 327; — Application de ces dispositions.
52. — But final des art. 326 et 327.
53. — En cette matière, le civil tient le criminel en état.
54. — Faut-il, pour qu'il en soit ainsi, qu'une action en réclamation d'état soit engagée au civil, ou suffit-il que cette action soit possible?
55. — Cas dans lesquels l'art. 327 n'est pas applicable.
56. — Conséquences à l'égard de l'enfant de l'art. 327.

57. — Les actions en réclamation et en contestation d'état ne sont pas dans le commerce. — Imprescriptibilité, art. 328.
58. — Transmissibilité de l'action, art. 329, 330.
59. — L'action en réclamation d'état est-elle imprescriptible à l'égard des descendants de l'enfant décédé?
60. — De la chose jugée en matière de question d'état.

51. Il faut voir maintenant quels sont les tribunaux compétents pour statuer sur les questions de filiation légitime :

ART. 326. Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état (*).

ART. 327. L'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état (**).

Les auteurs enseignent, en général, que ces deux articles consacrent une importante dérogation à l'art. 3 et à l'art. 4, C. instr. crim.

C'est là une erreur provenant d'une confusion faite entre l'action civile en réparation du dommage causé par un fait délictueux, et l'action en réclamation d'état, qui est aussi une action civile, mais dans un autre sens.

Quand un fait délictueux se produit, il engendre, on le sait, deux actions : l'une qui est l'action *publique* appartient au représentant de la société, l'autre appelée *civile*, parce qu'elle appartient à la partie privée, tend uniquement à la réparation du dommage causé, évalué en argent. On l'appelle civile par opposition à l'action publique (art. 1 et 2, C. instr. crim.).

Quant aux autres actions qui appartiennent aux particuliers en dehors de tout délit dont ils auraient été victimes, on peut aussi les appeler *civiles*, si l'on veut ; mais alors cette expression voudra dire seulement que ces actions sont de la compétence des tribunaux civils ; de même qu'on pourra les appeler *commerciales* si elles rentrent dans la compétence des tribunaux de commerce.

(*) Art. 326. — L. 32, § 6 et 7, D. 4, 8, *De recept. qui arbit.*
(**) Art. 327. — L. 1, C. 7, 19, *De ordine cognit.*

Appliquons ces notions à l'action en réclamation d'état :

Voilà un enfant dont l'état a été supprimé en fait. Cette suppression peut avoir été la conséquence d'un concert criminel entre quelques personnes intéressées; il y a eu, alors, un crime de suppression d'état dont l'enfant a été victime, crime prévu et puni par l'art. 345, C. P.

Il peut arriver aussi que cette suppression soit la conséquence de circonstances particulières et bizarres, n'engageant la responsabilité de personne au point de vue pénal.

Dans le premier cas, on peut concevoir l'exercice de trois actions différentes :

1° L'action en réclamation d'état de la part de l'enfant qui revendique sa place dans sa véritable famille, uniquement parce que cette place lui appartient, et sans se préoccuper le moins du monde du caractère du fait qui lui aurait enlevé cette place;

2° L'action publique dirigée par le ministère public contre les auteurs et complices du crime de suppression d'état;

3° L'action civile dirigée par la victime du crime contre les auteurs ou complices, et tendant uniquement à l'obtention de justes dommages-intérêts.

Dans la seconde hypothèse, au contraire, on ne peut concevoir qu'une seule action, celle en réclamation d'état, et peut-être une action en dommages contre ceux dont l'imprudence aurait causé la perte de l'état réclamé : mais voilà tout.

Reprenons la première hypothèse ; elle peut, disons-nous, donner lieu à trois actions. Mais il ne faut pas confondre l'action en réclamation d'état, avec l'action civile en dommages. En effet, ces deux actions n'ont pas le même objet et ne sont pas dirigées contre les mêmes personnes.

Or, c'est dans cette confusion que paraissent tomber les auteurs en enseignant que les art. 326 et 327 dérogent aux art. 3 et 4, C. instr. crim.

52. Quelle est alors la portée de ces dispositions?

Ces dispositions ont pour but d'éviter pour les questions de filiation, une solution que le législateur a cru pouvoir admettre pour le mariage, c'est-à-dire que les preuves d'une filiation puissent, dans certains cas, résulter uniquement d'une procédure criminelle, art. 198 (V. t. II, nº 182). On est parti de cette idée fausse que l'emploi de la preuve testimoniale était d'une nécessité constante devant les tribunaux de répression, et on a voulu éviter que les parties, en provoquant les poursuites du ministère public par une plainte sans caractère sérieux, arrivent à éluder les dispositions de l'art. 323 qui exigent un commencement de preuve par écrit.

Par conséquent, en matière de filiation, le réclamant devra toujours porter l'action devant les tribunaux civils, seuls compétents pour statuer. Aucune autre juridiction ne peut en connaître, même incidemment, ni les tribunaux de commerce, ni les juges de paix, ni les tribunaux de répression, ni les tribunaux administratifs, ni les conseils de révision. Cette précision a une importance particulière en ce qui concerne les conseils de révision, parce que ces tribunaux spéciaux ont à tenir compte de l'état des personnes pour appliquer certaines règles concernant les exemptions et dispenses admises quant au service militaire. Mais la manière dont ils auront apprécié l'état d'une personne n'exercera aucune influence sur le point de savoir si cet état peut être considéré comme constant. Ainsi, par exemple, la preuve qu'un enfant naturel est en possession de l'état d'enfant légitimé par mariage, ne pourra résulter de la décision d'un conseil de révision, qui l'aurait admis, à ce titre, à bénéficier de l'exemption du service militaire accordée, en certains cas, au fils aîné légitime (1).

53. De plus, en notre matière, c'est le civil qui tient le cri-

(1) Cass. 5 déc. 1885, D. 87, 1, 93.

minel en état. Mais il faut remarquer les termes dont se sert l'art. 327. L'action criminelle *ne pourra commencer* qu'après le jugement définitif sur la question d'état. Il suit de là que le tribunal de répression qui se trouverait saisi d'une poursuite impliquant la solution d'une question d'état, ne devrait pas se borner à surseoir à statuer jusqu'après la décision du tribunal civil compétent, mais qu'il devrait se dessaisir, l'action ne pouvant *commencer* devant lui qu'après le jugement définitif sur la question d'état (1).

Par conséquent, tant que la partie qui a été victime du crime de suppression d'état n'a pas fait juger au civil la question qui l'intéresse, le ministère public ne peut agir. Le crime restera donc impuni si, par indifférence ou collusion, les intéressés demeurent dans l'inaction.

54. Cette conséquence a paru regrettable. Pour l'éviter, M. Laurent, reprenant une opinion de Merlin, argumente comme suit : « Quel est l'objet de l'art. 327 ? C'est de décider, par dérogation au droit commun, que le civil tient le criminel en état. Mais pour que l'action civile arrête et suspende l'action criminelle, il faut qu'il y ait une action civile, le criminel ne peut pas être tenu en état par le néant. Tel est aussi le sens naturel du texte. Le ministère public, dit la loi, ne peut commencer son action qu'*après le jugement sur la question d'état*. Il faut donc qu'il y ait une *question d'état*, et que le tribunal civil en soit saisi, sinon il ne peut s'agir de la *juger*. S'il n'y a pas de procès engagé ; il n'y a pas de question d'état, donc nous ne sommes plus dans le texte ; partant il n'y a pas lieu d'arrêter l'action publique (2). »

Ce raisonnement repose sur une équivoque. Il ne s'agit pas de savoir si, *en fait*, une action a été ou non portée en justice, mais si, *en droit*, une telle action est possible. Or, c'est

(1) Cass. arrêt précité.
(2) *Loc. cit.*, nº 473..

ce que démontre l'action du ministère public. Cette action relève, à la charge de l'inculpé, le crime, par exemple, de suppression d'état. Cette action publique démontre, par le seul fait de son exercice, qu'il existe ou peut exister, au profit de l'intéressé, une action civile ayant pour objet la constatation de l'état prétendu supprimé. Il faut nécessairement que cet état soit préalablement constaté, et puisque la loi n'a pas voulu, à tort peut-être, qu'il puisse être constaté par le tribunal de répression, il faut qu'il le soit par le tribunal civil. Or, tant que cette constatation n'a pas eu lieu, il est impossible de concevoir comment l'auteur prétendu d'une supression d'état encore hypothétique, pourra être poursuivi et condamné.

Mais on insiste en disant que l'enfant, ou ses représentants, en n'agissant pas vont mettre obstacle à l'exercice de l'action publique... Cela est vrai, mais il doit en être ainsi. On ne peut pas forcer un particulier à exercer une action en réclamation d'état quand il ne croit pas devoir le faire. Peut-être a-t-il de bonnes raisons pour demeurer dans l'inaction, des raisons de conscience, lorsqu'il sait, par exemple, que, malgré les apparences, il est en réalité étranger à la famille qu'il pourrait, légalement, revendiquer comme sienne. Enfin, il serait odieux qu'un individu puisse être condamné, sur la poursuite du ministère public, pour suppression d'état, alors que celui dont l'état a été supprimé déclarerait ne pas vouloir, pour des raisons dont il ne doit compte à personne, être réintégré dans l'état qu'on prétend lui appartenir, et préfère conserver celui qui a été la conséquence de la suppression alléguée. Mais l'objection demeure entière, et s'adresse alors au législateur, si le crime s'est produit dans des conditions qui ne permettent d'intenter aucune action du vivant du coupable (1).

55. Si la poursuite que prétend intenter le ministère public

(1) M. LAURENT, en cite un exemple, *loc. cit.*

ne préjuge pas l'état de l'enfant, l'art. 327 n'est pas applicable. Il en est ainsi :

1° Dans le cas du délit d'exposition d'enfant;

2° Dans le cas d'enlèvement, récélé ou suppression d'un enfant (art. 345, C. P.).

3° Dans le cas de délits concernant l'état des époux.

56. Enfin, de ce que le législateur a voulu empêcher que la preuve de la filiation ne se fasse, même indirectement, par témoins, il suit :

1° Que l'enfant ne peut procéder par la voie du faux incident civil avant le jugement de la question d'état;

2° Que l'enfant ne peut demander des dommages-intérêts pour suppression d'état, tant que l'état n'a pas été constaté préalablement d'après les règles établies par le Code civil.

57. L'action en réclamation d'état a pour objet principal et direct la constatation du véritable état du demandeur. Elle n'est pas dans le commerce, et ne peut faire l'objet d'aucune transaction. En outre, cette action ne fait pas partie du patrimoine de la personne qui, d'après l'art. 2092, forme le gage des créanciers. Ces derniers ne pourraient donc pas exercer une telle action du chef de leur débiteur.

Enfin :

ART. 328. L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant.

Les mêmes principes sont applicables à l'action en contestation d'état (1), ce qui revient à dire que la prescription ne peut pas faire perdre à un individu l'état qui lui appartient en réalité, et qu'elle ne peut pas davantage lui attribuer un état qui ne serait pas le sien. En ce qui concerne les étrangers, c'est leur loi nationale qui déterminera si l'action en réclamation d'état est ou non prescriptible (2).

58. Mais pourquoi l'art. 328 contient-il cette précision que

(1) Douai, 21 déc. 1885, S. 87, 2, 151.
(2) Voy. *J. dr. int. pr.*, 1885, p. 367.

c'est seulement à l'égard de l'enfant que l'action en réclamation est imprescriptible ?

C'est que cette action peut avoir pour objet secondaire la reconnaissance de droits pécuniaires dérivant de l'état constaté, droits prescriptibles, et qu'à ce point de vue l'action peut passer aux héritiers lorsque l'enfant est décédé sans avoir intenté l'action, et alors

ART. 329. L'action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq années après sa majorité.

Ou bien l'enfant est décédé après avoir intenté l'action, et alors il faut appliquer l'article suivant :

ART. 330. Les héritiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement, ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure (*).

Dans la dernière hypothèse, il y a eu désistement de la part du réclamant, ou péremption de l'instance par lui engagée. Mais il importe de remarquer que la loi n'exige pas que le désistement ait été accepté, ni que la péremption ait été demandée, ainsi que le voudrait le droit commun. Le seul fait du désistement ou de l'expiration du délai de trois années depuis le dernier acte de la procédure suffit pour empêcher les héritiers de continuer l'instance.

L'action en réclamation d'état envisagée quant à ses conséquences pécuniaires, peut donc passer à tous ceux qui ont la qualité d'*héritiers* de l'enfant, en prenant cette expression dans son sens le plus large qui comprend les héritiers légitimes, les héritiers irréguliers, les légataires universels ou à titre universel, et même les légataires particuliers.

59. Mais la question est de savoir si les *descendants* de l'enfant décédé doivent être compris dans l'expression générale *héritiers*, on s'ils ne doivent pas être traités comme l'enfant lui-même?

(*) Art. 330.—L. 58, D. 44, 7, *De oblig.*; L. 139, D. 50, 17, *De reg. jur.*

Il semble qu'il devrait en être ainsi : ils devraient pouvoir exercer l'action en leur nom personnel, indépendamment de leur qualité d'héritiers, car ils sont aussi des *enfants* et ont, à ce titre, le droit de réclamer leur véritable famille. Leur situation devrait donc être régie par l'art. 328 et non par les art. 329 et 330. Par conséquent l'action qui est prescriptible à l'égard des héritiers non descendants, devrait être considérée comme imprescriptible à l'égard des *descendants* qui sont des *enfants*.

Pour faire repousser une telle interprétation, il suffit de remarquer qu'elle se résumerait, en définitive, dans la formule suivante : l'action en réclamation est imprescriptible en ligne directe à l'infini. Or, une telle solution est manifestement contraire aux termes de l'art. 328 et à tous les articles du chapitre II qui ne parlent jamais que de l'enfant lui-même sur la tête de qui a pris naissance le droit à l'action. La loi l'a considéré comme représentant toute sa descendance au point de vue qui nous occupe. Cela du reste était nécessaire, bien loin d'admettre, en ligne directe, l'imprescriptibilité de l'action en réclamation d'état, *à l'infini*, la loi devait empêcher l'incertitude de se prolonger, et mettre un terme à la possibilité de réclamations trop tardives (1).

60. Voyons maintenant quels seront les effets de la chose jugée en matière de questions d'état.

Nous avons vu ci-dessus (n° 32), qu'en matière de désaveu la chose jugée avec le mari avait autorité *erga omnes*, non pas parce que le mari devait être considéré comme une sorte de *contradicteur légitime*, représentant toute la masse des intéressés, mais parce qu'il était seul et unique titulaire de l'action.

En matière de questions d'état, la difficulté consiste à sa-

(1) DEMOLOMBE, t. V, n° 304; LAURENT, t. III, n° 468; Cass. 9 janv. 1854, D. 54, 1, 185.

voir si un seul membre de la famille, celui qui a *le premier et principal intérêt*, a qualité pour représenter la famille entière, de telle sorte que la chose jugée avec lui doive être considérée comme également jugée avec tous ceux à qui l'action pourrait aussi appartenir. L'affirmative a été énergiquement soutenue.

On a prétendu justifier cette théorie par l'indivisibilité de l'état des personnes; on a dit qu'elle était admise par l'ancien droit, et que les rédacteurs du Code s'y sont tacitement référés.

Cela manque d'exactitude :

1° Il est vrai que l'état des personnes est indivisible, en ce sens qu'il n'est pas possible de concevoir comment cet état pourrait, en lui-même, être scindé; mais rien n'empêche, les situations étant toujours relatives, que le même individu soit traité à l'égard de certaines personnes comme ayant un état déterminé, et à l'égard de certaines autres comme ayant un état différent;

2° Cette indivisibilité ne conduit donc pas nécessairement à adopter l'existence d'un contradicteur légitime, si la loi n'en a pas formellement établi un. Or, il n'existe aucun texte duquel on puisse induire que la loi a prétendu investir un membre de la famille du droit de représenter en quelque sorte tous les autres intérêts distincts dans les questions d'état;

3° L'indivisibilité a seulement pour effet d'autoriser le juge à ordonner la mise en cause de tous les intéressés, chaque fois qu'il surgit une action en réclamation d'état (art. 856, C. pr. c.) afin que le jugement à intervenir soit commun à tous. Mais cette mesure implique plutôt qu'il n'y a pas de contradicteur légitime, puisqu'elle serait inutile chaque fois que le débat s'élèverait avec le principal intéressé.

Par conséquent les parties intéressées à la solution d'une question d'état sont investies d'un droit individuel et ne re-

présentent qu'elles-mêmes; la décision ne peut donc avoir d'effet qu'à l'égard des parties qui ont figuré dans l'instance.

De là il suit que le réclamant, à ses risques et périls, peut agir contre une seule des personnes vis-à-vis de qui il a intérêt à établir son état, c'est son droit. S'il triomphe, il ne pourra pas opposer aux autres le jugement par lui obtenu; s'il succombe, et qu'il intente son action contre les autres; ces derniers ne pourront pas davantage invoquer le jugement déjà rendu. C'est l'application pure et simple des principes les plus élémentaires de la chose jugée.

Donc, le réclamant qui se prétend, par exemple, fils légitime, peut agir, s'il le veut, contre son prétendu père seul, sans mettre en cause la mère ni les autres enfants légitimes, et le jugement rendu avec le père, ne pourra, en ce qui concerne le fond même de la question d'état, avoir l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres enfants. Il en sera autrement à l'égard des droits que ces derniers ne peuvent réclamer que comme héritiers.

La Cour de cassation a formulé sur ce point une distinction qui repose sur les vrais principes de la matière :

« Les enfants, dit-elle, acquièrent en naissant d'un mariage légitime, des droits propres et personnels qu'il ne faut pas confondre avec ceux qui peuvent leur appartenir comme héritiers dans la succession de leurs auteurs; à l'égard de ces derniers droits, les enfants sont obligés de remplir tous les engagements de leurs auteurs, et par suite ils sont liés par les jugements où ceux-ci sont intervenus. Mais il en est autrement des *droits de famille* acquis aux enfants par le seul fait de leur naissance en mariage légitime; quant à ces droits leurs auteurs ne peuvent ni les obliger par leur fait, ni les représenter dans les instances où ces enfants n'ont pas été personnellement appelés (1). » Sans qu'il y ait à distinguer

(1) Cass. 9 mai 1821, DALLOZ, *Répert.*, v° *Chose jugée*, n° 273.

entre les enfants nés avant le jugement et ceux qui naîtraient après (1).

Il est singulier qu'après avoir si bien formulé les véritables règles à suivre, la Cour de cassation les ait elle-même méconnues dans une espèce où, après avoir agi et succombé vis-à-vis de son prétendu père seul, le réclamant avait renouvelé sa demande contre les enfants légitimes de ce dernier, à propos de la succession de leur mère. Puisque, en ce qui touche *les droits de famille*, les enfants ne sont pas représentés par leurs auteurs, aux termes de l'arrêt précité, il fallait décider que, dans l'espèce, les enfants ne pouvaient se prévaloir du jugement obtenu par leur père. La Cour de cassation a au contraire admis qu'ils pouvaient s'en prévaloir, par le motif que : *procéder contre le mari seul, c'est d'avance accepter comme définitive et absolue la décision à intervenir* (2). Est-ce que le caractère absolu ou relatif d'une décision a jamais pu dépendre de l'acceptation ou de la non acceptation d'une partie?

(1) LAURENT, *loc. cit.*, n° 490.

(2) 3 janv. 1866, D. 66, 1, 418; — Voy. DEMOLOMBE, t. V, n° 321; LAURENT, *loc. cit.*, n°s 489 et 490.

CHAPITRE III.

DES ENFANTS NATURELS.

Généralités.

61. — Des diverses classes d'enfants conçus et nés hors mariage.
62. — La loi soumet les enfants conçus et nés hors mariage à une condition inférieure.

61. D'après l'organisation résultant du droit romain, un homme ne pouvait avoir légalement des enfants, que par les *justes noces*, le *concubinat*, ou encore par l'*adoption*.

Par conséquent le citoyen qui aurait eu des enfants par suite d'un *stuprum*, c'est-à-dire d'un commerce illicite, ne pouvait pas les reconnaître.

Les enfants procréés hors mariage étaient donc distribués dans les catégories suivantes :

1° Les enfants issus du concubinat; on les appela *pueri naturales*, *enfants naturels;* cette dénomination était spéciale pour eux; ils avaient un père certain.

2° Les enfants procréés à la suite d'un commerce momentané, en dehors des justes noces et du concubinat, commerce par conséquent illicite; on les appela *spurii*, ou *vulgo quæsiti*.

3° Enfin, ces mêmes enfants pouvaient être incestueux ou adultérins.

Dans notre droit le concubinat n'existe pas; cependant nous allons retrouver, en fait, pour les enfants procréés hors mariage, à peu près la même classification qu'en droit romain, avec une seule différence, c'est que, dans notre droit, la dénomination d'*enfants naturels* est commune à tous les enfants non issus d'un mariage légitime, et n'est pas, comme en droit romain, spéciale à quelques-uns d'entre eux,

Dans notre droit sont *enfants naturels* les enfants qui sont conçus de parents non mariés et qui ne naissent pas pendant le mariage.

Les enfants naturels *simples*, sont ceux qui sont issus d'un père et d'une mère dont aucun n'était engagé dans les liens d'un mariage préexistant, et qui n'étaient entre eux ni parents ni alliés au degré prohibé pour le mariage.

Ils peuvent se diviser en deux classes :

1° Les enfants naturels reconnus par leur père et par leur mère. Cette classe correspond aux *pueri naturales*, aux enfants issus du concubinat, et qui, par suite, avaient un père certain.

2° Les enfants naturels non reconnus par leur père ni par leur mère, ou tout au moins non reconnus par leur père; cette classe correspond aux *spurii* ou *vulgo quæsiti*, c'est-à-dire à ceux qui n'avaient pas de père certain.

Il y a enfin les enfants adultérins ou incestueux qui sont les mêmes qu'en droit romain.

Nous remarquerons que la disparition du concubinat a eu pour conséquence nécessaire l'attribution au père du droit de reconnaître par un acte de sa volonté tous les enfants qu'il aurait eus hors du mariage, à suite d'un commerce plus ou moins long et même momentané, autres que les enfants incestueux ou adultérins.

62. La condition des enfants naturels est moins favorable au point de vue légal que la condition des enfants légitimes; et même cette condition ne peut pas être améliorée par leurs parents quelle que soit la bonne volonté de ces derniers. Cela est excessif. Faudrait-il revenir aux idées de la Convention qui avait proposé l'assimilation absolue des enfants naturels aux enfants légitimes? C'est un point sur lequel nous aurons l'occasion de nous expliquer. On peut consulter à cet égard des rapports de Cambacérès qui offrent un grand intérêt (1).

(1) *Recueil et choix des rapports*, etc., t. XIII, p. 347 et 353.

Il y a cependant pour les enfants naturels une certaine possibilité d'entrer dans la classe des enfants légitimes. C'est la légitimation par mariage subséquent.

Notre chapitre III est divisé en deux sections consacrées, la première à la légitimation des enfants naturels, la seconde à leur reconnaissance. Logiquement, il aurait été préférable de poser d'abord les règles relatives à la reconnaissance.

SECTION PREMIÈRE.

De la légitimation des enfants naturels.

63. — Quels enfants peuvent être légitimés, art. 331? Quel intérêt ont les parents à légitimer leurs enfants naturels?
64. — Faut-il que le mariage des père et mère ait été possible au moment de la conception de l'enfant?
65. — Les enfants adultérins ou incestueux sont exclus du bénéfice de la légitimation.
66. — Les dispenses obtenues par les père et mère parents au degré prohibé, n'effacent pas le vice résultant d'une conception incestueuse.
67. — Une reconnaissance de l'enfant, au moins concomitante du mariage, est nécessaire.
68. — Une reconnaissance postérieure au mariage serait inopérante à ce point de vue.
69. — La légitimation d'un enfant décédé profite à ses descendants, art. 332.
70. — La légitimation ne rétroagit pas, art. 333; conséquences, notamment pour l'application des lois sur le service militaire.
71. — Action en nullité de la légitimation.
72. — De la légitimation du Français à l'étranger et des étrangers en France.

63. La légitimation des enfants naturels vient du droit romain. Elle fut introduite par Constantin, en 335, dans le but de faire disparaître le concubinat et de le remplacer par le mariage. Le but était louable, et il faut reconnaître que l'intérêt créé pour les parents de remplacer ainsi par le mariage une union secondaire était sérieux. Le mariage subséquent

engendrait en effet la puissance paternelle et les avantages considérables qui y étaient attachés, sur des enfants qui en auraient été exempts.

Cette légitimation ne fut d'abord possible que pour les enfants issus du concubinat. Plus tard le droit canonique l'étendit aux *vulgo quæsiti*.

Le concubinat ayant disparu, la légitimation a pris place dans le Code, ne laissant en dehors de ses effets que les enfants issus d'un commerce adultérin ou incestueux.

ART. 331. Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration (*).

Mais la puissance paternelle ne produisant plus aujourd'hui les mêmes effets qu'autrefois, quel intérêt les père et mère ont-ils à légitimer leurs enfants?

Il y a d'abord l'intérêt moral résultant de ce qu'une situation équivoque sera *régularisée*, résultant en outre de ce que les enfants auront dans la société une place jugée plus honorable. Il y a ensuite un intérêt matériel venant de ce que les enfants légitimés auront désormais la même capacité de recevoir à titre gratuit que les enfants légitimes, et que par suite les père et mère pourront leur adresser des libéralités sans être gênés par les restrictions concernant les enfants naturels reconnus (art. 908). Or, comme il arrive souvent que les parents, pour échapper aux prohibitions de l'art. 908 s'abstiennent de reconnaître leurs enfants naturels, et suppriment ainsi l'intérêt matériel qu'ils pourraient avoir à procéder à un mariage subséquent, il en résulte que l'incapacité dont se trouvent frappés les enfants naturels empêche

(*) Art. 331. — Nov. 74, cap. 1 et 2; Nov. 91, cap. 15; Nov. 118, cap. ult. L. 10 et 11 C. 5, 27, *De natur. lib.;* cap. 1, 6, 13, *Decret. Gregor.* 4, 17, *Qui filii sint legit.;* Glos. in cap. 20, *Decret. Gregor.*, 1, 6, *De elect.*

autant de reconnaissances et par suite autant de légitimations qu'elle en provoque.

64. Quoi qu'il en soit, la première question que nous ayons à résoudre est celle de savoir, si, pour que la légitimation soit possible, il faut que les père et mère aient pu se marier ensemble au moment de la conception de l'enfant?

Cette question, qui a fait difficulté, a son principe de solution dans le texte même de la loi. L'art. 331 n'exclut du bénéfice de la légitimation que les enfants adultérins ou incestueux, c'est-à-dire issus d'un commerce entre deux personnes qui ne pouvaient se marier à ce moment parce que l'une d'elles ou toutes deux étaient déjà engagées dans les liens d'un autre mariage; ou pàrce qu'elles étaient parentes ou alliées au degré prohibé. Donc, la loi admet la légitimation des enfants issus d'un commerce entre personnes qui, au moment de la conception, ne pouvaient se marier pour des causes d'empêchements autres que les deux qui viennent d'être indiquées. Par conséquent l'enfant d'une jeune fille de treize ans pourra être légitimé, ainsi que l'enfant conçu par une femme veuve avant l'expiration du délai de dix mois, quoique dans les deux cas, au moment de la conception, le mariage de la mère fût prohibé.

65. Les enfants issus d'un commerce incestueux ou adultérin sont donc seuls exclus du bénéfice de la légitimation.

Pour savoir si un enfant est issu d'un tel commerce, il faut se placer uniquement au moment de sa conception.

Si la conception est entachée du vice de l'adultérinité ou de l'inceste, ce vice ne peut disparaître par l'effet d'un événement ultérieur, et il rend la légitimation impossible.

Pas de difficulté pour le cas de l'adultérinité. Ainsi, un individu marié ne peut pas, s'il devient veuf, légitimer par un second mariage l'enfant dont la conception remonterait à une époque où le premier mariage existait encore.

66. Il y a plus de difficulté pour le cas d'inceste. On discute la question de savoir si les enfants nés hors mariage, soit d'un oncle et de sa nièce, soit d'un neveu et de sa tante, soit d'un beau-frère et de sa belle-sœur sont légitimés par le mariage que leurs père et mère pourront contracter en vertu de dispenses?

Le texte résout la question : il prohibe la légitimation, par le mariage subséquent, des enfants incestueux. Il suppose donc une hypothèse où le mariage des père et mère est légalement possible. Or, ce mariage n'est possible que si les père et mère ont obtenu des dispenses. Donc, les père et mère qui ont obtenu des dispenses ne peuvent légitimer, en se mariant, leurs enfants qui demeurent incestueux. La Cour de cassation juge cependant, contrairement à l'évidence la plus manifeste, que les enfants dont il s'agit sont légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs (1). Cette solution est tellement en opposition avec le texte de l'art. 331, qu'il est intervenu le 11 mai 1872 une proposition tendant à modifier l'art. 331 : « *pour le mettre d'accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation!* » Cette singulière formule a, paraît-il, été employée naïvement, et sans intention épigrammatique. Mais la proposition a été repoussée par un motif empreint d'une naïveté plus grande encore, parce qu'elle était inutile, attendu « *que la question était définitivement tranchée par la jurisprudence!* » Voilà donc le juge encouragé à se faire législateur et à réformer la loi quand il la trouve mauvaise (2)!

67. Pour que les enfants soient légitimés, il faut qu'ils soient reconnus. La reconnaissance doit être antérieure au mariage, ou tout au moins concomitante du mariage, et contenue dans l'acte de célébration.

(1) Cass. 27 janv. 1874, S. 74, 1, 108; *adde*, Rennes, 17 juin 1879, D. 80, 2, 5.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 884.

La reconnaissance forcée, ou prononcée en justice, aura le même effet qu'une reconnaissance volontaire. On peut même dire que le mariage subséquent vient en quelque sorte corroborer l'autorité de la sentence intervenue. L'opinion d'après laquelle une déclaration judiciaire de filiation, intervenue après la célébration du mariage, produirait la légitimation (1), n'est guère plus soutenue aujourd'hui.

La légitimation aurait lieu quand même entre la reconnaissance de l'enfant, et le mariage qui la produit se placerait un mariage intermédiaire avec une autre personne plus tard décédée.

Il faut noter encore qu'en droit romain la légitimation ayant pour effet de faire acquérir la puissance paternelle et de faire subir une *capitis deminutio* à l'enfant, requérait l'assistance de ce dernier. Dans notre droit elle se produit comme un pur effet du mariage, et le consentement de l'enfant n'est pas nécessaire.

De ce qu'elle est un effet du mariage, il suit qu'elle résulte naturellement du mariage putatif (Voy. t. II, n° 167).

68. Enfin la reconnaissance d'un enfant naturel qui aurait lieu après le mariage déjà célébré entre ses père et mère serait inopérante au point de vue de la légitimation. On a craint que des époux n'ayant pas d'enfants, arrivent à s'entendre pour se créer, au moyen d'une légitimation mensongère, une postérité légitime en dehors des formes et conditions prescrites pour l'adoption. Cette reconnaissance produira néanmoins ses autres effets ordinaires.

Par conséquent, les individus ayant déjà des enfants naturels non encore reconnus, et qui veulent contracter mariage, demeurent libres d'accorder à ces enfants le bienfait de la légitimation en les reconnaissant dans l'acte de célébration, ou de leur refuser ce bienfait. Si, pour un motif quelconque,

(1) DEMANTE, t. II, n° 57 *bis*, VII.

ou par suite de l'indifférence ou de l'ignorance, les père et mère naturels se sont mariés sans reconnaître leurs enfants déjà nés, ils ne seront donc pas déchus du droit de leur accorder, pendant le mariage, le bienfait moindre d'une reconnaissance ordinaire. La loi ne voit aucun inconvénient à ce que des époux reconnaissent, durant leur mariage, qu'ils ont eu antérieurement des enfants naturels. Cela prouve en définitive que la légitimation est abandonnée à la libre volonté des père et mère qui se marient, et que cette mesure utilitaire ne se rattache à aucune considération d'ordre public.

69. Mais lorsque deux individus ont commencé par reconnaître un enfant naturel, ils ne peuvent, en se mariant ensuite, faire que leur mariage subséquent ne produise pas la légitimation de cet enfant reconnu, quand même il serait mort :

ART. 332. La légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants (*).

La légitimation, dans ce cas, ne profite qu'aux descendants légitimes de l'enfant naturel prédécédés, et non à ses enfants naturels, car ces derniers ne peuvent aucunement se rattacher aux parents de leurs père et mère.

70. La légitimation ne rétroagit pas, et ne peut produire ses effets, en faveur des enfants légitimés, qu'à partir du mariage des père et mère :

ART. 333. Les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage (**).

L'art. 960 duquel il résulte que toute donation entre-vifs faite par une personne n'ayant pas d'enfants vivants au moment de la donation, est révoquée de plein droit par la légitimation d'un enfant naturel né depuis la donation, n'est

(*) Art. 332. — JUSTINIEN, *Inst.*, 3, 1, § 2, *De hæred. ab intest.*; L. 3, 4, 10 et 11, C. 5, 27, *De natur. liber.*

(**) Art. 333.— JUSTINIEN, *Inst.*, 3, 1, § 2, *De hæred. ab intest.*; cap. 6, *Decret. Gregor.*, 4, 17, *Qui filii sint legit.*

pas contraire à cette solution. L'article 960 n'attribue en effet aucun droit à l'enfant légitimé, mais seulement au donateur.

De ce que la légitimation ne rétroagit pas, il suit que l'enfant légitimé n'a aucun droit dans les successions ouvertes avant sa légitimation, quoique depuis sa conception.

De même, si son père ou sa mère a eu des enfants d'un mariage intermédiaire, ces enfants, quoique plus jeunes d'âge, sont néanmoins civilement ses aînés. Mais l'enfant légitimé est l'aîné des enfants nés ensuite du mariage qui a produit la légitimation. S'il y avait plusieurs enfants légitimés en même temps par le mariage, il faudrait s'en rapporter à l'âge pour savoir quel est l'aîné.

Toutes ces précisions peuvent avoir une importance considérable quand il s'agit d'appliquer les règles sur le recrutement militaire, surtout en ce qui touche les dispenses attachées à la qualité de fils unique ou de fils aîné (1).

Ainsi, par exemple, la qualité de fils unique ou de fils aîné légitime résultant d'un titre régulier de naissance, pourrait être détruite par la preuve que les père et mère ont eu un enfant naturel avant leur mariage, et que cet enfant a été légitimé (2).

On a cependant soutenu qu'il n'était pas rationnel d'appliquer les conséquences de la légitimation, quant à la détermination de la qualité de fils ou de frère aîné, aux dispositions qui ont pour objet le recrutement militaire, par le motif que ces dispositions ne peuvent concerner que les aînés d'âge, c'est-à-dire ceux qui sont présumés être les plus capables de venir en aide à la famille. L'observation peut être fondée, mais il faudrait un texte formel pour faire admettre dans la famille deux espèces de fils ou de frères aînés, etc.

(1) Voy. L. 15 juill. 1889, art. 22.
(2) Cass. 5 déc. 1885, D. 87, 1, 93.

71. La validité d'une légitimation peut être contestée :

Soit pour des causes inhérentes à la personne des enfants légitimés ;

Soit pour des causes inhérentes à la reconnaissance de ces mêmes enfants ;

Soit pour des causes inhérentes au mariage des époux eux-mêmes.

Cette action est véritablement une action en contestation d'état, appartenant dès lors à toute personne intéressée. Elle peut se produire sans que la question de nullité du mariage soit soulevée. Par conséquent un intérêt moral ou de famille insuffisant pour justifier une demande en nullité d'un mariage de la part de collatéraux dépourvus de tout intérêt pécuniaire né et actuel, pourra servir de base légale à une action en nullité de légitimation (1) (n° 18).

72. Les lois concernant le mariage et toutes les conséquences du mariage rentrent dans le statut personnel. C'est un point qui a été établi plus haut (t. Ier, n° 145). Il en est par conséquent ainsi de la légitimation par mariage subséquent (t. Ier, n° 148). La légitimation des enfants naturels dépend donc du statut personnel de celui qui veut opérer cette légitimation, et de celui qui doit en bénéficier.

Par conséquent un Français pourra légitimer ses enfants français en pays étranger par le fait de son mariage avec leur mère contracté dans ce pays, quand même la loi de ce pays, par exemple la loi anglaise, repousserait ce mode de légitimation (2). Mais la nécessité d'une reconnaissance antérieure au mariage conformément à l'art. 331 est généralement considérée comme une règle de fond, de sorte que la

(1) Cass. 20 avril 1885, D. 86, 1, 23 ; Orléans, 14 avril 1886, D. 87, 2, 95.

(2) Bordeaux, 27 août 1877, D. 78, 2, 193 ; comp. Paris, 2 août 1876, *J. de Dr. intern. privé*, 1877, p. 230, 233 ; Cass. 20 janv. 1879, D. 79, 1, 107.

légitimation d'un Français à l'étranger n'est valable, au regard de la loi française, que s'il y a eu reconnaissance antérieure (1).

La doctrine qui vient d'être exposée doit faire admettre qu'un étranger ne pourra, par mariage subséquent, légitimer ses enfants naturels en France que tout autant que sa loi nationale permet ce mode de légitimation. Donc un Anglais ne pourrait légitimer ainsi, en France, ses enfants naturels fussent-ils français. Il serait absurde en effet de réclamer pour les Français à l'étranger le bénéfice de leur statut personnel, et de refuser ce même bénéfice aux étrangers qui se trouvent en France. Cependant la jurisprudence consacre une solution contraire. Elle part d'un principe incontestablement vrai pour en faire une application non justifiée à notre matière.

Le principe, c'est que le statut personnel d'un étranger ne peut lui être appliqué en France qu'à la condition formelle que cette application soit compatible avec l'ordre public français. Tout le monde est d'accord sur ce point. Mais la jurisprudence décide que la légitimation par mariage subséquent est d'ordre public en France; que par suite, le mariage contracté en France entre un étranger et une Française entraîne forcément la légitimation de leurs enfants naturels reconnus, bien que la législation nationale de l'étranger, un Anglais par exemple, n'admette pas un tel mode de légitimation (2). Mais quel rapport y a-t-il entre l'ordre public et la légitimation par mariage subséquent? Nous avons vu ci-dessus que ce procédé tout à fait artificiel, qui pourrait ne pas exister, n'a dans la loi aucun caractère impératif, et que

(1) Voy. arrêt précité de Bordeaux, 27 août 1877; LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. V, p. 535; *Contrà*, Besançon, 25 juill. 1876, S. 79, 2, 249.

(2) Cass. 23 nov. 1857, D. 57, 1, 423; Bourges, 26 mai 1858, D. 58, 2, 178; Rouen, 5 janv. 1887, D. 87, 2, 145; Paris, 23 mars 1888, S. 88, 2, 131.

les parents peuvent s'y soustraire. Aussi tous les auteurs condamnent-ils cette extension irrationnelle de l'idée d'ordre public à la matière de la légitimation (1).

Quelquefois cependant l'état et la capacité des étrangers doivent, d'après leur propre loi nationale, être régis par la loi en vigueur au lieu de leur domicile (V. t. Ier, nº 141). C'est précisément le cas pour la loi anglaise qui reconnaît pour les Anglais domiciliés à l'étranger la prépondérance de la loi de leur domicile. Par conséquent le mariage d'un Anglais, domicilié en France, entraînerait d'après son statut national la légitimation de ses enfants naturels reconnus. C'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de Paris (2), qui n'avait pas besoin pour justifier sa décision d'ajouter que, d'ailleurs, la légitimation est d'ordre public en France.

La légitimation qu'un étranger aurait obtenue dans son pays conformément à sa loi nationale, serait évidemment considérée comme valable en France, quand même elle résulterait d'un mode, tel que le rescrit du prince, non admis par la loi française. Il en serait de même dans le cas où la reconnaissance aurait suivi le mariage au lieu de le précéder (3), sans que l'acte de mariage contienne une déclaration quelconque relative aux enfants (4).

SECTION II.

De la reconnaissance des enfants naturels.

§ 1er. — Preuve de la filiation naturelle.

73. — I. Preuve par titre; de la reconnaissance contenue dans l'acte

(1) Voy. note de M. de Boeck sous l'arrêt précité de Rouen du 5 janv. 1887.

(2) Paris, 23 mars 1888, S. 88, 2, 131.

(3) Cass. 20 janv. 1879, S. 79, 1, 417; comp. trib. Avesnes, 12 juin 1880, *J. Dr. intern. pr.*, 80, p. 472.

(4) Bastia, 7 mai 1859, S. 60, 2, 333.

de naissance, art. 324. — Qui peut reconnaître un enfant naturel?
74. — De la reconnaissance faite par acte authentique ultérieur; applications diverses.
75. — La reconnaissance faite par acte privé est nulle.
76. — Reconnaissance d'un enfant conçu ou décédé.
77. — La reconnaissance peut émaner de personnes d'ailleurs incapables.
78. — Elle est irrévocable; *Quid* lorsqu'elle a été faite dans un testament authentique plus tard révoqué?
79. — Elle ne peut avoir lieu au profit des enfants adultérins ou incestueux, art. 335.
80. — Nécessité de l'aveu de la mère, même quand elle a été indiquée dans la reconnaissance faite par le père, art. 336.
81. — Cet aveu doit-il être fait par acte authentique?
82. — La jurisprudence admet que cet aveu peut résulter des circonstances.
83. — II. De la possession d'état. Peut-elle prouver la filiation naturelle?
84. — Solution affirmative proposée par Demolombe; réfutation.
85. — Conséquences de cette solution.
86. — La jurisprudence ne l'a pas admise.
87. — III. De la preuve testimoniale. Prohibition relative à la recherche de la paternité, art. 340, § 1.
88. — Exception résultant de l'art. 340, § 2.
89. — La recherche de la maternité est admise moyennant un commencement de preuve par écrit. En quoi doit consister ce commencement de preuve.
90. — La recherche à la maternité ne peut être autorisée contre l'enfant.
91. — Durée et transmissibilité de l'action.
92. — Effets de la reconnaissance volontaire ou forcée; la condition des enfants naturels reconnus est inférieure.
93. — Les propositions relatives à la libre recherche de la paternité sont de nature à compromettre le résultat des efforts tentés pour améliorer la condition des enfants naturels.

73. Il va être principalement question dans cette section de la preuve de la filiation naturelle.

Nous savons que la filiation légitime peut être établie :

1° Par titre;

2° Par la possession d'état;

3° Par la preuve testimoniale soutenue d'un commencement de preuve par écrit.

Il s'agit de savoir si ces trois modes de preuves sont pareillement admis en matière de filiation naturelle.

I. — Voyons d'abord ce qui concerne la preuve par titre :

ART. 334. La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance.

Il faut tout d'abord remarquer la différence qui existe entre l'acte de naissance d'un enfant légitime, et celui d'un enfant naturel. L'acte de naissance d'un enfant légitime prouve par lui-même la filiation légitime. C'est ce qui résulte de l'article 319, il n'est donc pas nécessaire que cet acte contienne un aveu spécial de paternité et de maternité de la part des père et mère.

Au contraire, l'acte de naissance d'un enfant naturel ne prouve pas par lui-même sa filiation. Cette preuve ne peut résulter que de la reconnaissance formelle qui y est insérée. Pourquoi cette différence? Parce que l'accouchement d'une femme mariée étant ordinairement un fait notoire, il n'est pas probable qu'on cherche à le supposer faussement. Mais une femme non mariée étant naturellement portée à cacher son accouchement, il est plus facile de le supposer par fraude. Il ne fallait donc pas attacher à l'acte de naissance dans ce dernier cas des effets probants aussi étendus que pour le premier.

La reconnaissance, c'est-à-dire l'aveu de la paternité ou de la maternité, est, de la part de ceux qui ont engendré un enfant naturel, l'accomplissement d'une obligation stricte contractée envers cet enfant.

Donc toute personne, pourvu qu'elle soit saine d'esprit et qu'elle agisse librement, peut reconnaître un enfant naturel. Cette observation s'applique aux femmes mariées, aux mineurs émancipés ou non émancipés, aux interdits et aux individus pourvus d'un conseil judiciaire. Ces personnes

n'ont besoin d'aucune autorisation ou assistance. Les prêtres catholiques et les étrangers ont également le devoir, et par suite la possibilité, de reconnaître leurs enfants naturels; il n'y a pas difficulté sur toutes ces solutions (1).

74. Si la reconnaissance n'a pas été faite dans l'acte même de naissance, elle pourra être faite ultérieurement devant l'officier de l'état civil qui devra en faire mention en marge de l'acte de naissance (art. 62). Il est vrai que quelques personnes avaient contesté la possibilité d'une reconnaissance postérieure à l'acte de naissance devant l'officier de l'état civil, mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée.

A défaut de reconnaissance faite devant un officier de l'état civil, un acte authentique sera nécessaire.

La reconnaissance pourra donc être faite devant tout officier public ayant qualité pour constater des aveux ou déclarations susceptibles de produire un effet de droit.

Ainsi la reconnaissance pourra être reçue :

1° *Par l'officier de l'état civil*, soit dans l'acte de naissance lui-même, soit comme nous venons de le dire, dans un acte ultérieur, soit dans l'acte de célébration du mariage des père et mère de l'enfant (art. 331).

La reconnaissance résultera, dans tous ces cas, de la déclaration qui en sera faite, et de la signature de celui de qui émane cette déclaration, ou de la mention qu'il a déclaré ne savoir signer. Par suite, la reconnaissance de la part du déclarant contenue dans l'acte de naissance d'un enfant naturel, devrait être considérée comme non avenue, à défaut de la signature du déclarant, si l'acte constatait qu'après lecture faite, il a refusé de signer (2).

2° *Par les notaires*, qui doivent garder minute de la reconnaissance, et ne peuvent la retenir en brevet. La présence

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. V, nos 386 à 390, et les autorités citées.
(2) Douai, 21 déc. 1885, S. 87, 2, 151.

réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires, est exigée à peine de nullité au moment de la lecture de l'acte par le notaire rédacteur et de sa signature par les parties (L. 21 juillet 1843, art. 2).

La reconnaissance peut d'ailleurs être faite dans un acte authentique ayant un autre objet principal, par exemple un testament, ou une donation, sans qu'il y ait à distinguer si elle est formulée en termes dispositifs ou en termes énonciatifs (1).

3° *Par le juge de paix* assisté de son greffier, au cours d'une contestation portée devant lui, siégeant comme juge ordinaire ou comme conciliateur.

4° *Par un tribunal*, lorsque la reconnaissance est faite au cours d'une instance, et qu'il en est donné acte.

Que décider, si, au lieu d'être faite au cours d'une instance et devant un tribunal, la reconnaissance avait eu lieu devant un magistrat instructeur au cours d'une procédure criminelle?

Il n'y a pas de raison pour refuser à une constatation ainsi faite la force et les effets d'une reconnaissance par acte authentique (2). Quant à la question de savoir si un aveu de paternité ainsi provoqué par une question du magistrat instructeur et après prestation de serment, est ou n'est pas suffisamment libre, elle doit être abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond (3).

La reconnaissance ne serait pas valablement faite devant un officier public qui n'aurait pas compétence pour dresser acte des aveux et déclarations faits devant lui, par exemple un commissaire de police, ou un maire procédant comme agent administratif. Ainsi la reconnaissance ne pourrait ré-

(1) Cass. 24 janv. 1888, S. 89, 1, 52.
(2) Cass. 13 juill. 1886, S. 87, 1, 65.
(3) *Ibid.*

sulter d'un acte d'engagement militaire, passé devant le maire, et auquel aurait concouru la prétendue mère naturelle pour donner son consentement (1).

75. Faite par acte sous-seing privé, la reconnaissance serait totalement nulle, et ne donnerait pas même droit à des aliments. La jurisprudence a cru devoir sur ce point corriger la sévérité de la loi (V. t. II, n° 211). Mais elle est difficile à justifier en présence du texte de l'art. 334. Une telle reconnaissance ne pourrait pas non plus fonder l'empêchement au mariage édicté par les art. 161 et 162 (V. t. II, n° 61).

76. On peut reconnaître un enfant naturel simplement conçu, avant sa naissance (2); on peut aussi le reconnaître après sa mort, car la loi ne s'y oppose pas. Mais quelques auteurs veulent restreindre cette faculté au cas où l'enfant a laissé une descendance légitime en se fondant, par analogie, sur l'art. 332 qui parle de la reconnaissance comme préliminaire de la légitimation.

Nous pensons que la reconnaissance peut avoir lieu, même quand l'enfant n'a pas laissé de descendants légitimes. C'est, en effet, la constatation d'un fait qui semble pouvoir se produire à toute époque. L'enfant peut mourir quelques instants avant la reconnaissance, et le père a intérêt à recueillir sa succession. L'application de l'art. 339 suffira pour faire tomber les reconnaissances mensongères. On objecte que s'il s'agit d'un enfant non reconnu par sa mère et mourant *intestat*, il n'y aura personne intéressé à contester la reconnaissance posthume faite par un individu qui voudra hériter de lui; c'est une erreur, l'État qui est un *successeur* aura ce droit.

77. La reconnaissance étant l'attestation officielle et volon-

(1) Limoges, 6 déc. 1886, S. 87, 2, 29.

(2) Cass. 13 juill. 1886, S. 87, 1, 65 (résol. explicit. par la Cour d'appel, et implicit. par la Cour de cass.).

taire d'un fait, et étant, en outre, comme nous l'avons déjà dit, l'accomplissement d'un devoir, peut émaner soit d'une femme mariée, sans l'autorisation de son mari ou de justice (arg. art. 337); soit d'un mineur non émancipé, soit d'un mineur émancipé non assisté de son curateur, soit d'un individu pourvu d'un conseil judiciaire sans l'assistance de son conseil (1). Il faut admettre la même solution pour celui qui est en état d'interdiction légale, et pour le dément qui se trouve dans un intervalle lucide (n° 72). L'application de l'art. 339 suffit toujours pour faire tomber les reconnaissances mensongères et celles qui seraient la suite de surprises ou d'entraînements irréfléchis de nature à vicier le consentement.

78. De ce que la reconnaissance n'est rien autre chose que la constatation d'un fait accompli, il suit encore qu'elle est incompatible avec toute adjonction d'un terme ou d'une condition, et de plus qu'elle est irrévocable. On ne peut pas anéantir un fait dont on a constaté l'existence.

Que faut-il cependant décider quand la reconnaissance a été incluse dans un testament authentique révoqué plus tard?

Il convient d'abord de déterminer exactement quelle est l'espèce envisagée.

Il faut savoir quel était l'objet principal de l'acte. S'il appert que l'acte est avant tout et principalement une reconnaissance d'enfant naturel, contenant comme accessoire une disposition testamentaire soit au profit de l'enfant reconnu, soit au profit d'un tiers, soit au profit de l'enfant reconnu et d'un tiers, il est manifeste que la révocation du testament laissera subsister la reconnaissance. Il en sera de même si le même acte contient en réalité deux actes distincts, principaux tous les deux et indépendants l'un de l'autre, une

(1) Caen, 26 avril 1887, S. 87, 2, 125.

reconnaissance d'enfant naturel, et un testament. Il ne peut y avoir de doute que lorsque l'acte envisagé est, quant à son objet principal, un testament, contenant en outre comme accessoire une reconnaissance d'enfant naturel; par exemple lorsque le testateur s'est exprimé ainsi : j'institue un tel, *mon fils* pour légataire à titre universel de telle quotité. Il ne peut, disons-nous, y avoir de doute que dans cette hypothèse.

La révocation du testament fera-t-elle tomber la reconnaissance qu'il contient?

Il nous semble que la question peut à peine être posée. Nous ne voyons dans la formule employée qu'une proposition unique, constituant une disposition de biens. Toute disposition de biens comporte nécessairement : d'abord la désignation du bénéficiaire, en second lieu l'indication des biens à lui attribués. Le testateur a le droit de révoquer son testament, c'est-à-dire qu'il a le droit de faire disparaître, de faire en quelque sorte rentrer dans le néant juridique : 1° La désignation qu'il avait d'abord faite du bénéficiaire; 2° l'attribution de biens dont il l'avait gratifié. Si, dans l'espèce examinée, le testateur use de cette faculté, que restera-t-il après la révocation du testament? Absolument rien. On veut que l'expression *mon fils* demeure, et on l'applique à celui qui avait d'abord été désigné, et dont la désignation a disparu... cela est arbitraire : la disposition révoquée était indivisible dans tous ses éléments, et doit disparaître pour le tout; l'expression *mon fils* n'a jamais eu d'existence propre et indépendante dans la pensée du testateur dont il faut tenir compte, et il ne faut pas perdre de vue que cette sorte de reconnaissance ainsi contenue dans un testament n'est elle-même qu'un projet de nature à n'exister réellement et à ne produire son effet qu'au moment de la mort du testateur (1).

(1) DEMOLOMBE, t. V, n° 455; LAURENT, t. IV, n° 85; MOURLON, t. I,

79. La reconnaissance ne peut être faite qu'en faveur des enfants naturels simples ;

ART. 335. Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin.

Néanmoins, d'après l'art. 762, les enfants adultérins ou incestueux peuvent réclamer des aliments de leurs père et mère. Cela suppose que leur filiation a pu être judiciairement établie ; ce qui peut arriver à suite d'une action en désaveu, ou d'une action en nullité d'un mariage contracté sans bonne foi entre parents au degré prohibé.

80. C'est dans les limites résultant des règles ci-dessus établies que les père et mère peuvent reconnaître volontairement leurs enfants naturels. Mais chacun d'eux agit alors pour son compte personnel et exclusif, et la reconnaissance émanée de l'un ne pourrait pas lier l'autre :

ART. 336. La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père.

Il semble qu'il était inutile de formuler une proposition dont la réciproque est également vraie. Cette formule tient aux vicissitudes de la rédaction de cet article. On avait d'abord pensé que la mère seule pouvait, à proprement parler, reconnaître un enfant naturel, et non le prétendu père qui ne peut, en réalité, rien savoir de positif sur sa paternité. Aussi avait-on d'abord pensé à subordonner l'effet de la reconnaissance du père à l'aveu de la mère, et plus tard à l'absence de tout désaveu de la part de cette dernière. C'est pour écarter toutes ces idées que l'article finit par être rédigé comme on l'a vu ci-dessus.

81. Cependant la rédaction adoptée a exercé une certaine influence sur la direction des opinions. Ainsi on a soutenu que l'art. 336 conduisait à cette conséquence que la femme

n° 952, note 1 ; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 558 *quater*, texte et note 2 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 897.

était dispensée d'une reconnaissance par acte authentique, qu'un simple aveu de sa part résultant d'un document privé devait suffire, et qu'il était juste qu'il en fût ainsi, parce que les femmes n'osent pas, d'habitude, se présenter facilement chez un notaire ou devant l'officier de l'état civil pour reconnaître un enfant. Une telle opinion est manifestement contraire au texte de l'art. 334 qui ne fait aucune distinction entre la reconnaissance émanée du père et celle émanée de la mère, et qui n'est pas modifié par l'art. 336; elle est de plus en opposition avec l'historique de la rédaction de ce dernier article.

82. Une interprétation aussi arbitraire de l'art. 336 devait naturellement conduire à se passer de tout document même privé émanant de la mère. La jurisprudence a glissé sur cette pente, et on juge aujourd'hui que lorsqu'un enfant naturel a été reconnu dans son acte de naissance avec indication de la mère, l'aveu de cette dernière, qui est nécessaire pour qu'une telle indication vaille à son égard, peut s'induire des faits qui ont précédé, accompagné ou suivi la reconnaissance émanée du père, et que les juges du fond ont, à cet égard, un droit souverain d'appréciation (1).

La Cour de cassation de Belgique fait observer que la décision qui précède ne doit pas être considérée comme admettant la preuve de la filiation d'un enfant naturel par simple possession d'état, en dehors des conditions prévues par la loi, parce qu'elle n'a considéré la manière dont l'enfant a été traité par ses père et mère que comme un des éléments de fait tendant à établir l'existence de l'aveu de maternité nécessaire pour constituer la reconnaissance de la mère. Cette observation nous conduit naturellement à parler de la possession d'état.

(1) Nîmes, 15 fév. 1887, S. 87, 2, 172; Cass. Belge, 6 juill. 1888, D. 89, 2, 236.

83. II. — La question est ordinairement posée de la manière suivante : la possession d'état est-elle reçue comme moyen de preuve en matière de filiation naturelle? Les uns soutenaient que vu le silence de la loi et toute l'économie de la section consacrée à la preuve de la filiation naturelle, ce moyen de preuve est absolument inadmissible; les autres pensaient au contraire que la possession d'état peut servir à prouver la filiation naturelle à l'égard de la mère, mais non à l'égard du père. Demolombe a produit une troisième opinion d'après laquelle la possession d'état peut établir la filiation naturelle tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère (1).

Mais de quelle possession d'état s'agit-il? Demolombe raisonne comme s'il s'agissait tout simplement d'étendre aux enfants naturels les règles tracées pour la possession de l'état d'enfant légitime. Il le déclare formellement. Si le Code, dit-il, n'a parlé de la possession d'état que dans le chapitre de la filiation légitime, et s'il ne l'a pas rappelée dans le chapitre *des enfants naturels*, c'est que la loi a fait le chapitre *des enfants naturels* dans le but à peu près exclusif d'indiquer parmi les règles de la filiation légitime *celles qui ne sont pas applicables à la filiation naturelle*, voulant ainsi faire comprendre que les points qu'elle passe sous silence dans le chapitre III (le chapitre des enfants naturels) doivent être réglés par les dispositions du chapitre II.

Ainsi donc l'auteur croit que la *possession d'état* en matière de filiation naturelle est la même chose que la *possession d'état* en matière de filiation légitime, et alors voici comment il raisonne :

84. La possession d'état prouve la filiation légitime tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère ; donc *a fortiori*, elle fait preuve de la paternité ou de la maternité naturelle ! Car l'aveu tacite qui résulte de la possession d'état a plus de force en matière de filiation naturelle qu'en matière de filiation lé-

(1) DEMOLOMBE, t. V, n° 480.

gitime, puisque pour accomplir les devoirs de paternité ou de maternité naturelle, il a fallu se mettre au-dessus du blâme de l'opinion.

Ce singulier aperçu méconnaît d'abord le vrai caractère de la possession d'état d'enfant légitime. Ce qui fait la principale force de ce moyen de preuve, c'est qu'il doit s'adapter *indivisément* au père et à la mère *mariés;* il implique *le mariage* des parents, et l'adhésion de *la famille tant du côté du père que du côté de la mère*. Or à l'égard de l'enfant naturel, la possession d'état ne pourrait s'appliquer que d'une manière *divise* au père et à la mère; elle ne comporte pas à proprement parler l'adhésion de *la famille*, puisque l'enfant naturel est étranger à la famille de ses auteurs; elle manque donc des éléments qui donnent toute son énergie à la possession d'état en matière de filiation légitime.

Ce même aperçu méconnaît ensuite le vrai caractère de la possession d'état d'enfant naturel. Il est vrai que le père ou la mère se sont mis au-dessus du blâme de l'opinion pour traiter un enfant comme leur fils naturel; mais s'ils étaient décidés à ne pas tenir compte des rigueurs de l'opinion, pourquoi ne pas avoir reconnu cet enfant par acte authentique? L'opinion publique n'aurait pas été pour cela bravée davantage. La vérité est que les père et mère naturels n'ont pas voulu reconnaître leur enfant, ou du moins celui qu'ils ont traité comme tel; ils ont préféré créer une situation équivoque, ne les obligeant à rien, leur permettant à chaque instant d'écarter cet enfant comme un étranger. A cette situation équivoque, correspond pour l'enfant une possession d'état équivoque, qui ne repose sur rien, alors que la possession de l'état d'enfant légitime repose au moins sur la croyance générale au mariage du père et de la mère.

Il n'est donc pas surprenant que la loi n'ait pas voulu admettre que la possession de l'état d'enfant naturel puisse tenir lieu d'une reconnaissance qui n'a pas été faite.

Mais, continue Demolombe, la possession d'état est aussi une reconnaissance, tacite il est vrai, mais *plus énergique, plus probante* encore que la reconnaissance authentique, puisqu'elle se compose d'une série d'aveux renouvelés chaque jour, publiquement, en présence de la famille et de la société ; elle n'a pas pu naître de l'entraînement ou de l'irréflexion, puisqu'elle a été *réitérée* et *persévérante;* la reconnaissance expresse, au contraire, a pu être surprise puisqu'il a suffi d'un moment pour la faire.

C'est de la logique par à peu près; lorsque deux conjoints ont un fils légitime, ils n'ont à remplir vis-à-vis de lui aucune formalité spéciale. Les père et mère naturels doivent au contraire accomplir une certaine formalité, celle de la reconnaissance par acte authentique. C'est pour eux un devoir strict de reconnaître leur enfant dans la forme voulue par la loi; s'ils ne le font pas et si néanmoins ils traitent, en fait, cet enfant comme leur fils naturel, c'est qu'en réalité, pour un motif quelconque, il ne leur convient pas de le reconnaître; le traitement bienveillant qu'ils accordent à l'enfant est, à chaque instant de sa durée, rendu équivoque par le fait permanent de la non-reconnaissance qui en détruit la signification utile. Un tel traitement, dans ces conditions, bien loin de constituer une reconnaissance *réitérée* et *persévérante*, constitue une *réticence* réitérée et persévérante; comment donc peut-on dire qu'il équivaut à une reconnaissance et qu'il a même plus d'énergie?

85. Le système imaginé par Demolombe semble n'avoir d'autre but que d'autoriser la recherche de la paternité, malgré la prohibition de l'art. 340, et la recherche de la maternité sans la condition préalable d'un commencement de preuve par écrit (art. 341). C'est pour ce motif qu'il faut l'examiner de près.

Il est vrai que Demolombe proteste :

Dans l'espèce, dit-il, il ne s'agit pas pour l'enfant, de *re-*

chercher sa filiation; elle est avouée, certaine et incontestable! On ne *recherche* pas ce que l'on possède! Assurément personne ne soutiendra que l'action par laquelle l'enfant fonde sa filiation sur une reconnaissance authentique qu'il représente, mais dont on conteste l'existence, constitue une recherche de la paternité; *or notre espèce est absolument la même*. L'enfant qui a pour lui la possession d'état n'a pas besoin de rechercher quel est son père et quelle est sa mère; son père et sa mère sont connus; ils se sont eux-mêmes fait connaître. Il demande donc simplement qu'on vérifie et que l'on constate leur *aveu*.

Est-il bien nécessaire de réfuter un tel sophisme? Un individu prétend rechercher sa filiation, il se heurte à la prohibition de l'art. 340. Il ne pourra donc pas être admis à établir que son prétendu père a eu des relations intimes avec sa mère à une époque correspondant à celle de sa conception, et que sa mère n'a pu avoir, dans le même temps, aucune relation avec un autre homme, etc. Mais il demande à établir par la *commune renommée*, qu'il a toujours été traité comme fils naturel par un homme qui n'a jamais voulu le reconnaître? *On ne recherche pas ce que l'on possède*, dit Demolombe... Mais ce que *possède* le réclamant, si l'on peut ainsi parler, c'est cette situation équivoque ci-dessus définie, et il veut faire servir cette situation équivoque, *quand il l'aura prouvée par témoins*, à obtenir ce qu'il ne possède pas, c'est-à-dire une condition égale à celle d'un fils naturel reconnu!

86. Il est donc facile de comprendre que la jurisprudence n'ait pas voulu admettre un pareil système. D'après le dernier arrêt rendu sur la question, à défaut de reconnaissance, la preuve de la filiation naturelle ne peut résulter ni de circonstances inhérentes à la composition du conseil de famille, ni de la correspondance, ni même des soins donnés à l'enfant, la possession d'état ne pouvant être invoquée en ma-

tière de filiation naturelle pour suppléer au défaut de reconnaissance (1).

87. III. — Passons maintenant à la preuve testimoniale.

Il s'agit de savoir si, à défaut de reconnaissance par acte authentique, la filiation naturelle paternelle et la filiation naturelle maternelle pourront être établies à l'aide de la preuve testimoniale.

C'est ce qui a paru impossible pour la filiation paternelle. Par conséquent l'enfant naturel non reconnu, et la mère abandonnée n'ont aucune action contre celui qui refuse ou néglige de reconnaître sa paternité. Cela est-il juste?

C'est pour le père comme pour la mère plus qu'un simple devoir de conscience de reconnaître leurs enfants naturels, c'est une obligation stricte que, théoriquement, le législateur pourrait sanctionner. D'un autre côté, c'est pour l'enfant naturel un droit incontestable que son père le reconnaisse, et supporte les charges inhérentes à la paternité. C'est également pour la mère un droit incontestable de réclamer au père un concours analogue, sinon absolument semblable, à celui que la femme mariée reçoit de son mari. Cependant le législateur n'a sanctionné par aucune action, ni le droit de l'enfant, ni le droit de la mère.

C'est qu'en effet il est des cas où un droit demeure dépourvu d'action à cause de l'impossibilité absolue d'établir la preuve du fait qui l'a engendré.

C'est ce qui arrive pour la filiation paternelle. La paternité ne peut pas être prouvée d'une manière directe. Aussi le législateur n'a pu la faire dériver, dans le cas de mariage, que d'une présomption légale.

Était-il possible, pour les enfants procréés hors mariage, de trouver les bases d'une présomption légale de paternité? On a soutenu que cela était possible dans les cas d'une coha-

(1) Cass. 3 avril 1872, D. 72, 1, 113; Paris, 16 fév. 1889, S. 89, 2, 204; Voy. Cass. Belge, arrêt précité du 6 juill. 1889.

bitation prolongée. Mais alors il faudrait organiser une action en désaveu spéciale, corrélatif nécessaire de toute présomption de paternité. Si le législateur entrait dans cette voie, il rétablirait, par le fait, et en l'aggravant, l'antique concubinat. Mais les *vulgo quæsiti* demeureraient toujours en dehors de la réforme. Alors, la question serait de savoir si, sous prétexte de progrès, il faut en revenir aux pratiques de l'ancienne Rome.

Sous l'ancien régime on avait admis une action contre le père; cette action avait quelquefois pour base une *déclaration* faite par la mère : *creditur virgini prægnanti*. C'était purement et simplement l'organisation du *chantage*, en même temps que la facilité garantie à d'audacieux intrigants de s'introduire, à l'aide de preuves frauduleuses, dans les familles les plus honorables. Ce scandale fut tant de fois répété qu'on finit par considérer *la recherche de la paternité* comme *le fléau de la société*. Aussi la recherche de la paternité fut-elle prohibée par la législation intermédiaire, et cette prohibition a été confirmée par le Code :

ART. 340. La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant (*).

Dans le but de sauvegarder le droit de l'enfant et celui de la mère, on a proposé de revenir sur ce point aux errements de l'ancien régime, et de rattacher à la recherche de la paternité la preuve des promesses de mariage (Voy. t. II, nº 10). Mais l'abrogation de l'art. 340 aurait tout simplement pour résultat de faire revivre des abus qui parurent intolérables sous l'ancien droit. L'expérience a donc été faite. Il est des situations que le législateur est impuissant à améliorer par des moyens juridiques. A défaut de reconnaissance volontaire de la part du père, il ne pourrait en effet être question,

(*) Art. 340. — POMPONIUS MELA, L. I, chap. VIII.

pour la recherche de la paternité, que de l'emploi de la possession d'état, ou de la preuve testimoniale. Théoriquement, la possession d'état est la plus éclatante de toutes les preuves ; elle implique l'aveu et le témoignage par excellence. On se complaît à reproduire cette affirmation. Mais on oublie que la possession d'état doit être prouvée, et que finalement elle ne peut résulter que d'une sorte d'enquête par commune renommée (V. t. II, nº 173). Or, c'est surtout en matière de filiation paternelle qu'il n'est pas possible de prendre la renommée pour juge et le bruit public pour témoin. On peut d'ailleurs faire dire tout ce qu'on veut à une enquête par commune renommée.

Resterait donc la preuve par témoins. Mais quel serait son objet ? La paternité n'est pas un fait de nature à être affirmé par témoins. Il faudrait tout au moins exiger un commencement de preuve par écrit. On a pu le faire pour la recherche de la maternité, parce que la maternité est susceptible d'une preuve matérielle. Mais pour la paternité en quoi pourrait consister le complément qu'une enquête pourrait apporter à un commencement de preuve par écrit ? L'enquête pourrait tout au plus faire naître dans l'esprit du juge quelque soupçon plus ou moins vague, mais jamais la certitude voulue. Il faut donc le reconnaître : le législateur ne peut pas faire que la preuve de la paternité soit possible ; mais par des institutions de bienfaisance, d'instruction publique, etc., il peut acquitter autant que possible, la dette que des pères dénaturés laissent impayée.

88. L'art. 340 doit donc être maintenu. La prohibition qu'il consacre admet toutefois une exception pour le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception.

Que faut-il entendre par enlèvement ?

L'enlèvement proprement dit est le détournement d'une fille mineure commis par fraude, violence ou séduction pour

la conduire dans un lieu où elle ne sera plus sous la garde de ses protecteurs. L'art. 340 doit s'appliquer quand même le fait ne serait pas puni par le Code pénal. Ainsi la loi ne frappe pas le rapt de séduction, excepté quand la fille a moins de seize ans (art. 356, C. P.). L'art. 340 n'a pas pour but, en effet, d'édicter une peine contre le ravisseur, mais seulement de dégager une présomption de paternité. Or cette présomption de paternité est la même dans le cas de séduction ; on peut même soutenir qu'elle est plus forte que dans le cas de violence. Il faut d'ailleurs remarquer qu'à l'époque où l'art. 340 fut rédigé, le Code pénal du 25 septembre 1791 n'incriminait que l'enlèvement commis sur une jeune fille âgée de moins de quatorze ans. Or, il est impossible d'admettre que les rédacteurs du Code civil aient voulu se référer uniquement à cette hypothèse où la maternité est à peu près impossible. Ils n'ont donc pas employé le mot enlèvement dans le sens que lui donne la loi pénale.

L'art. 340 s'applique donc au cas de séduction, mais à condition qu'au moment de la conception la mère ait encore été au pouvoir du ravisseur, et non si, à ce moment, elle avait recouvré sa liberté (1).

S'il s'agit d'une femme majeure, il n'y a pas à proprement parler enlèvement. Il pourra y avoir violence, fraude, séduction, séquestration. Ce dernier cas est seul réprimé par la loi pénale (art. 341, C. P.). L'art. 340, C. C., sera encore applicable. Mais le cas de viol ne pourrait être considéré comme donnant lieu à l'application de l'art. 340. C'est ce qui résulte de la discussion au Conseil d'État. Cependant la présomption de paternité paraît dans ce cas plus forte que dans les cas ordinaires.

La recherche de la paternité en cas d'enlèvement ne donne pas lieu, comme on le dit souvent, à une application de la

(1) Bordeaux, 30 juin 1885, S. 87, 2, 57.

preuve testimoniale à la recherche de la paternité; nous savons que cela est impossible. Les témoins ne peuvent être entendus que pour constater le fait de l'enlèvement et sa date. La paternité ne sera en réalité établie que par des présomptions judiciaires.

Les tribunaux sont d'ailleurs investis par les termes mêmes de l'art. 340 (le ravisseur *pourra*...) d'un pouvoir souverain d'appréciation. Ils devront avoir égard à la durée ordinaire des gestations admise par la science, et non à la durée extraordinaire fixée par l'art. 312, en faveur de la légitimité (V. n° 6) et qu'il ne faudrait pas étendre à une matière étrangère. Il faudra tenir compte en outre des circonstances de l'accouchement qui pourront servir au juge à constater la coïncidence voulue par l'art. 340.

L'action en déclaration de paternité n'appartient qu'aux parties intéressées, c'est-à-dire à l'enfant, à ses héritiers et à la mère. C'est pour eux et en leur faveur qu'elle a été admise par la loi. La prohibition relative à la recherche de la paternité s'est produite en effet comme une réaction contre les abus de l'ancien droit. Elle ne peut donc concerner que ceux qui, dans l'ancien droit, abusaient de cette procédure. Or, le champ de l'exception ne pouvant être autre que celui de la règle, il en résulte manifestement que l'action en déclaration de paternité, exceptionnellement admise par le paragraphe final de l'art. 340, ne concerne que l'enfant et sa mère. Aussi malgré la généralité des termes employés par le texte, nous ne pensons pas que les héritiers du ravisseur soient recevables à intenter une telle action pour faire réduire, conformément à l'art. 908, les libéralités excessives faites par ce dernier à son enfant prétendu.

89. Les difficultés concernant la preuve de la filiation paternelle n'existent pas quant à la filiation maternelle. L'accouchement de la mère et l'identité de l'enfant peuvent être facilement prouvés, aussi :

ART. 341. La recherche de la maternité est admise. — L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. — Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit (*).

La restriction contenue dans le dernier paragraphe est motivée par la nécessité de ne pas abandonner l'issue des procès en recherche de la maternité, aux hasards d'une enquête que la subornation possible des témoins peut rendre dangereuse. Le commencement de preuve par écrit ne pourrait même pas, comme dans le cas de filiation légitime, être remplacé par des indices graves, ou des faits déjà reconnus constants (art. 323). Il faut un document ayant le caractère de commencement de preuve par écrit, d'après la définition qu'en a donné l'art. 324, lequel doit être considéré comme formant le droit commun en matière de filiation (1).

Le commencement de preuve par écrit n'émanera donc pas nécessairement de la mère elle-même; il pourra résulter des titres de famille, des registres et papiers domestiques, et des actes publics ou privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. Ainsi l'action dirigée par le réclamant contre les enfants légitimes de sa mère décédée, serait rendue recevable par un écrit émané de l'un d'eux même défunt. Il ne faut pas, en matière de filiation, appliquer la disposition restrictive de l'art. 1347 qui se rattache uniquement au droit des obligations (2).

La preuve que doit produire le réclamant portera donc sur le fait de l'accouchement de la mère, et en même temps sur sa propre identité avec l'enfant dont la mère est accouchée. Le commencement de preuve par écrit doit donc s'appliquer

(*) Art. 341. — Arg. ex. L. 4, D. 2, 4, *De in jus voc.*

(1) Douai, 29 janv. 1879, D. 80, 2, 213.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 924; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. V, n° 503; LAURENT, t. IV, n° 110.

à la fois à l'accouchement et à l'identité, et rendre ces deux faits également probables. Mais quel pourra être, à ce point de vue, le rôle de l'acte de naissance de l'enfant?

Nous savons que la jurisprudence a une certaine tendance à admettre la nécessité d'indiquer le nom de la mère dans l'acte de naissance d'un enfant naturel (V. t. Ier, nº 338); la jurisprudence admet encore que cette indication fait foi de l'accouchement de la mère quand la déclaration de naissance a été faite par une personne ayant qualité pour cela (1). « L'art. 341, dit la Cour de cassation, implique la preuve complète de l'accouchement de la mère au moyen de l'acte de naissance, puisqu'il impose seulement à l'enfant, au cas de contestation sur son identité, l'obligation de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont la mère est accouchée (2). »

Mais cette solution est généralement repoussée par la doctrine. Les déclarations de naissance ne peuvent produire d'effet que lorsqu'il s'agit d'enfants légitimes. Quand il s'agit d'enfants naturels, la loi exige un aveu du père et de la mère. Donc personne ne peut, sans cet aveu, leur attribuer une paternité ou une maternité. Un acte de naissance d'enfant naturel, ne prouve qu'une seule chose, c'est qu'un enfant est né; mais ne saurait prouver que la personne indiquée comme mère a réellement accouché (3). Nous croyons inutile d'insister plus longuement sur une telle difficulté.

Admettons cependant que l'acte de naissance contenant l'indication de la prétendue mère prouve légalement l'accouchement de cette dernière, il faudra tout au moins reconnaître que cet acte de naissance ne constitue pas une preuve ni même un commencement de preuve de l'identité de l'en-

(1) Cass. 1er déc. 1869, S. 70, 1, 101; Limoges, 6 déc. 1886, D. 86, 2, 93.

(2) Cass. 1er juin 1853, D. 53, 1, 177.

(3) Voy. LAURENT, t. IV, nos 8 à 12.

fant (1). L'enfant devra donc chercher ailleurs les éléments de la preuve de son identité.

Mais si la preuve de l'accouchement peut se comprendre sans la preuve de l'identité, il est manifeste que la réciproque n'est pas vraie, et que la preuve de l'identité implique forcément la preuve de l'accouchement, puisque, d'après les termes de l'art. 341, l'enfant qui réclame sa mère doit prouver *qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée* (2). Donc, la preuve de l'accouchement, que la jurisprudence prétend faire résulter au profit de l'enfant de l'indication de sa prétendue mère dans son acte de naissance, ne sert absolument de rien, puisque l'enfant doit encore établir son identité, et que cette identité implique la preuve de l'accouchement (3).

La Cour de Limoges a eu à statuer sur une espèce bien faite pour mettre en relief la difficulté que nous examinons. Il s'agissait d'un enfant dont l'acte de naissance portait indication de la mère; cette dernière était intervenue à son acte d'engagement militaire pour donner son consentement en qualité de mère : la Cour décide d'abord que l'acte de naissance de l'enfant naturel contenant l'indication de la mère devait faire foi de l'accouchement de cette dernière. Elle décide ensuite que le concours de cette femme à l'acte d'engagement militaire contracté par le même enfant contenait un aveu et par suite une preuve complète de l'identité de cet enfant avec celui dont elle est accouchée, *de telle sorte que les deux conditions auxquelles l'art. 341 soumet la recherche de la maternité se trouvent réunies* (4).

La Cour trouve donc la preuve de l'accouchement dans

(1) Toulouse, 2 fév. 1884, S. 85, 2, 56.
(2) DEMOLOMBE, t. V, nº 500.
(3) Voy. LAURENT, *loc. cit.*, nº 11.
(4) Limoges, 6 déc. 1886, D. 88, 2, 93.

l'acte de naissance, et la preuve de l'identité dans le concours de la mère à l'acte d'engagement militaire. Mais du moment que la Cour voyait dans le consentement donné par la mère à l'engagement de celui qu'elle présentait comme son fils un aveu, c'est-à-dire une preuve de l'identité de cet enfant avec celui dont elle était accouchée, il semble que satisfaction était donné à l'art. 341 par l'aveu seul qui s'appliquait à la fois, nécessairement, à l'accouchement et à l'identité.

Si la Cour, au lieu de trouver dans le concours de la mère à l'engagement contracté par l'enfant une preuve complète de l'identité de ce dernier, n'y avait trouvé qu'un commencement de preuve, le réclamant aurait dû compléter ce commencement de preuve par l'emploi de la preuve testimoniale.

Puisque le commencement de preuve par écrit doit rendre vraisemblable en même temps le fait de l'accouchement de la mère et l'identité du réclament, il n'est pas possible de concevoir qu'un individu soit recevable à prouver l'accouchement d'une femme d'une manière en quelque sorte *abstraite* et sans relation avec sa propre identité (1).

90. Enfin, il est reconnu par la jurisprudence que la recherche de la maternité, admise en faveur de l'enfant, ne saurait être autorisée contre lui, soit pour arriver à la réduction des libéralités à lui faites (2), soit pour le soumettre à une prestation d'aliments.

Cette solution est cependant vivement contestée par quelques auteurs (3) qui partent de cette idée que le droit commun permet à toute personne, ayant une prétention légitime fondée sur un fait, à fournir la preuve de ce fait, et qu'il n'y a pas de texte limitant à l'enfant la recherche de la ma-

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 501.

(2) Paris, 16 fév. 1889, S. 89, 2, 201; — Cass. 23 juill. 1878, S. 79, 1, 155; — Cass. 3 avril 1872, S. 72, 1, 126.

(3) DEMANTE, t. II, n° 73 *bis;* LAURENT, t. IV, n° 107; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n°s 927 et 928.

ternité. Mais il n'est pas permis, dans une matière telle que la recherche de la filiation, de méconnaître les antécédents historiques de la question. Or les règles concernant la recherche soit de la paternité, soit de la maternité sont étroitement liées l'une à l'autre.

La prohibition de la recherche de la paternité a été édictée contre l'enfant; l'art. 340 n'a pas d'autre signification; c'est comme s'il avait déclaré que la recherche de la paternité ne pourrait jamais avoir lieu, sauf l'exception unique qu'il prévoit, dans l'intérêt de l'enfant. Mais immédiatement l'art. 341 ajoute : la recherche de la maternité est admise, mais elle est admise dans le même ordre d'idées. Le législateur s'est placé uniquement en présence de l'enfant qui recherche sa paternité et sa maternité; il répond négativement à sa première recherche, mais il admet la seconde; et la suite de l'art. 341 prouve bien que c'est l'enfant seul qui a été envisagé. Il est donc impossible de conclure qu'un droit de recherche ayant uniquement pour base l'intérêt moral et pécuniaire de l'enfant puisse être retourné contre lui (1).

91. La durée de l'action en réclamation de maternité est régie par les principes plus haut exposés (n° 58). Quant à sa transmissibilité, il s'est produit quelques dissidences.

D'après la jurisprudence, cette action n'appartient qu'à l'enfant et ne pourrait être exercée par aucun autre, pas même par ses héritiers (2), par le motif que, des termes de l'art. 341, et des principes de la matière, il résulterait que cette action, lorsque l'enfant ne l'a pas exercée lui-même, ne passe pas à ceux qui se prétendent ses héritiers.

Cela est difficile à soutenir : le principe général à appliquer est celui qui est formulé dans l'art. 724 consacrant le principe de la transmissibilité de tous les biens, droits et

(1) DEMOLOMBE, t. V, n° 527.
(2) Cass. 3 avril 1872, D. 72, 1, 113.

actions du défunt. Une dérogation ne pourrait résulter que d'un texte formel; or, les termes employés par l'art. 341, quoique supposant que la recherche de la maternité est exercée par l'enfant, n'ont rien d'exclusif. De plus il serait absurde qu'ils eussent un caractère exclusif, puisque dans le cas particulier où la recherche de la paternité est admise, l'art. 340 accorde l'action aux parties intéressées en général. Il faut donc reconnaître qu'aucun texte ne limite à l'enfant lui-même le droit de rechercher la maternité naturelle, et que par conséquent cette action appartient à ses héritiers conformément au droit commun (1).

D'après une autre opinion, il faudrait appliquer les art. 329 et 330. Par conséquent l'action passerait aux héritiers de l'enfant lorsqu'il est décédé mineur, ou dans les cinq années après sa majorité et lorsqu'il est mort après l'avoir intentée, à moins qu'il ne s'en soit désisté soit expressément, soit tacitement en laissant passer trois ans sans poursuite à compter du dernier acte de la procédure (2). Il est certain que l'analogie existe; mais l'analogie ne suffit pas pour motiver l'extension d'une réglementation spéciale.

92. L'action en déclaration de paternité, dans les cas où elle est admise, et l'action en recherche de la maternité aboutissent, en définitive, à une reconnaissance forcée qui produira les mêmes effets que la reconnaissance volontaire. Ainsi la reconnaissance fait apparaître un lien civil de parenté entre l'enfant et la personne qui l'a reconnu, mais non avec les parents de cette dernière.

Cependant les enfants légitimes de l'enfant naturel reconnu sont rattachés à l'auteur de la reconnaissance (art. 750), et les frères et sœurs naturels reconnus par la même personne sont également rattachés entre eux dans certains cas (art. 766).

(1) LAURENT, t. IV, n° 101; AUBRY et RAU, § 570 texte et note 2.
(2) DEMOLOMBE, t. V, n° 524.

Ainsi, encore d'après un usage constant, l'enfant reconnu prend le nom de celui de ses auteurs qui l'a reconnu et celui de son père s'il a été reconnu par les deux.

La reconnaissance attribue aux père et mère la puissance paternelle (art. 383); mais non la jouissance légale réservée aux père et mère légitimes sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans.

Elle soumet l'enfant, mineur quant au mariage, à la nécessité d'obtenir pour se marier le consentement de ses père et mère, et dans tous les cas, à l'obligation de leur faire signifier des actes respectueux.

Elle fait naître la dette alimentaire réciproque entre l'enfant et les père et mère qui l'ont reconnu, ainsi que le droit de successibilité réciproque, mais dans des limites plus restreintes pour l'enfant naturel que pour l'enfant légitime (art. 757 à 759 et 765).

ART. 338. L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits des enfants naturels seront réglés au titre des *Successions*.

Tels sont les effets que produit la filiation naturelle. Peu importe qu'elle ait été établie à l'aide d'un des modes de preuve déterminés par la loi, ou qu'elle résulte d'une décision judiciaire. Il n'y a pas lieu, sous ce rapport, à distinguer entre la *reconnaissance volontaire* et la *reconnaissance forcée;* les effets sont, en général, toujours les mêmes.

93. Par conséquent, si le législateur admettait la libre recherche de la paternité, il faudrait attribuer au jugement qui accueillerait les conclusions du réclamant tous les effets qui viennent d'être indiqués. Comme un tel résultat paraît difficile à admettre, on a proposé d'en limiter arbitrairement l'effet au droit alimentaire et à la prohibition du mariage. Mais il serait impossible de scinder ainsi la condition du réclamant, de le considérer comme enfant à ce point de vue restreint, et de lui refuser les droits de succession, etc. S'il a réellement prouvé sa qualité d'enfant, il doit être investi

de tous les droits attachés à cette qualité. Si on croit devoir lui refuser les plus importants, c'est qu'on ne peut pas se soustraire à cette conviction que la preuve admise n'est pas en réalité concluante, et alors comment oser mettre une obligation quelconque à la charge du prétendu père?

D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue une autre circonstance. Pendant que, d'une part, on demande l'abrogation de l'art. 340 et la libre recherche de la paternité, on réclame d'autre part la révision des textes du Code qui assignent à l'enfant naturel une condition inférieure dans la famille; on va même quelquefois jusqu'à proposer d'assimiler complétement les enfants nés hors mariage aux enfants légitimes.

Sous l'empire de l'entraînement logique des idées, voici donc ce qui pourrait arriver : après avoir amélioré la condition civile des enfants naturels reconnus, après les avoir rapprochés autant que possible des enfants légitimes, on proclamerait le principe de la libre recherche de la paternité, avec tous les effets attachés à la constatation de la filiation naturelle! On augmenterait ainsi notablement l'intérêt qu'auraient certains aventuriers à pénétrer dans une famille qui leur est étrangère, et en même temps on affaiblirait les moyens de défense de cette dernière! On voit donc l'influence que l'une des questions peut exercer sur l'autre :

Il serait déplorable que les efforts tentés pour améliorer le sort des enfants naturels, fussent paralysés par la crainte de voir un jour admettre la libre recherche de la paternité.

§ 2. — Reconnaissances faites durant le mariage.

94. — De la reconnaissance faite durant le mariage, par l'un des époux, d'un enfant étranger à l'autre, art. 337.

95. — L'art. 337 ne s'applique pas au cas où cette reconnaissance est faite par les deux conjoints;

96. — Ni au cas où cette reconnaissance est volontaire vis-à-vis de l'un et forcée vis-à-vis de l'autre.

97. — *Quid* de la reconnaissance forcée intervenant durant le mariage, à l'égard de l'un des époux, d'un enfant étranger à l'autre?

98. — L'enfant peut-il répudier la reconnaissance qui lui nuit à raison de sa date, pour établir sa filiation en dehors d'elle?

99. — Sauf les restrictions résultant de l'art. 337, la reconnaissance dont s'agit produit d'ailleurs tous ses autres effets; *Quid* du droit aux aliments?

94. La reconnaissance volontaire d'un enfant naturel, peut avoir lieu à toute époque, mais elle ne peut porter atteinte aux droits acquis avant qu'elle se produise.

De là il suit que :

ART. 337. La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. — Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants.

« Il ne faut pas, disait Bigot-Préameneu, que l'un des époux puisse changer, après son mariage, le sort de sa famille légitime, en y appelant des enfants naturels qui demanderaient une partie dans les biens. *Ce serait violer la foi sous laquelle le mariage a été contracté.* »

Cette dernière raison n'est peut-être pas la bonne; car cette restriction des effets de la reconnaissance n'a pas lieu quand la reconnaissance a été faite avant le mariage, et tenue secrète par l'époux qui l'a faite, quoique dans ce cas il y ait eu tromperie manifeste, c'est-à-dire *violation de la foi sous laquelle le mariage a été contracté.*

La vérité est que la reconnaissance ne peut avoir lieu que *sauf le droit des tiers.*

Mais la réciproque est vraie : la reconnaissance crée des droits ou tout au moins des expectatives légitimes au profit de l'enfant naturel. Voilà pourquoi le mariage ultérieurement contracté par l'auteur de la reconnaissance, ne peut diminuer les droits de l'enfant reconnu, quand même la reconnaissance aurait été tenue secrète.

Le même principe semblerait devoir conduire à cette conséquence que la reconnaissance d'un enfant naturel, quand elle est postérieure à la dissolution du mariage, ne devrait produire aucun effet à l'égard des enfants issus de ce mariage. Cependant, le texte déclare formellement le contraire. Pourquoi cela?

C'est que si les enfants ont un droit acquis à ce que leur part dans les biens de leurs père et mère ne soit pas diminuée par la survenance inopinée d'un enfant naturel durant l'union de leurs auteurs, ils n'ont pas un droit acquis à ce que le survivant de leurs père et mère ne contracte pas un second mariage qui leur donnera des frères et sœurs légitimes. La survenance de frères ou sœurs légitimes est une éventualité qu'ils doivent subir. Il faut en dire autant de la survenance de frères ou sœurs légitimés, ce qui suppose une reconnaissance d'enfants naturels, et par conséquent *a fortiori*, de la survenance d'un enfant naturel simplement reconnu après la dissolution du mariage, puisque cette survenance leur cause un moindre préjudice que celle d'un enfant légitime.

95. L'art. 337 vise uniquement le cas où la reconnaissance faite durant le mariage émane seulement d'un seul des deux époux au profit d'un enfant qu'il aurait eu d'un autre que son conjoint. Donc la restriction qu'il consacre ne sera pas applicable si le même enfant naturel a été reconnu durant le mariage par les deux époux. Dans ce cas, en effet, aucun des deux époux n'a porté atteinte aux droits de l'autre, et celui qui survient ainsi tardivement dans la famille, avec la qualité d'enfant naturel reconnu par les deux conjoints, ne peut être considéré comme portant atteinte aux droits des enfants issus du mariage, car normalement il aurait dû entrer dans la famille dès le jour même du mariage, avec la qualité d'enfant légitimé.

96. Il faudra adopter la même solution dans le cas où l'en-

fant a été l'objet d'une reconnaissance *volontaire* vis-à-vis de l'un de ses auteurs, et d'une reconnaissance *forcée* vis-à-vis de l'autre. Le texte est formel : il n'applique la restriction édictée qu'à l'hypothèse de la reconnaissance faite durant le mariage, par l'un des conjoints, d'un enfant qu'il aurait eu avant son mariage *d'un autre que de son époux*. Donc la restriction n'a pas lieu lorsqu'il est prouvé qu'il a eu au contraire cet enfant *de son époux lui-même*. Or, cette preuve peut résulter : 1° d'une reconnaissance volontaire de la part de ce dernier ; 2° d'une reconnaissance forcée, à suite d'une action dirigée contre lui par l'enfant.

Il résulte donc avec certitude de ce texte que la reconnaissance forcée de l'un des parents, quand elle se combine avec la reconnaissance volontaire de l'autre, empêche d'appliquer la restriction formulée par l'art. 337.

97. En sera-t-il de même dans le cas où la reconnaissance forcée se produira vis-à-vis d'un seul des époux au profit d'un enfant né, avant le mariage, d'un autre que de son conjoint?

L'affirmative résulte formellement du texte qui parle seulement d'une reconnaissance *faite par l'un des époux*, et non *contre l'un des époux*. La reconnaissance forcée n'est pas d'ailleurs un fait volontaire. La loi n'a pas voulu qu'un fait volontaire puisse *changer le sort de la famille légitime*, mais elle a admis qu'il pouvait en être autrement d'une filiation constatée par justice à suite d'une action intentée par celui à qui elle appartenait et à qui elle n'a pas été enlevée (1).

98. Il va résulter de ce qui précède une situation singulière : un enfant naturel était dans le cas de pouvoir rechercher utilement sa filiation contre son auteur. Il ne se hâte pas d'engager son action, parce qu'il compte encore sur la bonne volonté de celui de qui il tient le jour. Ce dernier se marie, et s'empresse d'accorder à l'enfant naturel une recon-

(1) *Contrà*, DEMOLOMBE, t. V, n° 466.

naissance qui ne pourra produire d'effets vis-à-vis de sa descendance légitime; peut-être même cette reconnaissance aura-t-elle été le résultat d'une entente du parent naturel avec son conjoint qui aura tenu à enlever ainsi à l'enfant les droits héréditaires qu'il aurait été en mesure de faire valoir plus tard.

L'enfant naturel sera-t-il dans ce cas admis à répudier la reconnaissance qui lui nuit, à raison de sa date, pour établir sa filiation en dehors d'elle?

La négative a été jugée avec raison par la Cour de Pau (1). L'enfant ne conteste ni la sincérité, ni la validité de la reconnaissance; il se plaint seulement de la date à laquelle elle est intervenue; mais l'auteur avait le droit de la faire à toute époque; l'enfant ne doit donc pas être écouté, il aurait dû prendre les devants et introduire son action en recherche de filiation.

Mais la Cour ajoute dans sa décision: « Attendu qu'en présence d'une reconnaissance aussi formelle, il est dès maintenant établi que N... est le fils naturel de M... Qu'à la vérité, si cette reconnaissance avait été faite par la mère dans *l'intention de nuire à son fils naturel*, ou par collusion avec son mari et ses autres enfants, N... pourrait être recevable à la critiquer; mais que rien de pareil n'existe dans la cause... »

Cette solution est inadmissible; elle conduirait à rechercher les motifs qui ont porté un parent naturel à reconnaître son enfant pour en faire dépendre le sort de l'acte (V. t. Ier, nº 201). D'un autre côté, il serait contraire à l'esprit de la loi de relever l'idée de fraude aux espérances (on ne peut pas dire aux droits) de l'enfant naturel, et d'annuler sur ce motif un acte que les circonstances montreraient avoir été concerté et accompli précisément pour garantir le conjoint et les enfants nés du mariage du préjudice que pourrait leur occa-

(1) 2 juill. 1885, D. 86, 2, 165.

sionner une constatation de la filiation obtenue plus tard de la justice (1).

A plus forte raison l'art. 337 pourrait-il être invoqué par le conjoint qui connaissait simplement avant le mariage la filiation dont la constatation légale a eu lieu depuis (2).

La conclusion pratique de ces observations c'est que l'enfant qui se croit en état d'établir sa filiation contre un auteur qui pourrait se marier, doit s'empresser de porter son action en justice pour éviter les conséquences véritablement trop rigoureuses de l'art. 337.

99. Considérée en elle-même, la reconnaissance ainsi faite durant le mariage n'est pas nulle ; elle ne peut nuire au conjoint ni aux enfants nés de ce mariage, sans qu'il y ait à distinguer entre les droits dérivant de la loi, et ceux dérivant d'une libéralité révocable ou irrévocable (3), mais elle est efficace à l'égard de tous autres, par exemple à l'égard des enfants que son auteur a eus d'un mariage antérieur ou postérieur, et, à plus forte raison, à l'égard de ses ascendants ou de ses collatéraux.

Ainsi, par exemple, l'auteur de la reconnaissance a laissé en mourant : 1° des ascendants ou des collatéraux ; 2° son conjoint ; 3° son enfant naturel reconnu, il faudra partager la succession d'après les bases suivantes : le conjoint survivant aura la moitié en usufruit, d'après l'art. 767 modifié par la loi du 9 mars 1891, et l'enfant naturel viendra concourir sur le restant de la succession, avec les autres héritiers, pour la part que lui attribue l'art. 747.

On reconnaît que, même durant le mariage pendant lequel elle a été faite, la reconnaissance peut produire, d'ores et déjà ceux de ses effets qui ne sont pas de nature à nuire aux enfants

(1) Voy. *Observ.* de M. MASSIGLI, sur l'arrêt précité, *Revue critique*, 1888, p. 646.

(2) *Contrà*, opinion du conseiller rapporteur, sous Cass. 28 mars 1878, S. 79, 1, 337.

(3) LAURENT, t. IV, n° 132.

nés de ce mariage, ou au conjoint de la personne dont elle émane.

Ainsi l'enfant reconnu peut certainement porter le nom de son père ou de sa mère qui l'a reconnu, et il est soumis à leur puissance paternelle. Mais pourrait-il réclamer des aliments? Il y a controverse sur ce point: la raison de douter vient de ce que le droit aux aliments paraît de nature à nuire aux enfants légitimes et même au conjoint de l'auteur de la reconnaissance, puisque la charge qui en résulte entraînerait une diminution dans les revenus. Mais la raison de décider doit être tirée de ce que la reconnaissance n'est que la constatation d'une obligation civile antérieure au mariage dérivant du fait de la paternité ou de la maternité. Par conséquent s'il s'agit d'une reconnaissance faite par le mari durant le mariage régi par les principes de la communauté, l'enfant reconnu aura le droit d'obtenir contre lui des aliments, et d'en réclamer le paiement sur ses biens propres comme sur ceux de la communauté (1).

§ 3. — Comment peut être attaquée une reconnaissance d'enfant naturel?

100. — La reconnaissance peut être *valable*, *annulable* ou *inexistante*.
101. — Sa validité peut-elle être contestée pour cause d'erreur sur l'identité de l'enfant reconnu?
102. — La reconnaissance, quoique régulière et valable en soi, peut être contraire à la vérité; c'est le cas prévu par l'art. 339.
103. — A qui appartient en ce cas l'action en contestation.
104. — Preuve que doit faire le demandeur. Prohibition relative à toute recherche de filiation adultérine ou incestueuse, article 342.

100. Une reconnaissance d'enfant naturel peut, en soi, être *valable* ou *régulière;* elle peut être *annulable;* elle peut encore être *inexistante*, malgré les apparences.

Ainsi, elle sera *inexistante*, et par conséquent réputée non avenue, quand elle n'aura pas été faite en la forme authen-

(1) Cass. 13 juill. 1886, S. 87, 1, 65.

tique, ou lorsqu'il y aura eu absence totale de consentement de la part de celui de qui elle paraît émaner, lequel était, par exemple, en état de démence au moment de sa date ou bien ne s'est pas rendu compte de l'acte auquel il a concouru, et d'où on prétend faire résulter une reconnaissance volontaire (1). Il faudra étendre à l'hypothèse les principes que nous avons déjà appliqués au cas d'un mariage inexistant (V. t. II, nos 21 et 22). Il ne saurait donc être question d'une action en nullité pour faire tomber un acte qui n'existe pas. Toute personne à qui la prétendue reconnaissance serait opposée pourra donc l'écarter en tout temps. Sans doute, en cas de difficulté, il faudra bien qu'une décision judiciaire vienne trancher la question, mais alors elle procédera par voie de déclaration d'inexistence, et non par voie d'annulation.

La reconnaissance régulière en la forme peut être *annulable* à raison d'un vice affectant le consentement de celui de qui elle émane.

Les vices du consentement sont le dol, la violence et l'erreur.

Il n'y a pas de doute pour le dol et la violence. Tout le monde reconnaît qu'en pareille hypothèse, l'auteur de la reconnaissance ou ses héritiers peuvent la faire tomber en prouvant seulement qu'elle est le résultat d'un dol ou d'une violence, sans être obligés d'établir qu'elle est contraire à la vérité. L'action dans ce cas sera prescriptible, et il faudra, pensons-nous, appliquer par analogie l'art. 1304; c'est-à-dire que la prescription s'accomplira par dix ans à compter de la cessation de la violence ou de la découverte du dol.

101. Mais il y a plus de difficulté en ce qui concerne l'erreur. De ce que l'art. 339 porte que la reconnaissance faite *par le père ou la mère* peut être contestée par toute personne intéressée, on a tiré cette conclusion que le droit de la con-

(1) Ex. Paris, 16 fév. 1889, S. 89, 2, 201.

tester n'appartient qu'aux personnes intéressées autres *que le père ou la mère qui l'a faite*. Si l'argument était fondé, il aurait pour résultat d'enlever au père ou à la mère même l'action en nullité pour cause de violence ou de dol. La vérité est que l'art. 339 est fait uniquement pour les cas où la *sincérité* de la reconnaissance est contestée. Ce texte doit donc être mis de côté pour la solution de la question examinée.

Il faut se demander sur quoi a porté l'erreur de l'auteur de la reconnaissance. On ne saurait parler évidemment d'une erreur sur les qualités de l'enfant reconnu, ou relative à la mère, ou portant sur des circonstances accessoires.

Il ne peut être question que de l'erreur ayant porté sur l'*identité* même de l'enfant (1). Cette erreur suppose : 1° que l'auteur de la reconnaissance a eu réellement un enfant naturel; 2° qu'il en a reconnu un autre croyant par erreur que c'était le sien. Plus tard, il découvre la vérité; il apprend par exemple que le fils qui était réellement à lui est décédé depuis longtemps, et qu'il a reconnu un étranger.

Pourra-t-il dans ce cas exercer lui-même l'action en nullité pour cause d'erreur? Il faudrait un texte dérogeant aux principes généraux pour lui refuser ce droit. Quand la demande en nullité émanera de la femme, les éléments de la preuve à faire sont faciles à dégager : la demanderesse devra établir : 1° qu'elle est accouchée à une certaine époque; 2° que l'enfant reconnu n'est pas le même que celui qu'elle avait mis au monde. Si la demande en nullité est formée par le père, l'erreur sera plus difficile à prouver. Le demandeur devra établir qu'il avait l'intention de reconnaître tel enfant dont il se croyait le père et que, par suite d'une erreur, il a reconnu un autre enfant ayant une identité différente. Les tribunaux apprécieront, et sauront bien distinguer le cas où, sous prétexte d'erreur, l'auteur de la reconnaissance voudrait,

(1) Aix, 22 déc. 1852, S. 54, 2, 321.

en réalité, revenir sur cette même reconnaissance et en faire prononcer la rétractation. Mais il faut admettre que l'erreur ayant porté sur l'identité même de la personne reconnue, était tout à fait exclusive du consentement. La reconnaissance doit donc, en pareille hypothèse, être tenue pour inexistante, et il faut appliquer les principes ci-dessus rappelés pour ce cas.

102. Enfin une reconnaissance régulièrement faite et exempte de violence, de dol et d'erreur peut être contraire à la vérité. Elle peut alors être contestée par le motif que son auteur ne serait pas le père ou la mère de l'enfant. C'est uniquement à cette hypothèse que se réfère la disposition suivante :

ART. 339. Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt.

Cet article s'applique d'abord aux cas de reconnaissance volontaire, et en outre aux cas de reconnaissance judiciaire ; c'est ce qui résulte de l'hypothèse prévue d'une *réclamation* de la part de l'enfant. Seulement la manière dont les *intéressés* pourront contester ne sera pas la même dans les deux cas. Dans le premier ils devront agir par voie d'action directe, dans le second ils devront se pourvoir par la tierce opposition contre le jugement (art. 474, C. pr. c.).

103. Les parties intéressées à qui la loi accorde l'action, sont :

1° L'enfant lui-même,

2° Les autres personnes qui l'ont reconnu.

Lorsque l'enfant a été reconnu par plusieurs personnes, et qu'aucune reconnaissance n'est attaquée, l'enfant peut, théoriquement, dans ses rapports avec chacun de ceux qui l'ont reconnu, exercer les droits attachés à la qualité d'enfant naturel ; mais il devra aussi accomplir les devoirs et obligations qui en dérivent. Or, à ce point de vue, il pourra survenir de

sérieuses difficultés quand il s'agira pour l'enfant, de se soumettre à la puissance paternelle, d'obtenir le consentement pour son mariage, etc. Il pourra en effet y avoir conflit entre les diverses personnes qui l'ont reconnu. Aussi a-t-on soutenu que l'enfant naturel reconnu par plusieurs avait seulement le droit de choisir parmi eux celui auquel il entend rattacher sa filiation. Mais comment s'exercera un tel choix, et comment ce choix pourrait-il enlever à ceux sur qui il ne portera pas les droits résultant pour eux de la reconnaissance?... Aussi pensons-nous que l'enfant ne pourra sortir d'une telle situation qu'en faisant tomber, par une action en justice, les reconnaissances qu'il considérera comme mensongères.

3° Le fisc pourra aussi contester la sincérité d'une reconnaissance qui fait obstacle à l'exercice de son droit de succession, lorsque la reconnaissance aura été faite après que l'enfant est décédé sans testament et sans héritiers réguliers.

4° L'art. 339 paraît refuser aux auteurs eux-mêmes de la reconnaissance le droit de l'attaquer parce qu'elle aurait été mensongère. Ce serait une manière indirecte de la rétracter, et la maxime : *Nemo auditur*... rendrait d'ailleurs l'action irrecevable.

Mais leurs héritiers pourront intenter l'action, car, suivant la précision qui a été faite plus haut (n° 60), cette action constitue pour eux un droit de famille qui naît dans leur personne.

5° La même considération a fait admettre les collatéraux, à raison de leur intérêt de famille, et indépendamment de tout intérêt pécuniaire, à contester la reconnaissance faite au profit d'un enfant naturel, et la légitimation qui en est résultée (1).

104. Le demandeur devra établir que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père ou la mère de l'enfant. Cette preuve

(1) Cass. 20 avril 1885, S. 86, 1, 313; — Voy. Orléans, 14 avril 1886, S. 86, 2, 191.

pourra être faite par toute espèce de moyens, par titre, par témoins et même par de simples présomptions.

La principale de ces présomptions sera celle tirée de l'âge de l'auteur de la reconnaissance comparé avec celui de l'enfant reconnu. S'il n'existe entre eux qu'une différence de quelques années, il paraît manifeste que la reconnaissance est mensongère. Mais il a été jugé que la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut être déclarée nulle par cela seul que celui qui l'a faite n'avait pas l'âge requis pour contracter mariage, et même était âgé de moins de seize ans lors de la conception de l'enfant (1).

Enfin, l'action en nullité d'une reconnaissance d'enfant naturel est une question d'état, et à ce titre elle est imprescriptible (2).

Mais

ART. 342. Un enfant ne sera jamais admis à la recherche, soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'art. 335, la reconnaissance n'est pas admise.

C'est le complément naturel de l'art. 335.

§ 4. — Reconnaissances faites à l'étranger par des Français et par des étrangers en France.

105. — Application de la règle *locus regit actum*, aux reconnaissances faites par les Français en pays étranger.
106. — Recherche de la paternité en France par un étranger ou contre un étranger.
107. — Reconnaissance volontaire en France concernant les étrangers.

105. Les Français doivent pouvoir accomplir en pays étranger l'obligation qui leur est imposée par la nature de reconnaître leurs enfants naturels. Nous avons déjà examiné d'une

(1) Bruxelles, 25 fév. 1888, S. 89, 4, 3.
(2) Douai, 21 déc. 1885, S. 87, 2, 151.

manière générale la question de savoir si la règle *locus regit actum* autorise un Français à passer en la forme privée, dans un pays où la loi le permet, un acte pour lequel il faudrait, d'après la loi française, observer des formes solennelles (t. Ier, nº 168). La solution affirmative que nous avons adoptée, est généralement étendue à la reconnaissance des enfants naturels (1). Il a été jugé cependant que lorsque la reconnaissance n'a pas été faite dans l'acte de naissance, le Français qui prétend avoir été reconnu à l'étranger par son père, doit rapporter la preuve d'une reconnaissance faite dans les formes prescrites par l'art. 334, C. C. (2). Mais cette jurisprudence est manifestement trop étroite.

Si la reconnaissance avait eu lieu devant une autorité, par exemple un ministre du culte, ayant d'après la loi locale compétence pour la recevoir, il est certain, quelqu'opinion qu'on adopte sur la question précédente, que satisfaction suffisante aurait été donnée à la loi française (3). De même, quelle que fût la législation locale, la filiation naturelle d'un Français ne pourrait jamais résulter de sa possession d'état à l'étranger (4).

106. Les étrangers ont incontestablement le droit de reconnaître volontairement en France un enfant naturel. Mais l'application des règles concernant la reconnaissance forcée, c'est-à-dire la recherche de la paternité ou de la maternité, soulève quelques difficultés.

Tous les peuples, en effet, n'ont pas tranché comme la loi française la question relative à la recherche de la paternité. Montesquieu rappelle, d'après Pomponius Mela, que certains peuples déterminaient la paternité d'après la ressemblance,

(1) A. WEISS, *Tr. élém. de Dr. int. pr.*, p. 729.

(2) Trib. Bordeaux, 26 fév. 1886, *J. Dr. int. pr.*, 1887, p. 306.

(3) Trib. civ. Marseille, 26 janv. 1889, *J. Dr. int. pr.*, 89, p. 676 ; — Chambéry, 23 fév. 1885, *J. Dr. int. pr.*, 85, p. 665.

(4) Paris, 2 août 1876, S. 79, 2, 250.

afin de savoir à qui devait incomber la charge de nourrir l'enfant (1).

Le peuple anglais ne s'est pas trop écarté de ce point de vue. Dans le but unique de décharger la paroisse de l'entretien d'un enfant qui ne serait à la charge d'aucun particulier, le magistrat anglais désigne à l'enfant naturel, d'après les circonstances, un père probable et provisoire qui sera tenu de pourvoir à sa nourriture et à son entretien jusqu'à l'âge de quatorze ans.

D'autres peuples sont allés plus loin et admettent la libre recherche de la paternité. Mais l'ordre public, en France, tel qu'il a été envisagé par le législateur, n'autorise pas la recherche de la paternité par un étranger, ou contre un étranger, quand même cette recherche serait autorisée par la loi nationale de l'intéressé (2), quand même il s'agirait de rechercher simplement le père putatif et provisoire dont se contente la loi anglaise.

Il ne faut pas confondre l'action en recherche de la paternité de la part d'un étranger qui n'a pas de père certain, action qui n'est pas recevable en France, avec l'action ayant pour objet la justification de sa filiation par les moyens de preuve autorisés par son statut national. C'est en effet le statut national qui doit déterminer quels sont les moyens de preuve qui peuvent être reçus (Voy. ci-dessus, nº 33). Mais une précision est nécessaire en ce qui concerne la preuve par la possession d'état, quand ce moyen de preuve est admis par la loi personnelle de l'intéressé. La Cour de Paris a jugé en effet que l'enfant étranger ne peut établir par ce moyen sa filiation naturelle que si la possession d'état est constante, mais qu'il en serait autrement si les faits allégués au lieu de porter directement sur la possession d'état prétendue, ne constituaient en réalité que des indices ou pré-

(1) *Esprit des lois*, liv. 23, chap. 2.
(2) Cass. 25 mars 1868, S. 68, 1, 365.

somptions, et les éléments d'une véritable recherche de paternité (1).

La reconnaissance forcée de paternité obtenue dans son pays par un étranger, après une recherche directe de la paternité permise par la loi étrangère, doit produire à son profit, en France, les mêmes effets qu'une reconnaissance volontaire (2). La filiation dans ce cas est en réalité prouvée par un titre.

107. Quant à la reconnaissance volontaire obtenue dans son pays par un étranger, elle devra pareillement produire ses effets en France, si elle a eu lieu conformément aux règles édictées par la loi étrangère. Si cette reconnaissance avait eu lieu en France alors qu'elle était prohibée par la loi étrangère, elle ne devait produire aucun effet (3). Ainsi la loi anglaise repousse non seulement la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, ainsi qu'on l'a vu plus haut (nº 72), mais encore la reconnaissance pure et simple; il en résulte logiquement qu'une telle reconnaissance émanée d'un père anglais ou d'une mère anglaise, ne saurait produire d'effet en France; il faudrait en dire autant des reconnaissances intéressant les sujets russes. Cependant, on rencontre des décisions en sens contraire, difficilement conciliables avec les principes de la matière, et inspirées uniquement par ce qu'on a appelé *l'intérêt français* (Voy. t. Ier, nº 152) (4).

Il peut encore se présenter d'autres difficultés pour l'application aux étrangers des règles de la filiation soit légitime, soit naturelle; il faudra les résoudre d'après les principes que nous avons développés dans notre *partie générale*, au sujet des *lois concernant l'état et la capacité des personnes*, (t. Ier, nos 140 à 158).

(1) Paris, 2 août 1866, S. 66, 2, 342.
(2) Pau, 17 janv. 1872, S. 72, 2, 233.
(3) Comp. trib. Seine, 30 mai 1879, *Gaz. Trib.*, 1er juin 1879.
(4) Voy. VINCENT et PÉNAUD, *Dict.*, vº *Paternité*, nos 28, 29 et 64.

TITRE HUITIÈME.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

Généralités.

108. — Historique. De l'adoption en droit romain.
109. — Législation intermédiaire.
110. — L'adoption sous le Code civil.
111. — L'adoption est-elle accessible aux étrangers ?

108. Le Code considère l'*adoption* comme un moyen d'obtenir une paternité fictive, et la *tutelle officieuse* comme une voie pour y arriver.

L'adoption était en grande faveur chez les anciens, surtout à Rome, où elle était en parfaite harmonie avec la constitution politique de la famille. Au moyen de l'adoption, les familles patriciennes étaient conservées, les *sacra privata* ne périssaient pas et le rapprochement entre les grandes familles patriciennes et plébéiennes était facilité. Enfin on pouvait adopter un fils de famille ou un *pater familias* (*adrogatio*).

Ces deux espèces d'adoption faisaient subir à l'adopté la *minima capitis deminutio;* l'adrogé perdait son indépendance, et le fils de famille perdait ses droits dans sa famille naturelle. Aussi, pour lui conserver ses droits de succession, Justinien décida que, dans certains cas, l'adoption d'un fils de famille ne produirait pas la *capitis deminutio*, ne changerait pas les rapports actuels de puissance et d'agnation, mais donnerait seulement à l'enfant adoptif un droit éventuel à la succession *ab intestat* de son père adoptif. C'est cette espèce d'adoption qu'on a appelée *minus plena*.

Il résulte de ce qui précède que l'adoption se présente avec un caractère manifestement aristocratique. Il semblerait donc naturel de la rencontrer dans l'ancienne jurisprudence. Cependant elle ne fut jamais admise en France. Le système féodal avait trouvé dans les *majorats* et les *substitutions*, et dans les institutions *à la charge de porter le nom et les armes* du donateur, des moyens efficaces pour satisfaire les tendances et les préjugés aristocratiques. Si l'adoption ne fut pas admise en France, c'est qu'elle apparut comme une institution rivale du mariage, ennemie par conséquent de la véritable famille.

109. Aussi est-il juste de reconnaître que si les lois de la Révolution se sont empressées de faire revivre l'adoption, ç'a été plutôt dans un esprit de pure réaction contre l'ancienne jurisprudence, que par l'effet d'une saine appréciation de cette aristocratique institution.

Quoi qu'il en soit, la loi du 8 janvier 1792 établit l'adoption en même temps que le divorce, mais sans réglementer la matière dont elle se borna à poser le principe. Quelques citoyens n'attendirent pas la réglementation nécessaire, et plusieurs adoptions eurent lieu dans des formes diverses. La loi du 25 germinal an XI les valida pourvu qu'elles eussent été faites en la forme authentique. Cette loi permettait à l'adopté de renoncer à l'adoption dans les trois mois à partir de sa promulgation, s'il était majeur à cette époque, et dans les trois mois de sa majorité, s'il était alors encore mineur.

Cette loi du 25 germinal an XI était postérieure de quelques jours à celle du 2 germinal qui est devenue notre titre VIII. L'adoption avait donc trouvé place dans notre Code ; mais ce ne fut pas sans de graves discussions. Le premier Consul voulait qu'elle imitât complétement la nature, qu'elle rendît l'adopté complétement étranger à sa famille naturelle. Il trouvait même que les enfants adoptifs seraient toujours préférables aux enfants selon la nature, attendu qu'on les

aurait choisis. Ces idées bizarres ne prévalurent plus. L'adoption fut sans doute considérée comme devant se rapprocher autant que possible de la nature; mais elle s'en écarte cependant sur un grand nombre de points. V. notamment art. 348, 349, 350.

110. Finalement, les rédacteurs du Code ont consacré un système équivoque, qui n'est en réalité qu'une institution d'héritier, et dont l'unique utilité pratique est de permettre à un père naturel de donner à son enfant les droits d'un enfant légitime. Il faut reconnaître d'ailleurs que jamais l'adoption proprement dite n'est entrée dans les mœurs françaises.

La loi distingue trois sortes d'adoption :

1° L'adoption ordinaire;

2° L'adoption rémunératoire;

3° L'adoption testamentaire faite par un tuteur officieux.

Dans tous les cas, l'adoption peut être ramenée à la notion suivante :

C'est un acte solennel qui, sans faire sortir une personne de sa famille naturelle, crée entre elle et une autre personne certains rapports analogues à ceux qui résultent de la filiation légitime.

111. Suivant l'opinion généralement admise par la doctrine (1) et consacrée par la jurisprudence (2), la faculté d'adopté serait une institution de pur droit civil, par conséquent n'appartenant pas aux étrangers, ou tout au moins ne figurant pas au nombre des droits qui leur ont été spécialement reconnus (V. t. Ier, n°s 274, 275 et 276). Il en serait de

(1) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. II, n° 80, *bis* II; DEMOLOMBE, *Adoption*, n° 48 et les autorités citées.

(2) Cass. 21 mars 1861, S. 61, 1, 209; trib. Seine, 4 août 1883, *J. Dr. int. pr.*, 1884, p. 179; *Revue critique de légis.*, 1884, note de M. L. Renault, p. 705.

même de la faculté d'être adopté. La nationalité française de la part de l'adopté serait donc une condition de validité de toute adoption.

Cette solution serait parfaitement admissible s'il s'agissait de l'ancienne adoption romaine, rompant les liens d'agnation, et faisant sortir l'adopté de sa famille naturelle pour le faire entrer dans une autre famille. Mais il est illogique de l'étendre à l'adoption *minus plena*, seule admise par le Code civil, et qui se réduit, comme nous l'avons remarqué, à conférer à l'adopté, avec le nom de l'adoptant, les droits d'un enfant légitime.

Ce qui est important, c'est le résultat obtenu plutôt que le procédé employé pour l'obtenir. Quand il s'agit de la légitimation par mariage subséquent, la jurisprudence n'hésite pas, comme nous l'avons vu, à méconnaître le statut personnel de l'étranger et à lui imposer la légitimation, quand même la loi nationale de ce dernier repousserait cette conséquence du mariage; la jurisprudence attribue dans ce cas à un étranger des enfants légitimes qu'il n'a pas voulu avoir à ce titre.

En matière d'adoption, la jurisprudence méconnaît, en sens inverse, le statut personnel de l'étranger, en lui refusant d'avoir, par ce moyen, des enfants qui auront des droits analogues à ceux d'un enfant légitime ou légitimé, c'est-à-dire des droits de succession. Tout cela est assez incohérent. Remarquons, d'ailleurs, que dans notre droit l'adoption se traduit en définitive dans un contrat, et par conséquent doit être régie par le statut personnel des parties contractantes.

Aussi pensons-nous que les étrangers jouissant en France de tous les droits qui ne leur sont pas refusés par la loi, doivent avoir la faculté d'adopter et d'être adoptés, selon leur statut personnel, faculté qui a trait seulement à la transmission des biens et du nom de l'adop-

tant (1). Depuis la loi du 14 juillet 1819 qui a abrogé les art. 726 et 912 du Code civil, il ne doit plus y avoir aucun obstacle à une telle transmission (2).

(1) VALETTE sur PROUDHON, t. I, nº 177; Weiss, *loc. cit.*, p. 361 et les autorités citées.

(2) LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. III, nº 344.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ADOPTION.

SECTION PREMIÈRE.

De l'adoption et de ses effets.

§ 1er. — Conditions de l'adoption.

112. — Qui peut adopter ? art. 343.
113. — Conditions que doit remplir l'adoptant, il ne doit pas avoir de descendance légitime.
114. — Consentement du conjoint de l'adoptant, art. 344.
115. — Soins préalables à fournir à l'adopté, art. 345; autres restrictions à la faculté d'adopter.
116. — Adoption remunératoire.
117. — Conditions que doit remplir l'adopté; consentement de la famille, art. 346.
118. — L'enfant naturel reconnu peut-il être adopté ?
119. — Le conjoint de l'adopté doit-il consentir à l'adoption ?

112. Il va être ici question de l'adoption *ordinaire* et de l'adoption dite *rémunératoire*. Dans les deux cas il s'agit d'une adoption contractuelle ou conventionnelle.

Il faut donc que les parties entre lesquelles intervient le contrat d'adoption aient la capacité de donner un consentement valable.

L'individu qui est en état d'interdiction légale peut, suivant l'opinion commune, consentir à l'adoption, de même que l'interdit judiciairement pourvu qu'il soit dans un intervalle lucide.

L'adoption admise par le Code civil, sans prétendre imiter complétement la nature, ne devait pas cependant s'en trop écarter; elle ne peut donc être permise aux personnes n'ayant pas atteint un certain âge, ou ayant des descendants :

ART. 343. L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans, qui n'auront, à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes, et qui auront au moins quinze ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter (*).

La condition d'âge doit être rigoureusement observée; il ne saurait être question, en pareille matière, de dispenses de la part du pouvoir exécutif. Il sera justifié de l'âge requis par la production de l'acte de naissance de l'adoptant, ou d'un acte de notoriété en cas d'impossibilité.

113. L'adoptant ne doit avoir au moment de l'adoption aucun descendant légitime, soit présent, soit même déclaré absent (1). L'existence, à ce moment, d'un enfant légitime, même simplement conçu (2), ou d'un enfant légitimé ferait donc obstacle à l'adoption, mais non la présence d'un ou de plusieurs enfants naturels reconnus (3), ou adoptifs. — La survenance d'un enfant légitime, ou la légitimation d'un enfant naturel, ne porteraient aucune atteinte à la validité de l'adoption antérieurement effectuée.

114. Si l'adoptant est marié, il doit obtenir le consentement de son conjoint, même séparé de corps, sans qu'il y ait à distinguer si c'est le mari ou la femme qui se propose d'adopter :

ART. 344. Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux. — Hors le cas de l'art. 366, nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre conjoint.

La preuve du consentement donné par le conjoint peut résulter des requêtes en homologation présentées au tribunal et à la Cour d'appel conformément à ce qui sera dit plus

(*) Art. 343. — GAI. I, § 97 et seq.; ULP., 8, § 1 et seq. L. 15 § 2, L. 16, 17 § 3, L. 40 § 1, D. 1, 7, *De adopt.*; L. 5, C. 8, 48, *De adopt.*; JUST. *Inst.*, § 2, 3, 10, L. 1, tit. 11. — CICERO, *Pro domo*, nos 33, 34, 35; — PASQUIER, *Recherches*, liv. 4, ch. 1.

(1) DEMOLOMBE, t. VI, nos 21 et 22.

(2) *Ibid.*, n° 16; LAURENT, t. IV, n° 198.

(3) Cass. 3 juin 1861, S. 61, 1, 990.

loin (nos 131 et 132) et signées d'un avoué (1) ; elle pourra résulter aussi d'autres documents, même non revêtus de la forme authentique (2). En cas de refus de la part du conjoint, son consentement ne pourrait être suppléé par la justice. De la règle que nul ne peut être adopté par plusieurs, il suit que l'adopté ne peut se donner de rechef en adoption, même après le décès de l'adoptant.

115. La loi n'a pas admis qu'on puisse adopter indifféremment toute personne :

ART. 345. La faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots. — Il suffira, dans ce deuxième cas, que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfants ni descendants légitimes ; et, s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption (*).

La nécessité préalable de fournir des soins durant six années consécutives au mineur que l'on voudra adopter plus tard, est de nature à rendre singulièrement rares les adoptions entre personnes réellement étrangères l'une à l'autre. Mais au point de vue juridique, cette nécessité a pour résultat de beaucoup simplifier la situation créée par l'adoption. — La loi, en effet, en enlevant à l'adoption toute spontanéité, l'a réduite à être seulement le résultat normal, quoique non nécessaire, d'une certaine période de soins, de sorte que toute adoption sera suffisamment justifiée et expliquée par l'existence de cette période de soins, les autres conditions étant d'ailleurs remplies, sans que le dol ou l'erreur puissent être invoqués pour la détruire (*infrà*, nos 165 et 166).

Du reste les restrictions contenues dans le texte sont en harmonie avec la conception théorique de l'adoption telle qu'elle s'était présentée à l'esprit des rédacteurs du Code ci-

(*) Art. 345. — L. 17, D. 1, 7, *De adopt.*
(1) Cass. 1er mai 1861, S. 61, 1, 513.
(2) *Ibid.*

vil. L'adoption ne devait être permise que dans certaines conditions, où elle était justifiée par la nature des rapports antérieurs, de sorte qu'il n'y avait pas à craindre qu'elle devint une institution rivale de la famille. Mais l'événement a prouvé que la famille n'avait rien à craindre d'une institution qui n'est pas entrée dans les mœurs françaises. En réalité l'adoption n'a guère d'autre utilité pratique que de permettre aux pères d'améliorer ou d'assurer la situation de leurs enfants naturels. A ce point de vue, les restrictions de l'art. 345 ne sont pas justifiées.

116. Ces restrictions n'existent pas pour l'adoption dite *rémunératoire*, conférée par une personne à une autre qui a exposé sa vie pour sauver celle de l'adoptant. Les espèces prévues au texte sont seulement des exemples. Ainsi la solution devrait être étendue au cas de celui qui sauve, au péril de ses jours, une personne en danger de mort dans un édifice qui s'écroule. Mais elle ne saurait jamais s'appliquer au médecin qui, par curiosité scientifique ou sous l'impulsion de tout autre sentiment, a outrepassé, même en exposant sa vie, ses devoirs professionnels, et sauvé le malade. Il a toujours, en effet, commencé à agir en qualité de médecin.

Dans la pratique, c'est au moyen d'un acte de notoriété, dressé par le juge de paix, qu'il est justifié que la personne devant être adoptée a reçu de l'adoptant, pendant sa minorité, des soins non interrompus, ou qu'elle a sauvé la vie de l'adoptant (1).

117. Telles sont les conditions requises du côté de l'adoptant; en ce qui concerne l'adopté :

ART. 346. L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption

(1) CHAUVEAU et GLANDAZ, *Formulaire*, t. II, p. 699.

par ses père et mère, ou par le survivant ; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil (*).

L'adopté devra donc être majeur; il justifiera de son âge par la production de son acte de naissance : à défaut par l'acte de notoriété dont parlent les art. 70 à 72, C. C., et si cet acte ne peut être dressé, il y aura lieu d'établir directement, devant les tribunaux, l'âge de la personne qu'il s'agit d'adopter.

L'adoption ne peut pas laisser indifférents les parents de l'adopté. Le père et la mère doivent donc être appelés à donner leur consentement, ou tout au moins à formuler un conseil, comme dans le cas de mariage de leurs enfants, mais cependant avec certaines différences. Ainsi :

1° Une fille peut se marier dès l'âge de vingt-et-un ans, malgré ses père et mère ; elle ne peut consentir à son adoption qu'à l'âge de vingt-cinq ans. Pourquoi ? Parce qu'il importe qu'une fille puisse se marier quand l'âge ordinaire du mariage est arrivé pour elle, tandis que l'adoption n'a jamais rien de nécessaire ;

2° En cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit pour le mariage (art. 148), tandis que l'adoption est impossible lorsque la mère refuse d'y consentir ; c'est bien ce qui semble résulter du texte absolu de l'art. 346.

Si le père et la mère sont décédés, le consentement des ascendants du degré supérieur n'est pas nécessaire comme en cas de mariage.

3° Il suffit d'un seul acte respectueux pour requérir le conseil des père et mère, si l'adopté a plus de vingt-cinq ans, alors que trois actes respectueux sont nécessaires pour le mariage de vingt-cinq à trente ans pour le fils, de vingt-et-un à vingt-cinq pour la fille.

(*) Art. 346. — ULPI., 8 § 3, L. 2, C. 8, 48, *De adopt.* — A. GELLIUS, *Noct. att.*, 5, 10.

En cas de tutelle, la demande du consentement ou la réquisition de conseil doivent être adressées, comme en cas de mariage, au père ou à la mère qui n'a pas conservé la tutelle, et même en cas de destitution ou de privation de la surveillance des enfants (1); mais le droit de consentir ou d'être consultés est perdu pour les père et mère qui ont encouru la déchéance de la puissance paternelle en vertu des art. 1 et 2 de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants (Voy. art. 335, C. P.).

118. Ne faut-il pas encore, pour que l'adoption soit possible, que l'adopté ne soit pas l'enfant naturel reconnu de l'adoptant? Théoriquement, l'affirmative paraît seule en harmonie avec le but moral de l'institution; néanmoins la question a donné lieu à une controverse que la pratique ignore depuis longtemps. Après diverses fluctuations, la Cour de cassation s'est définitivement prononcée en faveur de la légalité de l'adoption d'un enfant naturel par le père ou la mère qui l'a reconnu (2). La question ne se discute plus. D'ailleurs l'utilité pratique de l'adoption consiste à peu près uniquement en ce qu'elle est appliquée en faveur des enfants naturels reconnus, ou non reconnus.

La première objection tirée de ce que l'adoption fournirait un moyen facile d'éluder les prohibitions et incapacités résultant à l'égard des enfants naturels des art. 338, 908 et 911, C. C., est facile à réfuter: la section de législation avait inséré dans le projet un article ainsi conçu : « *Celui qui a reconnu dans les formes établies par la loi un enfant né hors mariage ne peut l'adopter ni lui conférer d'autres droits que ceux qui résultent de cette reconnaissance.* » Mais cette disposition fut supprimée comme étant de nature à

(1) Cass. 3 mars 1856, S. 56, 1, 408.

(2) Cass. 13 mai 1868, D. 68, 1, 249; Paris, 8 mai 1879, sous Cass. 16 fév. 1881, S. 83, 1, 369.

compromettre l'état des enfants naturels. Il aurait pu arriver, en effet, que les parents, afin de se ménager la possibilité d'une adoption, n'aient pas voulu d'abord reconnaître l'adoption, et aient ensuite été surpris par la mort ou une démence incurable, sans les avoir ni reconnus ni adoptés. Tronchet fit vainement observer qu'il y aurait inconséquence, alors que des considérations morales ont fait réduire la part héréditaire des enfants naturels, à placer à côté de l'incapacité qui les frappe un moyen d'en éluder les effets. On lui répondit facilement que les mœurs ne sont plus outragées lorsque le vice de la naissance se trouve couvert par l'adoption. Quelques paroles en sens contraire prononcées par Treilhard, après une longue interruption de discussion (1), ne sauraient prévaloir contre le rejet de l'article proposé par la section de législation. Les rédacteurs du Code ont donc voulu que les enfants naturels reconnus pussent être adoptés. C'est un dernier moyen donné aux parents de réparer leur faute, lorsqu'une circonstance quelconque a rendu impossible la légitimation par mariage (2). Par analogie de motifs, la même solution est étendue à l'adoption de l'enfant adultérin ou incestueux par la personne dont la paternité ou la maternité a été légalement constatée (3).

La prohibition d'adopter les enfants naturels reconnus se conçoit naturellement dans une législation qui permet la légitimation par décret du prince. C'est le cas du Code civil italien dont l'art. 205 défend l'adoption qui nous occupe, parce que l'art. 198 du même Code a commencé par permettre la légitimation par décret royal. Un décret peut ainsi venir au secours du demandeur qui se trouve dans l'impossibilité

(1) Voy. FENET, t. X, p. 330, 338 à 342, 372.

(2) AUBRY et RAU, t. VI, § 556, texte et note 17; DUVERGIER sur TOULLIER, t. I, n° 988; LAURENT, t. IV, n° 205 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 784.

(3) AUBRY et RAU, *loc. cit.*, not. 18; LAURENT, *loc. cit.*, n° 209.

actuelle de légitimer ses enfants naturels par mariage subséquent. Mais l'adoption, il faut le reconnaître, est un moyen autrement moral que l'intervention de l'exécutif (1).

119. Si la personne qui se donne en adoption est mariée, elle n'a pas besoin, en principe, d'obtenir le consentement de son conjoint, puisque la loi n'a rien exigé à cet égard. Cependant cette solution n'est exacte que pour le mari et ne saurait être admise pour la femme. L'adoption engendre en effet des droits et des obligations au regard de l'adopté. A ce point de vue, elle rentre dans les actes juridiques pour lesquels l'autorisation du mari est nécessaire (Voy. t. II, nos 259 et 263). Mais à défaut du mari, la justice pourrait accorder l'autorisation à la femme, car au point de vue envisagé, l'acceptation d'une adoption ne présente pas un caractère sensiblement différent de celui d'une acceptation de libéralité (2).

Les deux conjoints pourraient d'ailleurs être adoptés simultanément par la même personne.

§ 2. — Effets de l'adoption.

120. — L'adopté prend le nom de l'adoptant, art. 347.
121. — Prohibition quant au mariage résultant de l'adoption, art. 348.
122. — L'adoption produit-elle une sorte d'alliance entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ?
123. — L'adopté doit honneur et respect à l'adoptant;
124. — Il lui doit des aliments, art. 349.
125. — Droit de l'adopté sur la succession de l'adoptant, art. 350.
126. — Réserve de l'adopté.
127. — Des enfants légitimes ou légitimés de l'adopté.
128. — Droit de retour de l'adoptant, en cas de prédécès de l'adopté, art. 351, 352;
129. — Il exerce ce droit à titre d'héritier.

120. La vieille formule que l'adoption imite la nature n'a

(1) Voy. notre *Code civil italien*, p. 91.
(2) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 38.

qu'une portée fort restreinte dans l'institution admise et réglementée par le Code civil,

Le principe est que l'adopté reste dans sa famille naturelle; tout en entrant dans des rapports nouveaux avec l'adoptant, même du vivant de ce dernier.

Le signe extérieur de l'existence de ces rapports nouveaux consiste dans la transmission du nom ;

ART. 347. L'adoption conférera le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier (*).

Si l'adoption est faite par une veuve ou une femme mariée, ce sera le nom de famille de l'adoptante et non celui de son mari que l'adopté devra ajouter au sien.

Cette transmission étant un effet légal de l'adoption, les tribunaux, en prononçant une adoption, n'ont pas à déterminer les noms nouveaux que l'adopté devra prendre.

Il peut arriver que, postérieurement à l'adoption, l'adopté obtienne par décret l'autorisation de supprimer son nom patronymique pour porter seulement celui qui lui appartient en vertu de l'adoption, et qui constituait par conséquent le nom de famille de l'adoptant. Dans ce cas, les représentants d'autres branches de la même famille seront recevables à se pourvoir contre ce décret si l'autorisation qui en résulte établit une confusion entre l'adopté et une famille à laquelle, en définitive, il n'appartient pas (1).

121. C'est qu'en effet :

ART. 348. L'adopté restera dans sa famille naturelle, et y conservera tous ses droits : néanmoins le mariage est prohibé, — Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; — Entre les enfants adoptifs du même individu; — Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant; — Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté (**).

Les empêchements résultant de ce texte sont simplement

(*) Art. 347. — Arg. ex. L. 1, D. 1, 7, *De adopt.*
(**) Art. 348. — L. 23 et 44, D. 1, 7, *De adopt.*
(1) Cons. d'Etat, 18 juill. 1873, S. 75, 2, 160.

prohibitifs (V. t. II, n° 24). Ils résultent de cette considération que le mariage doit être interdit à ceux qui sont destinés à vivre sous le même toit.

122. Selon la Cour de cassation (1), l'adoption produit encore une sorte d'alliance entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté. La question fut soulevée pour l'application de l'art. 20 de la loi du 21 mars 1831 portant que les alliés au degré de père et de fils ne peuvent être membres du même conseil municipal. L'art. 35 de la loi du 5 avril 1884 contient une disposition semblable. La Cour de cassation a admis l'existence de cette espèce d'alliance (Voy. t. I, n° 62). Cette décision est contestable, car l'adoption semble ne pouvoir produire que des effets expressément prévus par la loi (2). Si une telle jurisprudence devait être maintenue, il faudrait nécessairement l'étendre à la composition du bureau des marguilliers des conseils de fabrique (Décret du 30 décembre 1809, art. 15), et à la composition des consistoires protestants, à moins, pour ces derniers, de dispenses accordées par le ministre des cultes (Règl. du 10 septembre 1852, art. 4).

123. Le lien civil que produit l'adoption doit avoir pour résultat de soumettre l'adopté à l'obligation d'honorer et de respecter l'adoptant conformément à l'art. 371, C. C. M. Laurent a eu l'occasion de dire que jamais la loi ne donne à l'adoptant le nom de père (3); cela n'est pas exact, car l'art. 299, C. P., qualifie de parricide le meurtre des *père* ou *mère* adoptifs, et l'art. 312 du même Code punit les blessures faites volontairement ou les coups portés aux *père* ou *mère* légitimes, naturels ou *adoptifs*.

Il est donc permis de dire que la loi a admis entre l'adop-

(1) Cass. 6 déc. 1844, S. 45, 1, 116.
(2) Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Adoption*, n° 176.
(3) *Loc. cit.*, n° 205.

tant et l'adopté, au moins dans une certaine mesure, l'existence d'une sorte de paternité civile.

124. Cette paternité devait logiquement produire certaines conséquences quant à la dette alimentaire :

ART. 349. L'obligation naturelle, qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi, sera considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre (*).

L'adopté est donc tenu de fournir des aliments à l'adoptant, conjointement avec les enfants légitimes de l'adoptant et avant les ascendants de celui-ci.

L'adoptant de son côté, doit des aliments à l'adopté à titre d'ascendant, c'est-à-dire après les descendants de l'adopté, et conjointement avec les ascendants naturels de ce dernier. Mais là se borne la dette alimentaire; elle n'existe pas entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant, ni entre l'adoptant et les descendants de l'adopté.

Mais comme la paternité civile dont il s'agit ne peut attribuer à l'adoptant les mêmes devoirs à l'égard de l'adopté que la paternité naturelle, il en résulte que l'adoptant n'est investi d'aucune autorité sur l'adopté, et n'a pas qualité pour consentir à son mariage.

125. Les effets de l'adoption que nous venons de constater sont de nature à se produire du vivant de l'adoptant et de l'adopté. Il en est d'autres qui se produiront après le décès soit de l'adoptant, soit de l'adopté.

Il faut d'abord prévoir le décès de l'adoptant.

ART. 350. L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant; mais il aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption (**).

De ce que l'adopté n'acquiert des droits de succession

(*) Art. 349. — Arg. L. 5, D. 25, 3, *De agnosc. et alend. lib.*

(**) Art. 350. — PAUL. *Sent.*, lib. 4, tit. 8, § 4, 12. — L. 23, D. 1, 7, *De adopt.*

qu'à l'égard de l'adoptant et non à l'égard des parents de ce dernier, il suit qu'il ne peut pas venir à la succession de ces parents par représentation de l'adoptant prédécédé (1); on ne peut en effet venir par représentation à une hérédité à laquelle on n'aurait jamais été appelé de son chef personnel.

Dans la succession de l'adoptant, l'adopté aura les mêmes droits qu'un enfant légitime, il exclura donc les ascendants et les collatéraux de l'adoptant, et ces derniers ne pourront soutenir la prétention d'être présents à la levée des scellés et à la confection de l'inventaire (2). L'adopté concourra par égales portions avec les enfants légitimes nés postérieurement à l'adoption. Quant aux enfants naturels nés avant ou depuis l'adoption, ils seront réduits au tiers de ce qu'ils auraient eu, s'ils eussent été légitimes, conformément à l'art. 757.

126. L'adopté a également droit à une réserve. Malgré certaines dissidences, on peut aujourd'hui tenir pour certain que la réserve de l'adopté porte, comme celle de l'enfant légitime, sur toutes les donations antérieures ou postérieures à l'adoption, quelle que soit leur nature, donations de biens présents, de biens à venir ou autres, autorisées dans les contrats de mariage. Il faut même étendre cette solution à l'institution contractuelle; on ne saurait voir, en effet, dans une adoption postérieure à une telle institution une révocation que l'art. 1083 ne permet pas. L'avantage résultant d'une institution contractuelle étant un droit de succession, se trouve soumis aux fluctuations qui tiennent au nombre et à la qualité des héritiers réservataires (3).

L'adopté pourra encore se prévaloir des dispositions de l'art. 1094 pour faire réduire, le cas échéant, aux limites

(1) Toulouse, 25 avril 1844, S. 45, 2, 69.
(2) Paris, 25 avril 1877, *J. not.*, 21700.
(3) DEMOLOMBE, t. VI, n° 162.

fixées par ce texte les libéralités adressées au conjoint prédécédé.

Mais à l'inverse, dans le cas de mariage de l'adoptant après l'adoption, nous ne pensons pas que l'adopté puisse réclamer la réserve particulière que l'art. 1098 établit pour les enfants *d'un autre lit*, dont le père ou la mère contracte un *second mariage*. Il est manifeste que l'art. 1098 ayant pour origine l'édit des secondes noces, n'a d'autre but que de protéger les enfants nés d'un premier mariage contre les libéralités arrachées à leur auteur par un parâtre ou une marâtre (1).

127. Le texte de l'art. 350 appelle l'adopté seul à exercer dans la succession de l'adoptant les droits d'un enfant légitime. Il n'existe aucune sorte de vocation au profit des enfants légitimes ou légitimés de l'adopté. Ces enfants, par conséquent, n'ont aucun droit sur les biens de l'adoptant dont ils ne sont pas les petits-enfants.

Cependant la jurisprudence a adopté une solution contraire; elle admet que l'obligation alimentaire existe entre l'adoptant et les enfants de l'adopté, et que ceux-ci doivent venir à la succession de l'adoptant, soit de leur chef si l'adopté renonce ou est indigne, soit par représentation s'il est prédécédé (2).

Les motifs allégués par la jurisprudence sont d'une extrême faiblesse. Ils sont tirés d'abord de ce que l'art. 348 prohibe le mariage entre l'adoptant et les enfants de l'adopté; mais si cette raison avait une valeur quelconque, il faudrait en conclure qu'il existe un droit de succession entre toutes les personnes énumérées dans cet article; c'est-à-dire que les enfants adoptifs d'une même personne seraient appelés réci-

(1) AUBRY et RAU, t. VI § 560, note 21; Trib. Gap, 22 mars 1876, *J. not.*, 21542; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VI, n° 163.

(2) Agen, 1er juin 1885, S. 86, 2, 63; Cass. 10 nov. 1869, S. 70, 1, 18.

proquement à se succéder, ou que l'adopté pourrait succéder à l'enfant légitime survenu à l'adoptant, ou que l'adoptant pourrait succéder au conjoint de l'adopté!

On a encore invoqué l'art. 351 suivant lequel l'existence de descendants de l'adopté forme, comme celle de l'adopté lui-même, obstacle au droit de retour légal établi en faveur de l'adoptant et de ses descendants... Mais quel rapport peut-il y avoir entre le droit qui appartient aux descendants de l'adopté de recueillir dans la succession de leur père des biens déjà entrés dans le patrimoine de celui-ci, et la possibilité de venir à la succession de l'adoptant lui-même?

Merlin avait proposé une solution intermédiaire : il voulait qu'on distinguât entre les descendants de l'adopté nés avant l'adoption, et les descendants nés depuis. Ces derniers auraient eu seuls le droit de succéder à l'adopté, parce que seuls ils portent son nom joint à celui de leur père. Mais cette considération ne conduit pas à la solution indiquée, autrement il faudrait décider que l'adopté succède au père de l'adoptant puisqu'il porte son nom, qu'il peut encore succéder, comme neveu, au frère consanguin de l'adoptant, etc.

On voit donc que toutes les raisons produites en faveur de l'opinion examinée, aboutissent en définitive à mettre en relief les impossibilités juridiques qui doivent la faire repousser. La majorité des auteurs s'est prononcée dans ce sens (1).

128. La mort de l'adopté ne confère aucun droit de succession à l'adoptant. Il était juste cependant, quand l'adopté est mort sans laisser de postérité légitime, que l'adoptant, s'il est encore vivant, reprenne les biens dont il avait disposé en sa faveur :

ART. 351. Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant, ou recueillies dans sa succession, et qui existeront en nature lors du décès de l'adopté, retourne-

(1) AUBRY et RAU, t. VI, § texte et notes; DEMOLOMBE, t. VI, n° 139; LAURENT, t. IV, n° 250 et t. IX, n°s 82 et 83.

ront à l'adoptant ou à ses descendants, à la charge de contribuer aux dettes, et sans préjudice des droits des tiers. — Le surplus des biens de l'adopté appartiendra à ses propres parents; et ceux-ci excluront toujours, pour les objets même spécifiés au présent article, tous héritiers de l'adoptant autres que ses descendants (*).

Lorsque l'adopté est décédé laissant des enfants légitimes et que ceux-ci sont eux-mêmes décédés sans postérité avant l'adoptant, la loi permet encore à l'adoptant de reprendre dans leur succession les choses qu'il avait données à l'adopté :

ART. 352. Si, du vivant de l'adoptant, et après le décès de l'adopté, les enfants ou descendants laissés par celui-ci mouraient eux-mêmes sans postérité, l'adoptant succèdera aux choses par lui données, comme il est dit en l'article précédent; mais ce droit sera inhérent à la personne de l'adoptant, et non transmissible à ses héritiers, même en ligne descendante (**).

Le droit consacré par les art. 351 et 352 est un droit de *succession anomale*, ou *retour légal*, analogue à celui des art. 747, 766, pour lequel la loi considère la nature et l'origine des biens. Ce droit est fondé sur la volonté présumée de l'adoptant qui a entendu gratifier, non les ascendants ou les collatéraux de l'adopté, mais seulement l'adopté lui-même ou ses descendants légitimes. Il n'a pas envisagé davantage les enfants adoptifs de l'adopté. En effet :

De ce que l'art. 350 assimile l'adopté à un enfant légitime quand il s'agit de venir à la succession de l'adoptant, il ne saurait en résulter que lorsqu'il s'agit au contraire de l'adoptant venant à la succession de l'adopté, l'enfant adoptif de ce dernier puisse être assimilé à un enfant légitime. C'est ce qui explique la forme restrictive de l'art. 350 : *Si l'adopté meurt sans descendants légitimes* (1).

(*) Art. 351. — Arg. L. 6, D. 23, 3, *De jure dotium;* L. 2, C, 6, 61, *De bonis quæ lib.*

(**) Art. 352. — Arg. L. 6, D. 23, 3, *De jure dot.;* L. 2, C. 6, 61, *De bonis quæ lib.*

(1) AUBRY et RAU, t. VI § 608, LAURENT, t. IX, n° 179.

Le droit de retour n'appartient qu'à l'adoptant et à ses descendants légitimes ou légitimés. Ces derniers tiennent directement ce droit de la loi, et n'ont pas besoin pour l'exercer d'être héritiers ou représentants de l'adoptant. Les enfants naturels ou adoptifs de l'adoptant ne sauraient y prétendre (1).

129. Enfin c'est à titre *d'héritiers* que l'adoptant ou ses descendants reprennent les choses données à l'adopté. C'est pour ce motif que le texte de l'art. 351 les soumet à la charge de contribuer aux dettes. De là il suit encore que si les biens donnés ne se retrouvent pas en nature, celui qui exercera le droit de retour pourra réclamer le prix encore dû par suite des aliénations faites, ou exercer les actions en reprise que pouvait avoir l'adopté ou ses descendants. Mais, tous les droits réels créés au profit de tiers sur les biens donnés et soumis au retour légal seront maintenus, ainsi que les dispositions testamentaires faites par l'adopté ou ses enfants. Il faudra, en un mot, compléter les dispositions des art. 351 et 352, par celles des art. 747 et 766. Nous aurons donc, à l'occasion de l'étude de ces derniers textes, à revenir sur l'exercice du droit de retour en cas d'adoption.

SECTION II.

Formes de l'adoption.

§ 1er. — Procédure en adoption.

130. — Du contrat d'adoption reçu par le juge de paix, art. 353.
131. — Homologation par le tribunal civil, art. 354, 355, 356.
132. — Homologation par la Cour d'appel, art. 357, 358.
133. — Inscription de l'adoption sur le registre de l'état civil, art. 359.
134. — L'adoption inscrite remonte quant à ses effets au jour de sa

(1) Cass. 14 fév. 1855, S. 55, 1, 185.

date; elle peut donc se consommer malgré le décès de l'adoptant, art. 360.

135. — *Quid* en cas de décès de l'adopté ?

130. L'adoption ordinaire et l'adoption rémunératoire se traduisent tout d'abord sous la forme d'un contrat reçu par le juge de paix :

ART. 353. La personne qui se proposera d'adopter, et celle qui voudra être adoptée, se présenteront devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, pour y passer acte de leurs consentements respectifs (*).

Les parties peuvent se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique, selon la règle générale de l'art. 36 pour les actes de l'état civil.

Le juge de paix doit se borner à constater les consentements à l'adoption exprimés devant lui ; il n'a pas à apprécier la validité de l'adoption, et par conséquent n'a pas à rechercher si les conditions voulues par la loi sont remplies. C'est une autre juridiction qui est chargée de cette recherche.

L'effet direct de la convention reçue par le juge de paix, est de lier les parties au point de vue de l'adoption projetée. Donc l'une des parties ne pourrait pas s'en départir sans la volonté de l'autre ; il en est ainsi de tous les contrats. Mais si les parties sont d'accord elles peuvent renoncer à leur projet, tant que l'adoption n'est pas devenue parfaite par l'accomplissement des formalités ultérieures qui permettront son inscription sur les registres de l'état civil. Cela n'empêche pas que le contrat retenu par le juge de paix ne constitue véritablement la base de l'adoption. C'est à la date de cet acte que doivent être remplies les conditions diverses voulues par la loi, et quand l'adoption sera devenue parfaite elle rétroagira à la date du consentement.

131. Quelles sont donc les formalités qui devront être ultérieurement remplies pour corroborer l'acte d'adoption ?

(*) Art. 353. — L. 11, C. 8, 48, *De adopt.* CASSIODORE, lib. IV, lett. 11.

ART. 354. Une expédition de cet acte sera remise, dans les dix jours suivants, par la partie la plus diligente, au procureur de la République près le tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouvera le domicile de l'adoptant, pour être soumis à l'homologation de ce tribunal.

C'est parce que le contrat d'adoption est formé, sauf homologation, à partir du moment où le consentement a été donné devant le juge de paix, que, désormais, l'accomplissement des formalités voulues peut être poursuivi indifféremment par l'une comme par l'autre des parties.

C'est donc la partie la plus diligente qui agira. Le délai de dix jours est seulement réglementaire. Le ministère des avoués n'est pas interdit (1). Dans la pratique on ne s'adresse pas d'abord au procureur de la République. Le tribunal est saisi par requête d'avoué (2) ; la requête est répondue par le président qui rend une ordonnance de *soit communiqué* au ministère public (3), avec désignation d'un juge pour faire le rapport (4). Toutes personnes intéressées peuvent faire remettre au tribunal des notes ou mémoires pour ou contre l'adoption.

ART. 355. Le tribunal, réuni en la chambre du conseil, et après s'être procuré les renseignements convenables, vérifiera, 1° si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2° si la personne qui se propose d'adopter, jouit d'une bonne réputation (*).

ART. 356. Après avoir entendu le procureur de la République, et sans aucune autre forme de procédure, le tribunal prononcera, sans énoncer de motifs, en ces termes : Il y a lieu, ou il n'y a pas lieu à l'adoption.

Le jugement serait nul s'il était rendu en audience publique, sans distinction entre le cas où il admet et celui où il repousse l'adoption.

132. La garantie résultant des vérifications faites par le tribunal n'a pas paru suffisante, et le législateur, par excès de

(*) Art. 355. — L. 17, D. 1, 7, *De adopt.*

(1) Trib. Seine, 17 avril 1886, *la Loi*, 24 juin 1886.
(2) Cass. 1er mai 1861, S. 61, 1, 513.
(3) Voy. CHAUVEAU et GLANDAZ, *Formulaire*, t. II, p. 702.
(4) Cass. 21 mars 1859, S. 59, 1, 830.

précaution peu justifié a compliqué la procédure en rendant nécessaire, dans tous les cas, l'intervention de la Cour d'appel :

ART. 357. Dans le mois qui suivra le jugement du tribunal de première instance, ce jugement sera, sur les poursuites de la partie la plus diligente, soumis à la Cour d'appel qui instruira dans les mêmes formes que le tribunal de première instance, et prononcera, sans énoncer de motifs : Le jugement est confirmé, ou le jugement est réformé; en conséquence, il y a lieu, ou il n'y a pas lieu à l'adoption.

ART. 358. Tout arrêt de la Cour d'appel qui admettra une adoption sera prononcé à l'audience, et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que le tribunal (1) jugera convenable.

La Cour d'appel peut être saisie aussi bien dans le cas où le jugement du tribunal de 1re instance a été favorable à l'adoption que dans le cas contraire.

Lorsque la Cour rejette l'adoption, l'arrêt doit être rendu dans la Chambre du conseil (2); lorsqu'elle l'admet, l'arrêt doit être rendu en audience publique ordinaire. La Cour de cassation a cependant décidé qu'une adoption ne pourrait pas être annulée par cela seul qu'elle a été prononcée en audience solennelle (3).

Le tribunal et la Cour d'appel successivement saisis de la question de savoir *s'il y a lieu à adoption* ne sont pas appelés à trancher une difficulté contentieuse soulevée entre l'adoptant et l'adopté, mais seulement à statuer comme juridiction gracieuse. Or, les décisions rendues en matière gracieuse ne sont pas considérées comme pouvant acquérir l'autorité de la chose jugée, et mettre obstacle à un examen nouveau de la même question. Par conséquent si l'homologation demandée à la justice a été une première fois refusée, les parties pourront se présenter une seconde fois devant le juge de paix, et demander une homologation nouvelle pour ce nouveau contrat d'adoption (4).

(1) Il faut lire : *la Cour*.
(2) Cass. 28 fév. 1866, S. 66, 1, 220.
(3) Cass. 24 août 1852, S. 53, 1, 17.
(4) Lyon, 6 fév. 1833, S. 33, 2, 214.

133. La loi exige encore l'accomplissement d'une dernière formalité pour la perfection de l'adoption admise par arrêt de la Cour :

ART. 359. Dans les trois mois qui suivront ce jugement, l'adoption sera inscrite, à la réquisition de l'une ou de l'autre des parties, sur le registre de l'état civil du lieu où l'adoptant sera domicilié. — Cette inscription n'aura lieu que sur le vu d'une expédition, en forme, du jugement de la Cour d'appel ; et l'adoption restera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai.

L'inscription doit être faite sur le registre des naissances du domicile de l'adoptant, et non du domicile de l'adopté (1). L'inscription doit être opérée sur le vu d'une expédition de l'arrêt, mais elle ne serait pas nulle pour avoir été faite sur une simple copie, car le texte n'exige pas à peine de nullité la production d'une expédition en forme (2).

Le texte de l'art. 359 portant que *l'adoption* sera inscrite... alors qu'il vient précisément de parler de la décision qui l'homologue, semble faire allusion à la transcription du procès-verbal d'adoption dressé par le juge de paix, transcription à laquelle il conviendrait d'ajouter une mention de l'arrêt et de la réquisition de la partie qui a saisi l'officier de l'état civil. Cependant il a été jugé qu'il n'est pas nécessaire de transcrire l'acte passé devant le juge de paix, mais seulement l'arrêt qui a admis l'adoption (3).

La transcription sur les registres de l'état civil donne à l'adoption un caractère désormais définitif. Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, elle ne produisait aucun des effets que la loi y a attachés ; elle pouvait même être révoquée du consentement mutuel des parties. Mais à partir de la transcription sur les registres, elle devient irrévocable. Les parties ne pourraient s'entendre pour détruire l'état civil nouveau qu'elles ont été autorisées à créer.

(1) Montpellier, 19 avril 1842, S. 42, 2, 345.

(2) Cass. 1er avril 1863, S. 63, 1. 472.

(3) Cass. 23 nov. 1847, S. 48, 1, 58 ; Poitiers, 18 nov. 1859, S. 61, 2, 138.

134. Mais si l'adoption ne devient parfaite que par son inscription sur les registres de l'état civil, il faut reconnaître, suivant l'opinion généralement reçue, que, moyennant cette inscription dans le délai de la loi, ses effets remonteront au jour du contrat passé devant le juge de paix (1).

C'est précisément, il faut le remarquer, parce que la transcription assure à l'adoption ses effets à partir de la date du contrat passé devant le juge de paix, que la loi a pu décider que l'adoption peut se consommer malgré le décès de l'adoptant; en effet :

ART. 360. Si l'adoptant venait à mourir après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix et porté devant les tribunaux, et avant que ceux-ci eussent définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu. — Les hértiers de l'adoptant pourront, s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au procureur de la République tous mémoires et observations à ce sujet.

Mais alors une nouvelle difficulté se présente : quelle est l'hypothèse en vue de laquelle a statué l'art. 360 ? Le texte semble supposer que l'acte d'adoption a déjà été soumis à la justice au moment où le décès se produit. C'est le sentiment de M. Laurent : « C'est seulement, dit-il, si l'adopté meurt dans le cours de l'instance, avant que le juge ait définitivement prononcé, que l'instance se poursuit. Pourquoi l'adopté peut-il poursuivre l'instance ? c'est l'application du principe qui veut que les lenteurs de la procédure ne nuisent pas au demandeur. Mais si l'instance n'est pas engagée, l'adoption ne peut plus avoir lieu (2). »

Cette interprétation étroite est généralement repoussée. Il ne faut pas, en effet, accorder aux termes *porté devant les tribunaux* (pourquoi ce pluriel ?) dont se sert l'art. 360, une importance qu'ils ne sauraient avoir. Ces expressions ne figu-

(1) AUBRY et RAU, t. VI, § 559; DEMOLOMBE, t. VI, nos 120, 121; *Contrà*, LAURENT, t. IV, no 214.

(2) *Loc. cit.*, no 213.

raient pas dans la première rédaction de cet article, et leur introduction dans le texte n'est expliquée ni justifiée par les travaux préparatoires. D'un autre côté, la remise de l'acte d'adoption, remplacée dans la pratique par la présentation d'une requête au président du tribunal, peut être faite par l'adopté sans le concours de l'adoptant. Il faut donc ne voir dans le texte de l'art. 360 qu'une énonciation *de eo quod plerumque fit* (1).

Ce texte donne aux héritiers qui pensent que l'adoption est inadmissible, le droit de faire tenir un mémoire au ministère public. Le dépôt de ce mémoire ne donne pas à la décision qui accordera l'homologation demandée malgré les raisons alléguées par les héritiers, le caractère de décision contentieuse. Les héritiers resteront donc recevables à poursuivre ultérieurement, s'il y a lieu, par voie d'action directe, la nullité de l'adoption (2).

135. La loi n'a pas textuellement prévu le cas de mort de l'adopté. Il est certain que ce décès ne saurait faire obstacle à la conclusion de l'adoption. Dans ce cas, il arrivera bien rarement que quelqu'un ait intérêt à poursuivre l'accomplissement des formalités légales, puisque l'adoptant n'a aucun droit sur la succession de l'adopté, et que les descendants de l'adopté ne succèdent pas à l'adoptant. Pour trouver un intérêt, il faut supposer que l'adopté décédé avant l'homologation de l'adoption, ou avant son inscription sur les registres de l'état civil, aurait survécu à l'adoptant. Ses héritiers seraient alors intéressés à poursuivre l'adoption afin de recueillir dans la succession de l'adopté celle de l'adoptant.

§ 2. — Sanction des règles précédentes.

136. — L'adoption peut être *valable*, *annulable* ou *inexistante*.

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 118.

(2) Jug. trib. Villefranche d'Aveyron, 2 déc. 1880, D. 81, 3, 29, confirmé par arrêt de la Cour de Montpellier du 16 mai 1881, cité par M. Massigli, *Revue critique*, 1882, p. 285.

137. — Cas dans lesquels une adoption apparente est en réalité inexistante.
138. — Cas d'annulabilité; 1° Annulabilité pour cause de nullité absolue; énumération.
139. — A qui appartient alors l'action en nullité ? De la prescription.
140. — 2° Annulabilité à raison d'une nullité relative, — énumération.
141. — Précision quant aux vices du consentement; élimination du dol;
142. — Élimination de l'erreur; reste la violence.
143. — A qui appartient l'action en nullité relative ? Prescription.
144. — Dans tous les cas la nullité relative ou absolue doit être proposée par voie d'action directe ou par exception; — effet de l'annulation prononcée.

136. Une adoption homologuée par la Cour d'appel et transcrite sur les registres de l'état-civil, n'est pas pour cela inattaquable. Sans doute, le double examen auquel s'est livré la justice, est une garantie que les conditions et formalités prescrites par la loi ont été observées; il est cependant possible que, par suite d'une erreur de fait ou de droit, une adoption ait été homologuée alors qu'elle n'aurait pas dû l'être.

Une adoption peut donc être *valable* ou *régulière;* elle peut être *annulable*, elle peut encore être *inexistante*, malgré les apparences.

137. Ainsi elle sera inexistante, et par conséquent réputée non avenue :

1° Si le contrat d'adoption n'a pas été reçu par un juge de paix;

2° Si ce contrat n'a pas été homologué par un tribunal et par une Cour d'appel;

3° S'il n'y a pas eu transcription de l'adoption sur les registres de l'état civil, dans les trois mois après l'arrêt d'homologation;

4° Si la procédure d'adoption a eu pour base un prétendu contrat lors duquel il y a eu absence totale de consentement de la part de l'une ou de l'autre des parties au moment de

l'acte reçu par le juge de paix. C'est ce qui aura lieu dans les cas d'erreur portant sur la nature du contrat, ou sur l'identité même de la personne. Ainsi un individu a donné des soins non interrompus pendant six ans à deux enfants durant leur minorité, il veut adopter l'un d'eux seulement, mais devant le juge de paix il y a eu substitution de personne, et on lui fait adopter l'autre; il y a absence de consentement.

Il y aura encore absence de consentement quand l'une des parties était en état de démence au moment de sa comparution devant le juge de paix.

Dans ces diverses hypothèses, l'adoption n'ayant pas d'existence légale ne pourrait produire aucun effet. Toute personne intéressée pourra, à toute époque, opposer, le cas échéant, l'inexistence de cette prétendue adoption sauf, en cas de démence, à tenir compte de l'art. 504, C. C. (1). Mais, d'une manière générale, il faudra appliquer les mêmes principes que dans le cas d'inexistence du mariage (Voy. t. II, nos 21, 22 et 158); il ne sera donc pas question d'une action en nullité proprement dite; la justice n'aura pas à annuler une adoption seulement apparente; elle aura seulement à constater qu'une telle adoption n'existe pas (2).

138. L'adoption réunissant toutes les conditions essentielles à son existence, peut manquer seulement d'une des conditions nécessaires à sa validité. Elle sera, dans ce cas, simplement annulable à raison de la présence d'une cause de nullité.

On peut distinguer deux sortes de nullité :

Les unes dérivent de l'inobservation des règles prescrites pour la validité de l'adoption considérée comme acte solennel intéressant l'état civil d'une personne;

Les autres dérivent de l'inobservation des règles con-

(1) Cass. 1er mai 1861, S. 61, 1, 513.

(2) Voy. DEMOLOMBE, t. VI, nos 183, 184; LAURENT, t. IV, nos 224 et suiv.

cernant l'adoption considérée uniquement comme contrat.

Les premières reposent principalement sur des considérations d'intérêt public. Elles sont absolues, c'est-à-dire qu'elles peuvent être invoquées par toute personne intéressée.

Il y aura nullité absolue :

1° Si les conditions requises dans la personne de l'adoptant, ou dans celle de l'adopté, n'ont pas été toutes remplies.

Par exemple :

Si l'adoptant ou l'adopté n'ont pas l'âge voulu ;

Ou bien encore, dans l'opinion qui réserve aux seuls Français l'usage de l'adoption, si l'adoptant ou l'adopté était étranger.

Cependant, le point de savoir si l'adoptant jouit d'une bonne réputation est apprécié souverainement par les juges chargés de l'homologation. Quand l'adoption a été définitivement homologuée, on ne comprendrait pas comment un débat pourrait être soulevé sur la réputation dont jouissait l'adoptant au moment de l'adoption (1).

Dans les cas d'adoption rémunératoire, il y aura nullité absolue si les faits qui auraient pu permettre une telle adoption n'ont pas réellement existé. La jurisprudence a fort mal à propos fait intervenir en pareille matière la théorie de la fausse cause (2). Il suffisait de constater la violation de l'art. 345. Les juges ont à cet égard un large pouvoir d'appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation (3).

2° Il y aura encore nullité absolue si les règles de compétence ou de forme n'ont pas été observées (4).

(1) *Contrà*, Trib. Villefranche, 2 déc. 1880, D. 81, 3, 29, confirmé par arrêt de Montpellier du 16 mai 1881 ; Voy. observ. de MASSIGLI, *Revue critique*, 1882, p. 285.

(2) Voy. Caen, 15 mai 1867, S. 68, 2, 17 ; — Cass. 14 juin 1869, S. 69, 1, 371 ; — Comp. Grenoble, 30 juin 1870, S. 70, 2, 216.

(3) Cass. 14 juin 1869 précité.

(4) Paris, 26 avril 1830, S. 30, 2, 217.

139. Dans tous les cas de nullité absolue, l'action pourra être intentée par l'adoptant aussi bien que par l'adopté, sans qu'on puisse leur opposer l'exception tirée de la chose jugée, puisque l'arrêt d'homologation est un acte de la juridiction gracieuse (1).

Toutes les personnes qui ont un intérêt né et actuel pourront également attaquer l'adoption. C'est ce qui se présentera surtout à la mort de l'adoptant, dont les héritiers quelconques voudront écarter l'adopté, afin de ne pas être exclus par lui de la succession (2). L'intérêt que pourraient avoir des collatéraux à empêcher l'adopté de porter le nom de l'adoptant ne pourrait jamais être considéré comme suffisant (3).

L'action dont nous parlons est-elle prescriptible? La question est difficile (4). La raison de douter vient de ce qu'une action de ce genre soulève une question d'état, et que l'état des personnes ne peut s'acquérir ni se perdre par la prescription (V. ci-dessus, n° 57). Cela est certain pour l'état des personnes qui a sa base dans la parenté naturelle. Les actions relatives à cet état sont positivement soustraites par l'art. 328 à la règle générale formulée par l'art. 2262 qui soumet toutes les actions à la prescription trentenaire. Mais cela n'est pas certain pour les actions relatives à l'état civil artificiel créé par l'adoption. Rien dans la loi ne déroge, pour l'adoption, à la règle générale admise en matière de prescription; nous remarquons en outre que l'adoption ne peut produire que les effets certainement prévus par la loi. Par tous ces motifs, nous croyons que les nullités absolues doivent être couvertes par la prescription trentenaire (5).

(1) Cass. 13 mai 1868, S. 68, 1, 338.
(2) Caen, 15 mai 1867, S. 68, 2, 17.
(3) Grenoble, 22 mars 1843, S. 43, 2, 505.
(4) Voy. LAURENT, t. IV, n° 235.
(5) ZACHARIÆ, AUBRY et RAU, t. IV, p. 646.

140. Les nullités relatives, dont il faut parler maintenant, tiennent toutes à l'inobservation des règles concernant l'adoption considérée uniquement dans ses éléments contractuels. Il ne peut donc être question à cet égard que du consentement des parties, ou des circonstances dans lesquelles doit se produire ce consentement.

Il y aura donc nullité relative :

1° Si une femme mariée a été adoptée sans l'autorisation de son mari ou de justice (*suprà*, n° 139);

2° Si l'adopté, majeur de vingt-cinq ans n'a pas rapporté la preuve qu'il avait requis le conseil de ses père et mère par un acte respectueux (art. 346) (1);

3° Si l'adopté, mineur de vingt-cinq ans, n'a pas rapporté le consentement de ses père et mère (2).

Dans les deux cas ci-dessus, le conseil ou le consentement des parents forme en quelque sorte le complément du consentement de l'enfant intéressé (3);

4° Si l'adoptant n'a pas eu le consentement de son conjoint (4);

5° Si le consentement a été vicié.

141. Les interprètes sont unanimes pour déclarer applicables sans difficulté à l'adoption les principes ordinaires concernant le dol, la violence et l'erreur (5). Mais nous avons déjà remarqué (t. II, n° 4), que dans les contrats ayant pour objet l'état des personnes, les règles sur le dol ne peuvent pas être appliquées de la même manière que pour les contrats ordinaires. Cela est de toute évidence pour le mariage; que faut-il décider en matière d'adoption?

(1) *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VI, n° 196.
(2) *Contrà*, DEMANTE, t. II, n° 80 *bis*, V.
(3) Comp. AUBRY et RAU, t. VI, § 558, note 6.
(4) Voy. Cass. 1er mai 1861, S. 61, 1, 513.
(5) Voy. notamment DEMOLOMBE, t. VI, n° 201; LAURENT, t. IV, n° 233.

Il faut d'abord observer qu'en matière d'adoption, la nécessité imposée à l'adoptant de fournir à l'adopté des soins non interrompus, pendant six années au moins durant sa minorité, ne peut, en fait, laisser aucune place au dol. En second lieu, sur quoi pourrait porter le dol de l'une des parties? Dans quel cas les manœuvres pratiquées par l'une des parties seront-elles assez caractérisées pour qu'il soit *évident*, comme le veut l'art. 1116, que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté? Le dol ne peut guère se concevoir que s'il a eu pour but, et pour effet, de tromper l'adopté sur la fortune de l'adoptant, mais il ne sera jamais *évident* que ce dol a déterminé l'adopté à donner son consentement à l'adoption, puisque les six années de rapports antérieurs sont supposées avoir créé entre les parties des sentiments réciproques suffisants, à eux seuls, pour expliquer l'adoption.

On peut donc affirmer que la proposition d'après laquelle l'adoption serait annulable pour cause de dol, ne correspond à rien.

142. Il faut en dire autant de la nullité pour cause d'erreur.

En mettant en effet de côté le cas où l'erreur a porté sur la nature du contrat ou l'identité de la personne (ci-dessus, nº 159) il ne reste plus que l'erreur ayant porté sur une qualité de la personne. Or, pas plus en matière d'adoption qu'en matière de mariage, l'erreur sur les qualités ne peut être une cause de nullité.

Mais que décider si l'erreur au lieu de porter sur une qualité susceptible de plus ou de moins a porté sur un des attributs de la personne (Voy. t. II, nºs 75 et suiv.), par exemple sur la nationalité de l'adopté ou sur son état prétendu de fils naturel de l'adoptant?

La Cour de Paris, sous l'influence de la théorie de la cause, qui n'a rien à faire dans la question, a décidé que l'adoption d'un enfant naturel par le père qui l'a reconnu, ne saurait

être arguée de nullité, *pour défaut de cause*, quand même l'adoptant aurait été victime d'une erreur en se croyant à tort le père de cet enfant, *si l'adoptant n'a pas donné pour cause dans l'acte d'adoption, la paternité naturelle; l'adoption trouve sa cause dans l'affection de l'adoptant et sa volonté de gratifier* (1).

Il semble résulter des termes ci-dessus que la décision aurait été différente s'il avait plu à l'adoptant de *donner pour cause* à l'adoption sa paternité naturelle! De telle sorte qu'il dépendrait de l'adoptant de donner à l'adoption telle ou telle cause différente, suivant qu'il ferait consigner dans l'adoption telle ou telle précision particulière! Il est difficile de pousser plus loin la confusion entre le *motif d'une convention* et la *cause de l'obligation* qui naît à son occasion. Il est vrai que, dans une certaine opinion, dont nous aurons plus tard à apprécier la valeur, le motif de la convention et la cause de l'obligation ne font qu'un dans les contrats de bienfaisance, mais il est impossible d'étendre de tels aperçus, d'ailleurs fort contestables en eux-mêmes, à un contrat concernant l'état des personnes. Quand un individu en adopte un autre, après lui avoir donné des soins qui ont duré six années pendant sa minorité, la loi n'admet pas que cette adoption puisse s'expliquer par des motifs autres que l'affection réciproque qui a dû naître de cette continuité de soins. Dans cet ordre d'idées, la Cour de cassation a pu dire en statuant sur l'espèce jugée par la Cour de Paris, que l'erreur de l'adoptant qui se croyait le père naturel de l'adopté ne peut produire aucun effet, *la qualité d'enfant naturel n'étant pas la condition de l'adoption* (2).

Nous pouvons donc conclure des aperçus qui précèdent, qu'une adoption régulièrement homologuée et transcrite ne

(1) Paris, 8 mai 1879 sous Cass. 16 fév. 1881, S. 83, 1, 369.
(2) Cass. 13 juin 1882, S. 84, 1, 211.

peut être annulée ni pour cause de dol, ni pour cause d'erreur.

Mais elle peut être annulée pour cause de violence, ce qui n'a pas besoin de démonstration.

143. Dans les cas de nullité relative l'adoption ne peut être attaquée que par la personne dont le consentement a été vicié et par ses héritiers ou successeurs universels; ou bien par les père et mère qui n'ont pas donné leur consentement quand il était nécessaire, et alors par l'adopté lui-même; ou bien s'il s'agit d'une femme adoptée sans l'autorisation de son mari, par la femme, le mari ou leurs héritiers.

L'action ayant pour base une nullité relative est soumise à la prescription de dix ans établie par l'art. 1204. M. Laurent conteste cette solution par ce motif que l'adoption *n'étant pas un contrat*, ne peut tomber sous l'application de l'art. 1304 (1). Mais comme M. Laurent affirme au contraire dans d'autres passages que *l'adoption est un contrat* (2), il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'objection.

144. Dans tous les cas où l'adoption peut être attaquée pour cause de nullité absolue, ou pour cause de nullité relative, l'intéressé devra agir soit par voie d'action principale devant le tribunal auquel avait été soumise la demande en homologation (3), soit par voie incidente devant le tribunal saisi de la demande principale (4). Il ne saurait être question d'employer les voies de recours admises contre les décisions judiciaires, car l'arrêt d'homologation n'a statué sur aucune contestation, il a été rendu sur requête et constitue un acte de la juridiction gracieuse.

Mais le jugement relatif à la demande en nullité de l'a-

(1) *Loc. cit.*, n° 235.

(2) *Loc. cit.*, n°s 212, 224, etc.

(3) Cass. 13 mai 1868, D. 68, 1, 251; Trib. Villefranche, 2 déc. 1880, D. 81, 3, 29.

(4) Cass. 23 mars 1874, S. 74, 4, 265.

doption sera susceptible d'appel et de recours en cassation.

En cas d'appel, la Cour ayant à statuer sur une question d'état, devra juger en audience solennelle, conformément au décret du 30 mars 1808 (1), à moins que la demande n'ait été formée incidemment (2).

L'annulation de l'adoption a pour résultat de faire disparaître rétroactivement le lien civil qu'elle avait établi. Ainsi, par exemple : lorsqu'après paiement par un enfant adopté du droit de mutation de 1 p. 0/0 par lui dû en cette qualité à raison d'un legs universel fait par l'adoptant à son profit, l'adoption vient à être annulée, la mutation doit être considérée comme s'étant accomplie entre personnes non parentes et ayant dès lors donné ouverture au droit de 9 p. 0/0 (3).

(1) Cass. 19 mars 1856, S. 56, 1, 686.
(2) Cass. 13 mars 1868, S. 68, 1, 338.
(3) Cass. 1er août 1878, D. 78, 1, 457.

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

145. — Notion de la tutelle officieuse.
146. — Comment est créée la tutelle officieuse ; ses effets principaux, art. 361 à 365.
147. — Comment elle prend fin; elle rend possible une adoption testamentaire, art. 366.
148. — Conditions de validité de cette adoption.
149. — Cas où le tuteur est décédé sans avoir adopté le pupille, art. 367.
150. — Cas où le pupille devient majeur du vivant de son tuteur, art. 368, 369.
151. — Obligations et responsabilité du tuteur officieux, art. 370.

145. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu que l'adoption fût applicable aux mineurs. Cela pouvait être fâcheux. En conséquence, ils ont jugé nécessaire de remédier à un inconvénient qu'ils avaient eux-mêmes créé, au moyen d'une institution nouvelle, la *tutelle officieuse*, destinée à rendre possible une adoption *testamentaire*.

La tutelle officieuse résulte d'un contrat par lequel une personne se soumet envers un mineur aux obligations ordinaires de la tutelle, et s'engage en outre à le nourrir, à l'élever gratuitement et à le mettre en état de gagner sa vie, dans le but de l'adopter plus tard.

146. La tutelle officieuse étant à peu près inconnue dans la pratique, il nous suffira de procéder à un examen rapide des textes qui ont organisé cette conception utopique.

ART. 361. Tout individu âgé de plus de cinquante ans, et sans enfants ni descendants légitimes, qui voudra, durant la minorité d'un individu, se l'attacher par un titre légal, pourra devenir son tuteur officieux, en obtenant le consentement des père et mère de l'enfant, ou du survivant d'entre eux, ou, à leur défaut, d'un conseil de famille, ou enfin, si l'enfant n'a point de parents connus, en obtenant le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence.

Les père et mère qui ont encouru la déchéance de la puissance paternelle, ont naturellement perdu le droit de consentir à la tutelle officieuse de leurs enfants (L. 24 juillet 1889, art. 1). Les femmes, incapables de gérer une tutelle ordinaire, doivent cependant être admises à la tutelle officieuse puisqu'elles peuvent adopter.

ART. 362. Un époux ne peut devenir tuteur officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint.

ART. 363. Le juge de paix du domicile de l'enfant dressera procès-verbal des demandes et consentements relatifs à la tutelle officieuse.

ART. 364. Cette tutelle ne pourra avoir lieu qu'au profit d'enfants âgés de moins de quinze ans. — Elle emportera avec soi, sans préjudice de toutes stipulations particulières, l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie.

ART. 365. Si le pupille a quelque bien, et s'il était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens, comme celle de sa personne, passera au tuteur officieux, qui ne pourra néanmoins imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus du pupille.

Le texte paraît ne donner l'administration des biens et de la personne du pupille au tuteur officieux, que si le pupille était antérieurement en tutelle. Mais on s'accorde en général à reconnaître que telle n'a pu être la pensée de la loi. Le tuteur officieux aura donc l'administration des biens du pupille, quand même les père et mère de ce dernier seraient encore vivants, à l'exception bien entendu des biens dont les père et mère ont la jouissance légale. Les père et mère conserveront aussi la puissance paternelle dans ce qu'elle a de compatible avec les droits du tuteur officieux (1).

147. La tutelle officieuse peut prendre fin :

Soit par la mort du tuteur;

Soit par la majorité du pupille, ou le décès de ce dernier.

Ces diverses hypothèses doivent être examinées séparément.

Le tuteur officieux doit envisager l'éventualité de son décès avant la majorité du pupille :

ART. 366. Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du

(1) DEMOLOMBE, t. VI, nos 334, 335.

pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes.

Cette possibilité d'une adoption testamentaire, malgré la minorité du pupille, est le seul avantage que présente l'institution de la tutelle officieuse.

148. Il faut donc pour que cette adoption soit valable : adoption testamentaire

1° Qu'à la date de la confection du testament il se soit écoulé cinq ans au moins depuis l'établissement de la tutelle officieuse. Par conséquent si le tuteur officieux avait fait son testament avant l'expiration des cinq ans depuis l'ouverture de la tutelle et s'il était décédé après l'expiration de ces cinq années, l'adoption faite dans ce testament serait nulle (1);

2° Que le tuteur décède avant la majorité du pupille; s'il survit à la majorité de ce dernier, il doit, s'il veut maintenir l'adoption, la réitérer dans la forme ordinaire (2).

Cependant il a été jugé que l'adoption testamentaire demeure valable, lorsque des événements de force majeure ont seuls empêché le tuteur officieux d'accomplir avant son décès, survenu peu après la majorité du pupille, les formalités de l'obligation contractuelle (3);

3° Que le tuteur officieux ne laisse pas à son décès d'enfants légitimes ou légitimés.

Cette adoption peut être faite dans toute espèce de testament, même dans un testament olographe. Mais elle ne peut devenir efficace sans le consentement de l'adopté, qui devra l'accepter ou la répudier par l'organe de ses représentants légaux.

Le mineur ne pouvant être lié irrévocablement par la décision de ses représentants, il faut lui reconnaître le

(1) Cass. 26 nov. 1856, S. 57, 1, 129; *Contrà*, LAURENT, t. IV, n° 243.

(2) Arrêt précité.

(3) Paris, 8 août 1874, S. 75, 2, 6.

droit, quand il sera arrivé à sa majorité, de répudier l'adoption qui aurait été acceptée, à la charge de restituer l'entière succession de l'adoptant, ou d'accepter celle qui aurait été répudiée. L'adoption testamentaire n'a pas besoin d'être homologuée par la justice, ni inscrite sur les registres de l'état civil (1).

149. Le tuteur officieux n'est pas obligé de faire l'adoption testamentaire ; s'il l'a négligée, le pupille aura simplement droit à un secours :

ART. 367. Dans le cas où le tuteur officieux mourrait soit avant les cinq ans, soit après ce temps, sans avoir adopté son pupille, il sera fourni à celui-ci, durant sa minorité, des moyens de subsister, dont la quotité et l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par une convention formelle, seront réglées soit amiablement entre les représentants respectifs du tuteur et du pupille, soit judiciairement en cas de contestation.

150. Si le pupille arrive à la majorité du vivant du tuteur, la tutelle officieuse doit alors prendre fin, et les parties pourront, si elles sont d'accord, procéder à l'adoption, ou régler, dans le cas contraire, l'indemnité due au pupille ; c'est l'objet des deux dispositions suivantes :

ART. 368. Si, à la majorité du pupille, son tuteur officieux veut l'adopter, et que le premier y consente, il sera procédé à l'adoption selon les formes prescrites au chapitre précédent, et les effets en seront, en tous points, les mêmes.

ART. 369. Si, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption, sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux pourra être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci pourrait se trouver de pourvoir à sa subsistance. — Cette indemnité se résoudra en secours propres à lui procurer un métier ; le tout sans préjudice des stipulations qui auraient pu avoir lieu dans la prévoyance de ce cas.

Il résulte du texte comme des travaux préparatoires que le pupille est déchu de tout droit à indemnité s'il laisse écouler trois mois sans faire de réquisition à son tuteur (2).

151. La tutelle officieuse dont nous venons de décrire le

(1) Paris, 8 mai 1874, S. 75, 2, 5.
(2) LAURENT, t. IV, n° 241.

mécanisme, est, on le comprend, fort peu usitée dans la pratique. Elle a pour conséquence, en effet, de lier par avance une personne qui ne sait pas encore si l'enfant qu'elle voudrait adopter se montrera digne d'un tel bienfait. Le tuteur officieux doit commencer par assumer tous les ennuis et toutes les charges d'un tuteur ordinaire :

ART. 370. Le tuteur officieux qui aurait eu l'administration de quelques biens pupillaires en devra rendre compte dans tous les cas.

Il devra rendre ce compte comme tuteur, ses biens seront donc grevés de l'hypothèque légale et la tutelle dont il est investi comporte, comme la tutelle ordinaire, le fonctionnement d'un subrogé tuteur et du conseil de famille. C'est donc avec raison que la plupart des législations européennes n'admettent pas d'institution analogue à la tutelle officieuse, tout en permettant l'adoption des mineurs, et que les codifications les plus récentes, même celles qui ont adopté notre Code civil pour base, le nouveau Code italien, par exemple, l'ont purement et simplement repoussée, ainsi que l'obligation d'avoir donné des soins, durant un temps quelconque, à celui qu'on se propose d'adopter.

APPENDICE AU TITRE VIII.

LÉGISLATION COLONIALE. — ADOPTION DES FRANÇAIS A L'ÉTRANGER ET DES ÉTRANGERS EN FRANCE.

§ 1er. — De l'adoption dans les colonies.

152. — Algérie.
153. — Annam.
154. — Inde française.

152. Les Français habitant les colonies françaises sont soumis au régime du Code civil qui est en vigueur dans ces colonies : il n'y a d'observation à faire que pour les indigènes qui ont conservé leur statut personnel.

Algérie. — La question de savoir si l'adoption, telle que nous l'entendons, existe en droit musulman, est controversée. A peine si le Koran fait mention d'*enfants adoptifs* (1). Dans tous les cas, il ne saurait être question pour les indigènes que de l'adoption filiale, acte par lequel un individu en reconnaît un autre pour son enfant, ou de l'adoption ordinaire pratiquée en faveur de celui qui n'a ni père ni mère.

153. *Annam.* — Le *Précis de législation annamite*, rédigé en exécution de l'art. 3 du décret du 3 octobre 1883, contient sur l'adoption des dispositions intéressantes, ayant pour base la législation originaire du pays combinée avec certaines dispositions du Code civil (Tit. VIII). Voici le résumé de ces principales dispositions.

Il est permis, selon les cas d'adopter :

1° en vue de se créer une postérité ;

(1) *Le Koran*, trad. par Kasimirski, chap. 23, vers. 4, 5 et 37, note 1.

2° pour recueillir et élever de jeunes enfants.

L'adoption pour continuer la postérité n'est permise que si l'adoptant est marié depuis dix ans et n'a point de fils.

Lorsque l'époux meurt sans avoir institué lui-même sa postérité, sa veuve peut, avec l'assistance des trois principaux parents du défunt, choisir une personne pour lui servir de postérité.

Le père du défunt, s'il a d'autres fils, peut exercer le même droit, à défaut de la veuve.

Il faut remarquer que ce genre d'adoption ne concerne pas les femmes qui n'ont intérêt, d'après les croyances religieuses, ni à adopter ni à être adoptées. La veuve agit donc au nom et dans l'intérêt du mari.

L'adopté entre dans la famille de l'adoptant dont il prend le nom; il perd tous droits dans la sienne.

L'adoptant, l'adopté s'il est majeur, les membres de sa famille dont le consentement est requis, en présence de deux notables, feront une déclaration devant l'officier de l'état civil du domicile de l'adoptant. Cet officier la transmettra au procureur de la République près le tribunal de première instance, qui soumettra l'acte à l'homologation du tribunal.

Mention de l'adoption sera faite dans les trois mois sur le registre des naissances du domicile de l'adoptant, et en marge de l'acte de naissance de l'adopté.

La procédure peut être continuée dans le cas où l'adoptant meurt après la déclaration devant le maire et avant l'homologation du tribunal.

Le *Précis de législation annamite* règlemente ensuite ce qu'il appelle l'*adoption officieuse*.

Tout individu majeur de vingt-cinq ans peut adopter un individu mineur de l'un ou de l'autre sexe, avec le consentement des parents sous l'autorité desquels il est placé, des administrateurs d'hospice, ou de la municipalité.

L'adopté conserve son nom et ses droits dans sa famille

naturelle. Toutefois, s'il s'agit d'un enfant abandonné et de moins de trois ans, il passera dans la famille de l'adoptant et en prendra le nom.

Pour réaliser cette adoption, l'adoptant et les parents de l'adopté, ou ceux qui doivent consentir, font une déclaration en présence de deux notables, devant l'officier de l'état civil qui l'inscrit sur le registre des naissances de l'année courante.

L'adoption est subordonnée à la ratification faite par l'adopté, dans l'année qui suit sa majorité. Elle devient définitive s'il n'a pas, dans le courant de cette année, fait une déclaration, en présence de deux notables, à l'officier de l'état civil de son domicile, pour en faire cesser les effets. Cette déclaration est inscrite en marge de la déclaration d'adoption. Pour les enfants abandonnés de moins de trois ans, l'adoption est immédiatement définitive.

154. *Inde Française.* — L'adoption est admise dans les possessions françaises de l'Inde pour les natifs, sur des bases analogues à celles qui viennent d'être indiquées pour l'Annam. Ainsi la veuve ne peut exercer le droit d'adoption pour son compte, mais seulement au nom de son mari, en vertu d'une autorisation donnée par ce dernier avant sa mort, soit par écrit soit par devant témoins, ou tout en moins avec l'autorisation de ses proches parents.

L'exercice de la faculté d'adopter est réglé par des arrêtés locaux en date des 6 janvier 1819, 26 mai 1827 et 29 décembre 1855.

C'est le juge de paix qui est chargé d'homologuer l'acte d'adoption d'un Hindou ; mais il n'est pas juge des difficultés qui peuvent s'élever sur la validité d'une adoption ; ces difficultés doivent être portées devant les tribunaux civils (1).

L'adoption faite par une veuve hindoue pour se conformer

(1) Cass. 20 juillet 1887, S. 88, 1, 67.

à la volonté de son mari, doit avoir lieu, réglementairement, dans un délai de quatre mois après le décès du mari. Mais elle n'est pas nulle de plein droit pour avoir été faite après l'expiration de ce délai. Les juges ont à cet égard un pouvoir d'appréciation. Par conséquent, doit être annulé l'arrêt qui prononce la nullité de l'adoption par cela seul qu'elle n'a pas eu lieu dans le délai de quatre mois qui a suivi le décès du mari, sans s'expliquer sur les circonstances qui, jointes à l'inobservation du délai, motivent la nullité (1).

§ 2. — Adoption des Français à l'étranger et des étrangers en France.

155. — Les Français peuvent-ils adopter devant les agents diplomatiques à l'étranger ?
156. — Application de la règle *locus regit actum* à l'adoption concernant les Français à l'étranger.
157. — Adoption des étrangers en France d'après la jurisprudence.
158. — Effets en France d'une adoption régulièrement faite à l'étranger entre étrangers.

155. Les Français qui se trouvent en pays étranger pourraient-ils s'adresser aux agents diplomatiques ou consulaires pour recevoir leur consentement respectif en vue d'une adoption? L'affirmative soutenue par quelques auteurs (2), ne paraît pas d'accord avec les textes qui paraissent n'attribuer compétence aux agents diplomatiques que pour la constatation des mariages entre Français, des naissances et décès et des testaments (Voy. t. Ier, n° 172). L'adoption intéresse il est vrai l'état civil des personnes ; mais quoique les agents diplomatiques puissent remplacer l'officier de l'état civil, ils ne peuvent le faire que dans les limites de la compétence de l'officier de l'état civil lui-même, or cet officier

(1) *Ibid.*
(2) WEISS, *Dr. int. pr.*, p. 742; DESPAGNET, *Dr. int.*, n° 382.

n'a pas qualité pour constater les consentements des parties en matière d'adoption (1).

156. Les Français en pays étranger ne pourraient donc pratiquer l'adoption qu'en se conformant à la loi locale en ce qui touche les règles de forme. Il semble nécessaire, cependant, de faire une distinction entre la convention ou contrat d'adoption, et les homologations judiciaires nécessaires pour imprimer à ce contrat son caractère définitif. Par conséquent, et en supposant d'ailleurs que les conditions de capacité se trouvent réunies chez les deux parties, le contrat d'adoption sera valablement conclu selon les règles de la loi locale. Donc, par application des principes plus haut exposés (t. Ier, nº 168), si la *lex loci* se contente d'un acte sous-seing privé, l'adoption passée en cette forme devra être regardée comme valable en France, quoique la loi française exige la forme authentique (2). Il y a cependant quelques dissidences à cet égard. Mais ce contrat, ainsi valablement passé suivant la forme admise par la loi étrangère, devra être homologué par la juridiction française suivant les formes voulues par notre loi nationale (3).

On a soutenu cependant que l'application de la règle *locus regit actum* devait avoir pour résultat de rendre valable en France l'homologation qui aurait été obtenue des tribunaux étrangers. Cela nous paraît excessif; le résultat d'une telle solution serait, en effet, de rendre de plein droit définitive en France une adoption conclue et homologuée en pays étranger, indépendamment de toute sentence d'*exequatur*, car les jugements étrangers relatifs à l'état des personnes ne sont pas soumis à l'*exequatur* (t. I, nº 158). Mais il ne faut pas perdre de vue que l'intervention des tribunaux français

(1) LAURENT, t. IV, nº 215.
(2) A. WEISS, *loc. cit.*
(3) Voy. cep. trib. Seine, 4 août 1883, *J. Dr. int. pr.*, 1884, p. 179.

pour l'homologation, n'est pas une simple formalité. Les tribunaux français ne se bornent pas, comme le juge de paix, à enregistrer un consentement, ils doivent vérifier si toutes les conditions voulues par la loi française se trouvent remplies. Un tel contrôle ne peut émaner d'un tribunal étranger. Donc l'adoption passée en pays étranger doit toujours être homologuée par la justice française, quand même la législation locale, comme par exemple la loi belge, contiendrait sur la matière des dispositions identiques à celles de la loi française (1).

157. Pour l'application des règles ci-dessus, il faut toujours supposer qu'il s'agit d'une adoption intervenant en pays étranger entre deux Français. En effet, d'après la jurisprudence plus haut rapportée (nº 111), l'adoption étant inaccessible aux étrangers, il en résulte qu'un étranger ne peut être adopté par un Français, ni adopter un Français pas plus en France qu'à l'étranger.

L'adoption serait donc permise seulement,

1º aux étrangers ayant été admis à établir leur domicile en France (2);

2º aux étrangers dont le pays serait lié avec la France par un traité leur attribuant le droit d'adoption (3).

Nous pensons au contraire, comme on l'a déjà vu, que l'étranger peut toujours figurer dans un contrat d'adoption en France; mais dans toute hypothèse il demeure soumis à sa loi personnelle pour les conditions de capacité qu'il doit remplir.

Si l'adoptant et l'adopté appartiennent à deux nationalités

(1) Comp. LAURENT, *Dr. civ. int.*, t. VI, nº 36.

(2) Trib. Seine, 4 août 1883, *J. Dr. int. pr.*, 84, p. 179; Paris, 30 avril 1884, *ibid.*, 82, p. 187.

(3) Trib. Seine, 4 août 1883 précité; Trib. Seine, 30 mars 1883, D. 84, 3, 63.

différentes, admettant l'une et l'autre l'adoption, la capacité des parties devra être appréciée d'après la loi nationale de chacune d'elles, et l'adoption ne sera possible que si chacun est capable d'après sa loi personnelle.

Si la loi de l'une des parties ne reconnait pas l'adoption, l'adoption ne sera pas possible en France.

Quant à la forme, l'adoption entre-vifs ou testamentaire sera valablement faite en France, entre étrangers, dans les formes prescrites par le Code civil, quelles que soient, d'ailleurs, les solennités exigées par la loi étrangère.

158. Toute adoption ou tutelle officieuse régulièrement intervenue en pays étranger produit son effet en France de plein droit, et si la loi étrangère comportait une décision ou jugement d'homologation, cette décision n'aurait pas besoin d'être revêtue de l'*exequatur*.

Les effets de l'adoption seront alors déterminés par le statut personnel de l'adoptant et de l'adopté s'ils ont l'un et l'autre la même nationalité. Mais il peut se faire qu'ils appartiennent à des nationalités différentes; or l'adoption ne fait pas acquérir à l'adopté la nationalité de l'adoptant; quelle loi faudra-t-il alors envisager? Il y a controverse sur ce point : les uns veulent appliquer la loi de l'adoptant, par le motif que le Code civil dans les règles concernant la manière dont le contrat d'adoption doit être conclu et homologué considère toujours l'adoptant (1). La loi devait en effet considérer toujours la personne de l'adoptant quand il s'agit d'une adoption à réaliser. Il eût en effet été absurde d'obliger le bienfaiteur à aller accomplir au domicile de l'adopté toutes les formalités voulues. Mais quand il s'agit de déterminer les effets d'une adoption devenue parfaite, destinée à agir d'une manière principale et directe sur la condition de l'adopté et non sur celle de l'adoptant, nous croyons qu'il faut appliquer

(1) LAURENT, *Dr. civ. inter.*, t. VI, nos 39 et suiv.

la loi de l'adopté (1). C'est donc à cette dernière loi qu'il faudra s'attacher pour savoir quelle est la condition de l'adopté, s'il demeure ou non dans sa famille naturelle, quels sont ses devoirs vis-à-vis de l'adoptant; quels sont les droits et la responsabilité du tuteur officieux, etc.

(1) A. WEISS, *loc. cit.*, nº 740.

TITRE NEUVIÈME.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

§ 1er. — Généralités.

159. — Caractère de la puissance paternelle chez les Romains; elle était constituée dans l'intérêt du chef de famille.
160. — En droit coutumier elle eut pour base l'intérêt de l'enfant.
161. — Droit moderne; Code civil.
162. — Attributs de la puissance paternelle dans la théorie du Code civil.
163. — Droits des aïeuls et aïeules.
164. — Du respect dû par l'enfant à ses père et mère, art. 371.
165. — Durée de l'autorité paternelle, art. 372; le père l'exerce seul durant le mariage.
166. — *Quid* de la mère ?
167. — Cette autorité ne peut être modifiée par convention.

159. La famille, nous l'avons déjà fait remarquer, présente ce phénomène particulier que son chef est investi d'un pouvoir qui lui est propre, étranger à toute idée de délégation. Dans la famille le pouvoir qui appartient aux chefs dérive de la seule qualité de père ou de mère, et des devoirs attachés à cette qualité. Le chef ne tient pas ce pouvoir des enfants qui le lui auraient en quelque sorte implicitement délégué, il ne le tient pas davantage de l'État.

Par conséquent, le législateur qui veut régler les conditions juridiques du gouvernement de la famille, doit se borner à rechercher quelles sont, d'après la nature même des rapports, les bases et les limites de l'autorité du père et de la mère, pour les déclarer et les sanctionner.

Tel n'avait pas été le point de vue des anciennes législations. En Droit romain la famille avait été organisée d'après

des vues exclusivement politiques, et la *patria potestas* avait été créée uniquement dans l'intérêt du père.

Ce qu'il y avait de plus exorbitant dans la constitution de cette extraordinaire puissance, ce n'était pas le droit de vie et de mort sur la personne des subordonnés, droit que l'on rencontre dans d'autres législations, mais la suppression radicale dans la famille de toute individualité juridique autre que celle du père.

Cette puissance paternelle adoucie par l'institution des pécules et par quelques décisions des empereurs chrétiens, fut admise dans les pays de Droit écrit, mais elle fut tout à fait repoussée par les pays de coutume.

160. Le Droit coutumier, il faut le reconnaître, a eu sur la matière qui nous occupe, des vues plus exactes que l'ancien droit de Rome.

L'autorité paternelle, dans les pays de coutume, fut considérée comme ayant sa base dans le droit de l'enfant lui-même, et par conséquent comme devant être organisée uniquement dans l'intérêt de l'enfant, en vue d'assurer la direction de son éducation. « Voilà, dit M. Laurent, le droit du père; disons mieux, voilà son devoir, car de droit proprement dit il n'en a pas. Le vrai droit est à l'enfant, le père n'a que des devoirs (1). »

L'indépendance juridique de l'enfant fut donc respectée par le Droit coutumier, et l'intégrité de sa personnalité juridique reconnue et garantie. Mais il n'en fut pas de même de l'égalité à laquelle l'enfant pouvait prétendre. Les droits d'aînesse et de masculinité, et la faculté d'exhéréder reconnue aux pères, donnèrent à la famille une physionomie tout à fait aristocratique.

161. Les lois de la Révolution devaient donc avoir un double but : 1° d'abord faire disparaître tout ce qui, dans l'or-

(1) T. IV, n° 253.

ganisation de la famille, dérivait du principe féodal ; — quand nous traiterons des successions nous verrons comment ce but a été atteint ; — 2° en second lieu, abroger pour les pays de Droit écrit les derniers vestiges de la *patri a potestas* des Romains. C'est à cet ordre d'idées qu'il faut rapporter le décret du 28 mars 1792 qui abolit en faveur des majeurs la puissance paternelle, et la restreignit sur la personne des mineurs seuls ; et le décret du 21 septembre suivant qui fixa la majorité des Français à vingt-et-un ans.

Le Code civil, tout en s'inspirant principalement du Droit coutumier, a cependant constitué un système mixte qui laisse dans l'ombre la véritable base de l'autorité paternelle, qui est le droit de l'enfant. De plus, ce système est incomplet.

« Si nous avions, dit M. Laurent, à faire un reproche à notre législation civile et politique, ce serait qu'elle n'a pas consacré les conséquences du nouveau principe (de liberté) inauguré par la Révolution. Le droit de l'enfant est reconnu en théorie, et en fait il est à la merci de l'ignorance et de l'aveuglement des pères..... La garantie devrait être dans l'intervention de l'État : l'instruction obligatoire donnée dans des écoles placées sous la direction du gouvernement et des autorités locales (1). »

La loi du 28 mars 1882, plus haut expliquée (t. II, nos 191 et 192), a comblé cette lacune tout en respectant la liberté des pères de famille.

« Dans l'ordre civil, dit encore M. Laurent, on peut adresser le même reproche à notre législation. Que devient le droit de l'enfant quand le père abuse de son autorité ? Le Code est muet sur cette question (2). » — Sur ce point encore le Code civil a été complété. La loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle, quand les enfants sont maltraités

(1) *Ibid.*, n° 259.

ou moralement abandonnés, donne aux pouvoirs publics un moyen efficace de protection.

162. La puissance paternelle proprement dite, celle dont s'occupe le titre IXe, appartient seulement au père et à la mère et non aux ascendants d'un degré supérieur; elle prend fin par la majorité ou par l'émancipation de l'enfant.

Dans la théorie du Code, cette puissance paternelle a pour attributs :

1° Le droit de garde (art. 374);

2° Le droit de correction (art. 375 et suiv.);

3° Le droit de jouissance légale (art. 384 et suiv.);

4° Le droit d'administration légale (art. 389, au titre *de la Tutelle*);

5° Le droit accordé au dernier mourant des père et mère de choisir un tuteur testamentaire à ses enfants mineurs (art. 397, au titre *de la Tutelle*).

163. Mais quelquefois l'expression puissance paternelle est employée dans un sens moins limité, comme pouvant appartenir non seulement au père et à la mère, mais encore à l'aïeul et à l'aïeule, et ainsi successivement, et quelquefois même concurremment, à tous les ascendants.

La puissance paternelle ainsi comprise n'a pas de terme, du moins pour quelques-uns de ses effets les plus importants ; elle dure sous beaucoup de rapports pendant toute la vie des ascendants et des enfants (1); elle est soumise aux mêmes causes de déchéance que l'autorité paternelle proprement dite (Arg. art. 1er, L. 24 juillet 1889).

A la puissance paternelle ainsi envisagée, on peut rattacher :

1° Le droit de consentement ou de conseil pour le mariage (art. 148, 153); pour l'adoption (art. 346) et pour la tutelle officieuse de l'enfant (art. 361);

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. VI, n° 270.

2° Le droit de tutelle légale (art. 390, 402, 404);

3° Le droit d'émancipation (art. 477);

4° Le droit d'accepter les donations entre-vifs faites à l'enfant (art. 935).

164. Les rédacteurs du Code civil ont cru bien faire en plaçant la puissance paternelle, considérée dans les deux sens qui viennent d'être indiqués, sous l'invocation, en quelque sorte, du précepte du Deutéronome rappelé dans le texte suivant :

ART. 371. L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère (*).

Lors de la discussion, on demanda, avec raison, le retranchement de cet article comme ne contenant aucune disposition législative; mais on répondit qu'il le fallait conserver, attendu qu'il contenait le principe dont les autres articles ne font que développer et fixer les conséquences, et qu'en beaucoup d'occasions il pourrait servir de point d'appui aux juges. L'article fut donc maintenu, et ce fut un mal, car les Codes ne doivent pas contenir de déclarations purement morales, non susceptibles de produire des conséquences juridiques. Aussi quelques auteurs ont-ils voulu donner à l'article 371 une portée qu'il n'a pas et ont-ils soutenu qu'il devait en résulter que l'enfant ne pouvait intenter contre ses père et mère aucune action *famosa* ou *vindictam spirans*, ni obtenir contre eux des condamnations pouvant compromettre leur subsistance. — Mais cette opinion n'est pas soutenable et n'est plus soutenue aujourd'hui. Cet article ne fait qu'indiquer la manière dont un fils doit toujours se conduire à l'égard de ses parents, mais ne se réfère pas directement à l'autorité paternelle proprement dite.

165. En ce qui concerne cette autorité, les rédacteurs du

(*) Art. 371. — L. 6, D. 2, 4, *De in jus voc.*; L. 173, *in pr.* D. 50, 17, *De reg. jur.*; L. 16, 19, D. 42, 1, *De re jud.*; L. 2, 5 § 1, D. 37, 15, *De obseq. parent.*; Novell. 22, C. 2.

Code n'ont pas voulu s'écarter du principe posé par le décret du 28 mars 1792 qui avait restreint l'autorité des père et mère à la minorité de l'enfant :

ART. 372. Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation (*).

Ce texte reconnaît que l'autorité appartient à la fois au père et à la mère; que le père et la mère ont par conséquent l'un et l'autre la direction de la personne de leur enfant. Mais le père et la mère doivent-ils être réunis pour cette direction? S'il y avait un *veto* possible de la part de l'un d'eux, on arriverait à créer l'anarchie dans la famille, ou bien à la nécessité de faire décider par un tribunal lequel des deux a raison. Mais alors la direction de l'enfant n'appartiendrait plus en réalité au père et à la mère, mais bien plutôt au tribunal. Il fallait donc nécessairement décider que

ART. 373. Le père seul exerce cette autorité durant le mariage (**).

Mais c'est là une hyperbole; car en réalité c'est la mère qui élève l'enfant en bas âge, et même plus tard, s'il s'agit de l'adoption ou de la tutelle officieuse, son consentement est nécessaire d'après les art. 247 et 361 (ci-dessus nos 117 et 146).

166. Elle aura d'ailleurs durant le mariage l'exercice de l'autorité paternelle :

1° Si le père est présumé ou déclaré absent (art. 141);

2° S'il est en état de démence;

3° S'il est interdit légalement ou judiciairement;

4° S'il est déchu de la puissance paternelle par application de l'art. 335, C. P.

5° Si le père étant déchu de plein droit de la puissance paternelle par application de l'art. 1er de la loi du 24 juillet

(*) Art. 372. — GAI. I, § 132; ULPIEN, *Frag.* tit. 10, § 1; *Inst.* JUST., lib. 1, tit. 12, § 6.

(**) Art. 373. — GAI. I, § 104; *Inst.* JUST., lib. 1, tit. 11, § 10.

1889, la mère a été chargée de l'exercice de cette puissance par le tribunal, en vertu de l'art. 9 de la même loi;

6° Si le père déchu de la puissance paternelle s'étant remarié, la nouvelle femme, en cas de survenance d'enfants, a obtenu la puissance paternelle sur ces enfants (art. 9 *in fine* de la loi précitée).

167. Cette autorité exercée normalement par le père et exceptionnellement par la mère, ne peut être ni modifiée, ni amoindrie par aucune disposition ou convention quelconque. La loi a pris soin de déclarer dans l'art. 1388 qu'aucune clause du contrat de mariage ne pourrait y porter atteinte. Serait nulle notamment la clause portant que les enfants à naître seraient élevés dans telle religion déterminée. Le père ne peut en effet abdiquer ainsi par avance le droit de diriger l'éducation religieuse de ses enfants. Cette clause est cependant insérée fréquemment dans les contrats concernant les *mariages mixtes;* il faut qu'on sache qu'elle n'a et ne peut avoir de sanction que dans la conscience du mari. L'opinion contraire avancée par quelques auteurs (1) n'est pas discutable. L'inobservation d'une telle clause ne pourrait même servir de base à une demande en séparation de corps de la part de la femme.

§ 2. — Droit de garde et de correction.

168. — Droit de garde. Séjour obligatoire de l'enfant, art. 374.
169. — Exception en cas d'engagement volontaire au service militaire.
170. — Formes de cet engagement; action en nullité; compétence.
171. — De l'engagement volontaire dans les colonies.
172. — Le maire qui reçoit l'engagement agit comme fonctionnaire administratif.
173. — Sanction du séjour obligatoire pour l'enfant.
174. — Le père dirige l'éducation de l'enfant; droit de la mère;

(1) RODIÈRE et PONT, *Contrat de mariage*, t. I, n° 83.

règlement des funérailles de l'enfant; abus possibles, renvoi.
175. — Droit de correction, art. 375.
176. — Détention de l'enfant par voie d'autorité, art. 376.
177. — Détention de l'enfant par voie de réquisition; cas où l'enfant a plus de seize ans accomplis, art. 377.
178. — Procédure, art. 378.
179. — Le père peut abréger la durée de la détention, art. 379.
180. — Cas où le père est remarié, art. 380.
181. — Droits de la mère, art. 381.
182. — Cas où l'enfant a des biens personnels, art. 382, § 1.
183. — Recours accordé à l'enfant, art. 382, § 2.
184. — Autorité des pères et mères naturels sur leurs enfants, art. 383.

168. Pour que le père puisse exercer le droit de direction qui lui appartient, il fallait lui assurer la garde de son enfant, et par conséquent fixer à ce dernier un séjour obligatoire :

ART. 374. L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus (*).

169. L'âge auquel l'enfant peut contracter seul un engagement volontaire a été porté à vingt ans par l'art. 32 de la loi du 21 mars 1832, successivement reproduit par la loi du 27 juillet 1872 et celle du 15 juillet 1889 dont l'art. 59 § 6, est ainsi conçu : « S'il a moins de vingt ans (l'engagé), il doit être pourvu du consentement de ses père, mère ou tuteur; ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille. Le consentement du directeur de l'assistance publique dans le département de la Seine, et du préfet dans les autres départements, est nécessaire et suffisant pour les moralement abandonnés. »

L'engagé volontaire doit avoir seize ans accomplis s'il entre dans l'armée de mer, ou dix-huit ans accomplis s'il entre dans l'armée de terre.

(*) Art. 374. — L. 1, pr. D. 27, 2, *Ubi pupillus educari*, etc.

La durée de l'engagement volontaire est de trois, quatre ou cinq ans.

170. Les engagements volontaires sont contractés dans les formes prescrites par les art. 34 à 40, 42 et 44 du Code civil, devant les maires des chefs-lieux de canton. Les conditions relatives à la durée de ces engagements sont insérées dans l'acte même. Les autres conditions sont lues aux contractants avant la signature, et mention en est faite à la fin de l'acte (L. 15 juillet 1889, art. 62) (1).

L'engagé volontaire qui conteste la légalité ou la régularité de l'acte qui le lie au service militaire, adresse sa réclamation au préfet du département où l'acte a été reçu. Les préfets transmettent les demandes en annulation d'actes d'engagements volontaires au ministre de la guerre qui statue, s'il y a lieu, ou renvoie la contestation devant les tribunaux (Décr. 29 sept. 1889, art. 16).

Il suit de là que si la contestation lui paraît fondée, le ministre peut y faire droit sans débat judiciaire. Mais dans le cas contraire, la question ne peut être tranchée que par les tribunaux de l'ordre judiciaire (2), et c'est le préfet qui représente l'État et non le ministère public (3).

L'annulation des engagements volontaires peut être demandée pour vice de forme ou pour défaut, de la part de l'engagé, de l'âge et des conditions requises pour être admis dans l'armée française.

171. La loi du 15 juillet 1889, en ce qui touche l'obligation relative au service militaire, est déclarée applicable à la Guadeloupe, à la Martinique, à la Guyane et à la Réunion, et, avec certaines réserves à l'Algérie et aux autres colonies (art. 81). Mais en ce qui touche la faculté de contracter un

(1) Voy. Décr. du 28 sept. 1889; 23 nov. 1889; 28 janv. 1890.
(2) Cass. 10 déc. 1878, D. 79, 1, 114.
(3) *Ibid.*

engagement volontaire, l'art. 374 doit recevoir, sans distinction aucune, son application dans toutes les colonies où le Code civil est en vigueur, étant observé seulement que l'engagement volontaire ne peut être pratiqué que dans les conditions édictées pour la métropole.

Nous ferons cependant remarquer que d'après le *Précis de la législation annamite* du 3 octobre 1883 (titre IX), l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour un service commandé par l'autorité. Par conséquent la faculté de contracter un engagement volontaire, sans le consentement des père et mère, depuis l'âge de vingt ans, n'existe pas pour les sujets français soumis à la législation annamite.

172. Le maire qui reçoit un acte d'engagement conformément aux règles qui précèdent agit comme fonctionnaire de l'ordre administratif; il n'a donc pas qualité pour constater dans le contrat d'engagement les déclarations qu'il ne pourrait recevoir que comme officier de l'état civil (1).

173. L'enrôlement volontaire est le seul motif qui puisse autoriser un enfant à quitter sans la permission de son père, (ou de sa mère), soit la maison paternelle, soit la maison d'éducation, l'atelier d'apprentissage (2) et généralement le lieu dans lequel il a été placé. S'il abandonnait ce lieu san autorisation, il pourrait y être ramené *manu militari*.

On admet assez généralement qu'il suffira pour le pèr d'obtenir dans ce cas une ordonnance du président du tri bunal (3). Une telle ordonnance est en effet suffisante dan le cas beaucoup plus grave où il s'agit de l'arrestation d l'enfant en vue de son internement dans une maison de cor

(1) Limoges, 6 déc. 1886, S. 87, 2, 29; Nancy, 17 nov. 1877, D. 7 1, 15.

(2) Voy. L. du 22 fév. 1851 sur le contrat d'apprentissage, nota art. 16 § 4.

(3) DEMOLOMBE, t. VI, nos 307 et 308.

rection (art. 376 et 377). On ne voit pas comment un jugement serait nécessaire quand il s'agit tout simplement de le ramener dans la maison paternelle (1). Théoriquement, il faudrait même admettre que le père trouve dans sa seule qualité l'autorité nécessaire à l'effet de requérir l'intervention des agents de la force publique. Mais comme cette qualité peut n'être pas évidente, l'ordonnance du président aura pour effet de la certifier, et de lever toute hésitation de la part des agents requis.

174. Le droit de garde sur la personne des enfants attribue au père la direction de l'éducation à leur donner, le choix des établissements où ils doivent être placés, etc. Si le père préfère les garder à domicile, il demeure, de ce chef, soumis à une obligation stricte de surveillance. L'art. 1384 dispose en effet que le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

On peut concevoir que l'exercice de ce droit, de la part du père, se produise d'une manière abusive à l'égard de la mère qui serait mise, par exemple, dans l'impossibilité de communiquer avec les enfants communs, qui serait tenue dans l'ignorance du lieu où ils ont été placés pour leur éducation ou apprentissage, etc.

Le droit de la mère, qui n'est pas détruit par la disposition de l'art. 373 accordant au père seul, durant le mariage, l'exercice de l'autorité paternelle, est donc manifestement lésé dans ce cas. La mère doit donc avoir une action. Quelle sera cette action? On a soutenu que la mère pouvait alors saisir directement les tribunaux de la question de savoir comment il convenait de régler l'exercice du droit de garde, de manière à concilier les pouvoirs reconnus au père avec le droit de la mère. Cette solution doit être énergiquement re-

(1) *Contrà*, LAURENT, t. IV, n° 272.

poussée, car elle aboutit finalement à reconnaître à un tribunal le droit de gouverner la famille, et de substituer ses vues particulières à celles du chef. Dans l'hypothèse prévue la mère est personnellement victime d'un abus d'autorité de la part de son mari; cet abus constitue une *injure* vis-à-vis d'elle; donc elle n'a et ne peut avoir d'autre moyen de protection que le recours à une actien en divorce ou en séparation de corps, et c'est à l'occasion de cette action, si elle est admise, que les tribunaux pourront régler les conditions de la garde de l'enfant (nº 218).

Le droit de garde dure jusqu'à la majorité de l'enfant ou son émancipation. Par conséquent, si l'enfant décède en état de minorité, le droit de décider du mode de son inhumation et du caractère civil ou religieux de ses funérailles, appartient souverainement au père, et on ne saurrait comprendre, en pareille matière, que les tribunaux puissent accueillir une opposition quelconque formulée par la mère (1).

C'est surtout à l'égard de l'enfant que l'exercice du droit de garde peut donner lieu à de graves abus. Comment les réprimer? Une jurisprudence assez arbitraire que nous aurons à apprécier plus loin (nº 214) s'est péniblement formée touchant les mesures que pourraient prendre les tribunaux pour remédier aux abus signalés. Mais comment supprimer ou restreindre le droit de garde vis-à-vis de celui qui demeure cependant investi de la puissance paternelle? — Aujourd'hui, la difficulté est presque supprimée par la loi du 24 juillet 1889 expliquée plus loin. Cette loi permet en effet de retirer la puissance paternelle aux parents qui, par leur conduite, et en dehors de toute condamnation encourue, compromettent la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants.

175. Les rédacteurs du Code civil, qui ont négligé d'organiser une protection sérieuse des enfants soumis à la puissance

(1) *Contrà*, Référé Douai, 6 avril 1875, D. 75, 3, 50.

paternelle, ont au contraire songé à renforcer matériellement cette puissance, en lui assurant le concours efficace des moyens ordinaires de répression.

Le législateur prenant en effet un ton didactique inusité dans les dispositions législatives, nous avertit que :

ART. 375. Le père qui aura des sujets de mécontement très graves sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction suivants :

Ces moyens se résument dans l'incarcération temporaire de l'enfant, subi dans une maison pénitentiaire. Un quartier distinct doit être affecté aux jeunes détenus (1). Il est permis de trouver une telle mesure excessive. Le droit de garde n'est en effet qu'un moyen pour le père d'accomplir son devoir d'éducation. On peut admettre sans doute, en vue de faciliter l'accomplissement d'un tel devoir, l'emploi de certaines punitions ne devant jamais dégénérer en violences ou brutalités corporelles. Mais on peut difficilement justifier à notre époque le recours à l'emprisonnement.

176. Quoi qu'il en soit, le droit de correction s'exerce différemment suivant qu'il appartient au père ou à la mère, et il est réglé dans tous les cas d'après des considérations tirées de la position particulière de l'enfant et de son âge.

ART. 376. Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation.

On dit alors que le père agit *par voie d'autorité*, c'est-à-dire que le président est obligé de délivrer l'ordre d'arrestation, sans avoir à s'enquérir des griefs du père.

Pour que le père puisse ainsi agir par voie d'autorité, il faut :

1° Que l'enfant n'ait pas encore commencé sa seizième année;

2° Que le père ne soit pas remarié (art. 380);

3° Que l'enfant n'exerce pas un état (art. 383);

(1) L. 5 août 1850; D. 11 nov. 1885, art. 30.

177. Si l'une de ces conditions fait défaut le père ne peut plus agir que *par voie de réquisition*, c'est-à-dire que les griefs contre l'enfant seront examinés, et que sa demande pourra être rejetée.

La loi s'occupe d'abord du cas où l'enfant a commencé sa seizième année :

ART. 377. Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus; il s'adressera au président dudit tribunal, qui, après en avoir conféré avec le procureur de la République, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père.

L'emprisonnement de l'enfant qui n'a pas encore commencé sa seizième année, est considéré comme peu grave en lui-même et ne tirant pas à conséquence. Mais quand cet âge est dépassé, on admet que l'arrestation peut influer sur la réputation et le sort du jeune homme, on redoute aussi que le père se laisse emporter trop loin par une sorte d'esprit de vengeance. On accorde donc à l'enfant la garantie d'une délibération entre le ministère public et le président, et du pouvoir modérateur de ce dernier.

178. Que le père agisse par voie d'autorité ou par voie de réquisition, la marche à suivre est la même :

ART. 378. Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés. — Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables.

Les demandes ou réquisitions sont formées directement par le père en personne, ou bien sous forme de lettres adressées au président.

Le président compétent est évidemment celui du tribunal dans le ressort duquel est domicilié le père ou la mère survivante.

Dans la pratique, si le président n'a pas une connaissance personnelle des faits, il charge le juge de paix ou le commissaire de police de prendre des informations, à l'effet de don-

ner leur avis tant sur la demande que sur le point de savoir si les parents pourront payer les aliments (1). La mesure permise par le Code n'est pas en effet à l'usage des parents pauvres. Maleville en convient sans difficulté (2), et la formule finale de l'art. 378 est interprétée comme imposant seulement au père l'obligation de souscrire une obligation portant à la fois sur le paiement des frais et la fourniture des aliments. Il n'est fait aucune mention sur les registres de la prison de la présence de l'enfant détenu; le gardien-chef justifie de la légalité de la détention en produisant l'ordre même d'arrestation, délivré ou renouvelé par le président du tribunal (3).

179. L'ordre d'arrestation doit indiquer la durée de la détention. Mais cette indication n'a rien d'obligatoire pour le père :

> ART. 379. Le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents.

C'est ce que les auteurs appellent fort improprement l'exercice du *droit de grâce*. On comprend le droit de grâce quand il s'agit de relever un *condamné* d'une *peine* prononcée contre lui en vertu d'un texte de la loi répressive. Mais il ne saurait être question de *grâce* à propos d'une mesure que le père a été autorisé à prendre pour accomplir avec plus de facilité le devoir d'éducation que lui impose sa qualité. S'il estime que ce devoir peut être rempli désormais sans laisser continuer la détention de l'enfant, c'est pour lui un devoir nouveau de faire cesser la détention. Cette observation suffit pour démontrer que *le devoir* de faire cesser la détention, quand elle ne paraît plus utile, existe aussi pour

(1) CHAUVEAU et GLANDAZ, *Formulaire*, t. II, p. 741, note 1.
(2) *Analyse*, etc., t. I, p. 391.
(3) D. 11 nov. 1885, art. 31.

la mère dans le cas où l'exercice du droit de correction lui est attribué.

180. La théorie du droit de correction, telle qu'elle a été conçue par les rédacteurs du Code civil, est surtout rendue vulnérable par cette circonstance que presque toujours la personne à qui ce droit appartient est entachée de suspicion par la loi elle-même, quand elle veut exercer son droit.

Ainsi :

ART. 380. Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'art. 377.

La loi suppose que sous l'influence de sa seconde femme le père remarié n'aura plus la même affection pour ses enfants du premier lit, ni la même impartialité. Suivant l'opinion générale, il est encore admis que l'influence de la seconde femme pouvant persister, même après sa mort, le père redevenu veuf ne recouvre pas le droit qu'il a perdu par son second mariage, de faire détenir par voie d'autorité les enfants du premier lit.

181. A l'égard de la femme, la suspicion est encore plus accentuée, et le législateur a cru devoir recourir à des précautions insolites :

ART. 381. La mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition, conformément à l'art. 377.

La mère est donc obligée de faire connaître au président les motifs qui la déterminent à agir et que le président aura à apprécier. De plus elle ne peut faire la réquisition qu'avec le concours, c'est-à-dire l'approbation formelle et non pas seulement l'avis, des deux parents paternels les plus proches de l'enfant. Par conséquent, si les deux parents consultés, non pas séparément, mais dans une conférence à laquelle ils seront convoqués, refusent leur concours, ou même si l'un d'eux refuse le sien, la demande de la mère devra être rejetée.

La disposition de l'art. 381 est véritablement injustifiable. La vérité est qu'aux yeux du législateur, la mère qui requier l'incarcération de son fils, est, à raison uniquement de son sexe, dans un état naturel de suspicion. On a redouté, pour employer la formule convenue, *la faiblesse et les entraînements de son sexe*. En conséquence on a fait appel au concours des deux plus proches parents paternels, lesquels peuvent, malgré cette qualité, être des cousins à un degré fort éloigné, décidés à examiner la question qui leur sera soumise avec l'indifférence la plus entière. Du moment que le droit de correction existe et qu'il est attribué à la mère, il était logique de ne pas en affaiblir l'autorité morale en associant à son exercice un concours étranger. La nécessité de ce concours ne dérivant pas naturellement de la situation envisagée, mais d'une disposition arbitraire et exorbitante, il faut décider que s'il n'y a pas de parents paternels, la mère peut agir seule et sans aucune assistance, puisqu'il y a impossibilité pour elle, et sans qu'il y ait de sa faute, de remplir la condition exigée par la loi (1). Il serait souverainement arbitraire d'appliquer, sous prétexte d'analogie, la disposition de l'art. 409 sur la composition du conseil de famille et de décider, comme le veulent quelques-uns, pour rendre hommage à *la sagesse* de la loi (2), que la mère doit se faire assister par deux amis du père.

La mère veuve qui se remarie conserve sur ses enfants le droit de garde et d'éducation, mais elle perd la faculté de les faire détenir. Si néanmoins elle a été maintenue dans la tutelle, elle pourra, en qualité de tutrice agissant de concert avec son second mari, et avec l'autorisation du conseil de famille, exercer le droit de correction conformément à l'article 468. Si elle redevient veuve elle ne recouvrera pas sur les

(1) DUCAURROY, t. I, n° 557; LAURENT, t. IV, n° 282.
(2) DEMOLOMBE, t. VI, n° 353.

enfants issus de son premier mariage le droit de correction que son second mariage lui a fait perdre complétement.

182. La loi a admis encore d'autres causes de suspicion :

ART. 382, § 1. Lorsque l'enfant aura des biens personnels, ou lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra, même au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réquisition, en la forme prescrite par l'art. 377.

On comprend que lorsque l'enfant exerce un état, sa situation exige certains ménagements. Mais quel est ce danger imaginaire contre lequel on veut le garantir quand il a des biens personnels dont son père ne saurait disposer à aucun titre? — Quoi qu'il en soit, le soupçon est écrit dans la loi. — Donc que penser d'une institution dont le fonctionnement paraît ainsi de nature à éveiller presque à chaque pas les soupçons du législateur? Cela prouve que le but a été dépassé, et que sous le nom de droit de correction on a donné au père la faculté d'infliger une véritable peine. D'où la nécessité de certaines garanties qui auraient été inutiles si le droit de correction avait été maintenu dans ses limites normales.

183. Le législateur semble du reste avoir compris qu'il était allé trop loin, car il a senti la nécessité d'un retour en arrière en organisant une espèce d'appel, contrairement aux vrais principes de la matière :

ART. 382, § 2. L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au procureur général près la Cour d'appel. Celui-ci se fera rendre compte par le procureur de la République près le tribunal de première instance, et fera son rapport au président de la Cour d'appel, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance.

Nous disons que ce recours est contraire aux vrais principes de la matière. Le propre d'une mesure de correction est de ne pouvoir être discutée, pas plus que l'autorité de qui elle émane; mais pour qu'il en soit ainsi, il ne faut pas que son caractère soit dénaturé. L'autorité morale du père est déjà singulièrement compromise, quand, obligé d'avouer

son impuissance, il se décide à recourir à l'emprisonnement. Mais que restera-t-il de cette autorité, si l'enfant détenu obtient la révocation de l'ordre d'arrestation sollicité par son père, et rentre ainsi en triomphateur au domicile paternel?

On discute sur le point de savoir si le recours dont nous venons de parler existe dans tous les cas où la détention a lieu par voie de réquisition, ou s'il existe seulement dans les deux cas prévus par le premier alinéa de l'art. 382. Il est certain que, rationnellement, les différents cas dans lesquels le père agit par voie de réquisition devraient être traités de la même manière; mais il n'en est pas moins vrai que le second alinéa du même article se réfère uniquement au premier dans lequel il est seulement question du cas où l'enfant a des biens personnels et de celui où il exerce un état (1).

184. Les père et mère naturels sont tenus envers leurs enfants des mêmes devoirs que les parents légitimes, et réciproquement ils ont droit au même respect : *una est omnibus parentibus servanda reverentia* (2); il était donc rationnel d'étendre aux parents naturels, les règles sur l'exercice de l'autorité paternelle admises pour les parents légitimes :

ART. 383. Les art. 376, 377, 378 et 379, seront communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus.

Le droit de correction ainsi reconnu aux parents naturels implique qu'ils ont le droit de garde, et qu'ils sont tenus du devoir d'éducation.

Le texte de l'art. 383 ne renvoie pas aux art. 380, 381 et 382; il est donc impossible sous prétexte d'inadvertance du législateur, d'analogie de motifs, etc., de soumettre les père et mère naturels à l'application de ces derniers articles (3).

Par conséquent :

(1) LAURENT, t. IV, n° 288.

(2) L. 6, D. 2, 4, *De in jus voc.*

(3) LAURENT, t. IV, n°s 356 et suiv.; AUBRY et RAU, § 571; *Contrà*, DEMOLOMBE, n°s 638 à 647.

1° Le père naturel peut agir par voie d'autorité alors même qu'il s'est marié avec une personne autre que la mère de son enfant, quand même celui-ci posséderait des biens personnels ou exercerait un état;

2° La mère naturelle peut agir par voie d'autorité pour faire détenir son enfant âgé de moins de seize ans;

3° Elle n'a besoin du concours de personne pour employer la voie de la réquisition;

4° Elle conserve son droit de correction, quoiqu'elle se soit mariée avec une personne autre que le père de son enfant, quand même celui-ci posséderait des biens personnels ou exercerait un état.

Dans l'opinion qui veut appliquer les art. 380, 381 et 382 sous prétexte de logique et de morale, malgré le texte formel de l'art. 383, on est obligé d'assimiler à un premier mariage les relations illicites du père et de la mère naturels, afin de les considérer comme *remariés* alors qu'ils ne se sont mariés qu'une fois.

Remarquons enfin que les père et mère naturels n'ont pas sur les biens de leurs enfants, le droit de jouissance dont nous allons parler.

§ 3. — Droit de jouissance légale.

185. — Du droit de jouissance attribué aux parents sur les biens de leurs enfants, art. 384; — son origine.
186. — Base de cette jouissance dans la théorie du Code civil.
187. — Conséquences.
188. — Nature juridique de ce droit de jouissance; ce n'est pas un droit réel.
189. — Conséquences.
190. — Durée normale de ce droit.
191. — Charges de la jouissance légale, art. 385; ce sont: 1° Celles dont sont tenus les usufruitiers en général; explication de l'art. 453.
192. — 2° Les frais d'éducation et d'entretien de l'enfant;

193. — 3° Le paiement des arrérages et intérêts échus au moment de l'ouverture du droit de jouissance ;
194. — 4° Les frais de dernière maladie et des funérailles de la personne à qui l'enfant a succédé.
195. — Biens soustraits à la jouissance légale, art. 386 : 1° par la volonté de la loi ;
196. — 2° Par la volonté du donateur ou testateur ; 3° par l'indignité des parents ; 4° par la destination des biens.
197. — Causes d'extinction de la jouissance légale provenant du chef de l'enfant.
198. — Causes provenant du chef du titulaire de la jouissance ;
199. — Spécialement d'une renonciation de la part de ce dernier.
200. — *Quid* d'une renonciation anticipée stipulée dans un contrat de mariage ?
201. — Autres causes d'extinction, notamment à l'égard de la mère remariée, art. 386.
202. — *Quid* si la mère remariée redevient veuve ?
203. — La jouissance légale cesse par la déchéance de la puissance paternelle.

185. L'autorité paternelle, dans la théorie du Code civil, n'a pas seulement pour effet de reconnaître aux père et mère le droit de diriger la personne de leur enfant et le droit de correction ; elle produit encore certaines conséquences importantes relativement aux biens personnels de l'enfant dont elle attribue la jouissance au père ou, dans certains, cas à la mère :

ART. 384. Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans.

Ce droit de jouissance, appelé quelquefois *usufruit légal*, est réglé par les art. 385, 386 et 387. Il a une origine coutumière étrangère de tout point aux traditions romaines.

Il est vrai que, dans le dernier état du droit romain, le père jouissait des biens donnés à l'enfant par les proches parents (*adventitia bona*). Mais ce n'était là qu'un cas particulier ; en principe l'enfant ne pouvait pas avoir de biens en propre, sauf les éléments des pécules *castrans* et *quasi-*

castrans. Ce système romain avait été reçu dans les pays de droit écrit. Par conséquent la mère n'y pouvait prétendre à la jouissance légale, puisque cette jouissance était attachée à la puissance paternelle appartenant seulement aux ascendants mâles.

Il n'en était pas de même dans les pays de coutume où l'autorité maternelle était aussi respectée que l'autorité paternelle, et où la jouissance légale des biens de l'enfant avait fini par revêtir le caractère d'indemnité, à la charge d'employer les revenus à entretenir l'enfant et à l'élever.

L'origine de cette jouissance se rattache à l'histoire des fiefs. Lorsque les fiefs devinrent héréditaires, les seigneurs suzerains, voyant que les fiefs par eux concédés pourraient échoir à l'avenir à des mineurs ne pouvant leur prester le service militaire, se réservèrent en quelques lieux la jouissance de ces fiefs durant la minorité féodale de leurs vassaux, à l'effet d'employer une partie des fruits de ces mêmes fiefs pour payer des personnes appelées à prester le service militaire à la place des mineurs. — En d'autres lieux ils permirent aux plus proches parents des mineurs de desservir les fiefs, et ce droit accordé aux parents fut appelé droit de *bail* ou de *garde*. — Les *gardiens* ou *baillistes* abusèrent souvent de leur position pour spolier les mineurs. Pour remédier à ces abus, la plupart des coutumes ne reçurent plus pour gardiens ou baillistes les collatéraux, et restreignirent la garde aux seuls père et mère. Cette garde sous le nom de *garde bourgeoise* fut ensuite étendue aux biens roturiers.

186. Telle est l'origine historique du droit de jouissance accordé aujourd'hui aux pères et mères sur les biens propres de leurs enfants. Mais la constatation de cette origine ne suffit pas pour assigner une base juridique à cette jouissance. En droit féodal cette jouissance était la conséquence logique d'un véritable droit dont étaient titulaires soit les suzerains, soit ceux qui étaient appelés à desservir le fief.

Dans le droit moderne, au contraire, cette jouissance ne correspond pas à un droit particulier dont se trouveraient personnellement investis les pères et mères.

A quoi donc correspond-elle? Comme il n'est pas possible d'admettre que le législateur a pu disposer des revenus appartenant aux mineurs pour les attribuer gratuitement aux pères et mères, on a considéré que ces derniers devenaient en quelque sorte créanciers de leurs enfants à raison des peines et soins qu'ils devaient prendre pour l'administration de leurs biens. La jouissance légale apparaît alors comme un paiement ou indemnité, comme une rémunération de ces peines et soins.

Mais comment l'administration des biens, qui est seulement une conséquence du devoir d'éducation dont sont naturellement tenus les père et mère, peut-elle devenir pour ces derniers une cause de rémunération? C'est ce qu'il est impossible de comprendre.

C'est donc uniquement pour consacrer des habitudes prises sous l'empire des principes du droit féodal, que la jouissance légale a été considérée, dans la théorie du Code civil, comme un des attributs de l'autorité paternelle.

187. Mais c'est un attribut qui a trouvé place dans la loi *contra rationem juris;* donc il ne peut être réclamé que par la personne à qui il a été expressément attribué par une disposition formelle de la loi, et à la condition de se trouver dans la situation même prévue par la loi. Par conséquent la mère ne peut exercer la jouissance légale que si elle est survivante. Elle ne peut la réclamer tant que le père est vivant, quand même ce dernier aurait encouru la déchéance de la puissance paternelle. Dans ce cas le droit à la jouissance légale s'éteint dans la personne du père au profit de l'enfant dont le patrimoine n'aurait pas dû être diminué; mais il pourra renaître au profit de la mère après la dissolution du mariage, si elle survit à son mari. Les revenus perçus

jusqu'à la mort du père appartiendront en conséquence à l'enfant à qui ils auraient toujours dû appartenir (1). Dans l'opinion inverse, si la jouissance appartenait immédiatement à la mère, le père pourrait, grâce au régime matrimonial par lui adopté, profiter comme mari des revenus dont il serait privé comme père.

188. Voyons maintenant quelle est la nature de ce droit de jouissance. Les auteurs, en général, posent la question d'une autre manière, ils se demandent quels sont les droits de celui à qui appartient la jouissance légale. Mais cette formule déplace la question et ne met pas en relief la difficulté à résoudre.

Il s'agit de savoir si le droit de jouissance que Proudhon appelle un traitement (2), que M. Laurent appelle une récompense (3), constitue au profit de celui qui en est investi un démembrement de la propriété, par conséquent un droit réel, en d'autres termes un véritable usufruit, ou seulement un droit de créance.

La question n'existerait pas si le Code n'avait quelquefois désigné la jouissance dont nous parlons par la dénomination d'*usufruit légal* (art. 601, Voy. art. 389, 730). Or, une appellation accidentelle peut bien constituer la raison de douter, mais ne saurait être la raison de décider.

D'ailleurs, cette dénomination n'est jamais employée dans les textes qui sont le siège de la matière ; l'art. 385 nous dit que les charges de la jouissance légale seront les mêmes *que celles auxquelles sont tenus les usufruitiers*, mais cette déclaration implique plutôt que la jouissance légale n'est pas un usufruit. Le législateur, suivant l'observation de Demolombe, n'a pas voulu démembrer la propriété de l'enfant :

(1) DEMOLOMBE, t. VI, nos 483, 484.
(2) *Traité des droits d'usuf.*, t. I, no 126.
(3) T. IV, no 324.

« La loi a dit seulement au père : vous administrerez, vous prélèverez sur les revenus les dépenses d'entretien et d'éducation de l'enfant, les frais d'administration et toutes les autres charges des fruits; puis, après cela, le reliquat, le boni sera pour vous (1). »

189. De ce qu'il n'y a pas démembrement de la propriété, c'est-à-dire constitution d'un droit réel, il suit :

1° Que les père et mère ne doivent aucun droit de mutation à raison de la jouissance légale qui leur advient (2);

2° Que le droit de jouissance, quand il porte sur des immeubles, n'est pas susceptible d'hypothèque;

3° Que, dans la même hypothèse, ce droit ne peut faire l'objet d'une expropriation de la part des créanciers du père, (ou de la mère survivante). Les créanciers pourraient seulement saisir les fruits et revenus, déduction faite des charges.

Les solutions qui précèdent résultent de cette circonstance que la jouissance légale ne constitue pas un droit réel.

Puisque cette jouissance ne constitue pas un droit réel, il faut nécessairement qu'elle constitue un droit de créance.

Le père est tenu de l'obligation d'administrer les biens personnels de ses enfants; il perçoit les revenus, déduction faite des charges, à titre de *traitement* ou de *récompense;* c'est ce qu'on exprime par un seul mot : droit de jouissance. Or, le père a incontestablement le droit de jouir par lui-même des biens meubles et immeubles appartenant à ses enfants. Il peut aussi les affermer, les louer en bloc ou séparément. La question est de savoir s'il pourrait céder à un tiers le droit dont il se trouve investi lui-même, de façon que le tiers, mis à sa place, puisse à son choix, jouir par lui-même ou par des locataires ou fermiers. Du moment qu'il est entendu que le cessionnaire ne pourra faire que ce que le père de famille

(1) T. VI, n° 527.
(2) Voy. les autorités citées par DEMOLOMBE, *loc. cit.*

pourrait faire légitimement lui-même. Nous ne voyons pas en quoi une telle cession devrait être prohibée (1).

190. Quelle sera la durée de cette jouissance légale?

D'après l'art. 384, cette jouissance doit d'abord durer jusqu'à l'émancipation. Il ne pouvait y avoir de difficulté sur une telle solution. Mais le législateur, toujours disposé à mettre en suspicion les sentiments du père ou de la mère, a craint que ces derniers, afin de prolonger la durée de leur jouissance, ne fussent portés à refuser à l'enfant soit son émancipation, soit le consentement à son mariage. En conséquence il a été décidé que l'arrivée de l'enfant à l'âge de dix-huit ans accomplis mettrait fin dans tous les cas à la jouissance légale. Il y avait d'ailleurs un certain avantage à ce que trois années de revenus fussent capitalisés pour être mis à la disposition de l'enfant au moment de sa majorité.

Quelques jurisconsultes (2), oubliant qu'il s'agit du bien de l'enfant dont le législateur a disposé arbitrairement, ont critiqué amèrement la disposition qui fait cesser la jouissance légale trois ans avant la majorité de l'enfant, par le motif qu'il est humiliant pour le père de devenir ainsi comptable vis-à-vis de son fils. Mais comme le père demeurerait toujours comptable pour les capitaux, on ne voit pas comment il y aurait un inconvénient particulier à ce qu'il soit comptable pour des revenus.

191. La loi en attribuant aux père et mère, dans les limites ci-dessus indiquées, les revenus appartenant aux enfants, devait naturellement soumettre les père et mère au paiement des charges qui sont d'ordinaire acquittées sur les revenus :

ART. 385. Les charges de cette jouissance seront : 1° celles auxquelles sont tenus les usufruitiers; 2° la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune; 3° le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux; 4° les frais funéraires et ceux de dernière maladie.

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 21.
(2) MALEVILLE, *loc. cit.*, p. 393.

D'après le n° 1 de cet article, celui qui a la jouissance légale est assimilé à un usufruitier. Il est par conséquent soumis à la nécessité de faire un inventaire (art. 600); mais il est dispensé de fournir caution (art. 601).

En ce qui touche les meubles, qu'un tuteur serait en général obligé de faire vendre aux enchères dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire auquel il a dû faire procéder, l'article 453, au titre de la *Tutelle*, décide que les père et mère seront dispensés de les vendre, s'ils préfèrent les garder pour les remettre en nature. *Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une estimation à juste valeur. Ils rendront la valeur estimative des meubles qu'ils ne pourront représenter en nature.*

C'est donc dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire que le survivant des père et mère devra manifester son option, et faire procéder à une nouvelle estimation, *à juste valeur*, distincte de l'estimation approximative déjà faite dans l'inventaire.

Dans ce cas, le survivant des père et mère se trouve, vis-à-vis de l'enfant, constitué comptable d'un corps certain.

En principe, quand la jouissance légale prendra fin, il devra représenter en nature les meubles qu'il a pris en charge.

S'il est prouvé que les meubles ont péri par cas fortuit, ou par l'effet d'une force majeure, celui qui devait les représenter sera libéré, car il n'y a pas de texte qui mette les cas fortuits à sa charge. L'opinion contraire (1) repose sur une pure affirmation que rien ne justifie.

Mais que décider s'ils sont simplement détériorés par le fait du temps ou de l'usage? En pareille hypothèse l'usufruitier ordinaire, d'après l'art. 549, n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, *que dans l'état où ils se trouvent, non*

(1) DEMOLOMBE, t. VI, n° 524.

détériorés par son dol ou par sa faute. Il semble que l'art. 453 déjà cité, veuille exprimer la même idée à l'égard de l'usufruitier légal quand il soumet ce dernier à l'obligation de payer la valeur estimative *de ceux des meubles qu'il ne pourrait représenter en nature* (1).

Cependant Demolombe argumente de cette différence, certainement non intentionnelle, de rédaction, pour soutenir que la détérioration des meubles par le seul effet du temps et de l'usage doit retomber sur celui qui a la jouissance légale, par la raison que si l'on attribue les revenus au père ou à la mère, il faut du moins conserver toujours le capital à l'enfant :

« Voilà, dit-il, un enfant de six mois à qui on a légué des meubles, parmi lesquels se trouvent un cheval, une voiture, du linge de table et de corps qui n'est déjà plus neuf, etc.; — Et la loi dirait au père qu'il peut se servir de ce cheval, de cette voiture, de ce linge pendant près de dix-huit ans, et qu'il en sera quitte pour les rendre *dans l'état où ils se trouveront alors!* — Mais il ne rendrait que le cuir! il ne rendrait que des débris et des morceaux! — Non, cela ne devait pas être (2). »

C'est aussi notre sentiment : cela ne devrait pas être; mais cela est; c'est la conséquence forcée de la faculté que l'art. 453 donne aux père et mère de conserver la jouissance personnelle directe et gratuite d'objets qui cependant se détériorent peu à peu par l'usage. Rendre les père et mère responsables de cette détérioration, c'est leur faire payer cette jouissance. Les critiques de Demolombe ne peuvent atteindre que le système consacré par le législateur.

De ce que, d'après notre premier paragraphe, celui qui a la jouissance légale est assimilé à un usufruitier, il suit

(1) LAURENT, t. IV, n° 329.
(2) *Loc. cit.*

encore qu'il doit être tenu, pendant sa jouissance, en vertu de l'art. 608, de toutes les dépenses qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits, et des arrérages ou intérêts qui viendront à échéance à partir du jour où la jouissance légale aura commencé.

192. Le 2e paragraphe de l'art. 385, fait figurer parmi les charges de la jouissance légale : la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, *selon leur fortune*. Le père était déjà tenu d'acquitter personnellement ces dépenses, à raison de sa qualité (art. 203). Mais il faut observer que le devoir d'éducation imposé au père par l'art. 203 est réglé d'après sa fortune propre, comme le dit l'art. 208 pour les aliments. Au contraire quand l'enfant a une fortune personnelle dont le père a la jouissance, c'est d'après la fortune de cet enfant que doivent être réglées les charges qui lui sont dues. D'un autre côté, si la loi n'avait pas pris le soin de déclarer que l'entretien de l'enfant est une charge de la jouissance, il arriverait, si l'enfant avait d'autres biens personnels soustraits à cette jouissance du père, que ce dernier serait porté à prendre les frais d'éducation seulement sur les biens dont il ne jouirait pas.

Enfin, de ce que les frais d'éducation et d'entretien sont une charge de la jouissance, il suit que les créanciers de l'usufruitier légal ne peuvent saisir que l'excédent des revenus sur la somme qui doit être dépensée dans l'intérêt de l'enfant.

193. Quant aux créanciers existant du chef de l'enfant ou de ceux qu'il représente, et qui ont pour gage les biens sur lesquels doit porter la jouissance, il est manifeste que leur condition ne peut être changée par la constitution de cette jouissance. Ils se feront donc payer, s'il y a lieu, et la jouissance ne s'exercera que sur ce qui restera libre, toutes dettes payées. Mais il pourra se faire qu'il y ait des rentes à servir ou des capitaux encore dus. Nous savons déjà que les inté-

rêts et arrérages à échoir sont, par application du § 1er de l'art. 385, une charge de la jouissance. Il en sera de même des intérêts et arrérages déjà échus et non encore payés au moment où s'ouvre le droit à la jouissance légale. Tel est le sens du 3e paragraphe du même article (1). La loi a voulu que les premiers revenus encaissés par le père (ou la mère) servent à payer les intérêts ou arrérages encore dus, afin d'éviter l'aliénation d'une partie de l'actif qui, sans cette précaution, aurait peut-être été nécessaire. Mais cette règle, sans qu'il y ait pour cela de raison plausible, ne s'applique pas aux loyers ou fermages déjà échus.

194. La même considération a fait mettre à la charge de la jouissance légale les frais de la dernière maladie et des funérailles de la personne à qui l'enfant a succédé, de qui, par conséquent, proviennent les biens. L'usufruitier légal aurait pu soulever la prétention d'acquitter ces frais aux dépens du capital actif, dont il aurait fallu, par suite, aliéner une partie. La disposition finale de l'art. 385 évite ce résultat en mettant ces frais à la charge de la jouissance.

Il résulte donc de l'art. 385 que le père, ou la mère, à raison de la jouissance dont ils se trouvent légalement investis, sont obligés d'effectuer le paiement de certaines dettes, dont, personnellement, ils n'étaient pas tenus. Les créanciers qui ont conservé leurs droits intacts contre l'enfant, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, pourront donc agir contre le père (ou la mère), à raison des charges ci-dessus indiquées, dans les limites de la jouissance effective que ces derniers auront eue des biens de l'enfant.

195. Cette jouissance porte en principe sur tous les biens personnels de l'enfant.

(1) DEMOLOMBE, t. VI, nos 544 et suiv.; AUBRY et RAU, § 550 *bis*, texte et note 20; LAURENT, t. IV, n° 332; *Contrà*, Nîmes, 9 juillet 1856, D, 57, 2, 83,

Néanmoins,

ART. 387. Elle ne s'étendra pas aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.

Par conséquent ne sont pas soumis à la jouissance légale :

1° Les biens que l'enfant a acquis dans un état ou une profession distincts de l'état ou de la profession de ses père et mère.

« C'est une récompense, dit Demolombe, c'est un encouragement donné aux habitudes d'ordre, de travail, de bonne conduite (1). »

La récompense, il faut le remarquer, consiste à ne pas enlever à l'enfant ce qui lui appartient.

Ne pourront être considérés comme provenant du travail ou de l'industrie :

Ni les gains provenant d'un jeu ou d'un pari;

Ni le trésor auquel l'enfant aurait droit en tout ou en partie, soit qu'il l'eût trouvé lui-même sur son propre fonds, soit qu'il l'eût trouvé sur le fonds d'autrui, soit enfin qu'un tiers l'eût trouvé sur son fonds (art. 716);

Ni le droit de participer en qualité de commanditaire aux bénéfices réalisés par une société de commerce (2).

196. 2° Les biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que cette disposition a été déterminée par la considération suivante : certaines personnes disposées à gratifier l'enfant d'un legs ou d'une donation, mais ayant contre le père ou la mère des motifs de mécontentement, préfèreraient peut-être ne rien donner ou ne rien léguer à l'enfant si les parents de ce dernier pouvaient profiter, au moyen de leur jouissance légale, d'une telle libéralité. En conséquence, et dans le but unique

(1) T. VI, n° 497.
(2) Cass. 10 déc. 1878, D. 79, 1, 224.

de permettre à l'enfant de recevoir une libéralité qui, sans cela pourrait ne pas lui être faite, la loi permet à l'auteur de la libéralité d'exprimer la condition que les père et mère n'en jouiront pas. Mais cela ne peut concerner que les biens provenant d'une pure libéralité, et non ceux que l'enfant est appelé à recueillir, *rectâ viâ*, par l'effet d'une disposition de la loi. Donc si la mère institue son fils héritier avec la clause générale que le père n'aura pas la jouissance des biens légués, cette clause aura son effet quant à la quotité disponible, et sera réputée non écrite quant à la réserve (1).

3° Les biens que l'enfant est appelé à recueillir de son propre chef dans une succession dont son père ou sa mère ont été écartés pour cause d'indignité (art. 730).

4° Les biens compris dans un majorat (avis du Conseil d'État, du 25-30 janvier 1811).

197. La jouissance légale est susceptible de s'éteindre :

D'abord par l'effet de certaines causes d'extinction se produisant dans la personne de l'enfant propriétaire des biens soumis à cette jouissance;

En second lieu par l'effet d'autres causes d'extinction se produisant dans la personne de celui qui est titulaire de la jouissance.

Les causes d'extinction du chef de l'enfant sont :

1° Son arrivée à l'âge de dix-huit ans accomplis;

2° Son émancipation qui peut avoir lieu avant cet âge (art. 477); si l'émancipation était révoquée, elle ne pourrait plus produire d'effet, et la jouissance revivrait (2);

3° Son décès; on n'a pas admis en effet la jurisprudence des pays de droit écrit d'après laquelle la jouissance du père sur les biens adventices ne finissait que par le décès

(1) LAURENT, t. IV, n° 327; Rouen, 12 fév. 1887, D. 89, 2, 181 (rés. par le trib.).

(2) LAURENT, t. IV, n° 336 et les autorités citées.

du premier et se continuait malgré la mort de l'enfant (1).

198. Les causes d'extinction existant du chef de celui à qui appartient la jouissance légale, sont :

1° La mort du titulaire de cette jouissance; mais l'incertitude sur son existence, résultant de ce qu'il serait en état d'absence présumée ou déclarée ne ferait pas cesser la jouissance; à plus forte raison en serait-il ainsi s'il avait simplement disparu (2);

2° Le défaut d'inventaire dans le cas prévu par l'art. 1442;

3° L'abus de jouissance (arg. art. 618);

199. 4° La renonciation, de la part du titulaire, à son droit de jouissance. Il ne s'agit pas d'une simple renonciation de fait, résultant, par exemple, de ce que le père au lieu de remettre à l'enfant devenu majeur trois années seulement de ses revenus lui remettrait la totalité des revenus perçus pendant toute la durée de sa jouissance. Il s'agit au contraire d'une renonciation formelle qui produira son effet juridique aussitôt qu'elle aura été acceptée au nom du mineur (article 935); les créanciers du renonçant pourront la faire annuler si elle a été faite à leur préjudice (art. 622).

200. On s'est demandé si une telle renonciation pouvait valablement résulter, avant même l'ouverture du droit, d'une clause insérée dans le contrat de mariage. La négative résulte de l'art. 1388 aux termes duquel *les époux ne peuvent déroger aux droits conférés au survivant par le titre de la puissance paternelle.*

Il suit de là que la renonciation à la jouissance légale ne pourrait produire aucun effet, en tant que cette jouissance serait attribuée *au survivant.* Pourrait-elle en produire en tant qu'il s'agirait de la jouissance attribuée au père pendant le mariage? Il en résulterait une sorte de renonciation *ad*

(1) L. ult. C. 3, 33, *De usufr.*
(2) Cass. 13 avril 1889, S. 89, 1, 217.

tempus, le père ayant renoncé à cette jouissance pour la durée du mariage seulement, et n'ayant pu y renoncer pour la période suivant le prédécès de sa femme. Cette bizarrerie était si loin de la pensée des rédacteurs du Code, que dans la discussion de l'art. 1388 Treilhard s'exprimait comme suit :

« Cet article ne parle de la puissance paternelle que pour défendre les stipulations qui priveraient *le père* de son pouvoir sur la personne de ses enfants et de l'usufruit de leurs biens (1). »

201. Il y aura encore déchéance de la jouissance légale ;

5° Dans le cas où le titulaire aurait succombé dans une instance en divorce ; mais non s'il avait succombé dans une instance en séparation de corps ; si c'est le père qui a succombé, la déchéance profitera à l'enfant et non à la mère (Voy. t. II, n° 432).

6° Dans le cas d'un second mariage de la mère survivante.

Ces deux dernières causes de déchéance se trouvent formulées dans le même texte :

> ART. 386. Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé; et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage.

La seconde disposition a pour but d'éviter que le mari et les enfants issus du second mariage puissent tirer profit de revenus provenant de biens appartenant aux enfants du premier lit. Mais ce même résultat pourra également se produire en cas de second mariage de la part du père ; comment donc se fait-il que la loi laisse à ce dernier son droit de jouissance ? On répond que sa qualité de chef de famille lui laisse la liberté que n'aurait pas la femme remariée, d'employer les revenus des biens de ses enfants suivant leur destination naturelle.

(1) DEMOLOMBE, t. VI, n°s 490 et 491 ; RODIÈRE et PONT, *Contrat de mariage*, t. I, n° 74; *Contrà*, ZACHARIÆ, AUBRY et RAU, § 504, note 3; LAURENT, t. IV, n° 339.

Mais nous avons vu, en expliquant l'art. 380, que le législateur, quand il s'agit de l'exercice du droit de correction, redoute que le mari remarié se laisse entraîner par l'influence prépondérante de sa seconde femme, cette influence se produira avec encore bien plus de facilité quand il s'agira, non de faire incarcérer l'enfant du premier lit, mais de faire profiter du revenu de ses biens les enfants du second lit.

Quoi qu'il en soit, le second mariage contracté par la mère lui fera perdre son droit de jouissance légale. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le second mariage existe et qu'il ne soit pas annulé. Car nous savons que l'annulation d'un mariage a pour résultat nécessaire de faire disparaître pour le passé tous les effets civils qui étaient la conséquence directe du caractère juridique de l'union annulée (Voy. t. II, n° 159). Il peut en être autrement dans le cas de mariage putatif; mais les effets civils sont conservés uniquement en faveur de l'époux de bonne foi, et jamais contre lui.

202. Qu'adviendra-t-il maintenant si la femme remariée redevient veuve avant que l'enfant du premier lit ait accompli sa dix-huitième année? Le droit de jouissance éteint par son second mariage revivra-t-il? Si cette espèce d'usufruit légal apparaissait comme étant le résultat normal d'une certaine situation déterminée, on pourrait soutenir, comme l'ont fait quelques auteurs (1), que le second mariage, cause de l'extinction de cet usufruit, venant à cesser, l'effet doit disparaître, et que l'usufruit doit renaître. Mais comme cet usufruit présente au contraire un caractère exorbitant, qu'il n'existe que par suite d'une méconnaissance du droit de l'enfant, il faut décider, avec la majorité des auteurs, que lorsqu'il a cessé d'exister, il ne saurait revivre qu'en vertu d'un texte formel, qui n'existe pas dans l'espèce.

203. 7° Enfin, le droit de jouissance légale disparaîtra dans

(1) LAURENT, t. IV, n° 438.

tous les cas où celui qui en est investi aura encouru la déchéance de la puissance paternelle, par application des règles spéciales étudiées sous la rubrique suivante.

§ 4. — Déchéance de la puissance paternelle.

204. — Le Code n'ayant pas réglementé la déchéance de la puissance paternelle, la jurisprudence a cherché à combler cette lacune.
205. — Intervention du pouvoir législatif, art. 335 § 2, C. P.; loi du 7 déc. 1874.
206. — Portée plus générale de la loi du 24 juillet 1889.
207. — Cas dans lesquels la déchéance a lieu de plein droit.
208. — Cas dans lesquels la déchéance est facultative.
209. — Comparaison de l'art. 2 § 6 de la loi du 24 juillet 1889 avec l'art. 444, C. C.
210. — Procédure de la demande en déchéance.
211. — De l'appel et du pourvoi en cassation.
212. — Condition de la mère en cas de déchéance encourue par le père.
213. — Conséquences de la déchéance.
214. — Influence de la loi du 24 juillet 1889 sur la jurisprudence antérieure; résumé de cette jurisprudence.
215. — Cette jurisprudence ne peut plus désormais être suivie; les juges ne peuvent plus prononcer que la déchéance entière dans les conditions de la loi nouvelle.
216. — Objections contre cette solution, réfutation.
217. — La puissance paternelle ne peut être divisée ou scindée que dans les cas prévus par la loi.
218. — Conclusion.
219. — Restitution contre la déchéance encourue.
220. — La déchéance donne lieu à l'organisation de la tutelle. — Renvoi.
221. — Des enfants mineurs placés dans un établissement charitable ou chez des particuliers.
222. — Transfert judiciaire de tout ou partie de l'autorité paternelle.
223. — L'Assistance publique n'est pas une personne juridique.

204. Les pouvoirs des père et mère, dont l'ensemble forme ce qu'il est convenu d'appeler *La puissance paternelle*, ont leur principe et leur mesure dans le devoir d'éducation mo-

rale et civique dont ils sont tenus envers l'enfant. Si ce principe est méconnu, si la mesure est dépassée, l'enfant est lésé, il a le droit de se plaindre. Mais comme son âge ne lui permet pas d'agir, la société peut intervenir dans son intérêt.

Cela veut dire que le législateur après avoir déclaré l'étendue et la portée de la puissance paternelle a le droit de prévoir les hypothèses dans lesquelles cette puissance peut être retirée au père ou à la mère.

Le Code civil ne contenant aucune disposition sur ce point, la jurisprudence avait comblé cette lacune en prescrivant les mesures particulières que les circonstances paraissaient justifier, pour chaque espèce, mais sans pouvoir enlever aux parents, d'une manière générale, la puissance paternelle elle-même (1).

Le législateur au contraire, chaque fois qu'il est intervenu pour compléter, en notre matière, les prescriptions du Code civil, a pu adopter, et a adopté en effet, une méthode différente. Il a toujours procédé par voie de déchéance complète de la puissance paternelle, et jamais par voie de modification partielle de l'un de ses attributs.

205. Le premier acte législatif que l'on rencontre dans cet ordre d'idées, est l'art. 335, § 2, C. P., qui déclare déchus de leurs droits les parents condamnés pour avoir provoqué ou facilité la débauche de leurs enfants mineurs. Mais ce texte ne privait les parents de leur autorité que sur les enfants victimes des faits qui avaient entraîné la condamnation. La déchéance encourue était donc purement relative; si les parents avaient d'autres enfants, ils conservaient sur eux, malgré leur indignité manifeste, la plénitude de la puissance paternelle.

La loi du 7 décembre 1874 établit une cause nouvelle de

(1) Cass. 27 janv. 1879, S. 79, 1, 464; Cass. 3 mars 1856, S. 56, 1, 408.

déchéance en déclarant que les père et mère qui auraient livré leurs enfants âgés de moins de seize ans à des entrepreneurs de mendicité ou à des gens exerçant une profession ambulante, ou qui eux-mêmes auraient fait mendier leurs enfants âgés de moins de douze ans pourraient être privés de leur droit de puissance paternelle. La déchéance dans ce cas était purement facultative.

206. Mais il pouvait se présenter un grand nombre d'autres hypothèses dans lesquelles il pouvait y avoir nécessité, dans l'intérêt des enfants, d'enlever aux parents une autorité dont ils abusaient ou dont ils négligeaient d'user.

La loi du 24 juillet 1889 est venue réaliser à cet égard une réforme depuis longtemps jugée nécessaire, et inaugurer un système général sur les causes pouvant entraîner la déchéance de la puissance paternelle. Malheureusement cette loi hâtivement discutée et votée est loin de présenter une rédaction irréprochable (1). Elle distingue, d'après la gravité des circonstances, les cas dans lesquels la déchéance est encourue de plein droit, et ceux dans lesquels les tribunaux ont la faculté de la prononcer.

207. La loi s'occupe d'abord des premiers cas :

« Art. 1er. — Les père et mère et ascendants sont déchus « de plein droit, à l'égard de tous leurs enfants et descen- « dants, de la puissance paternelle, ensemble de tous les « droits qui s'y rattachent, notamment ceux énoncés aux « art. 108, 141, 148, 150, 151, 346, 361, 372 à 387, 389, 390, « 391, 397, 477 et 935 du Code civil, à l'art. 3 du décret du « 22 février 1851 et à l'art. 46 de la loi du 27 juillet 1872 : — « 1° S'ils sont condamnés par application du paragraphe 2 « de l'art. 334 du Code pénal ; — 2° S'ils sont condamnés, « soit comme auteurs, co-auteurs ou complices d'un crime

(1) La loi du 24 juillet 1889 est applicable à l'Algérie, ainsi qu'aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion.

« commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, « soit comme co-auteurs ou complices d'un crime commis « par un ou plusieurs de leurs enfants; — 3° S'ils sont « condamnés deux fois comme auteurs, co-auteurs ou com- « plices d'un délit commis sur la personne d'un ou plu- « sieurs de leurs enfants; — 4° S'ils sont condamnés deux « fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche. « — Cette déchéance laisse subsister entre les ascendants « déchus et l'enfant les obligations énoncées aux art. 205, « 206 et 207 du Code civil. »

Cet article paraît mal rédigé, car dans la discussion si rapide du 25 mai 1889 on a parlé de célibataires condamnés et privés ensuite de la puissance paternelle dès, qu'une fois mariés, il leur survient des enfants! Or, comme on l'a fait remarquer, il ne peut être question que des individus condamnés depuis leur mariage; sans cela il faudrait logiquement interdire le mariage à toute une catégorie de délinquants (1); on peut même soutenir que la loi suppose une condamnation ou un acte d'indignité postérieur à la naissance de l'enfant (2). Mais d'autre part, on soutient que la généralité des termes employés par l'art. 1er ne permet aucune distinction quant à l'époque où est intervenue la condamnation, et surtout qu'on ne voit pas pourquoi la condamnation devrait précéder la naissance du premier enfant, puisque les père et mère ne perdent pas seulement leurs droits sur celui-là mais sur tous ceux qu'ils pourraient avoir ultérieurement (3).

Dans les quatre hypothèses prévues au texte de l'art. 1er, la déchéance se produit comme un effet de droit attaché par la loi à la condamnation encourue (4).

(1) *Annuaire de législ. franç. de la Soc. de légis. comp.*, notice sur la loi du 24 juillet 1889 par M. LALLEMAND, 1890, p. 272.

(2) DIDIER, *Étude sur la loi du 24 juillet* 1889, p. 63.

(3) CHARMONT, *Revue critique*, 1891, p. 510, note 1.

(4) DIDIER, *loc. cit.*, p. 64.

208. Dans les hypothèses suivantes, au contraire, la déchéance sera facultative, et par conséquent ne sera encourue que si elle a été prononcée par les tribunaux :

« Art. 2. — Peuvent être déclarés déchus des mêmes droits :
« — 1° Les père et mère condamnés aux travaux forcés à
« perpétuité ou à temps, ou à la réclusion comme auteurs,
« co-auteurs ou complices d'un crime autre que ceux pré-
« vus par les art. 86 à 101 du Code pénal; — 2° Les père et
« mère condamnés deux fois pour un des faits suivants :
« séquestration, suppression, exposition ou abandon d'en-
« fants ou pour vagabondage; — 3° Les père et mère con-
« damnés par application de l'art. 2, paragraphe 2, de la loi
« du 23 janvier 1873, ou des art. 1, 2 et 3 de la loi du 7
« décembre 1874; — 4° Les père et mère condamnés une pre-
« mière fois pour excitation habituelle de mineurs à la débau-
« che; — 5° Les père et mère dont les enfants ont été con-
« duits dans une maison de correction, par application de
« l'art. 66 du Code pénal; — 6° En dehors de toute con-
« damnation, les père et mère qui, par leur ivrognerie habi-
« tuelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de
« mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la
« sécurité, soit la moralité de leurs enfants. »

Une observation générale qui s'applique à l'art. 1er et à l'art. 2, c'est que les condamnations dont il est question dans ces deux articles doivent avoir été prononcées par une juridiction répressive française (Voy. t. Ier, n° 302, 2°).

Parmi les faits prévus au n° 2 de l'art. 2, il en est dont la qualification peut varier selon les circonstances. Ainsi, la séquestration sera considérée, selon sa durée, comme un crime ou un délit (art. 341 et suiv., C. P.); l'exposition d'un enfant est un simple délit (art. 349, 350, C. P.); mais ce même fait entraîne l'application d'une peine criminelle, s'il a causé la mort ou la mutilation de la victime (art. 351, C. P.). Ainsi encore, la suppression d'un enfant est punie comme

un crime, s'il est établi que l'enfant a vécu, et comme un délit dans le cas contraire (art. 345). Dans toutes ces hypothèses, il faudra tenir compte des distinctions qui viennent d'être faites. La déchéance sera encourue de plein droit par application de l'art. 1er § 2 de la loi du 24 juillet 1889, si la peine prononcée est une peine criminelle, et le pouvoir d'appréciation laissé aux juges par l'art. 2 § 2 de la même loi, en cas de double condamnation, ne pourra s'appliquer que si les faits incriminés constituent de simples délits (1).

209. Le nº 6 du même art. 2 provoque une autre observation importante ; il y est question des père et mère qui, *par leur inconduite notoire*, etc., compromettent la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants. L'art. 444 du C. C. contient déjà une disposition déclarant exclus de la tutelle, et même destituables s'ils sont en exercice, *les gens d'une inconduite notoire*. Par conséquent, *en dehors de toute condamnation* précédemment encourue, les gens d'une inconduite notoire peuvent aussi bien être destitués de la tutelle, que déclarés déchus de la puissance paternelle. La déchéance de la puissance paternelle étant une mesure plus grave que la destitution de la tutelle, on admet que les juges auront à cet égard un certain pouvoir d'appréciation; que la destitution de la tutelle qu'ils auront prononcée n'entraîne pas nécessairement la déchéance de la puissance paternelle (2); donc, la jouissance légale persistera au profit du père, ou de la mère, destitué de la tutelle; le nouveau tuteur administrera les biens de l'enfant mineur, et touchera ses revenus à la charge de verser entre les mains du père, ou de la mère, l'excédent de ces revenus sur les dépenses du mineur (3).

210. Voyons maintenant quelle sera la procédure à suivre

(1) Cass. 8 mars 1890, S. 91, 1, 281.
(2) Poitiers, 21 juillet 1890, D. 91, 2, 73.
(3) Lyon, 4 juin 1878, S. 79, 2, 3.

pour arriver à la constatation de la déchéance de la puissance paternelle.

Quand il s'agit de la déchéance encourue dans les cas auxquels se réfère l'art. 1er de la loi de 1889, toute procédure particulière est inutile puisque la déchéance se produisant comme un effet légal n'a pas besoin d'être prononcée. Une inadvertance de rédaction dans l'art. 9, § 2, qui reconnaît aux tribunaux répressifs le droit de statuer sur la déchéance, même à la suite des condamnations qui la produisent de plein droit, a d'abord fait hésiter la pratique, et la chambre du conseil a d'abord accueilli les actions en déchéance qui s'étaient produites dans ces conditions. Mais aujourd'hui il n'en est plus ainsi, au moins dans le ressort du tribunal de la Seine, et la chambre du conseil déclare avec raison n'y avoir lieu à statuer quand elle est mal à propos saisie de demandes en déchéance à suite des condamnations prévues par l'art. 1er de la loi de 1889.

C'est en effet dans les cas seulement où la déchéance est facultative que l'on comprend la nécessité d'instituer une action spéciale en déchéance.

« L'action en déchéance, dit l'art. 3 de la loi de 1889, est in-
« tentée devant la chambre du conseil du tribunal du domicile
« ou de la résidence du père ou de la mère, par un ou plusieurs
« parents du mineur au degré de cousin germain ou à un de-
« gré plus rapproché, ou par le ministère public. »

L'article suivant règle les détails de la procédure, avec la prolixité qu'on rencontre dans toutes les lois nouvelles :

« Art. 4. — Le procureur de la République fait procéder à
« une enquête sommaire sur la situation de la famille du mi-
« neur et sur la moralité de ses parents connus, qui sont mis
« en demeure de présenter au tribunal les observations et op-
« positions qu'ils jugeront convenables. — Le ministère public
« ou la partie intéressée introduit l'action en déchéance par un
« mémoire présenté au président du tribunal, énonçant les faits

« et accompagné des pièces justificatives. Ce mémoire est no-
« tifié aux père et mère ou ascendants dont la déchéance est
« demandée. — Le président du tribunal commet un juge
« pour faire le rapport à jour indiqué. — Il est procédé dans
« les formes prescrites par les art. 892 et 893 du Code de pro-
« cédure civile. Toutefois, la convocation du conseil de famille
« reste facultative pour le tribunal. — La chambre du conseil
« procède à l'examen de l'affaire sur le vu de la délibération
« du conseil de famille lorsqu'il a été convoqué, de l'avis du
« juge de paix du canton, après avoir appelé, s'il y a lieu, les
« parents ou autres personnes et entendu le ministère public
« dans ses réquisitions. — Le jugement est prononcé en au-
« dience publique. Il peut être déclaré exécutoire nonobstant
« opposition ou appel. »

Le mémoire dont il est parlé au texte doit être notifié au défendeur dès le début de l'instance. Il a été jugé qu'il y aurait nullité si le mémoire n'était signifié à l'intéressé qu'avec le jugement ordonnant, avant de statuer au fond, une mesure d'instruction (1).

La disposition concernant le prononcé du jugement en audience publique, s'applique non seulement au jugement définitif, mais aussi aux autres jugements rendus au cours de l'instance. Les instances en déchéance de la puissance paternelle sont d'ailleurs soumises aux règles ordinaires de la procédure civile, en tant que la loi du 24 juillet 1889 n'y a pas dérogé, spécialement en ce qui concerne soit les délais des ajournements et de la comparution, soit la publicité des jugements (2).

« Art. 5. — Pendant l'instance en déchéance, la chambre
« du conseil peut ordonner, relativement à la garde et à
« l'éducation des enfants, telles mesures provisoires qu'elle

(1) Angers, 18 mars 1891, S. 91, 2, 140.
(2) *Ibid.*, Bourges, 6 mai 1891, S. 91, 2, 141.

« juge utiles. — Les jugements sur cet objet sont exécutoi-
« res par provision. »

211. « Art. 6. — Les jugements par défaut prononçant
« la déchéance de la puissance paternelle peuvent être atta-
« qués par la voie de l'opposition dans le délai de huit jours
« à partir de la notification à la personne et dans le délai
« d'un an à partir de la notification à domicile. Si, sur l'op-
« position, il intervient un second jugement par défaut,
« ce jugement ne peut être attaqué que par la voie de l'ap-
« pel. »

« Art. 7. — L'appel des jugements appartient aux parties
« et au ministère public. Il doit être interjeté dans le délai
« de dix jours, à compter du jugement s'il est contradic-
« toire, et, s'il est rendu par défaut, du jour où l'oppo-
« sition n'est plus recevable. »

Les instances en déchéance de la puissance paternelle étant des instances civiles soumises, ainsi que nous l'avons dit, aux règles de la procédure ordinaire, en tant que la loi nouvelle n'y a pas dérogé, il en résulte que l'appel interjeté par le père ou la mère du jugement prononçant contre eux la déchéance de la puissance paternelle doit être notifié au ministère public dans la forme prescrite par l'art. 456, C. pr. civ. et non par déclaration au greffe suivant le mode admis par l'art. 203, C. instr. crim., pour l'appel des jugements correctionnels (1).

Par suite de la même considération, il faut décider que le pourvoi en cassation n'est recevable qu'à la condition d'être formé comme en matière civile, c'est-à-dire par requête signée d'un avocat à la Cour de cassation, et déposé au greffe de la Cour avec une quittance de consignation d'amende (2). Il faut remarquer en effet que la déchéance de

(1) Arrêt précité de Bourges du 6 mai 1891.
(2) Cass. 23 fév. 1891, S. 91, 1, 168.

la puissance paternelle n'est pas une peine mais une mesure de protection prise dans l'intérêt de l'enfant (1). Dans une circulaire aux procureurs généraux, en date du 21 septembre 1889 et relative à l'instance en déchéance, le garde des sceaux le reconnaissait en ces termes : « Vos substituts devront se souvenir que c'est à une œuvre de protection et non de répression qu'ils sont associés... »

212. Lorsque la déchéance de la puissance paternelle a été encourue par le père, il faut savoir quelle va être désormais la condition de la mère, ou de la femme avec laquelle le père déchu contracterait un nouveau mariage. L'art. 9 se réfère à ces diverses situations :

« Art. 9. — Dans le cas de déchéance de plein droit en-
« courue par le père, le ministère public ou les parents dési-
« gnés à l'art. 3 saisissent sans délai la juridiction com-
« pétente, qui décide si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère
« exercera les droits de la puissance paternelle tels qu'ils
« sont définis par le Code civil. Dans ce cas, il est procédé
« comme à l'art. 4. Les art. 5, 6 et 7 sont également appli-
« cables. — Toutefois, lorsque les tribunaux répressifs pro-
« nonceront les condamnations prévues aux art. 1er et 2,
« paragaphes 1, 2, 3 et 4, ils pourront statuer sur la déché-
« ance de la puissance paternelle dans les conditions établies
« par la présente loi. — Dans le cas de déchéance facul-
« tative, le tribunal qui la prononce statue par le même
« jugement sur les droits de la mère à l'égard des enfants
« nés et à naître, sans préjudice, en ce qui concerne ces
« derniers, de toute mesure provisoire à demander à la
« chambre du conseil, dans les termes de l'art. 5, pour
« la période du premier âge. — Si le père déchu de la puis-
« sance paternelle contracte un nouveau mariage, la nou-
« velle femme peut, en cas de survenance d'enfants, de-

(1) *Contrà*, CHARMONT, *Revue critique*, 1891, p. 801.

« mande au tribunal l'attribution de la puissance paternelle « sur ces enfants. »

Le tribunal peut donc décider que les droits enlevés au père ne seront pas exercés par la mère. Cela paraît excessif; mais on a pensé que si l'autorité enlevée au père était, dans tous les cas, transférée à la mère, il pourrait n'y avoir dans la situation de l'enfant qu'un changement apparent, lorsque les deux époux continuent d'habiter ensemble.

Il faut remarquer que le paragraphe final de l'art. 9, qui prévoit le cas d'un second mariage contracté par le père déchu de la puissance paternelle, n'apporte aucune modification aux droits de la seconde femme sur les enfants qu'elle peut avoir eus avant ce mariage.

213. La déchéance encourue entraîne, dans tous les cas, certaines incapacités :

« Art. 8. — Tout individu déchu de la puissance paternelle « est incapable d'être tuteur, subrogé-tuteur, curateur ou « membre du conseil de famille. »

En outre, d'après l'art. 14 : « En cas de déchéance de « la puissance paternelle, les droits du père, et, à défaut du « père, les droits de la mère, quant au consentement au « mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse et à l'éman- « cipation, seront exercés par les mêmes personnes que si « le père et la mère étaient décédés, sauf les cas où il aurait « été décidé autrement en vertu de la présente loi. »

214. La déchéance de la puissance paternelle n'est pas irrémissible. Mais avant de voir comment elle peut être effacée, il importe d'apprécier l'influence de la loi nouvelle sur l'état antérieur de la jurisprudence.

Nous avons eu l'occasion de constater (n° 174) que le silence du Code civil avait en quelque sorte autorisé les tribunaux à s'attribuer le pouvoir de contrôler la manière dont les parents exerçaient leur autorité. Il importe de résumer cette jurisprudence et de se demander si elle peut être

maintenue en présence du régime nouveau inauguré par la loi du 24 juillet 1889.

Les tribunaux admettaient d'abord ce principe général qu'il n'était pas permis d'enlever aux parents, dans quelque hypothèse que ce fût, la puissance paternelle elle-même (1), considéré dans son ensemble, mais qu'il était possible de leur retirer un ou plusieurs des attributs de cette puissance, en neutralisant en quelque sorte ceux dont ils avaient abusé au détriment de l'enfant.

Il faut cependant remarquer que tout le monde était d'accord pour considérer en quelque sorte comme *intangible* le droit de jouissance légale, c'est-à-dire, celui des attributs de la puissance paternelle qui est le moins justifié. A peine admettait-on que les tribunaux pouvaient prendre certaines précautions afin d'assurer l'accomplissement des charges dont cette jouissance était grevée (2).

Pour les autres attributs, et sans qu'il existe de cette différence aucune raison juridique, les tribunaux se montraient moins réservés, ainsi il était jugé :

1° Que la garde de l'enfant, en cas de nécessité, pouvait être confiée à une tierce personne (3);

2° Que l'exercice par le père du droit d'émancipation qui lui appartient, ne pouvait préjudicier aux mesures déjà prises par la justice concernant cette garde (4). (Voy. t. II, nos 351 et 431);

3° Que le droit du père d'interdire les visites des personnes qu'il croit utile d'écarter de l'enfant peut devenir abusif quand il s'agit des aïeuls; que par suite les juges peuvent, non seu-

(1) Cass. 27 janv. 1879, S. 79, 1, 464; Cass. 3 mars 1856, S. 56, 1, 408.

(2) AUBRY et RAU, t. VI, § 550 *bis*, note 37.

(3) Cass. 27 janv. 1879, précité; Cass. 3 mars 1856, précité.

(4) Cass. 4 avril 1865, D. 65, 1, 387, etc.

lement décider dans quelles mesures ces visites seront permises, mais encore prescrire que les enfants feront un séjour plus ou moins prolongé chez leurs aïeuls, hors de la maison paternelle (1). Mais d'autres décisions n'ont pas osé aller jusque-là (2);

4° Que les tribunaux pouvaient, en cas d'abus, enlever au père le droit d'administration légale (3).

La jurisprudence que nous venons de résumer pouvait, malgré son arbitraire évident, trouver une explication dans le silence complet gardé par le Code civil, sur la manière de réprimer les abus de la puissance paternelle.

215. Mais aujourd'hui il ne peut plus en être ainsi; la lacune a été comblée; la loi du 24 juillet 1889 a introduit un régime nouveau, et depuis cette loi, comme l'ont nettement déclaré certaines décisions importantes, les tribunaux peuvent seulement prononcer, dans les cas prévus, la déchéance de la puissance paternelle d'une manière générale et absolue, mais ils ne peuvent plus se borner à la restreindre ou à la modifier, suivant la variété des espèces et des intérêts (4). Du reste, la difficulté avait été prévue; le projet admettait la possibilité d'une sorte de déchéance partielle; mais le Conseil d'Etat l'a fait disparaître : « Il n'a pas compris, a dit M. Courcelle-Seneuil, qu'on pût être père à demi, ou au tiers ou au quart. Pour que la condition de l'enfant soit stable, il faut qu'il soit placé sous l'une ou l'autre puissance, et que celle du père soit entière ou ne soit pas (5). »

(1) Aix, 12 déc. 1890, S. 91, 2, 25; Lyon, 27 mars 1886, S. 88, 2, 35; Paris, 14 août 1869, S. 69, 2, 267, etc.

(2) Agen, 6 nov. 1889, S. 90, 2, 132, etc.

(3) Trib. Le Puy, 10 déc. 1869, D. 70, 3, 64; Montpellier, 25 août 1864, S. 64, 2, 225.

(4) Poitiers, 21 juill. 1890, Trib. Saint-Quentin, 27 déc. 1889; Trib. Toulouse, 3 juill. 1890, S. 91, 2, 17; note de M. de Loynes dans D. 1891, 2, 73.

(5) *J. off. Annexes*, 1888, p. 726, 2e col.

216. Cette solution qui s'impose a cependant été contestée (1).

On a d'abord allégué les principes généraux, ainsi rappelés en 1857 par la Cour de cassation : « *En cette matière, comme en toute autre, il est permis de recourir à l'autorité des tribunaux*, et de leur demander qu'ils examinent d'après la connaissance qu'ils peuvent avoir de la position respective des parties, ou d'après les faits qui sont soumis à leur appréciation, s'il y a eu exagération ou abus dans l'exercice de la puissance paternelle, et si elle doit être ramenée dans les limites du droit (2). »

Cette application à l'exercice de la puissance paternelle d'un principe vrai en soi, pouvait être soutenue en 1857, quand on était en présence d'une matière incomplétement réglementée par le Code. Mais aujourd'hui il n'en est plus ainsi : à côté de l'art. 373, d'après lequel : *Le père* SEUL *exerce cette autorité durant le mariage*, est venue se placer la loi de 1889 prévoyant les seules hypothèses dans lesquelles le père peut encourir une déchéance, et entre ces deux ordres de dispositions, il n'y a plus de place pour le contrôle désormais sans objet, des tribunaux.

Ce contrôle, d'ailleurs, était loin d'être toujours justifié; ainsi l'arrêt précité de 1857 s'exprimait de la manière suivante au sujet des prohibitions édictées par le père aux libres communications entre l'enfant et ses grands parents : « Maintenir ces prohibitions, ce serait tout à la fois méconnaître l'intérêt des enfants et blesser des devoirs ou des convenances morales qui devraient être respectés. » Mais il était facile de répondre que la loi n'est pas faite pour sanctionner l'ac-

(1) Trib. Seine, 17 janv. 1890, S. 91, 2, 17 et la note de M. BOURCART; Aix, 12 nov. 1890, S. 91, 2, 25, et la note de M. NAQUET; — — DIDIER, *loc. cit.*, p. 71; TESTOUD, *Revue critique*, 1891, p. 16; CHARMONT, *Revue critique*, 1891, p. 516.

(2) Cass. 8 juill. 1857, S. 57, 1, 721.

complissement de simples devoirs moraux ou de convenance (Voy. t. Ier, nº 9).

Quant à la raison tirée de ce que la loi ne permet pas de prononcer une déchéance partielle de la puissance paternelle, on a cru l'écarter en soutenant, contrairement à toute évidence, que les mesures de détails que pouvaient prendre les tribunaux, ne sauraient être considérées comme des déchéances partielles. Il faut citer textuellement : « Quand nous demandons, dit M. Testoud, le droit pour les tribunaux de prendre des mesures de détail pour réprimer certains abus de l'autorité des parents, nous ne revendiquons, en aucune manière, le droit de prononcer une déchéance, même partielle, de la puissance paternelle. Il ne s'agit toujours que du contrôle par la justice des actes des parents (1). » M. Charmont exprime la même idée : « Ce n'est pas à dire, écrit-il, que les restrictions apportées par les arrêts à l'exercice de la puissance paternelle puissent être assimilées juridiquement à une déchéance. Dans les cas les plus graves, lorsqu'on enlevait au père la garde de son enfant, on lui laissait *tout au moins* le droit de surveiller les tiers auxquels cette garde était confiée. En outre, la mesure prise contre lui conservait toujours un caractère provisoire et pouvait être rapportée dès que les circonstances se modifiaient (2). »

Mais ce sont ces restrictions qui constituent précisément ce qu'on appelle des déchéances partielles. Elles sont partielles quant à leur durée, quant à leur étendue, etc. Mais il serait puéril de chercher à équivoquer sur la dénomination qu'il convient de leur attribuer pour le contester.

217. Cela voudrait-il dire que nous considérons la puissance paternelle comme indivisible en ce qui touche les attributs divers qui la constituent? Jamais une pareille idée n'a

(1) *Loc. cit.*, p. 26-27.
(2) *Loc. cit.*, p. 517.

été soutenue par personne. La puissance paternelle est parfaitement divisible dans ses éléments, mais nous soutenons que la loi seule peut opérer cette division, et jamais l'arbitraire des tribunaux (1).

Or, voici les cas, les seuls dans lesquels la loi a admis que la puissance paternelle pouvait être en quelque sorte scindée, dans l'intérêt de l'enfant :

1° En cas de divorce ou de séparation de corps, les tribunaux sont autorisés à priver du droit de garde les parents qui s'en seraient montrés indignes (Voy. t. II, nos 350 et suiv. 423 et suiv.);

2° Lorsque des administrations, des associations, ou des particuliers acceptent la charge de mineurs de seize ans, dans des conditions prévues par l'art. 17 de la loi du 24 juillet 1889, les tribunaux peuvent décider qu'il y a lieu de déléguer à l'assistance publique les droits de puissance paternelle qui ont été abandonnés par les parents, et de remettre l'exercice de ces droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant;

3° Lorsqu'un mineur est recueilli par une association ou un particulier sans l'intervention des parents, un jugement peut ne conférer à ceux qui se chargent de l'élever que l'exercice d'une partie des droits de puissance paternelle, et réserver les autres, ainsi que l'autorité paternelle elle-même, à l'assistance publique (L. 24 juillet 1889, art. 20).

En dehors de ces hypothèses, il n'est pas possible de concevoir de la part des tribunaux un contrôle quelconque sur l'exercice de l'autorité paternelle, à peine de retomber dans l'arbitraire que la loi de 1889 a eu pour conséquence de faire cesser.

218. Ceci nous conduit à faire une observation importante : Il pourra arriver que la manière dont le père entendra

(1) Poitiers, 21 juill. 1890, D. 91, 2, 73, note de M. de Loynes.

exercer son autorité ne soit pas agréée par la mère, et prenne même vis-à-vis de cette dernière, un caractère injurieux. Nous avons déjà vu que dans ce cas, la mère n'avait d'autre recours à exercer qu'une demande en divorce ou en séparation de corps (nº 174), et que, à l'occasion de cette action, les tribunaux pourraient régler les conditions de la garde des enfants. Mais, dit M. Testoud, n'est-il pas étrange de dire que les tribunaux ne pourront accorder leur protection aux enfants et intervenir en leur faveur qu'à la condition expresse que leurs parents soient engagés dans une instance de séparation de corps ou de divorce (1)? Non, ce n'est pas étrange, et il eût été bien maladroit de décider le contraire. Dans la pratique les actions directes intentées par la mère dans l'intérêt, vrai ou supposé de l'enfant, n'étaient en réalité, le plus souvent, que le prélude d'une action en séparation de corps, et quelquefois elles n'avaient d'autre but que de créer, au profit de la mère, les apparences d'un grief destiné à être invoqué plus tard dans une instance ultérieure en séparation.

Enfin, on a encore objecté que notre doctrine aurait pour résultat d'empêcher l'intervention du juge dans des cas particuliers où elle était possible avant la loi nouvelle, de sorte que beaucoup d'abus qu'on aurait pu réprimer pourront se commettre impunément parce qu'ils ne paraîtront pas assez graves pour mériter la déchéance totale. La crainte est chimérique, car les termes de l'art. 1er § 6 de la loi nouvelle sont assez larges pour permettre aux juges de prémunir les enfants contre tous abus suffisamment graves d'autorité, et tout abus qui n'aurait pas ce caractère ne doit pas arrêter l'attention de la justice. Les erreurs d'appréciation que les juges peuvent commettre en cette matière comme en toute autre, ne peuvent être imputées qu'à la faiblesse humaine.

(1) *Loc. cit.*, p. 20, 26.

Mais ce qui n'est pas chimérique, c'est la crainte de l'arbitraire. Si les juges pouvaient s'immiscer dans les détails de la direction de la famille, comme on semble les y convier, on ne voit pas la limite qui pourrait être fixée à une telle ingérence. Il ne faut pas s'y tromper en effet, la question a une portée plus lointaine. Pour peu que l'on sorte du domaine de la spéculation purement juridique pour entrer dans celui de la vie pratique, on est frappé de la contradiction apparente dans laquelle semblent tomber certains esprits qui reprochent à la Révolution et à la loi moderne d'avoir relâché outre mesure les liens de l'autorité paternelle. Ils proclament la nécessité de relever cette autorité. Cependant si le père exerce le pouvoir qui lui appartient d'une manière qui n'est pas conforme à leurs opinions, à leurs préjugés ou à leurs croyances, ces mêmes hommes n'hésitent pas à déclarer nécessaire l'intervention des tribunaux, et s'efforcent ainsi de paralyser dans les détails de son application usuelle une autorité dont ils ont affirmé vouloir fortifier le principe.

Au fond, il n'y a pas de contradiction réelle ; il s'agit uniquement de supprimer la liberté civile de la famille. La loi du 24 juillet 1889 met obstacle à ces tentatives de réaction.

219. La déchéance, avons-nous dit, n'est pas irrémissible. Ceux qui l'ont encourue peuvent obtenir qu'elle soit effacée.

Les père et mère frappés de déchéance par l'effet d'une condamnation pénale, ne pourront être admis à se faire restituer la puissance paternelle qu'après avoir obtenu leur réhabilitation. — Si la déchéance a été prononcée directement en vertu des §§ 5 et 6 de l'art. 2, en dehors de toute condamnation préalable, la demande en restitution ne peut être formée que trois ans après le jour où le jugement qui a prononcé la déchéance est devenu irrévocable (art. 15 de la loi du 24 juillet 1889).

D'après l'art. 16, la demande est introduite sur simple

requête et instruite conformément aux dispositions des §§ 2 et suiv. de l'art. 4. L'avis du conseil de famille est obligatoire. — La demande est notifiée au tuteur qui peut présenter, dans l'intérêt de l'enfant, ou en son nom personnel, les observations et oppositions qu'il aurait à faire contre la demande. Les dispositions des art. 5 et 6 sont également applicables à ces demandes.

Le tribunal, ajoute le même art. 16, en prononçant la restitution de la puissance paternelle, fixe, suivant les circonstances, l'indemnité due au tuteur, ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne sera alloué aucune indemnité.

L'indemnité dont il s'agit n'est rien autre chose que la représentation de la pension alimentaire fixée en vertu de l'art. 12, et qui est due par tous ceux à qui peuvent être réclamés des aliments. Il fallait donc appliquer le principe reçu en matière alimentaire, et déclarer la dette éteinte en cas d'indigence.

Le paragraphe final de l'art. 16, dispose que la demande en restitution de la puissance paternelle qui aura été rejetée ne pourra plus être réintroduite, si ce n'est par la mère après la dissolution du mariage. — Il ne fallait pas, en effet, remettre trop souvent en question l'éducation et le sort de l'enfant. D'ailleurs, suivant une observation de M. Courcelle-Seneuil, les demandes de restitution de la puissance paternelle seront souvent suspectes parce qu'elles se produiront presque toujours pendant la période où l'enfant commence à rapporter plus qu'il ne coûte.

220. La déchéance de la puissance paternelle dans les divers cas ou elle est encourue, a pour résultat, si la mère est écartée, de donner ouverture soit à la tutelle du droit commun, soit à la tutelle spécialement organisée par la loi du 24 juillet 1889 (art. 10 à 14). L'explication de cette partie de la loi nouvelle trouvera plus naturellement sa place au commentaire du titre de la *Tutelle*.

221. Mais la loi de 1889 contient un titre important, qu'il faut expliquer ici, et qui est relatif aux mineurs dont les parents ne sont pas déchus de leur autorité, et qui sont placés cependant, avec ou sans l'intervention de ceux-ci, dans des établissements charitables ou chez des particuliers.

L'exposé des motifs (1) indique clairement quel était le but à atteindre et l'obstacle à surmonter :

« Un père obtient l'admission de son enfant dans un établissement de bienfaisance. L'enfant est trop jeune pour se livrer à un travail productif; il constitue donc une charge. Il grandit : il est pourvu d'une instruction élémentaire; il devient, au sens économique du terme, une valeur. C'est alors qu'il est réclamé par son père. L'œuvre oppose à ce dernier un engagement qu'il a souscrit. Le père en effet s'est engagé à laisser l'enfant dans l'établissement jusqu'à sa majorité, ou à rembourser à l'œuvre les frais d'entretien et d'éducation. L'engagement est, dans la forme, d'une régularité irréprochable. Le père, s'il retire l'enfant, devient débiteur de l'établissement, mais fût-il insolvable, la personne de l'enfant ne saurait être le gage de la créance. L'œuvre gagnerait le procès et perdrait l'enfant; pourquoi plaiderait-elle? Dans l'état actuel de notre législation, le juge ne peut pas ne pas ordonner la remise de l'enfant au père, si indigne que soit ce père... »

222. Il fallait donc rendre possible une sorte de dessaisissement et de transfert de l'autorité paternelle, sous la garantie de l'intervention de l'autorité judiciaire, intervention d'ailleurs nécessaire, puisqu'il s'agit d'une modification à apporter à l'état des personnes.

Deux hypothèses peuvent se présenter : 1° Les père, mère ou tuteur ont confié les enfants à des associations, à des

(1) *J. offic.*, 1888, p. 708, 3e col.

particuliers ; 2° ces enfants ont été recueillis directement sans l'intervention des parents.

Dans le premier cas (art. 17 et 18), « le tribunal peut, à la requête des parties intéressées, agissant conjointement par voie de requête visée pour timbre et enregistrée gratis, décider qu'il y a lieu, dans l'intérêt de l'enfant, de déléguer à l'assistance publique les droits de la puissance paternelle et de remettre l'*exercice* de ces droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant. » S'il s'agit au contraire (art. 19) de mineurs de 16 ans recueillis sans l'intervention des père, mère ou tuteur, une déclaration doit être faite, sous peine d'amende, aux autorités compétentes, le préfet est saisi et, si (art. 20) l'enfant n'est pas réclamé dans les trois mois, ceux qui l'ont sauvé de l'abandon peuvent adresser requête au président du tribunal, et obtenir l'exercice de tout ou partie des droits de la puissance paternelle.

Les père, mère ou tuteur ont la possibilité (art. 21) de réclamer l'enfant en s'adressant aux tribunaux. La demande rejetée ne peut plus être renouvelée que trois ans après le jour où la décision de rejet est devenue irrévocable. Au sujet de cette dernière disposition, M. Courcelle-Seneuil s'exprime ainsi : « Les procès relatifs à la puissance paternelle et à l'éducation des enfants sont toujours fâcheux, et il est bon qu'ils soient aussi rares que possible. » C'est ce motif qui a entraîné l'adhésion du Parlement.

Il faut encore remarquer les dispositions suivantes :

« Art. 23. — Le préfet du département de la résidence « de l'enfant confié à un particulier ou à une association de « bienfaisance, dans les conditions de la présente loi, peut « toujours se pourvoir devant le tribunal civil de cette ré- « sidence afin d'obtenir, dans l'intérêt de l'enfant, que le « particulier ou l'association soient dessaisis de tout droit sur « ce dernier et qu'il soit confié à l'Assistance publique. — La « requête du préfet est visée pour timbre et enregistrée

« gratis. — Le tribunal statue, les parents entendus ou dû-
« ment appelés. — La décision du tribunal peut être frappée
« d'appel, soit par le préfet, soit par l'association ou le parti-
« culier intéressé, soit par les parents. — L'appel n'est pas
« suspensif. — Les droits conférés au préfet par le présent
« article appartiennent également à l'Assistance publique. »

« Art. 24. — Les représentants de l'Assistance publique
« pour l'exécution de la présente loi sont les inspecteurs
« départementaux des enfants assistés, et, à Paris, le Direc-
« teur de l'administration générale de l'Assistance publique. »

223. Les derniers articles de la loi renferment une confusion, voulue il est vrai, mais de nature à amener de graves conséquences... Il y est parlé constamment de l'*Assistance publique* et l'exposé des motifs précise le sens que les auteurs du projet désireraient attacher à cette formule (1).

« Il ne faut pas, dit le gouvernement, que l'on s'étonne de voir d'une part les administrations d'assistance publique et d'autre part l'*Assistance publique* prise absolument : telle administration d'assistance, comme un hospice, un asile, un bureau de bienfaisance, peut recueillir un enfant; elle se trouve à l'égard de cet enfant dans les conditions des établissements privés; l'exercice seul d'une partie des droits de la puissance paternelle pourra lui être confié, les droits eux-mêmes restant dévolus à l'*Assistance publique* qui est l'organe et le représentant de l'État... »

Or, nous savons que le devoir de l'assistance publique est réparti entre les communes, les départements et l'État (V. t. Ier, n° 205). Mais il n'y a pas de personne morale connue sous le nom abstrait d'*Assistance publique*. Le langage de la loi manque donc d'exactitude. M. Lallemand le fait remarquer avec raison :

« Il n'existe pas en France, dit-il, de « Local government

(1) *J. off.*, 1888, p. 709, 2e col.

board » et de taxe des pauvres. En vertu des lois existantes, l'Assistance publique ne comprend que des corps autonomes ayant une vie propre, agissant sous le contrôle supérieur du gouvernement. Quelques bureaux du ministère de l'intérieur avaient dans leurs attributions la surveillance de ces commissions hospitalières, des dépôts de mendicité, etc. On a placé ces divers services sous une direction unique, par le décret du 4 novembre 1886. On y a joint, le 5 janvier 1889, les services d'hygiène publique enlevés avec juste raison au ministère du commerce et de l'industrie; on a créé également un conseil supérieur de l'Assistance. Mais toutes ces dispositions, excellentes en elles-mêmes, n'ont pu modifier la situation légale de ces bureaux ministériels et en faire un *corps autonome indépendant.*

En Angleterre, ainsi que le mentionne le rapport précédant le décret précité du 5 janvier 1889, la direction des services d'assistance et d'hygiène réunis constitue un *pouvoir à part.* C'est ce que certaines personnes voudraient voir établir en France; c'est pour cela que l'on a glissé dans la loi, grâce à l'inattention des législateurs, les expressions que nous relevons en ce moment. Ainsi, lorsque la loi qualifie les inspecteurs du service des enfants assistés de « représentants de l'Assistance, » elle emploie des termes impropres; on ne peut représenter ce qui n'existe pas (1). »

§ 5. — Règles de Droit international privé.

224. — Les lois sur la puissance paternelle rentrent, en principe, dans le statut personnel.

225. — Elles peuvent aussi être rattachées aux lois de police, obligatoires pour les étrangers et pouvant être invoquées par eux.

226. — La jouissance légale appartient aux étrangers.

227. — Conflit des lois; théorie de l'intérêt français.

228. — Compétence.

(1) *Annuaire de législ. franç.*, 1890, p. 272, 273.

224. En principe les lois relatives à la puissance paternelle rentrent dans le statut personnel. C'est donc le statut national de la famille intéressée qui devra être appliqué aux étrangers en France, et non le statut local, c'est-à-dire la loi française.

Les juges français devront donc appliquer aux étrangers la loi de leur pays en ce qui concerne :

Le droit de garde;

Le droit de correction;

Le droit de jouissance légale;

Et généralement la nature et l'étendue des droits qui appartiennent aux père et mère.

De là il suit que l'étranger ne pourrait, en France, faire enfermer son enfant, conformément à la loi française, si la loi de son pays ne lui reconnaît pas ce droit.

225. Mais d'un autre côté on peut considérer les dispositions relatives à l'exercice de la puissance paternelle, et notamment l'art. 376, C. C., comme constituant des lois de police obligatoires pour tous ceux qui se trouvent sur le territoire (1).

Ce caractère particulier des lois qui réglementent la puissance paternelle n'est pas très apparent dans le système du Code civil, parce que ce système a pour double base les droits attachés à la qualité de père et le droit de l'enfant. Mais au fur et à mesure que la considération du droit supérieur de l'enfant s'est développée, on a dû reconnaître en même temps que l'exercice de la puissance paternelle n'était pour le père que le moyen d'accomplir dans son entier le devoir d'éducation que lui impose sa qualité. C'est en se plaçant à ce point de vue que la loi du 28 mars 1882, qui établit l'obligation de l'instruction primaire, a été considérée par l'administration comme applicable aux étrangers (Voy. t. Ier, n° 110).

(1) AUBRY et RAU, t. Ier, § 31; DEMOLOMBE, t. VI, n°s 357 et 486.

Enfin ce caractère de loi de police a été nettement dégagé par la loi du 24 juillet 1889 qui est venue combler, sur le point qui nous occupe, les lacunes du Code civil. Il est certain que cette loi est applicable aux étrangers résidant en France, et qu'en vertu de cette loi les tribunaux français pourront, dans l'intérêt de l'enfant, prononcer à l'égard du père étranger la déchéance de la puissance paternelle, dans tous les cas où cette même déchéance pourrait être prononcée contre un père français.

Réciproquement, les étrangers pouvant invoquer les avantages résultant des lois de police et de sûreté auxquelles ils sont soumis (t. Ier, nº 112), il faut leur reconnaître la faculté de s'adresser aux tribunaux français pour être admis à déléguer à l'assistance publique tout ou partie de leurs droits dans les conditions prévues par les art. 17 et 18 de la loi du 24 juillet 1889.

226. En ce qui concerne l'usufruit légal, la question est de savoir si les père et mère étrangers peuvent réclamer, en vertu de l'art. 384, la jouissance légale des immeubles situés en France et appartenant à leurs enfants, en supposant que leur statut personnel leur confère ce droit? Conformément à notre doctrine générale sur les droits qui appartiennent aux étrangers (t. Ier, nº 275), nous déciderons qu'aucune loi n'excluant l'étranger du droit de jouissance légale il faut l'admettre à l'exercer (1).

227. Si le père et l'enfant appartiennent à des nationalités différentes nous avons eu l'occasion d'admettre avec la jurisprudence, qu'il fallait appliquer la loi personnelle du père. Nous avons donné les raisons de cette décision (V. t. Ier, nº 150). Mais nous devons reconnaître que la jurisprudence, dans le cas de conflit entre un enfant étranger et son père ou sa mère de nationalité française, se prononce pour

(1) *J. Dr. inter. pr.*, 1878, p. 167; Weiss, *loc. cit.*, p. 360 et 759.

le père ou la mère, non en vertu de motifs juridiques, mais uniquement par application de l'étrange doctrine de *l'intérêt français* affirmée quelquefois avec une singulière crudité :

«... En présence, dit le tribunal de la Seine, d'un conflit entre la législation française et une législation étrangère, surtout en un point qui touche à la puissance paternelle, c'est-à-dire à l'ordre public, *la loi nationale doit prévaloir, et les intérêts français doivent être avant tout sauvegardés* (1) ! »

Nous renvoyons à l'appréciation plus haut formulée d'une telle doctrine (t. Ier, n° 152).

228. Quant à la compétence, il est décidé conformément à une jurisprudence connue (t. Ier, n° 157), que les difficultés relatives à la puissance paternelle doivent être traitées comme se rattachant à l'état des personnes, et par conséquent échappent à la compétence des tribunaux français quand elles s'élèvent entre étrangers (2). Il est admis cependant que si les mesures demandées ont un caractère provisoire et d'urgence les tribunaux pourront statuer (3).

(1) Trib. Seine, 5 avril 1884, *J. Dr. inter. pr.*, 1884, p. 521.
(2) Notamm. Paris, 11 janv. 1859, *Gaz. Tr.*, 14 janv. 1859.
(3) Paris, 10 juill. 1855, S. 55, 2, 677; Paris, 2 août 1872, *J. Dr. inter. pr.*, 1874, p. 32.

TITRE DIXIÈME.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MINORITÉ.

229. — De la personne envisagée au point de vue de l'âge.
230. — Présomption légale résultant de l'âge, art. 388 ; — calcul de l'âge des personnes.
231. — La minorité est déterminée par la loi nationale de la personne.
232. — L'état de minorité est étranger aux personnes morales.

229. Le titre X est consacré aux personnes spécialement envisagées au point de vue de l'âge et de l'incapacité résultant de l'âge.

La vie de l'homme présente en effet diverses phases successives : d'abord l'homme est conçu, ensuite né, et puis enfant, adolescent, jeune; il arrive à l'âge mûr, et enfin à la vieillesse. Or la loi tient compte de ces changements pour imposer des obligations ou pour accorder des droits.

On comprend, *a priori*, que le législateur a dû subordonner l'exercice personnel des droits, c'est-à-dire la capacité, à la maturité de la raison, qui arrive toujours plus tard que celle de l'intelligence. — Cette maturité de la raison n'arrive pas toujours au même moment précis pour chaque individu. Mais il n'était pas possible d'adopter sur ce point des déterminations individuelles, ce qui eût été une source de difficultés et d'erreurs.

230. La loi a donc préféré poser une présomption d'après les probabilités ordinaires. Elle a donc fixé un âge où on est

présumé avoir une certaine raison; nous déjà vu que la loi du 20 septembre 1792 avait fixé cet âge à vingt-et-un ans accomplis.

Le Code en fait autant.

ART. 388. Le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt-et-un ans accomplis (*).

231. L'art. 488 reproduit la même idée. Il faut que les vingt-et-un ans soient accomplis, c'est-à-dire que la révolution de l'année soit achevée. Par conséquent, dans l'année bissextile, le jour bissextile ne sera pas compté et ne fera qu'un avec le précédent, quand même il tomberait juste au moment où l'enfant arrive à sa majorité. Ainsi l'enfant né le 28 février ne deviendrait majeur qu'au 29 février. A l'appui de cette solution il existe un texte duquel il résulte encore que la minorité cesse au moment même anniversaire de la naissance, si ce moment est connu. Sinon les lois qui protègent le mineur doivent être appliquées jusqu'à la fin du jour (1); il faut donc, en principe, calculer *de momento ad momentum* (2).

L'âge de vingt-et-un ans est donc celui qui est le plus ordinairement envisagé en droit français. Aussi quand on parle de majeurs ou de mineurs, c'est de majeurs ou de mineurs de vingt-et-un ans qu'il s'agit. En droit romain, au contraire, il n'en était pas ainsi : on distinguait entre les impubères et les pubères mineurs de vingt-cinq ans; et on subdivisait les impubères en *infantes*, *infantiæ proximi* et *pubertati proximi*.

D'après le Code civil, la qualité d'impubère n'est mentionnée qu'au point de vue du mariage, art. 144. Mais quant aux mineurs proprement dits de vingt-et-un ans, nous ver-

(*) Art. 388. — GAI. *Comm.* 1, § 196 ; JUST. *Inst.* I, 23 *præ.*

(1) L. 3, § 3, D. *44, De min.* 25 *ann.*

(2) Voy. Nîmes, 17 mai 1888, S. 89, 2, 109 ; Nancy, 10 mars 1888, S. 89, 2, 105.

rons qu'il faudra distinguer entre les mineurs émancipés, et ceux qui ne le sont pas.

232. L'état de minorité ne peut évidemment concerner que les personnes physiques de l'un ou de l'autre sexe. Cependant, par un singulier abus de langage, on l'étend quelquefois aux personnes morales ou de création juridique, et on parle de la minorité des établissements publics, des départements et surtout des communes.

Une telle extension de l'idée de minorité à des êtres abstraits qui n'ont pas d'âge, est non seulement contraire à la logique du langage qui doit toujours être respectée, mais elle est de plus en opposition avec la réalité juridique. L'une des principales garanties accordées aux mineurs consiste en effet dans la disposition portant que la prescription ne court pas contre les mineurs (art. 2252). Or l'art. 2227 a soin de proclamer que l'État, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers (*infrà*, nº 256).

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE.

SECTION PREMIÈRE.

De la tutelle des père et mère.

§ 1er. — De l'administration légale du père.

233. — Condition du mineur dans la famille ; de l'administration légale et de la tutelle.

234. — Comparaison entre les deux régimes, art. 389 ; division de la matière.

235. — I. *A qui peut appartenir l'administration légale.* — Cas dans lesquels le père est dans l'impossibilité matérielle ou juridique d'administrer.

236. — Cas où il y a opposition d'intérêts entre le père et l'enfant ; nommera-t-on à l'enfant un tuteur *ad hoc* ou un administrateur *ad hoc ?*

237. — Cas où des biens sont donnés à l'enfant sous la condition que le père n'en aura pas l'administration.

238. — Le père a-t-il l'administration des biens appartenant à ses enfants naturels ?

239. — II. *Obligations de l'administrateur légal* quand il entre en fonction ; — est-il tenu de faire inventaire ?

240. — III. *Pouvoirs de l'administrateur légal ;* — principe général.

241. — Pouvoirs de l'administrateur légal quant à l'aliénation des meubles incorporels.

242. — Précision en ce qui touche les valeurs mobilières ; la loi du 27 fév. 1880 ne concerne pas le père administrateur légal.

243. — Décision des agents de change de Paris à l'égard des aliénations de ces valeurs proposées par le père administrateur.

244. — Pouvoirs du père quant à l'aliénation des meubles corporels.

245. — Ses pouvoirs quant à l'aliénation des immeubles ; est-il soumis aux mêmes règles qu'un tuteur ? Controverse.

246. — Peut-il devenir acquéreur des biens de ses enfants ?

247. — Ses pouvoirs quant à la conclusion des baux ;

248. — Quant à l'exercice des actions, etc.

249. — Conséquences admises de ce que le père administrateur n'est pas un tuteur.
250. — IV. *Fin de l'administration légale;* — énumération de ses causes d'extinction.
251. — V. *Responsabilité de l'administrateur légal;* — obligation de rendre compte.
252. — L'administration légale est régie par le statut national de l'enfant.
253. — Projets de réforme de l'art. 389.

233. Voyons quelle est, dans la famille, la position du mineur de vingt-et-un ans.

Deux hypothèses peuvent se présenter : si le mineur, enfant légitime, a, à la fois, son père et sa mère, il est, sous le rapport de sa personne, soumis à l'autorité paternelle; sous le rapport des biens qu'il peut avoir, il est soumis au régime de l'administration de son père.

Si le mineur a perdu son père ou sa mère, ou s'il les a perdus tous deux, il est soumis au régime de la tutelle.

Par conséquent, si le père, administrateur légal, devient veuf, immédiatement sa qualité change, et par le prédécès de la mère, il devient tuteur.

234. Disons tout de suite qu'il y a une grande différence entre la tutelle du père et son administration légale. Dans la tutelle, il y a toujours un conseil de famille et un subrogé-tuteur; les biens du père tuteur sont grevés d'une hypothèque légale comme garantie de sa gestion dans l'intérêt du pupille; au contraire, dans le régime de l'administration légale, il n'y a ni conseil de famille, ni subrogé-tuteur, et les biens du père ne sont pas soumis à l'hypothèque légale. Il n'y a donc à cet égard aucune sorte d'assimilation à établir entre le père administrateur et le père tuteur; c'est un point sur lequel il ne peut plus y avoir aujourd'hui de difficulté (1). Il a été jugé inutile de prendre

(1) Cass. 3 juin 1867, D. 68, 1, 27 ; S. 67, 1, 273.

contre le père administrateur des précautions particulières. La présence de la mère a paru constituer une garantie suffisante des intérêts du mineur. La loi a eu raison de ne plus tenir le père, à ce point de vue, en état de suspicion, et de lui reconnaître simplement la qualité d'administrateur :

ART. 389. Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. — Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance ; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit.

Ce texte aurait dû trouver place plus naturellement dans le titre *de la Puissance paternelle*. Mais le Tribunat, en proposant l'art. 389, qui n'existait pas d'abord dans le projet du Code, s'exprima de la manière suivante :

« La section pense que le premier article de ce chapitre doit exprimer, en termes précis, quelle est, durant le mariage, la qualité du père par rapport aux biens personnels de ses enfants mineurs (1). »

Voilà comment un chapitre consacré à *la tutelle* présente tout d'abord une disposition concernant l'administration légale.

Nous allons donc étudier cette administration comme étant, en quelque sorte, la préparation ou l'initiation au régime de la tutelle. Nous verrons donc :

1° A qui elle appartient ;

2° Quelles obligations elle entraîne au moment où elle commence ;

3° Quels pouvoirs elle confère pendant sa durée ;

4° Comment elle finit ;

5° Quelle responsabilité elle entraîne.

235. I. — *A qui peut appartenir l'administration légale?*

En principe l'administration légale ne peut appartenir qu'au père à l'égard duquel les causes d'excuse ou d'exclusion concernant la tutelle (art. 427 et 442) n'existent pas. Il

(1) LOCRÉ, *Législ. civ.*, t. VII, p. 215.

faut cependant prévoir les cas dans lesquels le père se trouvera dans l'impossibilité matérielle ou juridique de pourvoir aux nécessités de cette administration. C'est ce qui arrivera :

1° S'il a disparu. En pareille hypothèse la mère vivante et présente est forcément investie de l'administration des biens des enfants communs encore mineurs. Nous avons déjà étudié cette situation à propos de l'art. 141 (Voy. t. Ier, nos 459 et suiv.).

2° Si le père est incapable. C'est ce qui arrivera si le père est en état d'interdiction judiciaire, ou bien si, sans être interdit, il est placé dans une maison d'aliénés. Par la force des choses, l'administration légale devra alors passer à la mère, puisqu'en définitive la puissance paternelle, dont le droit d'administration est une manifestation, appartient aussi à la mère, et n'est réduit à l'état latent que lorsque le père peut agir lui-même (1).

Si le père est simplement pourvu d'un conseil judiciaire, il conserve l'administration légale, sauf à ne l'exercer que sous les restrictions édictées par l'art. 513.

3° Si le père a encouru la déchéance de la puissance paternelle. Dans ce cas, l'administration légale passera encore, en principe, à la mère. Cependant, en vertu de l'art. 9 de la loi du 24 juillet 1889, le tribunal, en prononçant la déchéance contre le père, pourra décider, dans l'intérêt de l'enfant, que les droits enlevés au père ne seront pas exercés par la mère (Voy. ci-dessus, n° 212). Dans ce cas l'administration sera déléguée à un tuteur désigné dans les conditions de la loi précitée (*infrà*, n° 294).

4° Si le père déchu de la puissance paternelle contracte un nouveau mariage, la nouvelle femme peut, en cas de survenance d'enfants, demander au tribunal l'attribution de la

(1) Voy. Orléans, 9 août 1817, S. 17, 2, 422.

puissance paternelle sur ces enfants, et par conséquent l'administration de leurs biens (L. 24 juillet 1889, art. 9, § 4).

5° Si le père et la mère sont l'un et l'autre dans l'impossibilité d'administrer, parce qu'ils seraient tous deux en état de démence ou disparus, un tiers serait forcément nommé administrateur ou gérant judiciaire (1).

236. 6° S'il y a opposition d'intérêts entre le père et l'enfant (2). Le père ne pouvant plus représenter ce dernier, sera remplacé, quant aux intérêts dont il s'agit, par un agent spécial. Quelle sera la qualité de cet agent? Il semble que la question soit oiseuse :

Les effets de l'administration légale étant momentanément suspendus, sans que la tutelle soit ouverte, il est tout naturel de désigner un administrateur provisoire ; on peut même employer la dénomination d'administrateur légal *ad hoc* (3), quoique celle de *tuteur ad hoc*, malgré son impropriété, soit plus fréquemment employée. Mais, dans tous les cas, il ne s'agirait pas d'un véritable tuteur ; ses immeubles ne seraient pas grevés de l'hypothèque légale (4) et il n'y aurait pas lieu de lui adjoindre un subrogé-tuteur (5). La nomination de l'administrateur *ad hoc* paraît devoir être faite par le tribunal civil (6), et non, comme l'ont décidé quelques arrêts, par le conseil de famille, dont la constitution et l'intervention ne se comprennent pas, malgré certaines analogies de situation, quand on est en dehors du régime de la tutelle.

Si l'on doit au contraire admettre, comme l'a jugé, en dernier lieu la Cour de cassation, que le père, dans le cas envi-

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. VI, n° 451.

(2) Ex. : Paris, 17 mars 1881, D. 82, 2, 189 ; Douai, 5 juill. 1878, D. 79, 2, 116.

(3) Voy. Bordeaux, 19 mars 1875, S. 76, 2, 97.

(4) Voy. note de M. Labbé sur l'arrêt précité.

(5) Cass. 14 janv. 1878, S. 78, 1, 218.

(6) Paris, 9 janv. 1874, S. 74, 2, 85 ; Paris, 5 avril 1876, S. 76, 2, 331.

sagé, doit être remplacé par un véritable *tuteur ad hoc* (1), il faut pour être logique, décider que ce tuteur sera désigné par le conseil de famille (2), et qu'un subrogé-tuteur doit lui être adjoint (3).

237. 7° Si des biens ont été donnés ou légués à l'enfant à la condition que le père n'en aura pas l'administration. Une telle condition paraissant avoir pour but de porter atteinte à un des attributs de la puissance paternelle, laquelle est d'ordre public, on devrait au premier abord la considérer comme non écrite par application de l'art. 900, C. C. (4). Mais comme une telle solution serait de nature à nuire à l'enfant, puisqu'elle aurait pour résultat d'empêcher quelquefois certaines libéralités d'être réalisées à son profit, la Cour de cassation, considérant d'ailleurs que la condition prévue laisse intacts tous les droits sur la personne de l'enfant, n'hésite pas à déclarer qu'elle n'est contraire ni aux bonnes mœurs ni à l'ordre public (5).

L'administration des biens donnés ou légués appartiendra alors au tiers désigné par l'auteur de la libéralité.

238. L'art. 389 en déclarant que l'administration légale appartient au père *durant le mariage*... montre bien qu'il a été édicté principalement en vue de régler la condition de la famille légitime. Mais il n'en résulte pas nécessairement que le législateur n'ait pas voulu reconnaître aux pères et mères naturels le droit d'administrer les biens de leurs enfants. Or, il est certain que le devoir d'éducation est imposé au père naturel; ce devoir entraîne comme moyen d'exécution le droit de garde et de correction (art. 383); il entraîne pour le

(1) Cass. 10 juin 1885, D. 85, 1, 465 et la note.
(2) Arrêt précité; *add.* Poitiers, 4 juin 1884, S. 85, 2, 37.
(3) Bordeaux, 19 mars 1875, S. 76, 2, 97.
(4) LAURENT, t. IV, nos 297 et suiv.
(5) Cass. 3 juin 1872, S. 72, 1, 273; 9 janv. 1872, S. 72, 1, 107; Cass. 30 mai 1881, *J. N.* 22621.

même motif le droit d'administration, et il faudrait un texte formel pour qu'il en fût autrement (1). La doctrine se prononce cependant généralement en sens contraire, sans fournir de raisons juridiques (2).

239. II. — *Obligations de l'administrateur légal, lorsque commence son administration.*

Il s'agit tout d'abord de savoir si le père est tenu de faire inventaire lorsque se réalise l'un des événements qui ont pour résultat de faire entrer des biens dans le patrimoine personnel de son fils mineur.

Dans certains cas, la nécessité d'un inventaire résultera de principes particuliers étrangers à l'administration légale, s'il s'agit, par exemple, d'une succession échue à un mineur soumis à la puissance paternelle, succession qui ne peut être acceptée que sous bénéfice d'inventaire; ou il s'agit de biens sur lesquels porte l'usufruit du père (art. 600).

Mais la question est de savoir si le père est tenu, à raison uniquement de sa qualité d'administrateur légal, de faire procéder à un inventaire des biens dont il a l'administration sans en avoir l'usufruit.

On répond affirmativement, en faisant remarquer que, d'après le texte de l'art. 389, le père est *comptable* et qu'un inventaire est la base nécessaire de tout compte. Un inventaire est si peu la base nécessaire de tout compte qu'il est admis, sans difficulté, que l'usufruitier peut être dispensé de faire inventaire. L'inventaire est donc simplement utile, mais n'est pas indispensable, et de ce que la loi impose au mari l'obligation de faire inventaire des biens échus à sa femme (art. 1414, 1415, 1442), on ne saurait en conclure, sous prétexte d'analogie, et en l'absence d'un texte formel, que le père est tenu de faire inventaire des biens qui adviennent à

(1) LAURENT, t. IV, n° 359.
(2) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 381.

son fils mineur. La loi lui accorde, à raison de sa qualité de père, une confiance qu'elle ne croit pas devoir lui accorder en qualité de mari.

Mais même dans l'opinion qui soumet le père à la nécessité de faire inventaire, il faudrait reconnaître qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le second alinéa de l'art. 451 aux termes duquel le tuteur doit, s'il lui est dû quelque chose par le mineur, le déclarer dans l'inventaire sous peine d'être déchu de sa créance.

Enfin le père, administrateur légal, ne saurait être tenu de fournir caution (1).

240. III. — *Pouvoirs de l'administrateur légal.*

Les actes d'un administrateur sont nécessairement : ou des actes de disposition, c'est-à-dire entraînant l'aliénation totale ou partielle d'un élément quelconque du patrimoine administré, ou des actes n'ayant pas ce caractère, ce sont alors des actes d'administration. Le principe général de la matière est celui-ci :

Le père administrateur peut faire seul tous les actes d'administration sans exception ; mais il ne peut faire aucun acte de disposition, si ce n'est en vertu d'une autorisation de justice.

Cette distinction théoriquement très claire devient quelquefois d'une application difficile à raison de cette circonstance que certains actes se traduisant par une véritable aliénation peuvent néanmoins être considérés comme actes d'administration, à cause de l'importance médiocre de l'objet aliéné et des motifs qui rendent son aliénation nécessaire.

C'est ce qui peut se produire quand il s'agit de meubles, soit corporels, soit incorporels.

241. Parlons d'abord des meubles incorporels, car les observations que nous pourrons faire à leur occasion, nous per-

(1) Lyon, 9 août 1877, S. 78, 2, 174.

mettront de formuler une doctrine plus sûre à l'égard des meubles corporels.

Si le patrimoine administré comprend des créances, le père a qualité pour exiger et recevoir le paiement des capitaux dûs à l'enfant, sans avoir à fournir des sûretés particulières (1) et sans être tenu de faire emploi des capitaux reçus dans un délai déterminé (2); il est d'ailleurs seul juge de l'emploi à faire; il pourra, par exemple, employer les capitaux reçus à acheter des immeubles (3), pourvu que cet achat ne soit pas destiné à masquer une opération faite dans son intérêt personnel (4).

Enfin, dans certains cas, le père agira prudemment en réalisant, au moyen d'une cession, une créance dont le recouvrement direct sur le débiteur lui-même serait douteux ou présenterait certaines difficultés (5).

242. Quelques précisions particulières sont nécessaires en ce qui concerne les valeurs mobilières appartenant aux mineurs soumis à l'administration légale de leur père, au point de vue de leur aliénation ou de leur conversion en titres au porteur.

La loi du 27 février 1880 qui exige l'autorisation de la justice pour l'aliénation des meubles incorporels appartenant à des mineurs, ne concerne que les mineurs en tutelle, et non ceux qui sont sous le régime de l'administration légale de leur père. En outre, l'art. 12 de la loi précitée abroge formellement la loi du 24 mars 1806, concernant les rentes sur l'État, et le décret du 25 septembre 1813, concernant les actions de la Banque de France, dont les dispositions, par une extension parfois contestée d'ailleurs, étaient appliquées à

(1) Toulouse, 23 fév. 1845, S. 45, 2, 582.
(2) Lyon, 29 mai, 10 nov. 1877, S. 78, 2, 174.
(3) Cass. 3 janv. 1863, D. 63, 1, 77.
(4) Cass. 2 mai 1865, D. 65, 1, 365.
(5) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n°s 246 et suiv.

l'administration légale. Il est donc certain que, depuis la loi de 1880, le père administrateur peut vendre et transférer les rentes appartenant à son enfant, sans autorisation d'aucune sorte, et quel que soit le montant des valeurs sur lesquelles porte l'opération (1). En conséquence, la direction de la dette inscrite n'exige plus aucune formalité, quel que soit le chiffre de rente à transférer.

243. Mais comme le père a seulement, d'après son titre, le droit d'administrer, et non celui d'aliéner, les agents de change ne se sont pas cru suffisamment couverts par l'abrogation de la loi de 1806, et du décret de 1813, et par les circulaires administratives, en conséquence, le syndicat des agents de change de Paris a décidé (2) :

« Qu'il y avait lieu de s'en tenir purement et simplement aux errements du passé et à la tradition qu'ils ont créée, à savoir : que pour toute rente de 50 francs ou inférieure à ce chiffre, on ne demandera aucune formalité, et que pour toute rente supérieure, on exigera un jugement de la chambre du conseil. En effet, on peut continuer d'assimiler, à raison du peu d'importance des intérêts en jeu, à un simple acte d'administration, la vente d'une rente inférieure à 50 francs. On réduirait la demande au jugement de la chambre du conseil, et il ne serait plus question du conseil de famille, parce que : 1° en droit, le conseil de famille n'a pas été prévu pour l'administration légale; 2° et que le jugement a l'avantage de répondre mieux aux préoccupations de la nouvelle loi qui a édicté, pour les tuteurs, l'homologation du conseil de famille dès qu'il s'agit d'un capital supérieur à 1,500 francs. » Nous

(1) 10 mars 1880, circulaire du directeur de la dette inscrite, concernant l'exécution de la loi du 27 fév. 1880, rapportée par BIOCHE, *Journ. proc.*, n° 11436; Trib. Mont-de-Marsan, 13 déc. 1887, *Loi*, 6 janv. 1888 ; Trib. Seine, 27 avril 1882, S. 82, 2, 207.

(2) Suivant circulaire du 15 mars 1880, rapportée par M. COULET, *Comment. de la loi de* 1880, p. 73.

croyons que cette exigence des agents de change n'est pas justifiée. Mais comme le père, administrateur légal, ne pourrait la vaincre qu'en obtenant un jugement, il sera pour lui plus simple de la subir et de réclamer à la chambre du conseil une autorisation qui mettra d'ailleurs sa propre responsabilité à couvert.

Nous pouvons maintenant remarquer que tous les actes d'administration dont nous venons de parler, concernant les meubles incorporels, comportent plus ou moins une aliénation. Ainsi : il y a aliénation de la créance, quand le père reçoit le remboursement d'un capital dû à l'enfant; et lorsqu'il fait un emploi de ce capital dans l'intérêt de l'enfant, il y a encore une aliénation de deniers appartenant à ce dernier.

244. Cette observation doit rendre plus facile la question de savoir si le père, administrateur, peut procéder, sans autorisation, à la vente des meubles corporels. D'abord il ne saurait y avoir de doute chaque fois qu'il s'agira d'une aliénation rendue nécessaire par une sage administration du patrimoine; s'il s'agit, par exemple, d'aliéner des objets sujets à dépérissement, pour faire emploi du capital provenant de la vente qui en sera faite. On peut même dire, d'une manière générale, que chaque fois qu'il y aura eu aliénation d'un meuble et qu'un emploi aura été fait, dans l'intérêt de l'enfant, du capital provenant de l'aliénation effectuée, on se trouvera en présence d'un simple acte d'administration, quelle que soit la valeur et l'importance de l'objet aliéné. Il s'agit, par exemple, d'un tableau d'une valeur très considérable; le père juge convenable de vendre ce tableau pour obtenir à la place une valeur immédiatement productive, et soustraire son fils aux chances de perte pouvant résulter des cas fortuits, incendie, etc. La somme provenant de la vente est placée au nom de l'enfant. Il est impossible de voir dans l'opération autre chose qu'un acte d'administration.

Cependant le père a pu se tromper dans son calcul ; s'il avait conservé ce tableau, en apparence improductif, le fils aurait peut-être pu, à sa majorité, en retirer trois ou quatre fois la valeur obtenue, à cause de la hausse qui s'est produite sur les œuvres du maître. Mais un acte d'administration n'est pas un acte d'infaillibilité, et il doit être apprécié en se reportant à l'époque où il s'est produit. En outre, comme aucun délai n'est imparti pour l'emploi supposé, le père n'est jamais en demeure à cet égard, et la solution doit être la même en l'absence d'emploi.

Enfin, une observation semble devoir clore le débat : d'après l'art. 389, le père est tenu comme un *comptable* et non comme un *dépositaire*. Il est donc considéré comme ayant le droit d'aliéner les meubles, puisqu'il est tenu comme débiteur des deniers provenant de la vente de ces meubles (1).

245. La même solution devrait, ce semble, vu la généralité des termes de l'art. 389, s'appliquer aussi aux immeubles. Mais même en admettant, comme on l'a soutenu (2), que telle soit la portée théorique de ce texte, il faut reconnaître que les immeubles sont soustraits à son empire, par le titre du Code de procédure civile concernant *la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs*. L'art. 953 placé sous cette rubrique dispose que : « La vente des immeubles appartenant à des mineurs ne pourra être ordonnée que d'après un avis de parents énonçant la nature des biens et leur valeur approximative. » — D'après l'art. 954 : « Lorsque le tribunal homologuera cet avis, il déclarera par le même jugement que... etc. »

Les art. 953 et 954, C. pr. c., sont, comme la rubrique précitée, conçus en termes généraux dont l'intention non équi-

(1) Voy. trib. Seine, 27 avril 1882, S. 82, 2, 207.
(2) ZACHARIÆ, t. I, p. 202, texte et note 7.

voque, dit Demolombe (1), est de comprendre tous les mineurs sans distinction. De cette remarque Demolombe tire la conclusion qu'il faut appliquer à l'administration légale, en ce qui touche les aliénations d'immeubles, absolument les mêmes règles que pour l'administration tutélaire. Il faudrait par conséquent l'avis du conseil de famille et la présence à la vente d'un subrogé-tuteur (art. 962, C. pr. c., 459, C. C.).

Mais ne pourrait-on pas tirer de la même remarque une conclusion différente? Puisque les art. 953 et 954 précités, doivent, dans la pensée du législateur, s'étendre *indistinctement* à tous les mineurs quant au principe qu'ils édictent, c'est-à-dire quant à la nécessité d'une autorisation de justice pour les ventes d'immeubles, il faut nécessairement en faire une application *distributive* aux diverses catégories de mineurs : ainsi, pour les mineurs soumis à la tutelle, qui ont un conseil de famille et un subrogé-tuteur, il est tout naturel d'exiger l'avis de ce conseil et la présence de ce subrogé-tuteur. Mais pour les mineurs soumis à l'administration légale, comment exiger l'avis d'un conseil de famille, puisqu'il n'y a pas de conseil de famille, et la présence d'un subrogé-tuteur, puisqu'il n'y a pas de subrogé-tuteur? Il est remarquable que, dans un cas particulier, le législateur lui-même confirme cet aperçu. Ainsi, pour pouvoir former une demande tendant à la conversion en vente volontaire, d'une poursuite sur saisie immobilière, ou pour s'adjoindre à une pareille demande, le tuteur doit, au préalable, obtenir l'autorisation du conseil de famille (art. 744, § 1, C. pr. c.); au contraire, l'administrateur légal est dispensé de cette autorisation (art. 744, § 3, C. pr. c.); pourquoi? Parce qu'il n'y a pas de conseil de famille. Cette interprétation a été adoptée par la Chambre du conseil du tribunal de la Seine qui a presque toujours autorisé directement le père à passer les actes

(1) T. VI, n° 446.

les plus importants, et notamment à consentir l'aliénation d'un immeuble, sans que le conseil de famille ait été appelé à donner son avis (1). Mais cette jurisprudence n'est pas générale. Ainsi il a été jugé que le père administrateur légal ne peut vendre les immeubles appartenant à ses enfants mineurs, sans l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal (2), et qu'il y avait nullité si une telle vente avait eu lieu hors la présence d'un subrogé-tuteur *ad hoc* (3).

Les règles concernant les ventes d'immeubles doivent naturellement s'appliquer à toutes les aliénations ou constitutions de droits réels, tels que hypothèque, usufruit, servitudes, etc.; aliénations de carrières, de mines, échanges, etc. Il faut les étendre également aux emprunts qui ne peuvent jamais être considérés comme des actes d'administration (art. 457, C. C.). Mais elles ne concernent que les aliénations volontaires (art. 953, § 2, C. pr. c.).

246. On s'est demandé si le père pourrait se porter acheteur ou adjudicataire des biens de ses enfants, ou devenir cessionnaire d'un droit de créance existant contre eux. Les art. 450 et 1596 interdisent ces opérations au tuteur; mais on ne saurait étendre par analogie au père administrateur légal des dispositions restrictives de la capacité de droit commun (4). Du reste, même en adoptant une opinion différente, il suffirait au père de faire nommer par le tribunal un administrateur *ad hoc* chargé de procéder à la vente, et alors il ne figurerait plus dans l'opération en qualité d'administrateur légal (5).

(1) BERTIN, *Chambre du conseil*, etc., t. Ier, vo *Mineurs*, p. 483, 566 et 569.

(2) Trib. Villefranche, 12 mars 1887, S. 87, 2, 117.

(3) Bordeaux, 19 mars 1875, S. 76, 2, 97.

(4) AUBRY et RAU, t. I, § 123, texte et note 42; LAURENT, t. IV, no 316; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VI, no 441.

(5) Bordeaux, 3 janv. 1849, S. 52, 2, 304.

A plus forte raison le père, administrateur, pourrait-il prendre à bail les biens de ses enfants, sauf à leur faire désigner par la justice un administrateur *ad hoc* avec lequel il traiterait.

247. Mais pourrait-il, sans limitation aucune, donner à bail les biens de ses enfants? D'abord il est certain qu'il ne pourrait consentir un bail emphytéotique qui est toujours un acte de disposition; mais il est encore admis, d'une manière générale, que le bail ordinaire, s'il dépasse une certaine limite, celle de neuf années, prend les caractères d'un acte de disposition, et ne peut plus, dès lors, être consenti par un simple administrateur (art. 1429, 1430, 1718).

248. L'administrateur légal représente son fils mineur soit en demandant, soit en défendant dans toutes les actions possessoires ou pétitoires, mobilières et même immobilières sans autorisation; la jurisprudence reconnaît qu'il en doit être ainsi parce que le conseil de famille n'existe pas (1). Pourquoi cette raison péremptoire, jugée décisive dans le cas envisagé ne l'est-elle pas dans tous les autres cas?

De même il a été jugé que le père n'a pas besoin de conseil de famille pour acquiescer à un jugement qui a repoussé une réclamation formulée au nom de l'enfant (2).

La donation et le compromis sont naturellement interdits au père administrateur, mais il peut transiger. Dans quelles conditions? On retrouve encore ici le dualisme qui s'est manifesté dans la jurisprudence. Ceux qui veulent assimiler le père au tuteur exigent pour la validité de la transaction 'accomplissement de toutes les formalités prescrites par

(1) Cass. 2 avril 1887, *Gaz. Pal. Suppl.*, p. 63; Bordeaux, 2 juin 1876, S. 76, 2, 330; Besançon, 29 nov. 1864, D. 64, 2, 195; Bourges, 11 fév. 1863, D. 64, 2, 305.

(2) Cass. 3 juin 1867, S. 67, 1, 273.

l'art. 467 (1), les autres déclarent ces formalités inutiles (2).

249. Enfin, de ce que le père administrateur n'est pas un tuteur, la jurisprudence a encore tiré les conséquences suivantes :

1° Qu'il n'a pas besoin du conseil de famille pour accepter sous bénéfice d'inventaire un legs universel adressé à son fils (3);

2° Ni pour demander l'envoi en possession d'un tel legs (4);

3° Enfin, qu'il ne saurait être passible du demi-droit en sus, à défaut de déclaration dans les six mois des legs faits à ses enfants.

250. IV. — L'administration légale cesse :

1° Par tout événement entraînant déchéance de la puissance paternelle.

Avant la loi du 24 juillet 1889, on avait soutenu et jugé que le père, en cas d'infidélité, d'incapacité ou d'inconduite notoire, pouvait être directement et principalement destitué de l'administration légale (5). Mais ce que nous avons dit plus haut (n° 215), démontre qu'une telle jurisprudence ne peut plus désormais être suivie, et que les juges ne peuvent plus prononcer que la déchéance entière de la puissance paternelle dans les conditions de la loi de 1889.

2° En cas de divorce ou de séparation, si le père a été privé de la garde de ses enfants (6). (Voy, t. II, n°s 426, 444).

3° Par la majorité de l'enfant;

4° Par le décès de l'un des parents, décès qui donne ouverture à la tutelle;

(1) Trib. Marseille, 12 déc. 1864, S. 65, 2, 216.

(2) Amiens, 1er mars 1883, S. 84, 2, 41 ; Montpellier, 30 mars 1859, S. 59, 2, 508.

(3) Paris, 2 juin 1865, S. 65, 2, 216 ; 30 avril 1867, *J. N.* 18838.

(4) Paris, 2 juin 1865, S. 65, 2, 216.

(5) Trib. Le Puy, 10 déc. 1869, D. 70, 3, 64 ; Montpellier, 25 août 1864, S. 64, 2, 225.

(6) Voy. Paris, 15 déc. 1886, S. 88, 2, 217.

5° Par la mort de l'enfant;

6° Par son émancipation.

251. V. — L'administration légale ayant pris fin, celui qui en était investi devra rendre compte, ou ses héritiers pour lui s'il est décédé.

Ce compte sera rendu dans les formes ordinaires, conformément aux règles du droit commun, et par conséquent il n'y aura pas lieu d'appliquer au père administrateur les dispositions relatives au compte du tuteur sortant de charge.

Ainsi on n'appliquera au père :

Ni l'art. 471, § 1, soumettant le tuteur à l'obligation de faire l'avance des frais de compte;

Ni l'art. 472, déclarant nul tout traité intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé fourni dans certaines conditions (1);

Ni l'art. 474, § 1, qui fait porter intérêt de plein droit, sans demande, à partir de la clôture du compte, aux sommes dont le tuteur peut se trouver reliquataire. Le père, comme tout mandataire, ne devra l'intérêt que du jour de la mise en demeure (2);

Ni l'art. 474, § 2, qui ne fait courir au profit du tuteur les intérêts de ses avances que du jour de la sommation de payer. Le fils devra au contraire l'intérêt de plein droit, du jour de la clôture du compte, par application de l'art. 2001;

Ni l'art. 495 établissant en matière de tutelle la prescription de dix ans. Les actions du mineur relativement aux faits de l'administration légale du père ne se prescriront que par trente ans (art. 2262).

252. Quoique l'administration légale du père soit considérée comme l'un des attributs de la puissance paternelle, ce

(1) Cass. 30 janv. 1866, S. 66, 1, 204.

(2) DEMOLOMBE, t. VI, n° 456 ; LAURENT, t. IV, n° 419.

n'est pas une raison pour la soumettre, au point de vue du droit international privé, aux mêmes controverses que les autres attributs de cette même puissance, par exemple, la jouissance légale. La jouissance légale créée uniquement en faveur du père peut être réglée par application du statut national du père (Voy. nº 227); mais l'administration légale, constituée uniquement dans l'intérêt de l'enfant, doit, sous ce rapport, être régie par les mêmes principes que la tutelle. En cas de conflit de lois, elle doit donc être réglée par le statut national de l'enfant (1) (Voy. t. I, nº 149).

253. Les développements qui précèdent nous ont montré comment la jurisprudence avait fini par combler à peu près les lacunes de l'art. 389. Mais comme l'insuffisance de cet article est généralement signalée par les auteurs, le gouvernement, en exécution d'ailleurs d'une promesse faite lors de la discussion de la loi du 27 février 1880 relative aux valeurs mobilières appartenant à des mineurs, présenta à la Chambre des députés, le 26 novembre 1881 (2) le projet suivant :

Art. unique : « L'art. 389, C. C., est complété par les dispositions suivantes : Le père administrateur ne peut faire aucun acte excédant l'administration des biens de ses enfants mineurs, sans recourir à une autorisation de justice donnée par le tribunal en chambre du conseil. Sont considérés comme excédant l'administration, et soumis par suite à l'autorisation précédente, tous les actes d'aliénation, de conversion et d'emploi de valeurs mobilières prévus par les art. 1, 3, 4, 5, 6 et 10 de la loi du 27 février 1880. La conversion et l'emploi seront accomplis dans le délai de trois mois à partir du jour où les biens seront advenus aux mineurs. — Le père administrateur peut, sur sa demande, en cas d'infirmités graves, être déchargé par le tribunal de son administration.

(1) Bruxelles, 29 juill. 1865, *Pas.* 67, 2, 57.
(2) *J. Off.*, *Doc.*, nº 135, p. 1834, déc. 1881.

Il peut, sur la demande des parents des mineurs, ou sur l'initiative du ministère public, en être privé par le tribunal pour cause d'inconduite notoire, d'incapacité ou d'infidélité. Dans tous les cas où le père administrateur a été déchargé ou privé de son administration, le tribunal à la requête des parents des mineurs ou sur l'initiative du ministère public, désigne en chambre du conseil la mère ou un tiers administrateur pour le remplacer. »

On voit tout de suite que ce projet n'est plus en harmonie avec la loi de 1889 qui admet seulement une déchéance totale et non le démembrement de la puissance paternelle. Du reste, le rapport de la commission, déposé le 4 juillet 1887, conclut au rejet pur et simple du projet :

« Voilà plus de quatre-vingts ans, dit le rapporteur, que l'art. 389 est en vigueur. A quels abus a-t-il donné lieu? Quelles plaintes a-t-il provoquées? Comme tous les textes législatifs, il a fait naître, entre juristes, des controverses scientifiques; mais il n'a causé ni trouble dans la famille, ni scandales dans la société. L'expérience a montré que les auteurs du Code civil avaient fait preuve d'une profonde sagesse en ne cherchant, pour les enfants, d'autre sauvegarde que la tendresse de leurs parents. A quoi bon inventer des remèdes pour des maux qui ne se sont pas révélés? A quoi bon toucher, sans nécessité absolue, à ces choses délicates et sacrées qui s'appellent l'organisation de la famille, l'autorité paternelle, les rapports du père et de l'enfant? L'initiative prise par le gouvernement ne se justifie ni par les réclamations de l'opinion, ni par la persistance de longs abus. »

Ces observations et conclusions pourraient s'appliquer avec encore plus de justesse à un autre projet, dû à l'initiative parlementaire et rédigé en dix-sept articles avec une désespérante prolixité (1).

(1) *J. Off.*, *Doc.*, session extraord. de 1881, p. 1979.

§ 2. — Généralités sur la tutelle.

254. — Définition de la tutelle, — Comparaison entre le droit romain et le droit actuel.
255. — En quel sens la tutelle est une charge publique.
256. — La notion de la tutelle est étrangère aux personnes morales. — De ce qu'on appelle *la tutelle administrative*. — Distinction, à ce point de vue entre les établissements *publics* et les établissements d'utilité publique.
257. — Des diverses espèces de tutelle.

254. Lorsque le père ou la mère, ou bien tous les deux, sont décédés, l'enfant se trouve soumis pour sa personne et pour ses biens au régime de la tutelle. Nous verrons que, sous ce rapport, la loi assimile au mineur le majeur interdit à raison de son état habituel de démence, et même le majeur condamné à certaines peines.

L'état de tutelle est donc un état de subordination d'une personne mineure ou interdite, à certains agents dont le principal est le tuteur. Envisagée au point de vue de ce dernier, la tutelle est une charge publique, imposée à une personne capable, de représenter un incapable pour l'administration de sa personne et de ses biens.

Donc la définition connue du droit romain n'est plus applicable dans notre droit :

Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui, propter ætatem, se defendere nequit.

Ainsi :

1° Dans le droit actuel il peut y avoir tutelle pour cause autre que l'âge;

2° Il n'y a plus de *pater familias;* la tutelle peut concourir avec la puissance paternelle;

3° La durée de la tutelle moderne n'est plus mesurée, comme à Rome, sur la durée de la faiblesse physique, mais sur celle de la faiblesse morale;

4° La tutelle moderne comprend le plus souvent la garde de la personne, ce qui n'avait pas lieu en droit romain (1);

5° Enfin le tuteur français a mission de *représenter* le pupille, alors qu'en droit romain le tuteur n'agissait que *auctoritatem interponendo*, sauf dans le dernier état du droit où il pouvait agir *ipse gerendo, loco domini*, dans la période de l'*infantia* et quand le pupille était *infantiæ proximus*.

255. Nous avons défini la tutelle une charge publique, *munus publicum*, comme disaient les Romains. Comment faut-il entendre ces expressions?

Dans le premier état du droit romain, la tutelle était considérée purement et simplement comme un droit de famille exercé dans l'intérêt du tuteur lui-même plutôt que dans l'intérêt du pupille, et ayant pour but la conservation des biens dans la famille agnatique, ce qui avait peu d'inconvénients pour la sûreté de l'impubère, puisque la garde de sa personne n'appartenait pas au tuteur. Peu à peu, cependant, la doctrine s'épura sur ce point; on finit par comprendre que la tutelle, quoique pouvant à certains égards, être considérée comme un droit de famille, devait cependant être exclusivement administrée dans l'intérêt du pupille, et que cette administration était un devoir à l'accomplissement duquel un citoyen ne pouvait pas en principe se soustraire. En conséquence la tutelle apparut comme une charge publique, *munus publicum*, formule qui se réfère non à une espèce de fonction publique mais à une *charge* ou *impôt* de travail et de soins qui pèse sur tous les citoyens. Tel est le sens de l'expression *munus* (2). Cette charge, d'après les idées romaines, pèse seulement sur les hommes : *Tutelam administrare, virile munus est* (3). Il faut donc écarter toute idée de

(1) Voy. D. 27, 2, *Ubi pupillus educari vel morari debeat.*

(2) *Munus proprie est quod necessario obimus, lege, more*, etc. L. 214, D. 50, 17, *De verb. sign.*

(3) L. 1, C. 5, 35, *Quando mulier tutelæ officio fungi potest.*

fonction publique pour expliquer l'exclusion des femmes en droit romain. En droit moderne, les femmes peuvent dans certains cas être tutrices, quoique la tutelle soit aussi, dans le sens que nous venons d'indiquer, une charge publique que les citoyens doivent subir.

256. Les aperçus qui précèdent suffisent pour démontrer que la conception de la tutelle, pas plus que celle de la minorité (nº 232), ne peut recevoir d'application qu'à l'égard des personnes physiques, c'est-à-dire des individualités humaines, et non à l'égard des personnes morales ou de création juridique.

Cependant les auteurs et les arrêts parlent souvent d'une *tutelle administrative* à laquelle se trouveraient soumis les départements, les communes, les établissements publics, etc. La formule est impropre, et la pensée qu'elle veut exprimer n'est pas exacte.

Le tuteur est chargé de représenter le mineur et d'administrer son patrimoine; or, il est manifeste que les autorités chargées d'édicter les mesures mal à propos dénommées *actes de tutelle administrative*, ne représentent pas les personnes morales qui leur sont subordonnées, et n'administrent pas leur patrimoine. Voici, sur ce point, quelle est la vérité des situations :

Nous verrons plus loin que lorsque la propriété individuelle a été peu à peu substituée à la propriété collective, certaines réserves nécessaires ont eu pour résultat le maintien d'un certain droit collectif ou général à côté des droits individuels. Ce droit collectif, se spécialise ensuite dans la commune, le département, les établissements publics, etc., mais sans perdre néanmoins son caractère général. Il en résulte que ces personnes morales sont représentées et administrées par certains agents qui leur servent d'organes directs; seulement ces agents ne peuvent agir en justice, contracter, aliéner, etc., qu'en vertu de certaines autorisations, approba-

tions ou homologations. Mais les autorités chargées d'accorder ces autorisations agissent comme représentant cet intérêt ou plutôt ce droit général et collectif qui persiste toujours malgré la localisation qui peut en avoir été faite dans la commune, le département, les établissements publics, etc., leur intervention sert à rendre sensible le lien indestructible qui rattache toujours à l'unité nationale, les fractions de cette unité qui ont été individualisées. Il ne peut donc être question de *tutelle administrative* qu'en vertu d'une analogie de situation plus apparente que réelle.

Quoi qu'il en soit, le principe général qui domine la matière, c'est que les mesures qualifiées *actes de tutelle administrative*, qu'elles se traduisent par des autorisations de plaider, d'aliéner, de contracter, etc., ou par le refus ou le retrait de semblables autorisations, ne peuvent jamais être l'objet d'un recours contentieux ni de la part des personnes morales qu'elles concernent, ni de la part des tiers, sauf quand elles contiennent une appréciation du fond, auquel cas elles sont entachées d'excès de pouvoir (1).

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur ces questions quand nous parlerons : des biens qui n'appartiennent pas à des particuliers (art. 537, § 2) ; de la capacité de recevoir (art. 910 et 937), et de l'effet des conventions (art. 1134). Nous ferons seulement remarquer, d'ores et déjà, que les *établissements d'utilité publique*, ne sont pas soumis au régime restrictif de la tutelle administrative. Ils peuvent procéder librement aux divers actes de la vie civile. La nécessité d'une autorisation ne concerne que les *établissements publics* proprement dits (Voy. art. 1712, 2045 § 3, C. C., 49 § 1, 83 § 1, 481, 1032, C. pr. c.). Ce n'est que pour les acceptations de dons et de legs, que les établissements d'utilité publique

(1) Cons. d'Etat, 27 mars 1885, D. 86, 5, 111 ; Cons. d'Etat, 29 juin 1883, D. 84, 3, 89.

sont traités comme les établissements publics, aussi l'art. 937, C. C., en fait-il une mention spéciale.

257. Le fonctionnement de la tutelle ne peut donc se comprendre qu'à l'égard des personnes physiques de l'un ou de l'autre sexe; il implique plusieurs organes distincts.

Ces organes sont : un tuteur, un conseil de famille et un subrogé-tuteur. Le tuteur représente le pupille et exerce l'administration active.

Il est désigné tantôt par la loi, tantôt par certaines personnes investies par la loi du droit de le nommer. Il y a donc des tutelles qu'on peut appeler *légitimes* ou *légales* et des tutelles *datives*.

On peut distinguer quatre tutelles différentes :

1° La tutelle légale ou légitime du survivant des père et mère;

2° La tutelle testamentaire déférée par le dernier mourant des père et mère; c'est une tutelle dative;

3° La tutelle des ascendants;

4° La tutelle dative déférée par le conseil de famille.

§ 3. — Tutelle légale des père et mère.

1° — *Généralités. — Du conseil donné à la mère.*

258. — A la dissolution du mariage par le décès de l'un des conjoints, le régime de l'administration légale est toujours remplacé par celui de la tutelle, art. 390.
259. — Solutions opposées adoptées par certains peuples étrangers.
260. — Principe d'une tutelle légale au profit du survivant.
261. — Faculté pour le père de nommer un conseil à la mère survivante, art. 391.
262. — La mission donnée au conseil ne constitue pas un mandat.
263. — Conséquences.
264. — Le conseil ne doit pas être remplacé quand sa mission est impossible.
265. — En quoi consiste la mission du conseil, et comment elle doit être remplie.

266. — Nullité des actes passés par la mère sans l'avis du conseil.
267. — Responsabilité de la mère tutrice pourvue d'un conseil.

258. La première question que le législateur a eu à résoudre, en cette matière, a été celle de savoir si l'administration légale, dont nous avons déjà étudié le mécanisme fort simple, devait, dans l'intérêt de l'enfant, prendre fin à la dissolution du mariage arrivée par le décès de l'un des époux, et être remplacée par le régime plus compliqué de la tutelle.

Il a paru que le survivant n'étant plus protégé lui-même contre certains entraînements par la présence de son conjoint, il était prudent d'accorder au mineur la garantie résultant du régime de la tutelle. Il a donc été statué que :

ART. 390. 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 (*).

259. Le problème n'était pas sans difficulté, car la question pouvait être envisagée dans plusieurs points de vue et donner lieu aux solutions les plus opposées. Ce qui le prouve, ce sont les combinaisons différentes que présentent sur ce point les législations étrangères.

Ainsi, aux États-Unis, le père soit durant le mariage, soit après la dissolution du mariage, n'est jamais, à ce titre, administrateur des biens de ses enfants ; c'est un tuteur qui les administre, et ce tuteur, qui d'ailleurs peut être le père, est toujours datif.

En Italie, au contraire, le décès de l'un des conjoints a pour unique résultat de faire passer ou de laisser au survivant la puissance paternelle et en même temps l'administration légale ; mais la tutelle ne s'ouvre pas. La tutelle légale des père et mère est inconnue en Italie, excepté à l'égard des enfants naturels. En dehors de cette hypothèse,

(*) Art. 390. — Comp. GAI. *Com.*, 1, § 166 ; JUST. *Inst.*, 1, 18 *præ.*, L. 18 D. 26, 1, *De tut.* ; L. 2, C. 5, 35, *Quando mulier tut.*

le père ou la mère, toujours investis de la puissance paternelle, demeurent administrateurs de la personne et des biens de leurs enfants mineurs, et par conséquent il n'est pas question à leur égard de subrogé-tuteur ni d'hypothèques légales.

C'est dans le but de rehausser l'autorité paternelle que le système des *pères tuteurs* a été repoussé : « Il n'est pas possible, a-t-on dit, de faire dépendre l'autorité paternelle du maintien du mariage, d'admettre que par la mort de la femme le père soit déchu du rôle de chef de la famille, réduit à la condition d'un tuteur ordinaire, soumis comme tel à fournir des garanties qu'on ne devait pas exiger de lui. Une pareille situation ne peut que nuire aux intérêts moraux de la famille (1). »

Il se peut que ce raisonnement soit juste pour l'Italie encore sous l'influence, peut-être, de certaines traditions romaines. Le raisonnement inverse peut aussi être juste pour les populations des États-Unis chez qui l'amour du lucre semble poussé un peu loin. Mais pour la France il est permis de penser que les rédacteurs du Code civil ont véritablement trouvé le point milieu auquel il convenait de s'arrêter pour concilier les prérogatives nécessaires du chef de la famille, avec les garanties non moins nécessaires, qui sont dues à l'enfant.

260. Le problème étant ainsi résolu par la substitution du régime de la tutelle au régime de l'administration légale, il fallait se demander si la tutelle à organiser devait être une tutelle dative ou une tutelle légale.

Une tutelle dative, qui aurait pu ne pas être accordée au survivant des père et mère, n'était pas en harmonie avec la nécessité de conserver intact le respect dû à sa qualité par les enfants. Le survivant devait donc être immédiatement et

(1) BUVIVA, *Studii sovra il libro primo*, etc., p. 141, 143, Torino, 1862 ; Voy. notre *Code civil italien*, p. 100.

par le seul effet de la loi, investi de la qualité de tuteur. C'est ce qui a été décidé, sans qu'il y ait à distinguer si l'auteur survivant est majeur ou mineur (art. 442-1°). Le survivant des époux, quand il est mineur, est assisté d'un curateur pour certains actes déterminés par la loi. Il faudra donc, quand il sera appelé à faire un de ces actes dans l'intérêt de ses enfants, en qualité de leur tuteur, qu'il soit assisté de son curateur, comme s'il agissait pour lui-même.

Il n'y a pas davantage à distinguer si l'auteur survivant est le père ou la mère. Il ne pouvait être question, en effet, d'exclure la mère; du moment qu'on lui avait accordé la jouissance légale des biens, il était rationnel de lui accorder aussi, comme tutrice, l'administration de ces mêmes biens, encore qu'on puisse concevoir une jouissance séparée de l'administration. L'exclusion de la mère aurait d'ailleurs diminué le respect que ses enfants lui doivent.

261. On n'a pas manqué d'objecter que la mère pourrait être incapable d'administrer, etc. (1). On a donné satisfaction à ces objections de la manière suivante :

ART. 391. Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante et tutrice un conseil spécial, 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 actes sans son assistance.

ART. 392. 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 devant le juge de paix assisté de ou son greffier, ou devant notaires (*).

L'acte de dernière volonté contenant la nomination du *conseil* ou *conseiller*, peut être, comme les testaments, rédigé en la forme olographe, publique ou mystique, mais n'a pas besoin de renfermer une disposition de biens quelconque.

Une déclaration authentique retenue par un notaire d'une

(*) Art. 392. — Comp. L. 2, 3, 4, D. 26, 2, *De testament. tut.*
(1) LOCRÉ, *Législ. civ.*, t. VII, p. 149.

résidence quelconque ou par un juge de paix quelconque (1) produira le même effet.

262. La personne désignée comme conseil n'est pas obligée d'accepter la mission qui lui est offerte ; pour expliquer cette particularité et quelques autres, on fait intervenir, fort mal à propos, les principes du mandat, et on assimile le conseil désigné à un *mandataire ordinaire* (2). Mandataire de qui? — La vérité est que le père est simplement autorisé par la loi à désigner une personne pour remplir une certaine mission définie par le législateur lui-même ; que cette mission n'étant pas une *charge publique*, quoique se rattachant à la gestion d'une tutelle, peut être déclinée par celui à qui elle est offerte.

263. Mais de ce que cette mission n'est pas un mandat, il suit :

1° Qu'elle ne peut être remplie que par un individu ayant la capacité voulue pour gérer une tutelle, et non par tout individu qui pourrait être mandataire ordinaire ;

2° Que cette mission, pour chacun des actes auxquels elle doit s'appliquer, doit être donnée purement et simplement, et non à terme ou sous condition ;

3° Spécialement que le père ne pourrait pas substituer un conseil à un autre pour le cas où celui qu'il nomme en premier lieu viendrait à faire défaut par suite d'un motif quelconque (3), ni autoriser le conseil désigné à se substituer lui-même une autre personne, comme cela est possible en matière de mandat (art. 1994) ; la lettre même de l'art. 392 prohibe ces nominations multiples (4) ;

4° Le père, par conséquent, ne pourrait nommer plusieurs

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 83 ; LAURENT, t. IV, n° 377.
(2) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 86 ; LAURENT, t. IV, n° 378.
(3) *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VII, n° 106.
(4) Voy. DALLOZ, v° *Minorité*, n° 88.

personnes pour conseil (1), alors que plusieurs mandataires peuvent être établis par le même acte et pour la même affaire (art. 1995);

5° Que le conseil, après avoir accepté la mission à lui offerte, peut y renoncer sans encourir, le cas échéant, l'application de l'art. 2007, du titre du *mandat;*

6° Enfin, de ce que le conseil dont nous parlons n'est pas un mandataire, il suit qu'il doit répondre seulement de son dol ou de sa faute lourde, et non de ses autres fautes comme tout mandataire (art. 1991, 1992) (2).

264. Les précisions qui viennent d'être faites aboutissent à cette conséquence forcée, que dans les cas de décès, de refus ou d'incapacité de la part du conseil, la mère devra administrer seule. Il n'y aurait donc pas lieu de procéder au remplacement du conseil qui ferait défaut, quand même le père aurait dans l'acte de nomination, déclaré formellement qu'il tenait comme indispensable l'assistance d'un conseil spécial, indépendamment du choix de tel individu déterminé.

265. La désignation d'un conseil à la mère tutrice ne produit et ne peut produire d'effet qu'à l'égard des actes de tutelle ayant trait à l'administration des biens. Elle ne saurait avoir pour résultat d'apporter une restriction quelconque aux devoirs et aux droits dérivant de la puissance paternelle sur la personne des enfants.

Le conseil désigné n'est pas un co-tuteur; il est seulement appelé, comme son nom l'indique, à donner son *avis* et son *assistance*, sans pouvoir faire directement et par lui-même aucun acte de gestion.

Il est généralement reconnu que l'*avis* et l'*assistance* dont

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 89.

(2) DEMANTE, t. II, n° 140 *bis* III; AUBRY et RAU, t. I, p. 404, note 16 et les auteurs cités; *Contrà*, DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 102; LAURENT, *loc. cit.*. n° 383.

il s'agit, consistent dans un véritable consentement, une autorisation sans laquelle la mère ne pourrait pas agir valablement.

Si le conseil est désigné d'une manière générale, sans spécification des actes pour lesquels il est nommé, il doit donner son avis et prêter son assistance pour tous les actes, sans distinction, relatifs à la tutelle. Si le père a spécifié les actes pour lesquels la mère devra être assistée du conseil qu'il lui désigne, cette assistance ne sera exigée pour aucun autre acte. Dans tous les cas, cette assistance pourra être tacite (1), et résulter de circonstances que les juges du fait auront à apprécier. Il est en outre constant que cette assistance n'est pas nécessaire pour les actes que la tutrice ne provoque pas et qu'elle ne peut éviter, quand elle doit, par exemple, défendre à une demande en partage (2). Dans ce cas, il n'y a pas en réalité d'*acte* dans le sens de la loi, c'est-à-dire un fait d'initiative personnelle.

L'art. 391 déclare formellement que la mère *ne pourra faire aucun acte sans l'avis du conseil* qui lui aura été donné. — Donc si le conseil exprime son avis négatif au sujet d'un acte projeté par la tutrice, et refuse en conséquence son assistance, la mère devra s'abstenir (3). Cette solution qui semble si naturelle est cependant repoussée par ceux qui ont une tendance marquée à reconnaître aux tribunaux le droit d'intervenir à tout propos dans les affaires de la famille. On a donc imaginé au profit de la mère une sorte de recours au conseil de famille, qui videra le différend en première instance, sauf, pour chacune des parties, c'est-à-dire pour la mère et pour le conseil, le droit de se pourvoir devant le tribunal. Le motif principal de cette singulière opinion, c'est

(1) Pau, 28 mars 1887, D. 87, 2, 166.

(2) Besançon, 26 juin 1868, D. 68, 2, 203 ; *Contrà*, LAURENT, *loc. cit.*, n° 281.

(3) LAURENT, *loc. cit.*, n° 380.

que la mère tutrice a peut-être raison, et que c'est le conseil qui a tort (1)! — Il faut prendre les institutions juridiques telles qu'elles ont été conçues par le législateur. Le législateur, pénétré du danger que peut faire courir à la mère tutrice la *fragilitas sexûs*, permet au mari de lui imposer un conseil sans l'avis et l'assistance duquel *elle ne peut faire aucun acte*. Donc, à tort ou à raison, la présomption de la loi est, en cas de discord entre la mère et son conseil, que ce dernier a toujours raison et que la mère a toujours tort, sinon la disposition de la loi eût été absurde. Il ne peut donc pas y avoir une autorité quelconque pouvant exercer un droit de contrôle sur la manière de voir du conseil. Ce dernier, d'ailleurs, ne manquerait pas de renoncer à sa mission s'il rencontrait une telle contradiction, et la garantie qu'on avait espéré trouver dans son concours disparaîtrait.

Mais la controverse est de nature, peut-être, à montrer que la faculté donnée au mari de désigner un conseil à sa femme, pour le cas où elle deviendra tutrice, est médiocrement justifiée.

266. La femme ne pourra donc pas agir, si le conseil refuse son concours. Mais si la femme agit seule, malgré le refus du conseil de l'assister, ou si elle agit sans même demander au conseil son assistance, l'acte par elle posé sera nul; l'action en nullité appartiendra à la mère tutrice ou à l'enfant devenu majeur, pourvu que, de l'acte attaqué, résulte pour lui un préjudice (2).

267. La mère est toujours responsable de ses actes envers le mineur, lors même que c'est de l'avis du conseil qu'elle a agi. Elle ne cesse pas en effet d'être tutrice; c'est toujours elle qui administre librement; elle n'était pas obligée d'agir

(1) DEMOLOMBE, t. II, n° 140 *bis*, t. VII, n° 95.

(2) DEMOLOMBE, t. VII, n° 98; LAURENT, t. IV, n° 382; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1000.

et de demander au conseil son avis et son assistance; elle l'a fait sous sa responsabilité, et, d'un autre côté, le conseil ne fait qu'accorder son assistance, s'il le juge convenable, quand cette assistance lui est demandée, et n'a pas qualité pour provoquer de la part de la mère tutrice, un acte que cette dernière ne voudrait pas faire ou ne songerait pas à faire. Mais la mère ne serait pas responsable si elle avait omis un acte utile ou même nécessaire, parce que le conseil a refusé son concours. En vue d'une telle éventualité, la mère agira donc prudemment en faisant constater, d'une manière quelconque, que pour tel acte déterminé qu'elle avait le projet de faire, elle a demandé au conseil une assistance que ce dernier a refusée. Dans la doctrine que nous avons repoussée, il faudrait rendre la mère responsable si elle n'avait pas usé du recours, qu'on prétend lui appartenir, contre le refus de son conseil.

2° — *Du curateur au ventre.*

268. — Cas où la femme survivante est enceinte, art. 393.
269. — Motifs de la désignation d'un curateur au ventre.
270. — Quand, par qui et comment la nomination du curateur peut être provoquée.
271. — Droit d'administrer pouvant appartenir au curateur.
272. — A la naissance de l'enfant, la mère devient tutrice et le curateur devient subrogé-tuteur, conséquences.
273. — Droit pour la mère de refuser la tutelle, art. 394.

268. La mère survivante n'est pas toujours, comme le père, immédiatement investie de la tutelle; il peut se faire qu'elle n'en soit investie qu'un certain temps après la mort de son mari. C'est ce qui arrivera dans le cas de grossesse.

ART. 393. Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille. — A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en sera de plein droit le subrogé-tuteur (*).

(*) Art. 393. — L. 8, D. 27, 10, *De curat. furioso et aliis dand.*; L. 20, D. 26, 5, *De tutor. et curat. dat.*; L. 48, D. 6, 7, *De admin. et peric. tut.*; Comp. *tot. tit.* D. 25, 4, *De insp. ventre.*

Le législateur aurait été certainement mieux inspiré en ne conservant pas l'institution surannée du *curateur au ventre*, et en déclarant simplement, comme le Code de la Convention, que la femme enceinte à la mort de son mari, est tutrice de l'enfant qu'elle porte dans son sein, mais qu'elle doit provoquer la nomination d'un subrogé-tuteur dans le mois du décès de son mari (Liv. Ier, tit. VIII, art. 8).

269. La précaution prise par la loi a pour but de prévenir la possibilité :

1° D'une *suppression de part*, par une veuve qui, instituée, par exemple, légataire universelle par son mari, pourrait avoir intérêt à faire disparaître son enfant pour empêcher la réduction de son legs aux limites de la quotité disponible;

2° D'une *supposition de part;* au cas où une femme se déclarerait faussement enceinte au moment du décès de son mari sans enfant, pour simuler plus tard un accouchement dans le but de faire passer sur la tête d'un enfant supposé, les biens de son mari prédécédé, au préjudice des héritiers de ce dernier;

3° D'une *substitution de part*, au cas où, dans le même but que celui qui vient d'être indiqué, une veuve chercherait à substituer un enfant bien conformé à l'enfant mort-né, ou non viable dont elle serait accouchée.

Dans les trois hypothèses envisagées, la sûreté de l'enfant conçu peut être compromise, comme peuvent être compromis les intérêts des véritables héritiers du mari. On a pensé que la présence d'un curateur au ventre pourrait déjouer toutes les combinaisons criminelles de la veuve.

Le curateur au ventre a en effet pour première mission d'exercer vis-à-vis de la veuve une surveillance pouvant se traduire par des visites rendues à la femme dans son domicile, mais ne devant jamais revêtir un caractère inquisitorial, et par le droit d'assister à son accouchement (1).

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 59.

270. Il y a lieu de nommer un curateur au ventre à la veuve :

1° Quand elle se déclare enceinte, sans qu'il soit nécessaire de vérifier l'exactitude de son affirmation (1);

2° Lorsqu'elle est enceinte, quoiqu'elle n'ait pas fait elle-même une déclaration spéciale de son état.

Donc, la femme et toute personne intéressée pourront demander au conseil de famille la nomination du curateur. Le juge de paix pourrait même, d'office, convoquer le conseil à cet effet. Le conseil sera convoqué au domicile de la mère enceinte.

Si la veuve, légataire universelle de son mari décédé sans enfants, se trouve engagée en cette qualité dans une procédure pendante devant un tribunal, la circonstance qu'elle s'est déclarée enceinte, et qu'un curateur au ventre a été nommé au cours de l'instance, ne saurait être considérée comme entraînant un changement d'état ou de qualité. Cet événement, sans doute, devrait être notifié à la partie adverse, mais il ne saurait mettre obstacle à la continuation de la procédure. La Cour de cassation a fait une intéressante application de cette règle à une hypothèse où une procédure de folle-enchère était poursuivie contre la veuve du surenchérisseur en sa qualité de légataire universelle de celui-ci, et pourvue, durant la procédure et sur sa déclaration, d'un curateur au ventre (2).

L'art. 393 ne faisant aucune distinction, un curateur devra être nommé quand même la veuve enceinte au moment du décès de son mari aurait d'autres enfants issus du mariage, encore mineurs et soumis à la tutelle d'un tiers, parce qu'elle aurait elle-même décliné cette tutelle. Le danger de suppression ou de supposition de part est en effet toujours le même,

(1) Aix, 19 mars 1807, S. 1807, 2, 167.
(2) Cass. 19 avril 1887, S. 87, 1, 379.

et la présence du tuteur des enfants déjà nés ne donnerait aucune garantie puisque le tuteur ne pourrait légalement exercer aucune surveillance et n'aurait pas le droit d'assister à l'accouchement (1).

271. La mission de surveillance donnée au curateur finit naturellement par le fait de l'accouchement. Mais en attendant, le curateur administre la succession du mari prédécédé, qui n'a pas laissé d'enfants. S'il y a des enfants mineurs, c'est la mère tutrice ou le tuteur qui la remplace à qui l'administration tout entière doit appartenir d'une manière indivisible. Si les enfants sont majeurs le curateur au ventre pourra seulement procéder à des mesures conservatoires, requérir par exemple l'apposition des scellés sur les effets provenant de la succession du père de l'enfant conçu, mais il ne pourrait provoquer une action en partage de cette même succession, ni défendre à une telle action (2).

Le curateur au ventre est comptable de sa gestion comme tout administrateur ordinaire. Mais on ne doit pas l'assimiler au tuteur; il peut se rendre adjudicataire des biens du posthume (3) et ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale.

272. Le second alinéa de l'art. 393 déclare qu'à la naissance de l'enfant, ce qui suppose qu'il naît vivant et viable, la mère en devient tutrice et que le curateur en sera de plein droit le subrogé-tuteur. Le conseil de famille, en nommant un individu curateur au ventre, nomme donc en même temps un subrogé-tuteur éventuel à l'enfant dont la naissance est attendue. De là il suit :

1° Que la mère ne doit pas concourir à la nomination du curateur (art. 423);

(1) AUBRY et RAU, § 136, texte et note 5; *Contrà*, LAURENT, t. IV, n° 394; Comp. DEMOLOMBE, t. VII, n°s 70 et suiv.

(2) Voy. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n°s 74 et suiv.

(3) Cass. 19 avril 1887, S. 87, 1, 379.

2° Que le curateur doit nécessairement être choisi dans la ligne paternelle, puisque le subrogé-tuteur ne doit pas appartenir à la même ligne que le tuteur. Si la mère déclinait la tutelle et si le conseil de famille prenait le tuteur dans la ligne paternelle, le ci-devant curateur au ventre ne pourrait pas rester subrogé-tuteur et devrait être remplacé par un subrogé-tuteur pris dans la ligne maternelle ;

3° Que la personne nommée curateur au ventre ne peut décliner la mission qui lui est donnée par le conseil de famille (art. 426).

273. Le père survivant ne peut refuser la tutelle que s'il peut invoquer une cause d'excuse légale. La mère, au contraire, soit qu'il s'agisse d'enfants déjà nés au moment du décès de son mari, soit qu'il s'agisse de l'enfant posthume dont elle s'est déclarée enceinte, peut toujours refuser la tutelle sans avoir à articuler les motifs de sa décision :

ART. 394. La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle ; néanmoins, et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur (*).

Le refus de la mère efface rétroactivement dans sa personne la qualité de tutrice dont elle avait été investie de plein droit par le décès de son mari. Sans doute, elle devra remplir tous les devoirs de la tutelle jusqu'à la nomination d'un tuteur, mais sa gestion intérimaire ne donne lieu ni à la nomination d'un subrogé-tuteur ni à l'hypothèque légale.

Si, après avoir d'abord accepté la tutelle, la mère en trouvait la charge trop lourde, serait-elle reçue à s'en démettre ? Les motifs qui ont déterminé l'adoption de l'art. 394 commandent une solution affirmative (1). L'opinion contraire est cependant soutenue par le motif assez faible, que le texte, en déclarant que la mère *n'est point tenue d'accepter la tutelle*,

(*) Art. 394. — L. 2, § 1 et 2, D. 26, 6, *Qui petant tutor.* ; L. 3, l. 11, c. 5, 31, *Qui petant tutor.*

(1) LAURENT, t. IV, n° 376 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1005.

semble donner à entendre qu'elle ne peut plus la répudier une fois qu'elle l'a acceptée (1). Dans l'opinion que nous croyons devoir adopter, la démission de la mère postérieure à une acceptation, ne ferait pas rétroactivement disparaître sa qualité de tutrice, et ses biens demeureraient soumis à l'hypothèque légale pour garantie de sa gestion.

3° — *Du second mariage de la mère tutrice.*

274. — La mère tutrice qui se remarie doit convoquer préalablement le conseil de famille ; conséquences à l'égard de la femme du défaut de cette convocation ;
275. — Conséquences à l'égard du second mari ; il est tenu même des suites de la gestion tutélaire antérieure à son mariage.
276. — La déchéance de la tutelle encourue par la mère donne lieu à une tutelle toujours dative.
277. — Mission du conseil de famille quand il est convoqué avant le second mariage de la mère.
278. — Condition du second mari, art. 396 ; il est co-tuteur nécessaire de la mère maintenue dans la tutelle ; conséquences.
279. — Le conseil de famille peut retirer la tutelle à la mère remariée.

274. Supposons que la mère ait accepté la tutelle, pour employer l'expression de la loi, et qu'elle entende la conserver. Mais elle veut se remarier. En fait comme en droit, elle subira, dans cette hypothèse, l'autorité de son nouveau mari, elle perdra sa liberté d'action. Une telle situation devait nécessairement influer sur la persistance de la tutelle :

ART. 395. Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. — A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit ; et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée (*).

(*) Art. 395. — L. 2, C. 5, 35, *Quando mulier tutelæ ;* L. 2, C. 8, 15, *In quibus causis pignus*, etc. ; Novell. 22, C. 40 ; Novell. 94, C. 9 ; Novell. 118, C. 5.

(1) AUBRY et RAU, § 99 *bis*, texte et note 2 ; DEMOLOMBE, t. VII, n°s 110 et suiv.

Examinons d'abord cette dernière hypothèse :

Le résultat immédiat de la célébration du second mariage de la mère, sans convocation préalable du conseil de famille, est la déchéance, *de plein droit*, du titre en vertu duquel elle gérait la tutelle à laquelle elle avait été appelée par le prédécès de son mari. En fait, cependant, elle a conservé cette même tutelle, mais elle l'a conservée *indûment*, dit le texte.

Le fait seul de cette conservation indue oblige la mère à continuer la gestion de la tutelle jusqu'à ce que le conseil de famille ait pris une décision. Elle devra donc procéder à tous les actes conservatoires du patrimoine du mineur, renouveler les inscriptions, interrompre les prescriptions, etc.; mais comme elle n'est plus tutrice, elle n'a plus qualité pour engager le mineur envers les tiers (1).

275. Le futur mari qui est censé, comme la femme, connaître la loi, a intérêt à veiller à ce que le conseil de famille soit convoqué, avant le mariage, pour délibérer sur la question de savoir si la tutelle doit être conservée à cette dernière. S'il ne le fait pas, il s'associe en quelque sorte à la négligence intentionnelle ou inconsciente de la femme, et on comprend que la loi se montre alors plus rigoureuse à son égard que s'il avait insisté pour la convocation préalable du conseil de famille. Or, dans ce dernier cas, nous verrons que d'après l'art. 396, s'il devient co-tuteur, il n'est solidairement responsable avec sa femme que de la gestion *postérieure* au mariage. Sa responsabilité doit donc être plus étendue quand il s'est associé à une violation de la loi. L'art. 395 dit que le nouveau mari est alors solidairement responsable de toutes les suites *de la tutelle que la femme aura indûment conservée*, cela ne peut s'entendre que des suites de la gestion même antérieure au

(1) Voy. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, nos 120 à 124.

mariage. C'est l'opinion de la jurisprudence et de la majorité des auteurs (1).

La sévérité, peut être excessive, de cette solution en a fait contester la légitimité. On a objecté que l'art. 395 ne rend le mari responsable que des suites *de la tutelle indûment conservée;* or la tutelle de la mère n'a été conservée *indûment* qu'à partir de son nouveau mariage (2). Cette interprétation pourrait être admise s'il était possible d'isoler l'art. 395 de l'art. 396, mais elle est repoussée par la combinaison nécessaire des deux articles.

La loi se borne à déclarer que le nouveau mari sera *solidairement* responsable avec la mère de toutes les suites de la tutelle. C'est-à-dire que l'enfant ayant des actions à exercer à raison de la tutelle pourra agir, pour le tout et à son choix, contre sa mère ou contre le second mari de cette dernière. Mais cette solidarité n'implique pas le moins du monde que les biens du mari soient grevés d'une hypothèque légale, car il n'a jamais été tuteur.

276. Lorsque la mère remariée a perdu la tutelle faute d'avoir convoqué le conseil de famille avant son second mariage, il y aura lieu, non à la tutelle légale des ascendants, mais à la tutelle dative conférée par le conseil de famille (3).

Rien ne s'oppose à ce que le conseil de famille confère la tutelle à la mère qui a cessé d'être tutrice légale. L'art. 445, d'après lequel tout individu qui a été exclu ou destitué d'une tutelle ne peut plus être tuteur, ne s'applique pas à notre hypothèse où il n'y a eu ni exclusion, ni destitution, mais simple déchéance encourue pour une omission que les circonstances peuvent faire excuser. Mais alors la mère se trouve investie d'une tutelle dative, et n'est pas réintégrée dans

(1) AUBRY et RAU, t. I[er], p. 407 et les autorités citées à la note 26; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1009.

(2) DEMOLOMBE, *loc, cit.*, n° 127; LAURENT, *loc. cit.*, n$_0$ 389.

(3) Rennes, 24 juill. 1890, S. 91, 2, 20.

son ancienne tutelle légale (1). L'observation n'est pas sans importance, car les art. 454, 455, 456 et 470, non applicables en général à la tutelle légale, seront au contraire appliqués à la mère remariée.

277. Il faut, croyons-nous, admettre la même solution dans l'hypothèse que nous allons maintenant examiner, celle où le conseil de famille a été convoqué avant le second mariage de la mère.

Quelle est la mission du conseil? Il doit, d'après le texte de l'art. 395, *décider si la tutelle doit lui être conservée* (à la mère). De ce que la loi parle d'une tutelle *conservée*, on a voulu conclure, mais avec une certaine hésitation, que la tutelle conservée demeurait légale et ne devenait pas véritablement dative (2). Mais comme cette tutelle ne peut être conservée qu'en vertu d'une *décision* du conseil de famille, le titre de la mère à gérer la tutelle se trouve désormais dans la délibération du conseil de famille; la tutelle devient donc dative (3).

278. Si le conseil de famille estime qu'il y a lieu de conserver à la mère ses fonctions de tutrice, quelle sera la situation du second mari?

ART. 396. Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour co-tuteur le second mari, qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage (*).

La mère étant ainsi tutrice et son nouveau mari devenant co-tuteur, il faut décider qu'ils devront gérer la tutelle ensemble et conjointement (4), sans qu'il y ait à faire de distinction suivant les divers régimes matrimoniaux qu'ils ont pu adopter.

(*) Art. 396. — L. 6, C. 8, 15, *In quibus causis pignus.*

(1) Paris, 19 nov. 1887, D. 88, 2, 176.

(2) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 133.

(3) LAURENT, t. IV, n° 386.

(4) Cass. 5 mai 1856, D. 56, 1, 242.

Le nouveau mari devient, d'après le texte, co-tuteur *nécessaire;* ce qui veut dire que le conseil de famille ne peut maintenir la mère dans la tutelle qu'en nommant son mari co-tuteur. Mais pour que cette combinaison soit possible, il faut que le second mari ait la capacité requise pour pouvoir être nommé tuteur. Si cette capacité lui fait défaut, la femme conservera sans doute son autorité sur ses enfants du premier lit, mais ne pourra être maintenue dans la tutelle. Par conséquent encore tout événement de nature à mettre fin à la co-tutelle du mari, du vivant de ce dernier, mettra fin aussi à la tutelle de la femme. C'est ce qui arrivera notamment en cas de destitution du mari ou d'admission d'une excuse par lui proposée. Il en sera de même s'il devenait incapable de gérer la tutelle par l'effet de l'interdiction prononcée contre lui (art. 441-2°), quand même la femme aurait été nommée sa tutrice (art. 507) (1). Il est possible en effet que le conseil de famille n'ait maintenu la tutelle à la femme, qu'en considération de la co-tutelle du mari devenu interdit.

Réciproquement, tout événement faisant cesser la tutelle de la femme fera également cesser la co-tutelle du mari, sauf au conseil de famille à l'investir, s'il le juge à propos, des fonctions de tuteur.

Le divorce prononcé entre la femme et son second mari est un événement commun aux deux parties. Mais il a pour effet direct d'enlever au second mari la qualité à laquelle était attachée la fonction de co-tuteur; donc la femme doit perdre la tutelle, sauf à en être investie par le conseil de famille. En cas de séparation de corps il ne saurait en être ainsi. Le mari conservant sa qualité demeure co-tuteur, et la femme, par conséquent, demeure tutrice. Sans doute il paraît difficile de concevoir comment des époux séparés pourront gérer la tutelle *ensemble* et *conjointement;* mais

(1) *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VII, n° 138.

comme il s'agit en définitive d'une gestion plutôt juridique que matérielle, il n'y a pas, en réalité, impossibilité. Seulement la difficulté signalée n'en est pas moins sérieuse, et doit s'ajouter à toutes les raisons qui rendent urgente une réforme du régime de la séparation de corps (V. t. II, nº 472 et suiv.).

279. Le conseil de famille peut aussi retirer la tutelle à la mère remariée. Il ne doit évidemment le faire que pour des motifs graves, et si l'intérêt du mineur paraît exiger une telle mesure. Toutefois il n'est pas nécessaire que le procès-verbal de la délibération contienne les motifs de sa décision, comme lorsqu'il s'agit de prononcer contre le tuteur l'exclusion ou la destitution, dont les causes sont limitativement déterminées par la loi. Cette délibération est susceptible d'un recours en justice. Il y a eu d'abord quelques difficultés à cet égard, mais la jurisprudence la plus récente se prononce dans ce sens (1).

SECTION II.

De la tutelle déférée par le père ou la mère.

280. — Du droit de désigner un tuteur testamentaire, art. 397 ; conditions de son exercice.
281. — Condition de la mère remariée non maintenue (art. 399), ou maintenue (art. 400), dans la tutelle ; formes de la désignation du tuteur testamentaire, art. 398.
282. — Peut-il être nommé à terme ou sous condition ?
283. — Le dernier mourant peut-il désigner plus d'un tuteur ?
284. — Le tuteur testamentaire n'est pas, en principe, tenu d'accepter la tutelle.

280. Le survivant des père et mère devient de plein droit le tuteur légal de ses enfants mineurs. La loi lui permet en outre de désigner, avant de mourir, celui qui devra, après son décès, le remplacer comme tuteur.

(1) Paris, 19 nov. 1887, D. 88, 2, 176 ; *Contrà*, DEMOLOMBE, *loc. cit.*, nº 140.

ART. 397. Le droit individuel de choisir un tuteur parent, ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère (*).

Cette tutelle est appelée communément *testamentaire*, et avec raison, car la nomination ou désignation du tuteur par le dernier mourant des père et mère ne peut résulter que d'un acte de dernière volonté ne pouvant produire son effet qu'à la mort du père ou de la mère exerçant la tutelle.

Le droit de désigner ainsi un tuteur appartient au dernier mourant, sans distinction; quand même il serait mineur.

La mère aura la même faculté, quand même le père prédécédé lui aurait adjoint un conseil.

Mais pour que le dernier mourant puisse exercer ce droit, il faut qu'il n'ait été ni exclu, ni destitué de la tutelle de ses enfants.

S'il avait été simplement excusé il est certain qu'il ne pourrait pas nommer de son vivant un tuteur qui gèrerait tout de suite la tutelle à sa place; ce serait contraire au texte de l'art. 397, qui ne parle que du dernier mourant. Le conseil de famille sera donc appelé dans ce cas à nommer un tuteur datif. Dans ce cas le dernier survivant pourrait-il, du moins, désigner un tuteur, pour le moment de sa mort, lequel remplacerait alors le tuteur datif déjà nommé! Il y a eu sur ce point quelques difficultés, mais la solution à adopter découle de ce double aperçu que la loi donne au dernier mourant le pouvoir de désigner lui-même son propre remplaçant, ce qui implique qu'il est encore revêtu du titre de tuteur légal au moment de son décès, et qu'elle ne lui confère pas la faculté de remplacer par un autre, c'est-à-dire de révoquer en quelque sorte, le tuteur datif déjà nommé.

281. La loi fait d'ailleurs, elle-même, une application de ces principes à la mère remariée :

(*) **Art. 397.** — Comp. GAI. *Comm.*, 1, § 144; ULP. *Reg.*, 11, § 14 et 15; JUST. *Inst.*, 1, 13, L. 1, 3, 4, D. 26, 2, *De testament. tutelâ*; etc.

ART. 399. La mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut leur choisir un tuteur (*).

La désignation faite par la mère non investie de la tutelle devrait donc être considérée comme non-avenue, et la tutelle, dans ce cas, passerait de plein droit aux ascendants.

Il en sera autrement si la mère a été maintenue dans la tutelle :

ART. 400. 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.

On pourrait penser peut-être qu'en définitive, à cause de l'omnipotence du conseil de famille, ce cas rentre dans l'hypothèse prévue par l'art. 399; mais il n'en est pas ainsi, car la désignation faite par la mère, même non confirmée par le conseil de famille, suffit pour exclure les ascendants.

Voyons maintenant comment le droit de désigner un tuteur testamentaire, peut être exercé par le dernier mourant :

ART. 398. Ce droit ne peut être exercé que dans les formes prescrites par l'art. 392, et sous les exceptions et modifications ci-après (**).

Les modifications indiquées sont précisément celles qui concernent la mère remariée et dont nous avons cru devoir parler d'abord.

C'est donc par un acte de dernière volonté, ou une déclaration faite devant un juge de paix ou un notaire, que le tuteur testamentaire sera désigné.

282. Suivant les principes du droit romain, les tuteurs légitimes et datifs ne pouvaient être nommés à terme ou sous condition (1). Mais il en était autrement du tuteur tes-

(*) Art. 399. — Arg. L. 2, C. 5, 35, *Quando mulier tutelæ.*

(**) Art. 398.— L. 1, 3 et 9, D. 26, 2, *De testament. tutelâ ;* L. 3, D. 26, 3, *De confirm. tut.*

(1) L. 6, D. 26, 1, *De tutelis ;* L. 77, D. 50, 17, *De reg. juris.*

tamentaire : *ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub conditione posse dari tutorem non dubitatur* (1).

Dans l'ancienne jurisprudence on admit une solution opposée par l'unique motif qu'il n'y avait plus, à proprement parler, de tutelle testamentaire, puisque le tuteur désigné par testament avait presque partout besoin d'être confirmé par le magistrat; le testament ne contenait en réalité qu'une simple indication et non une nomination.

Mais aujourd'hui que le dernier mourant des père et mère peut, en principe, nommer un tuteur sans l'intervention des parents ou des magistrats, il n'y aurait pas de raison pour annuler une nomination faite à jour ou sous condition ou pour un certain temps.

On est d'autant plus fondé à le prétendre ainsi que l'art. 391 permet, comme nous l'avons vu, au père de nommer à la mère un conseil, et de spécifier même les actes pour lesquels ce conseil sera nécessaire, de manière qu'elle sera habile à faire les autres sans son assistance. C'est bien là, comme on disait autrefois, un *cisaillement* de la tutelle, et il n'y a pas plus de raison pour empêcher le père de la donner pour un temps, ou sous condition, que de la diviser (2).

Dans cette hypothèse il y aurait lieu à la nomination d'un tuteur datif pour le temps durant lequel le tuteur testamentaire ne pourrait pas gérer, absolument comme chez les Romains (3). Il convient de remarquer que, dans les hypothèses qui viennent d'être prévues, le principe de l'*unité* de la tutelle n'est pas mis en question, il n'y aura jamais, dans le même moment, qu'un seul tuteur en fonction.

283. Mais le *cisaillement* dont il vient d'être parlé, et

(1) JUSTINIEN, *Inst.*, 1, 14, *Qui testamento tutoris dari possunt.*

(2) MALEVILLE, *Analyse raisonnée*, sur l'art. 401 ; *Contrà*, LAURENT, t. IV, n° 370.

(3) L. 10, D. 27, 1, *De excusat.*

qui se produit dans le domaine du temps que doit durer la tutelle, pourrait-il être poussé plus loin et porter même sur les attributions du tuteur? Ainsi, le dernier mourant des père et mère, investi comme tel de la puissance paternelle en même temps que de la tutelle, pourrait-il, en choisissant un tuteur par acte de dernière volonté, désigner une autre personne qui serait chargée de la garde et de l'éducation de son enfant mineur?

La question revient, en définitive, à se demander si le dernier mourant des père et mère a le pouvoir de désigner deux ou plusieurs tuteurs, en divisant entre eux les attributions de la tutelle, ou s'il ne peut en désigner qu'un seul.

Il ne faut pas équivoquer, en effet; celui à qui le dernier mourant prétend confier la garde et l'éducation de l'enfant, ne peut être investi de cette garde et de cette éducation qu'en qualité de tuteur, et non comme attributaire d'une puissance paternelle qui s'est éteinte avec celui qui l'exerçait de son vivant, et ne peut être transmise en aucune manière. La Cour de Rouen a singulièrement méconnu ce principe, en décidant que la disposition examinée est valable alors même que le testateur aurait surabondamment déclaré nommer tuteur de son enfant celui à qui il en confiait la garde; *cette nomination n'étant faite que pour le cas où elle eût été nécessaire afin d'assurer à l'individu désigné le droit de garde et d'éducation, peu importait que l'individu investi de ce droit fût incapable d'être tuteur* (1).

Il doit donc demeurer entendu que si les attributions de la tutelle peuvent être divisées, elles ne peuvent l'être qu'entre individus devant être tuteurs et devant par suite, avoir la capacité requise à cet effet. Mais enfin, cette désignation de plusieurs tuteurs est-elle permise?

Le principe de l'unité de la tutelle n'est formulé dans

(1) Rouen, 4 janv. 1883, D. 83, 2, 155.

aucun texte, et il est arbitraire de considérer les dispositions relatives à des co-tuteurs (art. 396, 417), comme des exceptions pouvant révéler l'existence de la règle.

Mais, dit-on, si le dernier mourant a la faculté de désigner plusieurs tuteurs, pourquoi le conseil de famille n'aurait-il pas une faculté semblable? La Cour de cassation a répondu en reconnaissant la même faculté aux conseils de famille (1).

284. Nous croyons que la désignation de plusieurs tuteurs est possible, de même qu'il est possible de les nommer à terme ou sous condition (2). Mais nous pensons aussi que cette solution doit subir une importante restriction. Elle ne paraît pouvoir rationnellement s'appliquer qu'aux tuteurs désignés qui ont la possibilité de décliner la tutelle qui leur est ainsi offerte; on ne peut pas, en effet, ne pas tenir compte de la condition du tuteur;

Or :

ART. 401. Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger (*).

Par conséquent, si le tuteur n'est pas au nombre des personnes auxquelles le conseil de famille pourrait imposer la tutelle (art. 492), il pourra la décliner, ou l'accepter avec les modalités voulues par le dernier mourant.

Si le tuteur désigné se trouve au contraire au nombre des personnes à qui le conseil de famille pourrait imposer la tutelle, il peut dire : je suis prêt à remplir la mission pour laquelle le dernier mourant m'a désigné; mais cette mission ne s'impose à moi que dans les conditions où il a plu au législateur de la définir lui-même; les modifications et modalités émanées du défunt doivent être considérées comme non-avenues.

(*) Art. 401. — L. 27, 28, § 1, 32, 33, 36, D. 27, 1, *De excusationibus*.

(1) Cass. 14 déc. 1863, D. 64, 1, 63.

(2) *Contrà*, LAURENT, t. IV, n° 369-370 ; Comp. DEMOLOMBE, t. VII, n°s 220 à 230.

SECTION III.

De la tutelle des ascendants.

285. — Dans quels cas il y a lieu à la tutelle légitime des ascendants, art. 402.
286. — Ordre établi en cas de concurrence entre plusieurs ascendants, art. 403 et 404.

285. La tutelle des ascendants est attribuée par la loi, en raison de la qualité des personnes, aux ascendants supérieurs en degré au père et à la mère. Il s'agit donc d'une tutelle *légale* ou *légitime*. Cette tutelle est tout à fait étrangère au droit coutumier, elle s'écarte également du droit romain ancien. Comme elle est moins justifiée que celle des père et mère nous devrons, dans les cas douteux, nous prononcer contre elle.

ART. 402. Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à son aïeul paternel ; à défaut de celui-ci, à son aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré (*).

Ce texte doit être combiné avec l'art. 405; par conséquent :

1° Si le tuteur survivant des père et mère meurt sans avoir désigné un tuteur testamentaire, il y a lieu à la tutelle de l'ascendant ;

2° Si au contraire le dernier mourant des père et mère cesse d'être tuteur, par suite d'excuse ou d'exclusion, ou, si c'est la mère, parce qu'elle n'aura pas été maintenue dans la tutelle, ou ne l'aura pas acceptée, il y aura lieu à la tutelle dative.

Le droit romain, en cette matière, peut servir de point de départ. La tutelle testamentaire excluait en effet les autres, même celle des agnats. Par conséquent lorsqu'il y avait eu

(*) Art. 402. — L. 1, 7, 9 et 10, D. 26, 4, *De legit. tutor.*

un tuteur testamentaire nommé à terme ou sous condition, il y avait lieu à la tutelle dative, et non à la tutelle légitime (1). La même solution devra encore être admise en droit français, car il suffit, d'après l'art. 402, qu'il ait été choisi un tuteur par le dernier mourant pour que les ascendants soient exclus. Ils seront pareillement exclus si le tuteur testamentaire vient à être destitué.

Si le tuteur testamentaire meurt après l'ouverture de la tutelle, y aura-t-il lieu à la tutelle légitime, ou faudra-t-il passer à la tutelle dative? En droit romain, on recourait dans ce cas à la tutelle légitime (2). En droit français, il faudrait adopter une opinion contraire, car le tuteur testamentaire *a été choisi*, et cela suffit d'après l'art. 402 pour exclure les ascendants.

Enfin qu'arrivera-t-il si la personne désignée comme tuteur testamentaire meurt avant le testateur lui-même? On serait porté, au premier abord, à admettre une solution différente, par suite de cette observation que le testateur n'ayant pas refait son testament devenu inutile, paraît n'avoir pas persisté dans la pensée d'exclure l'ascendant.

Nous préférons cependant l'opinion contraire fondée sur le texte de l'art. 402, et justifiée par la double considération suivante : 1° Le tuteur désigné par testament a pu mourir un instant de raison avant le testateur, sans que ce dernier ait eu le temps de faire une autre désignation ; 2° Le testateur peut avoir ignoré son décès. Dans tous les cas, il demeure avéré qu'*un tuteur avait été choisi;* donc le tuteur légitime est exclu.

286. Il arrivera souvent que plusieurs ascendants existent ensemble dans les lignes paternelle et maternelle ; suivant quel ordre seront-ils appelés à exercer la tutelle légitime?

(1) L. 11, D. 26, 2, *De testam. tutelâ.*
(2) L. 6, D. 26, 4, *De legit. tutor.*

ART. 403. Si, à défaut de l'aïeul paternel et de l'aïeul maternel du mineur, la concurrence se trouvait établie entre deux ascendants du degré supérieur qui appartinssent tous deux à la ligne paternelle du mineur, la tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur.

ART. 404. Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de famille, qui ne pourra néanmoins que choisir l'un de ces deux ascendants.

Il faut d'abord remarquer que la loi appelle seulement les ascendants masculins. Il est vrai que l'art. 442 déclare les ascendantes aptes à gérer la tutelle, mais il ne s'applique qu'à la tutelle testamentaire ou dative. En second lieu la préférence est fondée sur la ligne; l'ascendant paternel est préféré à l'ascendant maternel du même degré.

Si l'ascendant auquel est dévolue la tutelle est incapable de la gérer, ou se trouve valablement excusé, la tutelle passe-t-elle de plein droit à l'ascendant qui y aurait été appelé en cas de décès du premier? non : l'art. 403 dit : *à défaut*, ce qui ne peut s'entendre ici que du cas de mort, et non de celui d'excuse ou d'exclusion. D'ailleurs l'art. 405 lève toute équivoque ; il faudra donc passer à la tutelle dative.

On remarquera que lorsqu'il y a concours de deux ascendants appartenant à la ligne maternelle, la loi donne au conseil de famille la mission de désigner celui qui sera tuteur. L'ascendant ainsi désigné sera néanmoins tuteur légal et non tuteur datif. Le conseil se borne en effet à indiquer celui des ascendants auquel doit appartenir une tutelle déférée par la loi.

SECTION IV.

De la tutelle déférée par le conseil de famille.

§ 1er. — De la tutelle dative.

287. — Quand il y a lieu à tutelle dative, art. 405.
288. — L'art. 405 doit être étendu aux tutelles spéciales.
289. — Les enfants naturels reconnus sont soumis à la tutelle dative.

290. — *Quid* des enfants naturels non reconnus et des enfants adultérins ou incestueux?
291. — Tutelle des enfants assistés ; LL. 15 pluviôse an XIII, 10 janv. 1849.
292. — Tutelle administrative des enfants abandonnés, L. 24 juillet 1889.
293. — Tutelle officieuse de ces mêmes enfants.
294. — Tutelle de ces enfants constituée dans les termes du droit commun en vertu de l'art. 10 de la loi du 24 juill. 1889.
295. — Particularités de cette tutelle.

287. Quand il n'y aura possibilité d'organiser ni une tutelle légale ou légitime, ni une tutelle testamentaire, il faudra nécessairement procéder à la tutelle dative déférée par le conseil de famille :

ART. 405. Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père et mère, ni ascendants mâles, comme aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se trouvera ou dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, ou valablement excusé, il sera pourvu, par un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur.

Ce texte se trouve déjà expliqué par ce qui a été dit précédemment; il y aura donc lieu à tutelle dative :

1° Lorsqu'un enfant mineur reste sans père ni mère, que le dernier mourant n'a pas choisi de tuteur testamentaire, et qu'il n'y a pas d'ascendants mâles ;

2° Lorsque la mère survivante refuse la tutelle;

3° Lorsque le père survivant, le tuteur testamentaire, ou l'ascendant appelé à la tutelle légale sont excusés;

4° Lorsque le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire ou l'ascendant appelé à la tutelle sont exclus ou incapables;

5° Lorsque la veuve qui se remarie ne convoque pas le conseil de famille ou n'est pas maintenue dans la tutelle ;

6° Lorsque le tuteur testamentaire ou l'ascendant tuteur viennent à mourir pendant leur gestion ;

7° Lorsqu'un tuteur datif doit être remplacé pour une cause quelconque;

8° Dans l'opinion que nous avons soutenue plus haut (n° 308), il y aurait encore lieu à tutelle dative pour le temps pendant lequel un tuteur à terme ou sous condition ne pourrait gérer.

Le conseil de famille choisit librement le tuteur, sauf à celui qui a été désigné à faire valoir les causes d'excuse légale pouvant exister à son profit, comme nous le verrons plus loin, sauf aussi le droit de ceux qui peuvent attaquer la délibération. Si la délibération portant nomination du tuteur est annulée, le conseil de famille devra être de nouveau convoqué pour procéder à une autre nomination, mais le tribunal ne pourrait pas nommer lui-même le tuteur en prononçant l'annulation de la délibération (1).

288. La règle de l'art. 405, qui attribue compétence aux conseils de famille pour la nomination des tuteurs ordinaires, doit recevoir son application même quand il s'agit des tuteurs spéciaux. Nous savons qu'il y a eu des difficultés sur ce point, notamment en ce qui concerne le tuteur *ad hoc* chargé de représenter l'enfant désavoué (art. 318); il semblerait que le tribunal fût plus naturellement propre à désigner ce tuteur (Voy. ci-dessus, n° 27), et même en général tous les tuteurs spéciaux, chaque fois qu'un texte n'a pas donné cette mission au conseil de famille (2). La jurisprudence s'est cependant prononcée d'une manière qui paraît définitive pour l'opinion contraire (3). Il n'y a donc plus à insister. La nomination d'un tuteur *ad hoc* qui ne serait pas faite par le conseil de famille serait donc irrégulière, le moyen tiré de cette irrégularité, considéré comme étant d'ordre public, serait proposable pour la première fois de-

(1) Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Interdiction*, n° 164.

(2) LAURENT, t. IV, n° 420.

(3) Cass. 24 nov. 1880, D. 82, 1, 52; Douai, 30 mars 1882, D. 82, 2, 148.

vant la Cour de cassation (1), et la nullité de la nomination faite par le tribunal entraînerait la nullité de toute la procédure qui aurait été la conséquence de cette nomination (2).

289. La jurisprudence va encore plus loin dans le même ordre d'idée, et décide que pour les enfants naturels reconnus, qui cependant n'ont pas de famille, le tuteur doit être désigné par un conseil de famille.

Nous avons constaté, en effet, que la doctrine et la jurisprudence refusent aux père et mère naturels le droit d'administrer à ce titre les biens de leurs enfants (V. ci-dessus, nº 238). La conséquence d'une telle décision, c'est que l'enfant naturel doit être en tutelle depuis sa naissance, ou tout au moins depuis le jour où il est devenu propriétaire de quelque bien, quoiqu'il ait son père et sa mère. Quelle sera cette tutelle? En Belgique, on tient pour la tutelle légale (3), en France, on décide que les père et mère n'ont pas la tutelle légale de leurs enfants naturels, qu'il ne leur appartient pas davantage de désigner un tuteur testamentaire, et qu'en définitive la tutelle des enfants naturels est toujours dative (4). Il est vrai que l'art. 405, le seul qui ait trait à la tutelle dative, déclare formellement qu'il faut, pour qu'il y ait lieu à la tutelle dative, que l'enfant mineur reste *sans père ni mère*. Le courant n'en est pas moins bien établi dans le sens qui vient d'être indiqué, et il serait oiseux de chercher à le remonter (5).

290. Les enfants naturels non reconnus ne se trouvent en relation juridique avec personne, au point de vue de la parenté, quoique, en fait, il se peut qu'ils soient élevés par

(1) Arrêt précité du 24 nov. 1880.
(2) Cass. 10 mai 1887, S. 88, 1, 96.
(3) BELTJENS, *Encyclop. de Dr. civ. belge*, sur l'art. 390, nº 10.
(4) Nimes, 15 fév. 1887, S. 87, 2, 172 ; DEMOLOMBE, t. VIII, nºs 385 et 386.
(5) Voy. la controverse dans LAURENT, t. IV, nºs 413 à 417.

leur père ou par leur mère. Il ne saurait donc être question à leur égard de puissance paternelle, ni d'administration légale. S'ils avaient besoin d'un représentant dans un acte juridique, il faudrait leur faire nommer un tuteur datif par un conseil de famille composé par le juge de paix.

Quant aux enfants incestueux ou adultérins dont la filiation pourrait se trouver judiciairement constatée, on admet encore généralement que leur tutelle doit être réglée comme s'ils n'avaient point de parents (1).

291. Les enfants trouvés, abandonnés ou orphelins, admis dans les hospices à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit, forment la catégorie des *Enfants assistés;* ils sont soumis à une tutelle administrative, sans qu'il y ait à rechercher s'ils sont ou ne sont pas nés hors mariage.

Cette tutelle est réglée par la loi du 4 pluviôse an XIII, le décret du 19 janvier 1817 et la loi du 10 janvier 1849. Il en résulte que les commissions administratives des hôpitaux doivent désigner un de leurs membres pour exercer, le cas échéant, les fonctions de tuteur; elles forment elles-mêmes le conseil de tutelle.

Lorsque les enfants ont des biens, le receveur des hospices remplit à cet égard les mêmes fonctions que pour les biens des hospices, sous la seule garantie de son cautionnement (L. 15 pluv. an XIII, art. 5).

Les revenus des biens et capitaux appartenant aux enfants admis dans les hospices, appartiennent à l'établissement jusqu'à leur sortie, à titre d'indemnité des frais de nourriture et d'entretien. Il y a une certaine analogie entre ce droit des hospices et la jouissance légale établie par l'art. 384 au profit des père et mère, mais ce droit ne peut être exercé qu'à concurrence seulement des dépenses effectuées (2).

292. Les enfants maltraités ou moralement abandonnés,

(1) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 370.
(2) Cass. 21 mai 1849, D. 49, 1, 202 et la note.

dont les parents ont encouru la déchéance de la puissance paternelle, peuvent se trouver soumis à peu près au même régime par application de la loi du 24 juillet 1889.

En effet, dans le cas de déchéance prononcée de la puissance paternelle, si la mère est prédécédée, ou si elle-même a été déclarée déchue, ou si l'exercice de la puissance paternelle ne lui est pas attribué, l'art. 10 de la loi précitée donne au tribunal le pouvoir de décider si la tutelle sera constituée ou non dans les termes du droit commun. D'après l'art. 11 de la même loi, si la tutelle n'a pas été constituée dans les termes du droit commun, elle est exercée par l'Assistance publique, conformément aux lois des 15 pluviôse an XIII et 10 janvier 1889. Les dépenses sont réglées conformément à la loi du 5 mai 1849. L'Assistance publique peut, tout en gardant la tutelle, remettre le mineur à d'autres établissements, et même à des particuliers.

L'Assistance publique étant représentée en province par les inspecteurs départementaux des enfants assistés, et à Paris par le directeur général de l'Assistance publique (art. 24 de la loi de 1889), il en résulte, au point de vue de la détermination du tuteur, une particularité à signaler : à Paris, les enfants assistés et les enfants abandonnés auront, les uns et les autres, le directeur de l'Assistance publique pour tuteur. En province, les enfants abandonnés auront pour tuteur les inspecteurs départementaux, et les enfants assistés, ainsi que cela a été expliqué ci-dessus, auront, pour tuteur un membre de la commission administrative des hospices. D'un autre côté, le tuteur des enfants assistés trouvera dans les autres membres de la commission hospitalière l'équivalent d'un conseil de famille; au contraire, depuis la loi du 10 janvier 1849, le directeur de l'Assistance publique à Paris, et les inspecteurs départementaux en province exercent seuls tous les pouvoirs appartenant au père de famille durant le mariage, sans avoir auprès d'eux un conseil quelconque!

293. Les auteurs de la loi de 1889 ont pensé qu'il serait peut-être possible de procurer à l'enfant abandonné une tutelle officieuse, toujours plus avantageuse qu'une tutelle administrative. Pour rendre cette tutelle possible il fallait la dégager de toutes les exigences qui la rendent déjà si rare quand elle doit servir de préliminaire à l'adoption ; tel a été le but de l'art. 13 de la loi ainsi conçu :

« Pendant l'instance en déchéance, toute personne peut « s'adresser au tribunal par voie de requête, afin d'obtenir « que l'enfant lui soit confié. — Elle doit déclarer qu'elle se « soumet aux obligations prévues par le paragraphe 2 de « l'article 364 du Code civil, au titre de la tutelle officieuse. « — Si le tribunal, après avoir recueilli tous les renseigne- « ments et pris, s'il y a lieu, l'avis du conseil de famille, « accueille la demande, les dispositions des articles 365 et « 370, du même Code sont applicables. — En cas de décès du « tuteur officieux avant la majorité du pupille le tribunal est « appelé à statuer de nouveau, conformément aux articles « 11 et 12 de la présente loi. — Lorsque l'enfant aura été « placé par les administrations hospitalières ou par le direc- « teur de l'Assistance publique de Paris chez un particulier, « ce dernier peut, après trois ans, s'adresser au tribunal et « demander que l'enfant lui demeure confié dans les con- « ditions prévues aux dispositions qui précèdent. »

L'expérience montrera bientôt ce que peut valoir cette conception.

294. Le tribunal saisi de la demande en déchéance, peut, avons-nous dit, d'après l'art. 10 : *décider si la tutelle sera constituée dans les termes du droit commun, sans qu'il y ait, toutefois, obligation pour la personne désignée d'accepter cette charge.*

De ce que le tribunal peut déclarer, d'une manière générale que *la tutelle sera constituée dans les termes du droit commun*, il n'en résulte pas nécessairement qu'il puisse

nommer lui-même le tuteur, il serait même plus rationnel d'attribuer une telle nomination au conseil de famille. Il est admis cependant que le tuteur est désigné par le tribunal même qui prononce la déchéance (1). Mais alors si le tuteur désigné n'est pas au nombre des parents qui ont introduit l'instance en déchéance, ou se trouve dans le cas prévu par l'art. 882, C. pr. c., où la nomination d'un tuteur n'a pas été faite en sa présence. Il faut, d'après cet article, que sa nomination lui soit notifiée à la diligence d'un membre du conseil de famille désigné par le conseil. Cette notification doit être faite dans les trois jours de la délibération, outre un jour par trois myriamètres de distance, (aujourd'hui cinq myriamètres en vertu de la loi du 3 mai 1862, art. 4) entre le lieu où s'est tenue l'assemblée et le domicile du tuteur. Il faudrait que le jugement donnât mission spéciale au demandeur ou à l'un des demandeurs de faire procéder à la notification dont s'agit dans un délai déterminé.

295. Le tuteur désigné par le tribunal n'est pas obligé d'accepter la tutelle. S'il refuse, il devra être remplacé par le tribunal. L'art. 405 ne donne en effet mission au conseil de famille de remplacer un tuteur que lorsqu'il s'agit des tuteurs ordinaires.

« Les tuteurs institués en vertu de la présente loi, ajoute « l'art. 10, remplissent leurs fonctions sans que leurs biens « soient grevés de l'hypothèque légale du mineur. Toutefois, « au cas où le mineur possède ou est appelé à recueillir des « biens, le tribunal peut ordonner qu'une hypothèque géné- « rale ou spéciale soit constituée jusqu'à concurrence d'une « somme déterminée. »

Le but de la loi a été de rendre plus facile l'acceptation du tuteur en l'exemptant de l'hypothèque légale qui, à raison de l'indétermination de ses causes, porte une si grave atteinte au crédit du tuteur ordinaire. Quoique la loi ne le dise pas

(1) CHARMONT, *loc. cit.*, p. 520.

très clairement, il est certain que cette hypothèque n'est pas dispensée d'inscription.

L'inscription pourra être prise sur les diligences des personnes ayant qualité pour provoquer la déchéance de la puissance paternelle, et spécialement par le subrogé-tuteur.

Le conseil de famille devra en effet être nécessairement convoqué dans les formes ordinaires, pour la nomination d'un subrogé-tuteur. La tutelle fonctionnera du reste suivant les règles du Code civil, mais d'après l'art. 14 :

« En cas de déchéance de la puissance paternelle, les droits « du père, et à défaut du père, les droits de la mère, quant « au consentement au mariage, à l'adoption, à la tutelle offi- « cieuse et à l'émancipation, sont exercés par les mêmes « personnes que si le père et la mère étaient décédés, sauf « les cas où il aura été décidé autrement en vertu de la pré- « sente loi (1). »

§ 2. — Fonctionnement du conseil de famille.

296. — Du contrôle de la tutelle.
297. — Convocation du conseil de famille, art. 406; rôle du juge de paix.
298. — Composition du conseil de famille, art. 407; lieu d'ouverture de la tutelle.
299. — Le conseil de famille doit-il toujours être convoqué au lieu où il a été constitué la première fois? Du prétendu domicile de la tutelle.
300. — La convocation doit être faite au domicile actuel du mineur pour tous les actes relatifs à l'administration d'une tutelle déjà constituée.
301. — Jurisprudence sur ce point; conclusion.
302. — De la nomination de deux tuteurs devant deux juges de paix différents.
303. — Choix des six parents ou alliés appelés à composer le conseil.

(1) La loi du 24 juillet 1889, déclarée applicable à l'Algérie, à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion, a été par décret du 29 déc. 1890, rendue applicable aux pays de protectorat de l'Indo-Chine, sauf aux indigènes régis par leur statut personnel, et n'ayant pas obtenu la naturalisation française.

304. — Présence de frères germains, etc., du mineur, art. 408.
305. — Possibilité d'appeler des parents domiciliés hors du rayon légal ou des amis, art. 409, 410.
306. — Pouvoir d'appréciation du juge en ce qui concerne l'observation des art. 409 et 410.
307. — Forme de la convocation des membres du conseil de famille, art. 411.
308. — Comparution des membres convoqués en personne ou par mandataire, art. 412.
309. — Sanction de l'obligation de comparaître, art. 413, 414.
310. — Jour et lieu de la délibération, art. 415.
311. — Formes de la délibération ; formation de la majorité, art. 416.
312. — *Quid* en cas de partage?
313. — En principe, les délibérations ne sont pas motivées.

296. Après avoir successivement exposé les règles concernant la délation des diverses tutelles, il y a lieu de rechercher de quelle manière la loi a organisé le contrôle de la tutelle.

Ce contrôle repose sur deux institutions :

1° Le conseil de famille ;

2° Le subrogé-tuteur.

En droit romain, la tutelle était également contrôlée, mais pas de la même manière. Le tuteur jouissait de la plus grande indépendance ; seulement l'intervention du magistrat était nécessaire quand il s'agissait de confirmer l'aliénation des biens des mineurs. Mais, d'un autre côté, le tuteur était en quelque sorte comptable à chaque instant de sa gestion devant l'opinion publique, puisque tout le monde pouvait provoquer sa destitution au moyen d'une action populaire.

Théoriquement, rien de plus efficace qu'une telle action populaire en destitution accordée contre le tuteur. En réalité, rien de plus inutile ; car cette action ne sera jamais intentée, ou le sera dans le but unique de perdre le tuteur, et non pour sauvegarder les intérêts du mineur.

On peut donc affirmer qu'à Rome le contrôle de la tutelle était vicieusement organisé, surtout quant aux moyens préventifs, sinon répressifs. On ne trouve pas, en effet, à Rome d'institution qui rappelle le conseil de famille. Il est bien

vrai que Gaius fait mention d'un conseil de sénateurs et de chevaliers, et, dans les provinces, de récupérateurs ; mais les fonctions de ce conseil étaient limitées à l'approbation de l'affranchissement des esclaves mineurs de trente ans, ou fait par un maître mineur de trente ans (1).

Le conseil de famille a été une création du droit coutumier influencé par les traditions germaniques, encore persistantes, sur la co-propriété de famille. Dans les pays de coutume, en effet, la tutelle dative fut à peu près seule en usage, et elle était, comme aujourd'hui, déférée par le conseil de famille, dont les membres étaient considérés comme ayant intérêt à prévenir l'aliénation des propres, ou tout au moins à apprécier les convenances d'une telle aliénation.

297. Ce point de vue est tout à fait étranger à la loi moderne qui ne voit dans le conseil de famille qu'une assemblée dont les décisions doivent être uniquement inspirées par l'intérêt du mineur lui-même.

La loi avait d'abord à s'occuper de l'hypothèse où le conseil de famille devait, suivant l'expression de l'art. 405, pourvoir à la nomination d'un tuteur datif.

Dans ce cas :

ART. 406. Ce conseil sera convoqué soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur (*).

Dans tous les autres cas, le tuteur lui-même fera la convocation.

C'est à l'occasion de la nomination du tuteur datif que la loi a réglé tout ce qui a trait à l'organisation du conseil de famille. Les dispositions édictées à cet égard seront donc applicables dans tous les cas où il y a lieu de réunir ce conseil.

(*) Art. 406.— Comp. L. 2 pr., § 3, D. 26, 6, *Qui petant tut.*; L. 4, C. 5, 31, *eod.*

(1) C. 1, § 20.

Le conseil de famille devant se réunir pour délibérer sous la présidence du juge de paix qui en fait partie, ne peut être convoqué qu'avec l'autorisation du juge de paix compétent.

Le juge de paix peut même convoquer d'office le conseil de famille lorsqu'il s'agit de la nomination (art. 406), du remplacement (art. 421) ou de la destitution (art. 446) du tuteur ou du subrogé-tuteur.

Lorsque le juge de paix procède d'office à la convocation du conseil de famille, c'est parce qu'il a une connaissance personnelle du fait qui lui paraît rendre cette convocation nécessaire.

Toute personne peut d'ailleurs, d'après l'art. 406, dénoncer au juge les faits qui peuvent donner lieu à une réunion du conseil. Mais dans le cas de simple dénonciation des faits, le juge de paix apprécie et agit comme il croit devoir le faire. Il peut ne donner aucune suite à cette *dénonciation*.

Il en est autrement dans le cas de *réquisition*. Le juge de paix est tenu de convoquer le conseil de famille quand il en est requis par ceux à qui appartient le droit de requérir cette convocation. Si le juge de paix refuse de déférer à la réquisition qui lui est adressée, et délivre une ordonnance pour motiver son refus, il est généralement admis que le requérant peut attaquer cette ordonnance par la voie de l'appel, et qu'il peut prendre le juge à partie, si ce dernier n'a pas voulu rendre d'ordonnance après deux réquisitions signifiées conformément à l'art. 507, C. pr. c.

Quand il s'agit de réunir le conseil de famille pour procéder à la nomination du tuteur, l'art. 406 donne à cet effet compétence exclusive au juge de paix *du domicile du mineur*.

298. Mais, qu'il s'agisse de nommer le tuteur, ou de toute autre opération intéressant la tutelle, comment sera composé ce conseil de famille?

ART. 407. Le conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés, pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté ma-

ternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne. — Le parent sera préféré à l'allié du même degré; et, parmi les parents de même degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins.

Ainsi donc le conseil doit être composé de certains parents habitant *dans la commune où la tutelle sera ouverte* ou dans un certain rayon de cette commune.

Or, *la commune dans laquelle la tutelle est ouverte*, se confond évidemment avec la commune *du domicile du mineur* dont parle l'art. 406. D'un autre côté, le domicile du mineur, au moment où s'ouvre la tutelle par le décès du père ou de la mère, est toujours au domicile même du père. Par conséquent la commune dans laquelle la tutelle s'est ouverte est toujours celle du domicile actuel du mineur, c'est-à-dire celle dans laquelle son père avait son domicile. C'est donc le juge de paix du canton dans lequel se trouve cette commune qui est seul compétent pour convoquer et présider le conseil de famille chargé de la nomination du tuteur.

Si le conseil de famille formait un corps permanent constitué une fois pour toutes au moment de l'ouverture de la tutelle, et devant durer autant que la tutelle elle-même, il n'y aurait pas à se préoccuper des changements possibles de domicile de la part du tuteur, entraînant aussi changement de domicile pour le pupille. Mais il n'en est pas ainsi (1); le conseil de famille doit être constitué de nouveau chaque fois qu'il est nécessaire de le réunir; et alors surgit la question suivante :

299. Le conseil de famille doit-il être toujours et invariablement convoqué au lieu où il a été constitué pour la première fois, ou bien doit-il être convoqué au lieu du domicile actuel du mineur ?

La question, difficile en elle-même et fort controversée, était du moins assez simple dans les termes où elle paraissait devoir être posée. Mais elle a été compliquée par l'introduction d'un élément nouveau, inconnu au Code civil, et créé

(1) Dijon, 14 janv. 1891 (résolu par le tribunal), D. 91, 2, 223.

par les commentateurs, nous voulons parler du *domicile de la tutelle !...*

En conséquence on s'est demandé : « Si le domicile de la tutelle est associé au domicile personnel du tuteur ? S'il doit changer toutes les fois qu'un tuteur nouveau, domicilié ailleurs que le tuteur en exercice, succède à celui-ci, ou que le tuteur en exercice change lui-même de domicile (1). » Et pour résoudre la question ainsi posée, on n'a pas hésité à affirmer que : « la loi a donné au domicile primitif de la tutelle une assiette fixe et immuable, qu'elle a ainsi en quelque sorte, individualisé et personnifié la tutelle (2). »

Mais nulle part on ne trouve dans les textes la trace d'une idée aussi bizarre que celle qui consisterait à vouloir donner une sorte d'existence civile à la tutelle. Comment la mission donnée à une personne capable de représenter une personne incapable et d'administrer ses biens, pourrait-elle avoir un domicile ? La tutelle n'étant pas autre chose que cette mission, il ne saurait donc être question d'un *domicile de la tutelle*.

Il est singulier que M. Laurent, après avoir justement nié l'existence d'un domicile de la tutelle, paraisse néanmoins subir l'influence de la formule adoptée par la majorité des auteurs, et consente à l'employer dans la discussion :

« La loi, dit-il, ne connaît pas de domicile immuable ; le domicile est au contraire changeant de sa nature ; pour qu'il en fût autrement du domicile de la tutelle, il faudrait un texte, car ce serait une exception à une règle générale. Où est le texte qui déclare le domicile de la tutelle immuable ? Nous le cherchons vainement ; il n'y a pas même de texte qui détermine le domicile primitif de la tutelle ; c'est par application d'un principe général qu'on le fixe au domicile du mi-

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 241.
(2) DEMOLOMBE, t. VII, n° 250.

neur, c'est-à-dire du père ; eh bien, ce même principe nous oblige aussi à déclarer le domicile variable (1). »

Il était plus simple de reconnaître que la tutelle n'est pas une personne morale pouvant être considérée comme étant susceptible d'avoir un domicile particulier, distinct à la fois du domicile du tuteur et du domicile du mineur qui se confond avec celui du tuteur.

Il faut donc examiner la question, en éliminant de la discussion toute préoccupation touchant l'existence d'un prétendu domicile de la tutelle.

300. Or, la question étant ainsi simplifiée, il semble facile de faire à la difficulté envisagée, l'application des principes généraux.

Le principe général, c'est que le conseil doit être convoqué devant le juge de paix du domicile du mineur, c'est-à-dire devant le juge de paix du canton dans lequel le mineur a son domicile au moment où la réunion du conseil est jugée nécessaire.

La loi apporte-t-elle quelque exception à ce principe ? Il résulte des art. 405, 406 et 407 que lorsqu'il s'agira de la nomination d'un tuteur, c'est-à-dire de l'organisation même de la tutelle, le conseil de famille doit être convoqué devant le juge de paix du lieu où la tutelle est ouverte. Mais l'exception ne saurait être étendue à d'autres cas. Par conséquent pour tous les actes relatifs à une administration tutélaire fonctionnant déjà, la convocation du conseil de famille doit être faite devant le juge de paix du domicile du mineur, lequel n'est autre que le domicile du tuteur.

On objecte que l'art. 407 a une portée générale et qu'il faut appliquer, dans tous les cas, la règle qu'il édicte quant au lieu de réunion du conseil, lieu qui est celui où la tutelle s'est ouverte. Il est facile de répondre que l'art. 407 ne peut avoir de portée générale qu'en ce qui touche la règle *absolue* qu'il

(1) LAURENT, t. IV, n° 449.

formule touchant la composition du conseil de famille qui doit, en effet, être la même dans tous les cas. Mais il en est autrement de ce qu'on pourrait appeler la partie *accidentelle* de l'article. L'art. 407 n'a été en effet amené à formuler une règle générale sur la composition des conseils de famille qu'à l'occasion du cas *particulier* où la réunion de ce conseil doit avoir lieu dans *la commune où la tutelle s'est ouverte*, pour la nomination du tuteur.

301. Du reste, la Cour de cassation, après avoir d'abord adopté l'opinion favorable à l'immutabilité absolue de ce qu'on appelle le domicile primitif de la tutelle (1), a ensuite décidé que lorsque la tutelle s'ouvrait par la mort de la mère survivante et tutrice, le conseil de famille devait se réunir au domicile de cette dernière qui était le domicile du mineur (2). Finalement, la Cour suprême a consacré une distinction qui se rapproche beaucoup de celle que nous avons proposée :

« Attendu en droit, dit la Cour, que dans tous les cas où le conseil de famille est appelé par la loi, soit à pourvoir le mineur ou l'interdit d'un tuteur, soit à compléter ou à modifier la tutelle, ce conseil doit être convoqué et présidé par le juge de paix du lieu de l'ouverture de la tutelle, par la raison que, tant que la tutelle n'est pas définitivement ou complétement organisée, le mineur ne peut avoir d'autre domicile que son domicile d'origine. Mais *qu'il en peut être autrement* lorsque la tutelle fonctionnant régulièrement, et le tuteur ayant acquis un nouveau domicile, il n'y a lieu de faire délibérer le conseil de famille qu'à l'occasion d'un des actes d'administration du tuteur; que dans ce cas le conseil de famille *peut* être convoqué devant le juge de paix du nouveau domicile du tuteur qui est devenu celui du mineur, *pourvu*

(1) Cass. 23 mars 1819, DALLOZ, *Répert.*, v° *Minorité*, n° 209, 2°; Nancy, 1er juillet 1853, D. 54, 2, 234.

(2) Cass. 10 août 1825, DALLOZ, *Répert.*, v° *Minorité*, n° 210; Comp. Metz, 7 mars 1867, D. 67, 2, 60.

toutefois que les intérêts de ce dernier ne puissent en éprouver aucun préjudice; que, par suite, après avoir déclaré que par la convocation du conseil de famille, telle qu'elle a été faite dans l'espèce, les intérêts du mineur avaient été suffisamment ménagés, la décision attaquée a pu décider, sans violer aucune loi, que la délibération du conseil de famille n'était entachée d'aucune irrégularité (1). »

Demolombe estime que cette décision n'est pas nette et ferme, car elle ne résout pas la question de savoir : Dans quel lieu le conseil de famille *doit* être convoqué.

C'est possible, mais il appartient à la doctrine de s'en autoriser pour formuler une doctrine plus tranchée.

Nous conclurons donc que les art. 405, 406, 407, C. C., n'exigent la convocation au domicile primitif de la tutelle que pour le cas où il y a lieu de la constituer, compléter ou modifier, et que pour tous les actes de simple administration tutélaire, le conseil doit se réunir au domicile du mineur (2).

Cette solution est à la fois favorable aux intérêts du mineur, dont la tutelle sera toujours constituée au lieu de son domicile d'origine, aux intérêts du tuteur dont la charge ne sera pas aggravée par la nécessité de convoquer le conseil hors de son domicile actuel pour les actes de simple administration, et enfin aux intérêts des tiers qui doivent naturellement suivre le domicile de ceux avec qui ils se trouvent en rapport.

302. La difficulté que nous venons d'examiner, quelle que soit d'ailleurs la solution qu'on adopte, permet de comprendre qu'il puisse, parfois, y avoir doute, dans la pratique, sur le point de savoir quel est, en fait, le juge de paix compétent pour réunir le conseil de famille. Il peut alors arriver qu'il soit procédé à la nomination d'un tuteur devant deux juges de paix différents, de façon que le mineur se trouvera pourvu de deux tuteurs. Il n'y a pas lieu, dans le cas, à se pourvoir

(1) Cass. 4 mai 1846, S. 46, 1, 465.
(2) Comp. LAURENT, t. IV, nos 447 à 450.

en règlement de juges, ni d'interjeter appel des déclarations que chacun des deux juges de paix aurait données de sa compétence, sur l'opposition faite à ce qu'il convoquât et tînt le conseil de famille. Le tuteur qui entend conserver la tutelle n'a qu'à assigner l'autre tuteur devant le tribunal de son domicile pour faire déclarer sa nomination non avenue. Le tribunal décidera (1).

303. Le conseil de famille sera donc composé :

1° du juge de paix compétent;

2° de six parents ou alliés du pupille.

Ces parents ou alliés doivent être pris soit dans la commune où la tutelle s'est ouverte, soit dans la commune du domicile actuel du mineur, d'après les distinctions faites ci-dessus. Il peut arriver qu'il y ait entre eux une concurrence possible à cause de leur nombre. Un choix est nécessaire dans ce cas, c'est le juge de paix appelé à présider le conseil de famille qui est chargé de faire le choix (art. 409, 410), d'après les règles suivantes :

Les parents ou alliés doivent être *pris* dans la commune ou dans un rayon de deux myriamètres autour de cette commune; pour qu'ils soient *pris*, comme le dit le texte, il semble suffisant qu'ils soient trouvés *résidant* dans le rayon légal; il n'est pas nécessaire qu'ils y soient domiciliés (2).

Ils doivent appartenir, moitié au côté paternel, et moitié au côté maternel. Dans chaque ligne, la préférence est déterminée par la proximité du degré.

Le parent est préféré à l'allié du même degré; entre deux parents ou alliés du même degré la préférence est due au plus âgé.

304. La règle d'après laquelle le conseil de famille ne se

(1) Cass. 18 juill. 1826, *Bull. Cass. civ.*, 1826, n° 73; CHAUVEAU-CARRÉ, *Lois de la proc.*, t. VI, q. 2988.

(2) DEMOLOMBE, t. VII, n° 277.

compose que de six parents ou alliés comporte les dérogations suivantes :

ART. 408. Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent. — S'ils sont six, ou au-delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls, avec les veuves d'ascendants et les ascendants valablement excusés, s'il y en a. — S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil.

Tous les ascendants paraissent également appelés à faire partie, quel que soit leur nombre, du conseil de famille ; si le texte parle seulement des ascendants *valablement excusés* de la tutelle, ce n'est pas pour exclure les ascendants qui n'ayant pas été appelés à la tutelle n'ont pas eu besoin de s'en faire excuser.

L'art. 408 parle encore *des veuves d'ascendants* ; c'est une formule inexacte. Il fallait dire : *les ascendantes veuves*. Il n'y a aucune raison, en effet, pour appeler à faire partie du conseil de famille, les femmes qui, sans être ascendantes, seraient demeurées veuves des ascendants qu'elles auraient épousés en secondes noces. La belle-mère ne doit pas davantage être appelée au conseil (1). Les ascendants et les ascendantes veuves feront donc partie du conseil de famille avec les frères et beaux-frères germains, quel que soit d'ailleurs le nombre de ceux-ci, et quel que soit le chiffre auquel leur présence doive porter le nombre des membres du conseil de famille (2).

L'art. 408 ne parle ni des frères consanguins, ni des frères utérins, ni des maris des sœurs consanguines ou utérines. Il ne parle pas non plus des frères germains de la femme de celui à l'occasion de qui le conseil de famille est convoqué. Ces différentes personnes ne sont donc pas membres nécessaires de ce conseil (3). Les personnes désignées dans l'ar-

(1) LAURENT, t. IV, n° 439.

(2) DEMOLOMBE, t. VII, n° 263 ; LAURENT, t. IV, n° 440 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1024 ; *Contrà*, MARCADÉ, sur l'art. 408.

(3) Trib. Mons, 21 fév. 1863, BELTJENS, *Encycl. Dr. bel.*, art. 408, n° 2.

ticle 408 ont seules ce caractère ; mais elles ne peuvent jouir de cette préférence sur les autres parents ou alliés, que si elles ont leur domicile ou tout au moins leur résidence dans le rayon légal.

En résumé, s'il existe dans le rayon légal un nombre suffisant de frères germains ou de maris de sœurs germaines, ils composeront seuls le conseil de famille avec les ascendants ou ascendantes dont il a été parlé. S'ils sont en nombre insuffisant, les autres parents ou alliés ne seront appelés que pour compléter le conseil.

305. Comment procédera-t-on s'il n'y a pas un nombre suffisant de parents ou d'alliés ayant leur domicile ou tout au moins leur résidence dans le rayon légal?

ART. 409. Lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux, ou dans la distance désignée par l'article 407, le juge de paix appellera, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur.

Cette disposition doit être appliquée séparément à chacune des deux lignes. S'il n'y a pas, *sur les lieux*, trois parents ou alliés d'une ligne, le juge de paix ne peut pas, pour compléter le nombre voulu, choisir des parents ou alliés de l'autre ligne, mais il doit faire appel soit aux amis, soit à des parents ou alliés pris en dehors de la distance légale. Mais les parents qui appartiennent à la fois aux deux lignes, par exemple les enfants de frères ou de sœurs germains peuvent être comptés indifféremment pour l'une ou pour l'autre.

Il résulte de ce qui précède, que les étrangers ne peuvent être appelés à faire partie du conseil de famille qu'autant que les parents ou alliés se trouvant sur les lieux ou dans la distance indiquée par l'art. 407, sont en nombre insuffisant. S'ils sont en nombre suffisant, le juge de paix ne pourrait, sous aucun prétexte, éliminer un ou plusieurs d'entre eux, afin de les remplacer par des amis ; mais il pourrait, s'il le

jugeait utile, remplacer les parents éliminés par d'autres parents domiciliés à une distance quelconque :

ART. 410. Le juge de paix pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents; de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les précédents articles.

Le juge de paix, dans les limites résultant des textes précités, a donc un large pouvoir d'appréciation pour composer la liste des membres du conseil de famille (1). Si la manière dont ce magistrat a cru devoir composer le conseil de famille soulève, de la part des intéressés, quelque opposition ou protestation, avant que le conseil ait accompli un acte quelconque rentrant dans les limites de sa compétence, l'incident relève uniquement de la juridiction gracieuse du juge de paix, et ne saurait être renvoyé à l'audience du tribunal civil (2). C'est seulement contre la délibération quelconque qui sera prise qu'on pourra se pourvoir, le cas échéant (3).

306. Les formes prescrites par les art. 409 et 410 ne sont pas substantielles; les tribunaux sont en cette matière investis d'un certain pouvoir discrétionnaire pour apprécier les motifs qui ont fait agir le juge dans la composition arguée d'irrégularité d'un conseil de famille (4); ils pourront même excuser les irrégularités relevées, quand elles seront exemptes de dol ou de tout caractère préjudiciable aux intérêts des incapables (5); ils peuvent admettre, si les parents les plus proches en degré résidaient trop loin pour avoir pu déférer à la convocation, que le conseil a été valablement composé d'amis (6). Mais le pouvoir discrétionnaire dont nous parlons,

(1) Voy. Cass. belge, 13 janv. 1881, *Pas.*, 81, 1, 73.
(2) Bordeaux, 13 juin 1877, D. 78, 2, 43.
(3) DEMOLOMBE, t. VII, n° 276.
(4) Chambéry, 19 janv. 1886, S. 88, 2, 16.
(5) Limoges, 17 janv. 1889, D. 90, 2, 336.
(6) Agen, 23 déc. 1887, S. 89, 2, 194.

ne saurait aller jusqu'à autoriser les juges à méconnaître les causes d'incapacité pouvant atteindre les personnes appelées à siéger dans le conseil de famille (1).

Remarquons enfin que le jugement qui a déclaré régulière la composition d'un conseil de famille, ne saurait avoir force de chose jugée à l'égard d'une délibération nouvelle ayant un objet tout autre que celui de la première délibération attaquée (2).

307. C'est au juge de paix qu'il appartient de convoquer le conseil de famille, soit d'office, soit sur réquisition, pour le jour et l'heure qu'il aura indiqués. La convocation peut avoir lieu à l'amiable, et les membres appelés à composer le conseil, prévenus par lettre missive, ou de toute autre manière, peuvent comparaître volontairement. Mais comme un tel mode de convocation n'a rien d'officiel et ne donne aucune garantie que les intéressés ont été réellement prévenus en temps utile, il serait impossible de prendre aucune mesure à l'égard des non-comparants. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait procéder par voie de citation à comparaître, notifiée par huissier à chacun des membres du conseil.

ART. 411. Le délai pour comparaître sera réglé par le juge de paix à jour fixe, mais de manière qu'il y ait toujours, entre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion du conseil, un intervalle de trois jours au moins, quand toutes les parties citées résideront dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres. — Toutes les fois que, parmi les parties citées, il s'en trouvera de domiciliées au-delà de cette distance, le délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres (aujourd'hui cinq myriamètres, L. 3 mai 1862, art. 4).

308. La citation doit indiquer le jour, l'heure et le lieu de la réunion ; mais la loi ne prescrit pas d'indiquer l'objet qui doit être mis en délibération.

ART. 412. Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués, seront tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter par un mandataire spécial. — Le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne.

(1) Chambéry, 13 janv. 1879, D. 80, 2, 9.
(2) Caen, 31 juill. 1878, D. 79, 2, 269.

Quoique la tutelle et les fonctions qui s'y rattachent constituent des *charges personnelles* (art. 419) et malgré le principe qu'une mission imposée par la loi ne peut pas être déléguée, il a bien fallu autoriser les membres du conseil à se faire, au besoin, représenter par un mandataire. L'utilité pratique voulait qu'il en fût ainsi.

La procuration destinée à constater le mandat dont il s'agit, n'a pas besoin d'être authentique. Elle peut donc résulter d'un acte sous seing privé, d'une lettre missive, etc. Mais comme elle doit demeurer annexée à la délibération, afin qu'il soit justifié de la capacité des comparants pour y prendre part, elle devra être enregistrée. Elle doit être *spéciale*, c'est-à-dire qu'elle doit donner au mandataire le pouvoir de délibérer et de voter sur les questions devant faire l'objet d'une réunion *spécialement indiquée*, ou sur un objet *spécialement* déterminé, mais sans caractère impératif, et par conséquent sans imposer au mandataire le vœu personnel du mandant. Un mandat impératif ne permettant pas au mandataire de délibérer et de voter librement pourrait entraîner la nullité de la délibération (1). La procuration donnée pour une délibération à jour fixe qui n'aurait pu avoir lieu serait d'ailleurs valable pour une délibération subséquente.

Le mandataire doit avoir la capacité voulue pour faire partie d'un conseil de famille; mais un membre présent ne pourrait pas être, en même temps, mandataire d'un membre absent; de même celui qui assiste le juge de paix en qualité de greffier, ne peut pas en même temps faire partie du conseil.

309. Si la convocation a été faite par simple lettre, avis verbal, ou tout autre mode amiable, aucune mesure ne pourra être prise à l'égard des non-comparants; il en sera autrement dans le cas de convocation officielle faite par exploit d'huissier :

(1) LAURENT, t. IV, n° 457.

ART. 413. Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne comparaîtra point, encourra une amende qui ne pourra excéder 50 francs, et sera prononcée sans appel par le juge de paix.

ART. 414. S'il y a excuse suffisante, et qu'il convienne, soit d'attendre le membre absent, soit de le remplacer, en ce cas, comme en tout autre où l'intérêt du mineur semblera l'exiger, le juge de paix pourra ajourner l'assemblée ou la proroger.

Les excuses dont parlent les articles précédents sont uniquement les empêchements de fait qui ne permettent pas aux membres convoqués d'assister à la délibération. Il n'existe pas en effet, pour les personnes appelées à faire partie d'un conseil de famille, des causes légales d'excuse. C'est ce qui résulte de l'art. 426 qui n'en admet que pour le tuteur et le subrogé-tuteur.

Toute personne régulièrement convoquée pour faire partie d'un conseil de famille, est donc tenue de se rendre au lieu indiqué pour la réunion. Le défaillant peut faire valoir ses excuses de fait par lettre, ou par l'organe d'un membre présent. Le juge de paix les apprécie. Si le juge de paix ne croit pas devoir les admettre, ou si le défaillant ne les a pas fait connaître, ce dernier pourra être condamné à l'amende. Le jugement de condamnation n'est pas sujet à l'appel; mais le condamné pourra faire opposition et être relevé de l'amende s'il produit des excuses jugées suffisantes. Le jugement de condamnation est susceptible de recours en cassation.

310. En toute hypothèse, et selon que l'intérêt du mineur paraîtra l'exiger, le juge de paix peut *ajourner* l'assemblée, c'est-à-dire la remettre à un jour qui sera ultérieurement indiqué par une convocation nouvelle par exploit d'huissier, ou la *proroger*, c'est-à-dire la renvoyer à un jour fixe sans nouvelle convocation. Le juge de paix peut aussi faire délibérer immédiatement les membres présents s'ils sont en nombre suffisant, ou s'il est possible de remplacer sur le champ les membres absents, de manière à avoir une assemblée régulièrement constituée.

ART. 415. Cette assemblée se tiendra de plein droit chez le juge de paix, à moins qu'il ne désigne lui-même un autre local. La présence des trois quarts au moins de ses membres convoqués sera nécessaire pour qu'elle délibère.

Le juge de paix n'étant pas au nombre des membres *convoqués*, ne doit pas être compté pour le calcul des trois quarts. Mais il faut compter celui qui refuse de prendre part à la délibération, si pourtant il y assiste et s'il y est présent (1). De même il faut compter celui qui serait intéressé à l'objet même de la délibération, et qui n'aurait pas été récusé avant la délibération. La présence d'un intéressé n'empêche pas que le conseil de famille délibère en nombre suffisant au vœu de l'art. 415 (2).

L'assemblée de famille, qu'elle soit tenue chez le juge de paix, ou dans la maison commune, ou chez l'un des membres du conseil, ou en tout autre lieu, n'est pas publique, — et les délibérations qu'il lui appartient de prendre ne sont pas des *actes publics;* la loi n'en a pas ordonné la transcription sur des *registres publics*. Les tiers n'auraient donc pas le droit d'en réclamer une expédition : « Leur indication sommaire sur les registres de l'enregistrement contient les mentions qu'il suffit au public de connaître (3). »

311. Dans quelle forme ces délibérations devront-elles être prises?

ART. 416. Le conseil de famille sera présidé par le juge de paix, qui y aura voix délibérative, et prépondérante en cas de partage.

Le conseil de famille se réunit sous la présidence du juge de paix, soit :

1° Pour exprimer son *avis* sur une question qui lui est soumise par le tuteur ou par le tribunal (ex. : art. 494, C. C., art. 892, 893, C. pr. c.);

2° Soit pour prendre des *délibérations* proprement dites, à l'effet, par exemple, de nommer le tuteur et le subrogé-

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 305.
(2) Trib. Bruxelles, 11 fév. 1888, *Pas.*, 88, 3, 120.
(3) Cass. 30 déc. 1840, S. 41, 1, 171.

tuteur (art. 402, 420), de statuer sur les causes d'excuse (article 439), etc., de prescrire certaines mesures (art. 454 et suiv.) et enfin d'accorder son *autorisation* pour un acte déterminé, quand cette autorisation est exigée par la loi (articles 457, 463, 464, 468, 479, etc.), mais à aucun point de vue la délibération ne présente les caractères d'un jugement.

Dans tous les cas la délibération sera prise à la majorité absolue, c'est-à-dire à la majorité de la moitié des voix, plus une, et non à la simple majorité qui n'est, en réalité, qu'une minorité. Le juge de paix ayant voix délibérative peut prendre part à la discussion; il peut aussi s'abstenir.

Si le conseil délibérant en nombre pair se divise en deux opinions présentant chacune un même nombre de voix, le juge de paix ayant voix prépondérante, fera cesser le partage, car sa voix fera prévaloir l'opinion par lui adoptée.

312. Mais que décider s'il se forme plus de deux opinions? D'abord il n'est pas possible d'appliquer, comme on l'a proposé, l'art. 117, C. pr. c., qui est spécial aux jugements, et aux termes duquel celle des deux opinions qui sera en minorité devra se réunir à l'une des deux opinions qui ont obtenu le plus de voix. Par conséquent, si chacun s'obstine dans sa manière de voir, le juge de paix pourra commencer par user de la faculté que lui accorde l'art. 414, d'ajourner l'assemblée ou de la proroger, et finalement s'il ne peut arriver à former une majorité, à reconstituer le conseil de famille. Demolombe estime qu'il faut pour cela s'adresser au tribunal (1). Mais ce n'est pas au tribunal qu'il appartient de convoquer le conseil de famille, et s'il doit se borner à enjoindre au juge de paix de convoquer un nouveau conseil, on ne voit pas pourquoi le juge de paix ne le ferait pas de lui-même. Il est vrai que ce moyen pourra conduire à une composition irrégulière du conseil de famille, mais la mino-

(1) T. VII, n° 317.

rité pourra toujours attaquer la délibération devant les tribunaux (1).

313. Les délibérations du conseil de famille ne doivent pas être motivées, excepté quand il s'agit de la destitution d'un tuteur (art. 447). Néanmoins, d'après l'art. 883, § 1, C. pr. c., « toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal. » Il s'agit uniquement, remarquons-le, de mentionner l'*avis*, c'est-à-dire la résolution adoptée par chaque membre, et non les motifs qui ont déterminé chaque membre à voter comme il l'a fait.

§ 3. — Homologations et recours en matière de délibération de conseil de famille ; — pro-tuteurs, etc.

314. — De l'homologation des délibérations ; Procédure, art. 885 et 886, C. pr. c.
315. — Délai pour l'homologation.
316. — De l'opposition à l'homologation, art. 888, C. pr. c.
317. — Recours contre le jugement, art. 889, C. pr. c.
318. — Du droit d'attaquer les délibérations du conseil de famille, art. 883, C. pr. c.
319. — L'énumération contenue dans l'art. 883, C. pr. c., n'est pas limitative.
320. — Contre qui l'action doit être dirigée;
321. — Pour quelles causes; causes tenant au fond;
322. — Causes tenant à la forme; conditions substantielles requises pour l'existence d'une délibération.
323. — Conditions non substantielles ; possibilité de prendre les amis en dehors de la commune.
324. — Des actes faits en vertu d'une délibération irrégulière.
325. — Des pro-tuteurs, art. 417.
326. — Le pro-tuteur doit être pourvu d'un subrogé-tuteur.
327. — Point de départ légal de la gestion tutélaire, art. 418.
328. — La tutelle ne passe pas aux héritiers, art. 419.

(1) LAURENT, t. IV, n° 462.

314. Les délibérations du conseil de famille ont, en général, effet par elles-mêmes. Néanmoins, dans certains cas, et en vertu d'une disposition spéciale, elles sont soumises à la nécessité d'une *homologation*, c'est-à-dire d'une approbation par le tribunal de première instance auquel ressortit le juge de paix qui a présidé l'assemblée. Il y a lieu à homologation quand le conseil de famille autorise le tuteur à transiger, à aliéner un immeuble appartenant au mineur, à hypothéquer ou à emprunter, ou quand il statue sur l'exclusion ou la destitution de la tutelle, et que le tuteur exclu ou destitué n'adhère pas à la délibération (art. 467, 458, 448).

« Dans tous les cas où il s'agit d'une délibération sujette à homologation, dit l'art. 885, C. pr. c., une expédition de la délibération sera présentée au président, lequel, par ordonnance au bas de la dite délibération, ordonnera la communication au ministère public, et commettra un juge pour en faire le rapport à jour indiqué. »

D'après l'art. 886 : « Le procureur de la République donnera ses conclusions au bas de la dite ordonnance, la minute du jugement d'homologation sera mise à la suite des dites conclusions sur le même cahier. »

Par conséquent, la requête adressée au Président devra être écrite à la suite de l'expédition de la délibération ; l'ordonnance du président, les conclusions du ministère public et la minute du jugement seront successivement écrites toujours à la suite, de manière à ne former qu'un seul cahier.

315. La délibération peut fixer un délai dans lequel l'homologation sera poursuivie à la diligence du tuteur ou d'un membre du conseil spécialement désigné à cet effet. Si l'homologation n'est pas poursuivie dans le délai fixé, ou, à défaut de fixation, dans le délai de quinzaine, un des membres de l'assemblée pourra poursuivre l'homologation *contre le tuteur*, et aux frais de celui-ci, sans répétition (art. 887, C. pr. c.).

Il faut donc que le membre du conseil de famille qui poursuit l'homologation, en cas de négligence de celui qui en était chargé, assigne celui-ci sur cette poursuite. Mais cela ne change rien à la procédure ci-dessus indiquée. C'est toujours par voie de requête que l'homologation sera demandée conformément à l'art. 885, et l'assignation ne sera donnée au défendeur qu'il s'agit de mettre en cause que lorsque, par l'ordonnance du président, l'avoué du poursuivant connaîtra le jour où le tribunal doit entendre le rapport. Le président aura dû fixer ce jour de manière à laisser au poursuivant la possibilité d'assigner le défendeur au délai ordinaire des ajournements. Si cela n'avait pas été fait, le poursuivant devrait obtenir l'autorisation de citer à bref délai pour le jour indiqué.

Dans les cas ordinaires le rapport est fait et le jugement prononcé en la Chambre du conseil. Mais dans l'hypothèse examinée, un débat pouvant s'élever avec le défendeur mis en cause, le rapport doit être fait et le jugement prononcé en audience publique (1).

316. Il en sera de même s'il a été formé opposition à l'homologation. Les membres de l'assemblée qui croiront devoir s'opposer à l'homologation, devront en effet le déclarer, par acte extrajudiciaire, à celui qui est chargé de la poursuivre, et qui pourra ainsi les mettre en cause; s'ils n'ont pas été appelés, ils pourront former opposition au jugement (article 888, C. pr. c.).

Cette opposition sera recevable tant que la délibération homologuée n'aura pas été complétement exécutée, et de la part seulement des membres qui auront fait signifier l'acte extrajudiciaire dont il a été parlé. Ceux qui n'auraient pas fait signifier cet acte pourront d'ailleurs intervenir spontanément dans l'instance.

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, *loc. cit.*, q. 3005.

317. Les jugements rendus sur délibération du conseil de famille sont sujets à l'appel (art. 879, C. pr. c.), mais, conformément à une règle évidente, de la part seulement de ceux qui ont été parties dans l'instance. Donc, les membres du conseil de famille qui n'auraient point déclaré s'opposer à l'homologation, et qui, pour ce motif, ne peuvent former opposition au jugement qui la prononce, ne pourront pas davantage en interjeter appel (1). L'appel sera d'ailleurs recevable, quand même il s'agirait d'une délibération portant sur un intérêt qui, d'après sa valeur, rentrerait dans la compétence en dernier ressort du tribunal (2) ce n'est pas en effet sur cet intérêt que porte le débat. Le ministère public n'étant pas partie dans l'instance en homologation ne pourra ni faire appel, ni être intimé sur appel, et en cas de pourvoi en cassation, il n'y aura pas lieu de le mettre en cause (3).

Si toute autre personne qu'un membre du conseil de famille avait des réclamations à formuler contre l'homologation, elle pourrait sans doute intervenir dans l'instance, mais elle pourrait aussi se pourvoir par action principale et directe contre la délibération.

318. C'est également par voie d'action principale et directe que peuvent être attaquées les délibérations qui, à raison de leur objet, ne sont pas soumises à la nécessité d'une homologation.

Toute délibération, en effet, sujette, ou non sujette à homologation, homologuée déjà ou non encore homologuée, touchant aux intérêts matériels du mineur ou à ses intérêts moraux (4), peut être attaquée; si l'art. 883, § 1, exige que le

(1) LAURENT, t. IV, n° 465; Voy. Cass. 17 avril 1875, D. 77, 1, 371; *Contrà*, CHAUVEAU-CARRÉ, *loc. cit.*, q. 3007.

(2) *Contrà*, CHAUVEAU-CARRÉ, *loc. cit.*, q. 3012.

(3) Cass. 15 juill. 1890, D. 90, 1, 361.

(4) Dijon, 14 janv. 1891, D. 91, 2, 223.

procès-verbal des délibérations qui ne sont pas unanimes fasse mention de l'avis de chaque membre, c'est uniquement dans le but de faire connaître à ceux qui voudront attaquer la délibération, quels sont ceux dont l'avis a prévalu, afin de pouvoir les assigner conformément au second paragraphe de l'art. 883, précité, ainsi conçu :

« Les tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée pourront se pourvoir contre la délibération; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation. »

Le droit du tuteur de se pourvoir contre une délibération subsiste, même au cas où son intérêt est contraire à celui du pupille (1).

319. L'énumération contenue dans ce texte n'est pas limitative, et des personnes autres que celles qui y sont désignées peuvent se pourvoir aussi contre la délibération. Ainsi tous ceux qui n'ont pas été appelés et qui auraient dû l'être conformément aux art. 407, 408 et 409, le mineur, s'il était émancipé, pourraient agir. Il en serait de même d'un tiers à qui la délibération porterait préjudice; tel serait le défendeur à une action immobilière intentée par un tuteur en vertu d'une délibération non valable (2). Ce cas est même le seul dans lequel un tiers peut opposer une simple irrégularité (3).

Il faut même admettre que l'action peut également être intentée par les membres qui ont pris part à la délibération et ont voté pour la résolution qui a prévalu; l'art. 883 n'est pas, en effet, conçu en termes restrictifs, et les membres du conseil ne sauraient être liés par leur premier avis (4). Il suit de là que la délibération pourrait être attaquée par ceux qui

(1) Arrêt précité de Dijon, du 14 janv. 1891.
(2) CHAUVEAU-CARRÉ, *Lois de la proc.*, t. VI, q. 2995.
(3) LAURENT, t. IV, nos 488 et 489.
(4) LAURENT, t. IV, no 466, et les autorités citées.

y ont concouru, même quand elle a été prise à l'unanimité (1).

Mais le droit d'agir ne saurait appartenir ni au ministère public, ni au juge de paix qui, sans doute, est membre de l'assemblée, mais qui est tel à raison de sa qualité de magistrat, et non à cause d'un intérêt particulier qu'il serait supposé porter au mineur.

320. L'action doit, en principe, être dirigée contre ceux qui ont fait passer la délibération. Donc, si la délibération a été prise à l'unanimité, il faudrait assigner tous les membres du conseil de famille. On admet cependant qu'il est plus simple, dans ce cas, de s'adresser directement au tuteur, sauf à celui-ci à mettre en cause les membres du conseil, qui, d'ailleurs, auraient le droit d'intervenir dans l'instance s'il n'y étaient pas appelés (2). Dans aucun cas, le juge de paix, par les motifs ci-dessus déduits, ne doit être intimé.

Lorsque le conseil de famille aura prononcé la destitution du tuteur, ce dernier, s'il veut se pourvoir, devra, d'après l'art. 448, C. C., agir contre le subrogé-tuteur. Cette disposition spéciale ne peut pas être considérée comme ayant été modifiée par la disposition générale postérieure de l'art. 883, C. pr. c. (V. t. Ier, n° 47) (3).

321. Le recours dont nous venons de tracer les règles peut être exercé soit pour des causes tenant *au fond*, soit pour des irrégularités tenant *à la forme*.

En ce qui concerne le fond, une délibération peut être attaquée, quoique régulièrement prise, quand il est allégué qu'elle est contraire aux intérêts du mineur.

Malgré les termes généraux de l'art. 883, qui ne comportent aucune distinction, on a soutenu qu'il ne peut pas y avoir de recours contre les délibérations relatives au consentement

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, *loc. cit.*, q. 2996.
(2) CHAUVEAU-CARRÉ, *loc. cit.*, q. 2995 *bis*.
(3) DEMOLOMBE, t. VII, n° 344; LAURENT, t. IV, n° 468.

au mariage ou à l'émancipation du mineur, par le motif que, dans ces matières, le conseil se trouve en quelque sorte substitué au père pour l'exercice d'un pouvoir domestique, que celui-ci aurait lui-même exercé souverainement, c'est-à-dire sans recours possible devant les tribunaux (1). Mais il n'y a pas d'analogie entre le père et le cousin, et les motifs qui commandent de s'incliner devant la volonté du premier n'existent pas quand il s'agit d'apprécier la valeur des résolutions prises par le second (2).

On a encore soutenu que les délibérations relatives à la nomination d'un tuteur, au maintien de la mère remariée dans la tutelle, au règlement des intérêts moraux et religieux du mineur étaient pareillement à l'abri de toute espèce de recours, attendu qu'il y aurait lieu de distinguer entre les délibérations relatives au *matériel* de la tutelle, et celles qui sont relatives au *personnel* (3). Mais il est évident que cette doctrine introduit dans la loi une distinction qui ne s'y trouve pas. Ces délibérations pourront donc être attaquées. Sans doute les magistrats ne pourront pas, en réformant la délibération qui nomme un tuteur, en nommer un autre à sa place; la nomination devra être renvoyée au conseil et si celui-ci persiste dans sa première résolution, il y aura lieu d'ordonner la convocation d'un nouveau conseil (4). Mais il est impossible de méconnaître le caractère absolument général de la disposition contenue dans l'art. 883, et la jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion d'en faire l'application, notamment en ce qui touche le consentement au mariage du mineur, à son émancipation (5-6), au maintien dans la tutelle

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 86; AUBRY et RAU, t. I, § 96.
(2) LAURENT, t. IV, n° 470.
(3) DEMOLOMBE, t. VII, n° 336.
(4) LAURENT, *ibid.*
(5) DALLOZ, *Répert.*, v° *Minorité*, n° 250, 1° et 2°.
(6) Toulouse, 22 fév. 1854, D. 54, 2, 239.

de la mère remariée (1), aux intérêts religieux du mineur (2), etc.

322. Les délibérations peuvent aussi être attaquées pour des motifs tenant à la *forme*, lorsque les règles relatives à la composition ou au mode de délibération du conseil de famille n'ont pas été observées.

Il faut, en pareille matière, appliquer la distinction qui a déjà été faite (T. II, nº 12), entre les conditions requises pour l'existence d'un acte et les conditions requises pour sa validité.

Les conditions requises pour l'existence d'une délibération de conseil de famille, paraissent devoir être les suivantes :

1º La présidence effective de l'assemblée par le juge de paix (3) ;

2º La convocation de six membres ayant la capacité légale pour siéger dans un conseil de famille (4) ;

3º La présence des trois quarts au moins des membres convoqués (art. 415) (5) ;

4º Une résolution prise à la majorité absolue (6).

Que faut-il décider si le conseil de famille a été convoqué devant un juge de paix autre que celui du domicile du mineur? C'est en réalité une question de compétence qui se pose. Or on ne peut pas dire qu'une assemblée réunie dans un lieu autre que celui où elle aurait dû être légalement convoquée perdra nécessairement et par ce seul fait les caractères d'un conseil de famille. La délibération prise dans de telles conditions sera seulement annulable.

(1) Agen, 24 déc. 1860, D. 61, 2, 20.

(2) Colmar, 19 nov. 1857, D. 59, 2, 36.

(3) Liège, 26 juill. 1823, *Pas.*, 23, 2, 485; DALLOZ, vº *Minorité*, nº 226.

(4) Voy. AUBRY et RAU, t. I, § 92, p. 392, note 16 et les autorités citées.

(5) AUBRY et RAU, *ibid.*, note 19.

(6) LAURENT, t. IV, nºs 461 et 476.

Quand l'une des conditions ci-dessus fera défaut, il n'y aura, en réalité, qu'une apparence de délibération, et toute personne ayant intérêt pourra se prévaloir en tout temps de son inexistence.

323. Toutes les autres conditions sont en général considérées comme non substantielles (V. nº 305). Si elles n'ont pas été observées, la délibération ainsi rendue irrégulière pourra être annulée si les intérêts du mineur paraissent avoir souffert de l'irrégularité commise. La jurisprudence, aujourd'hui parfaitement fixée dans ce sens, reconnaît que les art. 407 et 408 relatifs à la composition du conseil de famille ne prononcent pas la nullité pour le cas d'infraction aux dispositions qu'ils édictent. Par conséquent la loi donne aux tribunaux le soin d'apprécier les circonstances qui peuvent autoriser dans la composition du conseil de famille certaines irrégularités exemptes de tout soupçon de dol ou de connivence (1). Dans tous les cas le moyen tiré de ce qu'un conseil de famille n'aurait pas été constitué selon les prescriptions de l'art. 407, serait un moyen nouveau, non recevable devant la Cour de cassation, s'il n'avait pas été proposé au cours du procès (2).

Il y a cependant quelques difficultés en ce qui concerne la disposition qui fait un devoir au juge de paix de choisir dans la commune même les amis appelés à remplacer les parents. La Cour de cassation a jugé que le pouvoir des tribunaux ne saurait aller jusqu'à conférer à des étrangers, en dehors des conditions d'aptitude légalement déterminées, une mission que la loi attribue aux membres de la famille (3). Cette décision n'a pas été suivie en général par les Cours d'appel (4),

(1) Cass. 20 janv. 1876, D. 76, 1, 28; Cass. 4 nov. 1874, D. 75, 1, 214; Chambéry, 19 janv. 1886, D. 87, 2, 162; *adde*, Dijon, 14 janv. 1891 (résolu par le tribunal), D. 91, 2, 223.

(2) Cass. 5 août 1889, S. 91, 1, 312.

(3) Cass. 19 août 1850, D. 50, 1, 281.

(4) Limoges, 17 juin 1890, D. 90, 2, 336.

et avec raison croyons-nous, car l'essentiel c'est la constatation de la qualité d'ami, dans l'intérêt du mineur, et non la résidence concernant seulement celui qui est appelé et qui peut être excusé s'il n'est pas domicilié dans la commune (1).

324. Il peut arriver qu'une délibération irrégulière, susceptible d'être annulée, produise cependant son effet et soit exécutée sans que personne en ait demandé la nullité. Le mineur, qui ne pouvait pas demander cette nullité, ne doit pas souffrir de la négligence de ceux qui auraient dû provoquer l'annulation de cette délibération. Il faut donc, s'il a été lésé, qu'il puisse agir en nullité des actes faits en vertu de cette délibération, contre ceux qui auraient intérêt au maintien de ces actes. La bonne foi de ces derniers ne saurait, en l'absence d'un texte formel, faire échec au droit du mineur. « La loi laisse, d'ailleurs, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, à la sagesse et à la prudence des tribunaux, le soin d'apprécier les circonstances particulières qui peuvent excuser des irrégularités exemptes de tout soupçon de dol ou de connivence (2). » Ainsi, ont pu être annulées une transaction faite en vertu d'une délibération irrégulière quoique homologuée (3) et une renonciation à succession faite en vertu d'une délibération à laquelle n'avait pas été appelée la mère du mineur (4).

Quant aux tiers qui ont contracté avec le tuteur en vertu d'une délibération irrégulière, ils ne peuvent évidemment opposer une nullité relative, fondée sur l'incapacité du mineur (art. 1125).

La restitution du mineur contre l'acte fait en vertu d'une

(1) LAURENT, t. IV, n° 486.
(2) Cass. 3 avril 1858, DALLOZ, *Répert.*, v° *Minorité*, n° 176, 6; Douai, 1er août 1838, *ibid.*, n° 551, 1°.
(3) Aix, 3 fév. 1832, DALLOZ, *loc. cit.*, n° 180.
(4) Toulouse, 5 juin 1829, DALLOZ, *loc. cit.*, n° 498.

délibération irrégulière ne sera pas toujours possible en fait, ou suffisamment efficace pour procurer au mineur la réparation complète du préjudice par lui éprouvé. On demande si, dans ce cas, les membres du conseil de famille peuvent avoir une responsabilité quelconque. En l'absence d'un texte spécial sur ce point, il faut décider que les membres du conseil ne sont assujettis qu'à la responsabilité du droit commun (art. 1382 et 1383), et tenus seulement de leur dol, ou de leur faute lourde (1).

325. Les règles ci-dessus exposées ont pour résultat de soumettre le patrimoine entier du mineur à une administration unique. Mais il est manifeste que cette unité d'administration n'est plus possible quand le patrimoine du mineur comprend à la fois des biens situés dans les colonies et des biens situés dans la métropole :

ART. 417. Quand le mineur, domicilié en France, possèdera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un pro-tuteur. — En ce cas, le tuteur et le pro-tuteur seront indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective (*).

Il ne s'agit pas ici d'administrateurs comptables, auxiliaires que le tuteur peut être autorisé à s'adjoindre, mais d'un véritable tuteur, soumis à toutes les règles concernant la tutelle.

Pour qu'il y ait lieu à la nomination d'un pro-tuteur, il faut que le mineur domicilié en France possède des biens dans les colonies, ou, s'il est domicilié dans les colonies, qu'il possède des biens situés en France. Il faut en définitive qu'il y ait d'une part, des biens situés dans une possession coloniale, et d'autre part, des biens situés dans un territoire métropolitain. Par conséquent, l'art. 417 ne s'appliquerait pas si le

(*) Art. 417. — L. 4, D. 26, 7, *De admin. et peric. tut.*; L. 2, C. 5, 40, *Si ex plur. tutor.*; L. 2, C. 5, 38, *De peric. tutor.*; L. 2, C. 5, 52, *De divid. tut.* — Déclar. du 15 déc. 1711.

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 352; LAURENT, t. V, n° 181.

mineur domicilié en France possédait des biens en pays étranger, ni au cas où le mineur domicilié en France posséderait des biens dans un territoire métropolitain d'outre-mer, en Corse, par exemple, ou réciproquement, ni enfin si le mineur domicilié dans une colonie française possédait des biens dans une autre colonie française. Les lois qui, sous le rapport judiciaire ou administratif, déclareraient l'assimilation d'une colonie à la métropole n'apporteraient aucune modification aux solutions qui précèdent.

La nomination d'un pro-tuteur est obligatoire dans tous les cas auxquels s'applique l'art. 417 : La volonté du législateur est d'autant moins douteuse, que l'expression impérative *sera* a été substituée à la formule *pourra être*... que présentait la rédaction primitive du texte (1). Par conséquent les tiers, les débiteurs par exemple, domiciliés dans les colonies, seront fondés à soutenir que le tuteur nommé en France et chargé de l'administration des biens qui y sont situés, n'a pas qualité pour recevoir d'eux ce qu'ils doivent et leur en donner décharge, ou pour les poursuivre en justice (2).

Il pourra y avoir un pro-tuteur dans toute tutelle, soit légale, soit testamentaire, soit dative. Mais il n'y a pas de pro-tuteur légal. Le pro-tuteur sera donc forcément et dans toutes les hypothèses qui peuvent se présenter, désigné par le conseil de famille, à moins qu'en cas de tutelle testamentaire le survivant des père et mère ne l'ait désigné lui-même.

326. Le pro-tuteur étant un tuteur véritable devra avoir un subrogé-tuteur (art. 420). Il y aura donc deux tutelles distinctes et parallèles, et par conséquent deux tuteurs et deux subrogés-tuteurs, *indépendants*, comme dit le second paragraphe de l'art. 417 et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective. Mais il ne peut y avoir qu'un

(1) LAURENT, t. IV, n° 409; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1029.
(2) *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VII, n°s 200 et 201.

seul conseil de famille formé au domicile du mineur, et c'est ce conseil qui autorisera le tuteur et le pro-tuteur à faire les actes pour la validité desquels la loi exige l'autorisation du conseil (1).

Il y a eu sur ce point quelques difficultés; cependant il est impossible, en l'absence d'un texte qui l'autorise, d'admettre la coexistence de deux conseils de famille, l'un dans les colonies et l'autre dans la métropole. L'existence d'un seul conseil sera d'ailleurs utile au point de vue d'une certaine unité de direction à maintenir dans l'administration des biens. Ainsi, il peut se faire qu'il existe dans la métropole des établissements appartenant au mineur, et destinés à transformer, manipuler, etc., pour les écouler plus facilement, les produits provenant de ses biens situés dans les colonies. Il est certain que les actes de disposition concernant l'une de ces deux catégories de biens pourraient avoir une influence sur l'autre, il est donc convenable que le même conseil de famille soit appelé à intervenir.

327. Le pro-tuteur agira et administrera comme le tuteur lui-même; or,

ART. 418. Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence; sinon, du jour qu'elle lui aura été notifiée (*).

Nous rappelons qu'aux termes de l'art. 882, C. pr. c., déjà cité (nº 294) la notification, en cas de tutelle dative, doit être faite au tuteur dans les trois jours de la délibération qui l'a nommé, outre l'augmentation de délai à raison de la distance.

Cette disposition s'applique également au pro-tuteur datif.

Il faut aussi en appliquer le principe à toute espèce de tutelle.

Par conséquent un tuteur légitime sera tenu de commencer sa gestion dès le moment du décès qui a donné ouver-

(*) Art. 418.—L. 1, § 1, D. 26, 7, *De admin. et peric. tut.*; L. 5, § ult., *eod.*; L. 19, C. 5, 37, *De admin. tut.*

(1) LAURENT, t. IV, nº 412.

ture à la tutelle, s'il était sur les lieux, et dans le cas contraire à partir du jour où, ayant eu connaissance du décès, il a en quelque sorte reçu de la loi elle-même, notification de sa vocation à la tutelle. Mais pour le tuteur testamentaire, sa responsabilité ne doit commencer que du jour où sa nomination lui aura été notifiée.

C'est la date du jour où aura commencé la responsabilité du tuteur qui sera la date de l'hypothèque légale grevant ses immeubles dans l'intérêt du mineur.

328. L'obligation de gérer la tutelle ayant ainsi commencé pour le tuteur dure jusqu'à ce que la tutelle prenne fin par la majorité ou le décès du pupille, ou les autres causes d'extinction prévues par la loi, et spécialement par le décès du tuteur lui-même;

Car :

ART. 419. La tutelle est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers du tuteur. Ceux-ci seront seulement responsables de la gestion de leur auteur; et, s'ils sont majeurs, ils seront tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur (*).

La gestion des héritiers du tuteur étant une continuation de la gestion de leur auteur, il faut admettre qu'ils peuvent faire tout ce que pouvait faire le tuteur lui-même, mais sans innovation dans la direction générale de l'administration. Leur gestion ne sera pas une *tutelle* proprement dite, mais une simple gestion d'affaires. Leurs biens, par conséquent, ne seront pas grevés de l'hypothèque légale du mineur.

SECTION V.

Du subrogé-tuteur.

329. — Origine coutumière du subrogé-tuteur, art. 420.
330. — Le tuteur doit provoquer la nomination du subrogé-tuteur, art. 421 et 422.

(*) Art. 419. — L. ult., D. 26, 7, *De admin. et peric. tut.*; L. 16, § 1, D. 26, 1. *De tut.*; L. 1, D. 27, 7, *De fidejuss. et nomin. tutor.*

331. — Choix du subrogé-tuteur selon les prescriptions de l'art. 423 ; conséquences.
332. — Mission du subrogé-tuteur en cas d'opposition d'intérêts entre le mineur et le tuteur, art. 420, § 2.
333. — Pouvoirs du tuteur,
334. — Et du subrogé-tuteur, en cette hypothèse.
335. — Faut-il adjoindre un subrogé-tuteur spécial au subrogé-tuteur appelé à représenter le pupille contre le tuteur?
336. — Nullité des actes intervenus en violation de l'art. 420, § 2.
337. — Condition du subrogé-tuteur en dehors des cas prévus par l'art. 420, § 2.
338. — Responsabilité limitée du subrogé-tuteur.
339. — Durée de sa mission, art. 424 et 425.
340. — Il est régi pour les causes d'excuse, d'incapacité ou d'exclusion par les mêmes règles que le tuteur, art. 426.

329. Nous allons examiner maintenant une autre institution destinée à concourir avec le conseil de famille au contrôle de la tutelle. Il s'agit de subrogé-tuteur.

L'institution du subrogé-tuteur vient encore du droit coutumier. La principale mission du subrogé-tuteur est, comme nous le verrons, de représenter le mineur dans les discussions contentieuses qu'il pourrait avoir avec le tuteur lui-même. C'est donc un agent qui, dans l'hypothèse envisagée, est substitué au lieu et place du tuteur pour la représentation du mineur. C'est donc un tuteur spécial subrogé au tuteur ordinaire; d'où la dénomination qui sert à le désigner.

En pays de droit écrit, on nommait, dans la même hypothèse, un curateur. Il y avait cette différence entre le curateur et le subrogé-tuteur que le premier était nommé seulement quand son ministère paraissait nécessaire; ses pouvoirs étaient en outre limités à la conclusion de l'affaire qui avait motivé sa nomination. Le subrogé-tuteur, au contraire, était nommé en même temps que le tuteur lui-même, et il était alors désigné, d'une manière permanente, pour remplacer le tuteur chaque fois qu'il y aurait opposition d'intérêts entre ce dernier et le mineur. Ce système a paru plus économique

et plus favorable à la sauvegarde des intérêts du pupille. Il a donc prévalu et a été généralisé :

ART. 420. Dans toute tutelle il y aura un subrogé-tuteur, nommé par le conseil de famille. — Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur.

330. Il est dans le vœu de la loi que le tuteur n'entre effectivement en fonctions qu'après la nomination du subrogé-tuteur, qu'il s'agisse d'une tutelle testamentaire ou d'une tutelle dative.

Par conséquent :

ART. 421. Lorsque les fonctions du tuteur seront dévolues à une personne de l'une des qualités exprimées aux sections I, II et III du présent chapitre, ce tuteur devra, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer, pour la nomination du subrogé-tuteur, un conseil de famille composé comme il est dit dans la section IV. — S'il s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille, convoqué, soit sur la réquisition des parents, créanciers ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix, pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur.

ART. 422. Dans les autres tutelles, la nomination du subrogé-tuteur aura lieu immédiatement après celle du tuteur.

331. Le conseil de famille jouit de la même latitude pour la nomination du subrogé-tuteur que pour celle du tuteur lui-même, sauf qu'il ne peut le prendre dans la ligne à laquelle le tuteur appartient :

ART. 423. En aucun cas, le tuteur ne votera pour la nomination du subrogé-tuteur, lequel sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point.

L'obligation d'observer cette disposition peut avoir pour résultat un ajournement nécessaire de la nomination du subrogé-tuteur. Il peut arriver, en effet, lorsque c'est un des membres du conseil de famille qui a été nommé tuteur, que, par suite de l'abstention forcée de ce dernier, le conseil ne se trouve plus en nombre suffisant pour émettre un vote valable; or, il ne sera pas toujours possible, dans ce cas, de compléter immédiatement le conseil.

Pour que le subrogé-tuteur puisse remplir convenable-

ment le rôle qui lui a été assigné, il importe qu'il ne subisse pas les mêmes influences que celles auxquelles peut se trouver exposé le tuteur, et qu'il n'ait pas les mêmes intérêts que ce dernier. En conséquence, d'après la disposition impérative de l'art. 423, le subrogé-tuteur ne peut pas appartenir à la même ligne que le tuteur.

De là il suit :

1° Que si le mineur n'a de parents que dans la ligne du tuteur, le conseil de famille doit désigner un étranger pour être subrogé-tuteur.

Cependant, il en sera autrement, en vertu de l'exception consacrée par le texte même, si le mineur et le tuteur sont frères germains ; le conseil de famille peut alors choisir pour subrogé-tuteur un parent ou allié de l'une ou de l'autre ligne indifféremment. La qualité de frère germain est considérée chez le tuteur comme une garantie rendant inutile l'application de la règle générale (1) ;

2° Que si le tuteur vient à être remplacé par un parent appartenant à la ligne dans laquelle le subrogé-tuteur a été choisi, le conseil de famille devra nommer un autre subrogé-tuteur ;

3° Qu'il y aurait nullité de la délibération par laquelle le conseil de famille aurait choisi le subrogé-tuteur dans la ligne du tuteur.

Enfin, la règle posée par l'art. 423 doit être étendue aux alliés.

332. La principale mission du subrogé-tuteur consiste, nous l'avons vu, à représenter le mineur quand il existe une opposition d'intérêts entre ce dernier et son tuteur (art. 420, § 2).

Quelquefois cette opposition d'intérêts est rendue manifeste par la nécessité actuelle de procéder à un acte juri-

(1) DEMANTE, t. II, n° 173 *bis*; DEMOLOMBE, t. VIII, n° 369; LAURENT, t. IV, n° 425.

dique déterminé déjà réglé et autorisé par le conseil de famille. Mais souvent il arrivera que le conseil de famille n'ait pas eu encore à envisager la situation d'où pourra naître cette opposition d'intérêts. Le mineur, par exemple, est en état d'indivision avec son tuteur. Dans ce cas le subrogé-tuteur a qualité pour provoquer une délibération du conseil de famille à l'effet d'être autorisé à poursuivre le partage des biens indivis, et cette autorisation lui sera accordée à bon droit si le conseil reconnaît qu'il y a pour le mineur intérêt actuel à sortir d'indivision (1).

333. Réciproquement aussi, le tuteur peut provoquer les délibérations du conseil de famille sur les situations desquelles peut résulter une opposition d'intérêts entre lui et son pupille, de manière à ce que ce dernier puisse être représenté par son subrogé-tuteur (2).

Du reste, quand une action est introduite, c'est en principe au tuteur dont les intérêts sont en opposition avec ceux de l'incapable qu'il appartient de faire intervenir le subrogé-tuteur. Ceux qui veulent introduire l'action ont évidemment le même droit; il a même été jugé par le tribunal de Bruxelles que la mise en cause du subrogé-tuteur en même temps que du tuteur peut trouver sa justification dans la nécessité ou l'utilité d'exercer la mission de contrôle qui lui est impartie par la loi, sans qu'il soit nécessaire d'examiner s'il y a ou non un intérêt opposé entre le tuteur et les mineurs (3). Cela paraît excessif; quand il est évident qu'il n'existe aucune opposition d'intérêts entre le mineur et le tuteur, les frais occasionnés par la présence dans l'instance du subrogé-tuteur doivent demeurer à la charge de celui qui l'y a mal à propos appelé.

(1) Cass. 15 mai 1878, D. 79, 1, 40.
(2) Paris, 8 fév. 1880, D. 83, 2, 61, 62.
(3) Trib. Bruxelles, 27 fév. 1889, *Pas.*, 89, 3, 335.

334. Le subrogé-tuteur qui a figuré dans l'instance pourra évidemment interjeter appel du jugement rendu contre le mineur. Il en sera autrement dans le cas contraire. La circonstance que l'art. 444, C. pr. c., exige que le jugement rendu contre le mineur soit signifié au subrogé-tuteur, n'implique pas qu'il ait le droit direct et absolu d'en porter lui-même l'appel (1). Mais il pourra interjeter appel dans le cas d'opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur (2).

335. Lorsque, à raison d'une telle opposition d'intérêts, le subrogé-tuteur est appelé à représenter le mineur, il exerce précisément la fonction pour laquelle il a été désigné. On peut dire alors qu'il gère en quelque sorte la tutelle pour un acte spécial. Mais, se demande M. Laurent : « Que devient en ce cas la garantie que le mineur trouve dans la subrogée-tutelle? Le subrogé-tuteur ne peut pas se surveiller lui-même. *A vrai dire, la subrogée-tutelle est vacante pendant la durée de cet acte;* or la loi veut qu'il y ait toujours un subrogé-tuteur; il faudra donc, comme l'a décidé la Cour de Paris, nommer un subrogé-tuteur spécial (3). »

Mais comment peut-on dire que la subrogée-tutelle est vacante alors précisément que la fonction qui la constitue est exercée par son titulaire? La subrogée-tutelle n'existe en réalité à l'état actif que lorsqu'une opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur lui permet en quelque sorte de se révéler; en dehors de cette hypothèse elle n'existe qu'à l'état latent. La garantie du mineur se trouve dans l'intervention personnelle d'un subrogé-tuteur toujours choisi par le conseil de famille. La loi, qui a trouvé cette garantie suffisante, n'a pas imaginé un système plus compliqué, et nous

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 373 et les autorités citées. Nancy, 17 juillet 1886, S. 87, 2, 233 et Cass. 28 nov. 1887, S. 88, 1, 16.

(2) Cass. 28 nov. 1887, S. 88, 1, 16.

(3) T. IV, n° 427; Conf. DEMOLOMRE, t. VII, n°s 379 et 380; Voy. Paris, 11 mars 1843, S. 44, 2, 153.

croyons, avec la Cour de Rennes, que la nomination d'un subrogé-tuteur spécial ou tuteur *ad hoc* n'est pas nécessaire (1).

336. Dans le cas d'opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur, il y aura nullité, mais seulement relative, de l'acte qui serait intervenu sans que le mineur eût été représenté par le subrogé-tuteur. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'opposition d'intérêts résulte de la réalité des faits et non pas seulement de l'apparence des situations juridiques. Ainsi, par exemple, un père tuteur légal de ses enfants, pourrait-il renoncer en leur nom à la communauté ayant existé entre lui et sa femme? En principe, non; il y a en effet (*in thesi*) opposition d'intérêts entre un père et un fils en ce qui touche la communauté ayant existé entre le père et la mère prédécédée; le fils devrait donc être représenté par le subrogé-tuteur. Néanmoins, s'il est constaté par les juges du fond (*in hypothesi*), que la communauté étant en déficit, son attribution exclusive au père ne présentait pour ce dernier aucun avantage et que dès lors il n'y avait pas opposition d'intérêts, à ce point de vue, entre lui et ses enfants, la renonciation que le père lui-même aurait faite au nom des enfants ne saurait être annulée (2).

337. Quand le subrogé-tuteur agit en vertu de l'art. 420, § 2, il a, pour les actes qu'il passe, les mêmes pouvoirs que le tuteur, et il est comptable de sa gestion.

Quand au contraire il n'y a pas opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur, le subrogé-tuteur est sans qualité pour agir, sauf dans les cas des art. 452 et 459 qui exigent sa présence pour la vente des meubles et des immeubles. Spécialement, s'il croit devoir s'opposer à l'homologation d'un avis de parents, il n'a d'autres droits que ceux accor-

(1) 24 mai 1851, D. 56, 5, 470, n° 17; Comp. Cass. 19 juin 1844, S. 44, 1, 547.

(2) Cass. 20 avril 1885, D. 85, 1, 170.

dés aux membres dissidents du conseil de famille par l'article 888, C. pr. c. Par suite, s'il n'a pas formé opposition à la délibération par acte extrajudiciaire, et n'a pas été partie dans la procédure suivie devant le tribunal, il sera non recevable à se pourvoir par la voie de l'appel contre le jugement d'homologation (1).

Sa mission de surveillance est encore complétée par la disposition de l'art. 470, expliqué plus loin, qui le charge de recevoir de la part du tuteur, des états de situation de la gestion de ce dernier. Enfin si le tuteur est incapable ou infidèle, le subrogé-tuteur doit provoquer sa destitution (art. 444 et 446).

338. Le subrogé-tuteur n'est pas responsable de la gestion tutélaire, mais seulement de ses actes personnels. Il doit répondre même de sa faute légère. Il n'est pas d'ailleurs soumis aux déchéances et aux incapacités que la loi édicte contre le tuteur. Ainsi il n'est pas astreint à subir sur ses biens une hypothèque légale et n'est pas incapable d'acquérir les biens ou de recevoir une libéralité du mineur. Il peut transiger avec ce dernier régulièrement représenté par son tuteur, pourvu que les formes requises pour une telle transaction aient été observées (2). Les actes incompatibles avec sa mission de surveillance lui sont seuls interdits; ainsi, il ne pourrait recevoir une procuration du tuteur pour gérer la tutelle en tout ou en partie (3).

339. Il n'est pas d'ailleurs un tuteur en expectative; ainsi :

ART. 424. Le subrogé-tuteur ne remplacera pas de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle deviendra vacante, ou qu'elle sera abandonnée par absence; mais il devra, en ce cas, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.

C'est tout ce que la loi exige du subrogé-tuteur; elle ne

(1) Orléans, 19 déc. 1884, D. 85, 2, 197.
(2) Cass. 5 déc. 1887 (résolu par la Cour d'appel), D. 88, 1, 241.
(3) LAURENT, t. V, nº 105.

l'appelle pas à gérer, même provisoirement, la tutelle vacante ou abandonnée. Donc la cessation des fonctions du tuteur ne fait pas cesser les fonctions du subrogé-tuteur. Il n'en est ainsi que lorsque c'est la tutelle elle-même d'une manière absolue qui prend fin :

ART. 425. Les fonctions du subrogé-tuteur cesseront à la même époque que la tutelle.

C'est ce qui arrivera par le décès du mineur, son émancipation ou sa majorité. Si la tutelle est seulement vacante ou abandonnée, le subrogé-tuteur reste en fonctions. Mais il devra nécessairement être remplacé si le nouveau tuteur est pris dans la même ligne que celle à laquelle il appartient lui-même.

Nous pensons même que le conseil de famille a, d'une manière générale, la faculté de remplacer le subrogé-tuteur, s'il estime que l'intérêt de l'incapable exige cette mesure, chaque fois qu'il sera appelé à nommer un nouveau tuteur. L'individualité du subrogé-tuteur pourrait influer en effet sur le choix du tuteur, et rien ne doit gêner le conseil de famille dans son appréciation sur ce point (1).

340. Enfin le législateur décide que :

ART. 426. Les dispositions contenues dans les sections VI et VII du présent chapitre s'appliqueront aux subrogés-tuteurs. — Néanmoins, le tuteur ne pourra provoquer la destitution du subrogé-tuteur, ni voter dans les conseils de famille qui seront convoqués pour cet objet.

Dans cet article de transition, il s'agit des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution.

Il importe de remarquer que les dispositions auxquelles se réfère l'art. 426, ne sont pas déclarées applicables au conseil de famille.

SECTION VI.

Des causes qui dispensent de la tutelle.

341. — Causes d'excuse : I. Service public, art. 427 et 428, art. 429 à 431.

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 385 ; Limoges, 17 juin 1889, D. 90, 2, 336 ; Comp. LAURENT, t. V, n° 115.

342. — II. Qualité de non parent quand il existe des parents en état de gérer la tutelle, art. 432.
343. — III. L'âge, art. 433.
344. — IV. Les infirmités, art. 434.
345. — V. Le nombre des tutelles, art. 435; application à la subrogée-tutelle.
346. — VI. Le nombre des enfants, art. 436, 437.
347. — Procédure à suivre pour proposer les excuses, art. 438, 439.
348. — Compétence et recours, art. 440, 441.

341. La tutelle étant une charge publique, tout Français, parent ou non parent du mineur, est tenu, en principe, de l'accepter.

On peut cependant prévoir des circonstances favorables où un Français peut être dispensé de remplir cette charge; ce sont les causes *d'excuse*, communes au tuteur et au subrogé-tuteur (art. 426), que nous allons examiner succinctement :

I. — *Service public.*

ART. 427. Sont dispensés de la tutelle, — Les personnes désignées dans les titres III, V, VI, VIII, IX, X, XI de l'acte du 18 mai 1804; — Les présidents et conseillers à la Cour de cassation, le procureur général et les avocats généraux en la même Cour; — Les préfets; — Tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle s'établit (*).

L'acte du 18 mai 1804 n'étant plus en vigueur, il faut considérer comme étant dispensés de la tutelle par application du premier alinéa de l'art. 427 :

Le Président de la République;

Les maréchaux de France et les amiraux;

Les sénateurs, les députés, les conseillers d'État et les ministres;

Il faut encore ajouter à la nomenclature du texte :

Les magistrats de la Cour des comptes (L. 16 septembre 1807, art. 7);

(*) Art. 427.— JUST. *Inst.*, L. 1, t. 25; L. 6, § 16, L. 17, § 5, L. 41, § 1-3, D. 27, 1, *De excusat. tutor.; Decret. secunda pars*, C. *generaliter*, 16, C. 16, q. 1.

Les ecclésiastiques desservant les cures et succursales, ou exerçant, pour les cultes, des fonctions exigeant résidence, dans lesquelles ils sont agréés par le pouvoir exécutif (Déc. 20 novembre 1806);

Les notaires (arg. L. 25 vent. an XI, art. 1).

ART. 428. Sont également dispensés de la tutelle, — Les militaires en activité de service, et tous autres citoyens qui remplissent, hors du territoire de la République, une mission du Gouvernement (*).

La seule difficulté que présentent les art. 427 et 428 est celle de savoir s'ils s'appliquent au père tuteur légal et aux ascendants tuteurs légitimes. On a soutenu la négative, surtout pour le père, en se fondant sur le paragraphe final de l'art. 427, attendu que la tutelle s'établit nécessairement au domicile du père. Mais le père peut être appelé à exercer des fonctions publiques dans un département autre que celui de son domicile; par conséquent, les termes de l'article 427 laissent, quant à lui, la question intacte. Or, les motifs de la disposition qui nous occupe sont évidemment tirés des difficultés de l'administration quand le père exerce au loin une fonction, ou remplit une mission. Cela suffit pour trancher la question dans le sens de l'affirmative. Il est vrai que le père administrateur légal ne pourrait pas abandonner cette administration sous prétexte qu'il est nommé fonctionnaire public dans un autre département que le sien, et qu'on ne voit pas le changement que le prédécès de la mère apporte à cette situation. Mais ce disparate existe dans la loi.

Quant aux ascendants tuteurs légitimes, il ne saurait y avoir de doute, ils doivent pouvoir se faire excuser dans les cas des art. 427 et 428.

Les articles suivants règlent des points de détail qui ne sauraient soulever aucune difficulté :

(*) Art. 428. — L. 40, § 1-3, D. 27, 1, *De excusat.*; L. 1 et 2, C. 5, 64, *Si tutor Reip. causa.*

ART. 429. Si la mission est non authentique, et contestée, la dispense ne sera prononcée qu'après la représentation faite par le réclamant, du certificat du ministre dans le département duquel se placera la mission articulée comme excuse.

ART. 430. Les citoyens de la qualité exprimée aux articles précédents, qui ont accepté la tutelle postérieurement aux fonctions, services ou missions qui en dispensent, ne seront plus admis à s'en faire décharger pour cette cause (*).

ART. 431. Ceux, au contraire, à qui lesdites fonctions, services ou missions, auront été conférés postérieurement à l'acceptation et gestion d'une tutelle, pourront, s'ils ne veulent la conserver, faire convoquer, dans le mois, un conseil de famille, pour y être procédé à leur remplacement. — Si, à l'expiration de ces fonctions, services ou missions, le nouveau tuteur réclame sa décharge, ou que l'ancien redemande la tutelle, elle pourra lui être rendue par le conseil de famille.

342. II. — *Qualité de non parent quand il existe des parents en état de gérer la tutelle.*

ART. 432. Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle.

Les expressions : *en état de gérer la tutelle* se réfèrent à la capacité de fait et non à la seule capacité légale (1).

Le texte n'établit l'excuse que pour le cas d'une tutelle *à accepter*. Lorsque au cours d'une tutelle en exercice un parent ou un allié du mineur vient se fixer dans les limites de la distance légale, le tuteur ne saurait être admis à demander, pour un tel motif, la décharge de la tutelle.

343. III. — *L'âge.*

ART. 433. Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur. Celui qui aura été nommé avant cet âge, pourra, à soixante-dix ans, se faire décharger de la tutelle (**).

Quid, si le tuteur a été nommé et a accepté la tutelle après avoir déjà dépassé 65 ans? Il faut décider qu'il a renoncé seulement à l'excuse qu'il aurait pu faire valoir à ce moment, et non à celle qui résultera pour lui de l'âge de 70 ans.

344. IV. — *Les infirmités.*

(*) Art. 430. — L. 17, § 5, D. 27, 1, *De excusat. tut.*
(**) Art. 433. — L. 2, D. 27, 1, *De excusat. tutor.*
(1) LAURENT, t. IV, n° 500.

ART. 434. Tout individu atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée, est dispensé de la tutelle. — Il pourra même s'en faire décharger, si cette infirmité est survenue depuis sa nomination (*).

Il s'agit, non d'une simple maladie, mais d'une infirmité, ce qui suppose un état habituel rendant difficile le soin de vaquer à ses propres affaires.

345. V. — *Le nombre des tutelles.*

ART. 435. Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième. — Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants (**).

Le texte doit s'entendre du nombre de nominations à la tutelle et non du nombre des pupilles; ainsi la tutelle de plusieurs frères et sœurs dont la fortune est encore indivise constituerait une seule tutelle.

De ce que l'art. 426 déclare que le subrogé-tuteur peut faire valoir les excuses établies par la loi dans l'intérêt du tuteur, il en résulte clairement que deux subrogées-tutelles doivent dispenser d'une troisième. Mais si l'on veut s'en tenir au texte, il faudrait décider que deux subrogées-tutelles ne dispensent pas d'une tutelle! Cela paraît absurde et contraire à l'esprit de la loi (1).

346. VI. — *Le nombre des enfants.*

ART. 436. Ceux qui ont cinq enfants légitimes, sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants. — Les enfants morts en activité de service dans les armées de la République, seront toujours comptés pour opérer cette dispense. — Les autres enfants morts ne seront comptés qu'autant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants (***).

ART. 437. La survenance d'enfants pendant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer (****).

Il pourra paraître singulier que la survenance de l'âge

(*) Art. 434. — L. 10, § 8, L. 11 et 40, D. 27, 1, *De excusat.*

(**) Art. 435.— L. 2, § 9, L. 3, 4, § 1, L. 5 pr., § 2, D. 28, 1, *De excusat.*

(***) Art. 436. — L. 2, § 2, L. 4, 6, 7, 8, D. 27, 1, *De excusat.*; L. 7, D. 10, 5, *De statu homin.*

(****) Art. 437. — L. 2, § 4, 6, 8, D. 27, 1, *De excusat.*

(1) *Contrà*, LAURENT, t. IV, n° 405.

durant la tutelle soit prise en considération, et qu'il en soit autrement de la survenance d'enfants. En droit romain, les deux cas étaient régis par le même principe : pour être excusé, il fallait avoir, au moment même de la délation de la tutelle, ou l'âge, ou le nombre d'enfants exigés. L'enfant conçu et non encore né ne comptait pas : *qui autem in ventre est, et si in multis partibus legum comparatur jam nato, tamen neque in presenti questione, neque in reliquis civilibus muneribus prodest patri* (1).

Il n'y avait pas d'inconvénients à persister dans cette jurisprudence pour le cas de survenance d'enfants ; mais il pouvait fort bien y en avoir pour le cas de survenance de l'âge.

347. La loi s'occupe ensuite de la procédure à observer en matière d'excuses :

ART. 438. Si le tuteur nommé est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il devra sur le champ, et sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure, proposer ses excuses, sur lesquelles le conseil de famille délibérera.

ART. 439. Si le tuteur nommé n'a pas assisté à la délibération qui lui a déféré la tutelle, il pourra faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur ses excuses. — Ses diligences à ce sujet devront avoir lieu dans le délai de trois jours, à partir de la notification qui lui aura été faite de sa nomination ; lequel délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle : passé ce délai, il sera non recevable.

Le délai a été porté à cinq myriamètres par la loi du 3 mai 1862, art. 4.

Les textes ci-dessus se réfèrent uniquement à la tutelle dative.

S'il s'agit d'une tutelle légale ou testamentaire, le tuteur pourra produire ses excuses aussi longtemps qu'il n'y aura pas renoncé par une gestion valant acceptation, et tout au moins dans la première assemblée de famille qui sera tenue.

Pour les causes d'excuse qui peuvent se produire au cours de la tutelle, le délai dans lequel elles doivent être invoquées

(1) L. 2, § 6, D. 27, 1, *De excusat.*

est fixé à un mois par l'art. 431 pour les cas prévus dans les art. 427 et 428. Pour les autres cas, en l'absence d'un délai fixé par la loi, les juges auront à apprécier si le silence gardé par le tuteur ou le subrogé-tuteur durant un certain temps peut être considéré comme une renonciation.

348. C'est le conseil de famille qui devra d'abord apprécier les excuses proposées par le tuteur :

ART. 440. Si ses excuses sont rejetées, il pourra se pourvoir devant les tribunaux pour les faire admettre; mais il sera, pendant le litige, tenu d'administrer provisoirement.

ART. 441. S'il parvient à se faire exempter de la tutelle, ceux qui auront rejeté l'excuse pourront être condamnés aux frais de l'instance. — S'il succombe, il y sera condamné lui-même.

Les cas d'excuses constituent autant d'exceptions au principe que la tutelle est une charge publique obligatoire. Il suit de là que les conseils de famille et les juges ne peuvent admettre d'autres causes d'excuses que celles qui ont été consacrées par un texte formel (1); cependant la question est controversée, et plusieurs décisions ont reconnu une sorte de pouvoir discrétionnaire au profit du conseil de famille pour admettre ou rejeter les excuses *de fait* alors qu'il est obligé d'admettre toute excuse légale dont l'existence est prouvée (2).

SECTION VII.

De l'incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle.

349. — Enumération des causes d'incapacité, art. 442.
350. — Portée restrictive de cette énumération; conséquences.
351. — Les étrangers ne sont pas exclus de la tutelle.
352. — Compétence du conseil de famille pour apprécier les causes d'incapacité.
353. — Causes d'exclusion; énumération des art. 443 et 444 à compléter par les art. 34 n° 4, 42 n° 6, C. P., et 8 de la loi du 24 juillet 1889.

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n°s 446 et 447; LAURENT, t. IV, n°s 508 et 509.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, no 1047.

354. — Précisions particulières touchant l'inconduite notoire, la gestion attestant l'incapacité, et l'insolvabilité.
355. — Caractère et conséquences des causes d'exclusion ou de destitution, art. 445.
356. — Procédure en matière de destitution de tutelle; voies de recours, art. 446 à 449.

349. La tutelle est une charge pouvant avoir pour conséquence de rendre *débiteur* celui qui s'en trouve investi, et par conséquent de compromettre son patrimoine. Donc certaines personnes qui sont dans le cas de ne pouvoir gérer leur propre patrimoine, ne pourront pas évidemment remplir cette charge. Il devra en être de même pour ceux qui ont, vis-à-vis du mineur, une situation particulière créant une opposition d'intérêts. Dans toutes ces hypothèses il y aura *incapacité*, c'est-à-dire, absence de l'aptitude légale nécessaire pour la gestion de la tutelle.

ART. 442. Ne peuvent être tuteurs ni membres des conseils de famille : — 1° Les mineurs, excepté le père ou la mère; — 2° Les interdits; — 3° Les femmes, autres que la mère et les ascendantes; — 4° Tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une partie notable de ses biens, sont compromis (*).

350. Ce texte est restrictif, et les cas d'incapacité qu'il prévoit ne peuvent être étendus sous prétexte d'analogie.

Donc les aliénés non interdits ne sont pas légalement et de plein droit incapables de gérer la tutelle. Mais la démence dont ils se trouvent atteints constitue évidemment une infirmité qui peut être proposée comme excuse; si l'excuse n'était pas proposée, le tuteur pourrait être immédiatement révoqué pour cause d'incapacité (1).

Il faut faire un raisonnement analogue pour celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire; il n'est pas légalement inca-

(*) Art. 442. — L. 3, § 12, D. 26, 10, *De suspect. tutor.*; L. 20, 21, 1, *De excusat.*, etc.

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 469; LAURENT, t. IV, n° 314.

pable d'être tuteur (1) ; mais il pourra être exclu en vertu de l'art. 444 § 2.

Si le texte de l'art. 442 doit être interprété d'une manière restrictive, quand il s'agit des mineurs, des interdits et des femmes, il n'y a pas de raison pour interpréter autrement le dernier paragraphe concernant les personnes qui se trouvent en opposition d'intérêts avec le mineur par suite d'un procès.

Il faut d'abord qu'il s'agisse d'un véritable procès pouvant compromettre l'état du mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens. C'est un point que les juges du fait auront à apprécier (2). Le partage d'une communauté ou d'une succession à faire avec le mineur ne paraît pas être un *procès* dans le sens de l'art. 442.

Il faut en outre que le procès existe entre le mineur lui-même et le tuteur, ou le père ou la mère de ce dernier. Il n'est pas possible d'admettre, en sortant du texte formel de la loi, que l'incapacité pourrait résulter d'un procès pendant entre d'autres personnes (3).

351. Enfin aucune incapacité ne résulte à l'égard des étrangers des textes qui ont formulé d'une manière restrictive les causes d'exclusion de la tutelle (4). Par conséquent, l'étranger, parent ou non parent, peut être appelé à la tutelle aussi bien par la loi que par le conseil de famille, ou par le dernier mourant des père et mère. Ainsi il a été jugé que l'ascendant étranger pouvait exercer en France la tutelle légale de ses petits-enfants français (5) ; qu'un étranger parent d'un mineur français pouvait faire partie du conseil de

(1) Cass. 21 nov. 1848, D. 48, 1, 230.
(2) Nimes, 2 mars 1848, D. 48, 2, 58.
(3) DEMOLOMBE, t. VII, nos 475, 476 ; LAURENT, t. IV, no 517.
(4) Trib. Bruxelles, 7 août 1885, *Belg. jud.*, 87, p. 130.
(5) Paris, 21 août 1879, S. 80, 2, 81 ; trib. Versailles, 1er mai 1879, *J. Dr. intern. pr.*, 1879, p. 397.

famille de ce Français (1), et, d'une manière plus générale, que l'étranger peut être nommé tuteur (2).

Nous devons reconnaître que ces solutions ne sont pas universellement admises. Les auteurs qui, par l'effet d'une équivoque sur le sens de l'expression *munus publicum*, ont été conduits à considérer la tutelle comme une *fonction publique* (3), décident naturellement que la tutelle n'est accessible qu'aux citoyens français (4). Nous avons déjà réfuté cette singulière interprétation de la formule *munus publicum* (n° 255).

D'autres auteurs excluent l'étranger de la tutelle, non par le motif que la tutelle serait une sorte de fonction publique, mais parce qu'elle constituerait un droit civil exclusivement réservé aux Français (5). Cette opinion se rattache à un système plus haut exposé et repoussé (T. Ier, n° 276).

352. C'est le conseil de famille qui prononcera sur les divers cas d'incapacité, sauf recours au tribunal, dans les hypothèses où il peut y avoir discussion ou contestation sur ce point (6).

353. En même temps qu'elle est une charge, la tutelle est aussi un honneur, les personnes peu honorables doivent donc en être écartées. La loi devait en conséquence prévoir des cas d'exclusion et même de destitution.

ART. 443. La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'exclusion de la tutelle. Elle emporte de même la destitution, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déférée.

ART. 444. Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice : — 1° Les gens d'une inconduite notoire ; — 2° Ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité (*).

(*) Art. 444. — L. 3, § 5, 17, L. 4, § 4, D. 26, 10, *De suspect. tutor.*

(1) Paris, 21 août 1879, précité ; trib. Briey, 25 janv. 1878, D. 79, 3, 40.

(2) Cass. 16 fév. 1875, S. 75, 1, 193, note de M. LABBÉ.

(3) DEMOLOMBE, t. Ier, n° 245 ; AUBRY et RAU, t. I, § 79 ; WEISS, *loc. cit.*, p. 346, 361.

(4) Trib. Lyon, 3 août 1859, *Gaz. Trib.*, 8 sept. 59.

(5) Voy. DALLOZ, v° *Droit civil*, n° 404 ; Voy. Conclusions dans Paris, 21 mars 1861, S. 61, 2, 109.

(6) DEMOLOMBE, t. VII, nos 496, 497 ; LAURENT, t. IV, n° 518.

A cette énumération il faut ajouter : Ceux qui ont encouru la *dégradation civique*, dont l'un des effets consiste : « *Dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille, et d'être tuteur, curateur ou subrogé-tuteur, ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants, et sur l'avis conforme de la famille.* » Art. 34, n° 4, C. P. ;

Ceux qui ont encouru une condamnation correctionnelle portant interdiction du droit : « *d'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de la famille.* » Art. 42, n° 6, C. P. ;

Ceux qui ont encouru la déchéance de la puissance paternelle. Nous avons déjà vu qu'ils ne peuvent plus remplir les fonctions de tuteur, subrogé-tuteur, curateur ou membre du conseil de famille. L. 24 juillet 1889, art. 8.

354. Nous avons déjà fait remarquer que, lorsqu'il s'agit du père ou de la mère investis de la tutelle légale, l'inconduite notoire pouvait servir de cause soit à une exclusion ou destitution de la tutelle, en vertu de l'art. 444, soit à une déchéance de la puissance paternelle, en vertu de l'art. 2, § 6, de la loi du 24 juillet 1889 (V. n° 209). Mais les règles de compétence doivent être observées : s'il s'agit uniquement d'exclure le père ou la mère de la tutelle, ou de prononcer sa destitution. La question devra être soumise au conseil de famille et tranchée par lui (art. 446). Mais la déchéance de la tutelle laissera subsister d'ailleurs la puissance paternelle. S'il s'agit, au contraire, de poursuivre contre le père ou la mère la déchéance de la puissance paternelle, il faudra porter directement l'action devant le tribunal civil, et la déchéance de la puissance paternelle emportera la déchéance de la tutelle.

L'inconduite notoire, dont parle la loi, doit s'entendre d'une inconduite actuelle ou assez récente pour motiver une légitime suspicion, et non d'une inconduite ancienne.

La gestion attestant l'incapacité ou l'infidélité, se réfère,

d'après l'opinion commune (1), à la gestion d'un patrimoine quelconque, et non à la gestion spéciale du patrimoine du pupille.

L'insolvabilité du tuteur ne saurait, à elle seule, être une cause d'exclusion, néanmoins une insolvabilité survenue sans cause apparente, et non expliquée, serait de nature à prouver l'incapacité au point de vue de la gestion d'une tutelle (2).

355. Les causes d'exclusion ou de destitution sont de droit étroit, comme les causes d'incapacité, et ne sauraient être étendues sous prétexte d'analogie.

Quand elles produisent leur effet de plein droit, c'est-à-dire quand elles dérivent de condamnations pénales ou de jugements prononçant la déchéance de la puissance paternelle, elles ont également pour conséquence l'exclusion du conseil de famille. Il en est autrement dans les cas d'inconduite notoire, ou de gestion attestant soit l'incapacité, soit l'infidélité. Dans ces hypothèses l'intéressé ne perdra le droit de siéger dans un conseil de famille que si la destitution ou l'exclusion de la tutelle a été prononcée contre lui.

ART. 445. Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle, ne pourra être membre d'un conseil de famille.

Par conséquent on ne pourra pas écarter directement et principalement du conseil de famille celui dont l'indignité ne serait pas déjà demontrée par l'exclusion ou la destitution d'une tutelle antérieurement prononcée contre lui.

On se demande si l'individu exclu ou destitué d'une tutelle, et qui par suite ne peut être membre d'un conseil de famille, peut être appelé à une autre tutelle ? Il y a eu quelque difficulté à cet égard (3). La question ne peut réellement être soulevée qu'en ce qui concerne l'exclusion ou la destitution

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 491 ; *Contrà*, LAURENT, t. IV, n° 525.
(2) Trib. Bruxelles, 19 janv. 1889, *Pas.*, 89, 3, 114.
(3) Voy. DEMANTE, t. II, n° 196 *bis*, IV.

pour inconduite notoire (1). Nous avons déjà constaté que l'inconduite notoire pour être une cause d'exclusion ou de destitution doit être *actuelle*. Mais dans le cas examiné, la cause de l'exclusion serait non l'inconduite notoire elle-même, mais le fait de la destitution ou de l'exclusion antérieurement prononcée. Il serait d'ailleurs absurde et contradictoire qu'un individu pût être investi d'une tutelle, alors qu'il serait exclu, comme indigne, du conseil de famille de cette même tutelle.

356. Voyons quelle est la procédure à suivre en matière de destitution ou d'exclusion de la tutelle.

ART. 446. Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé-tuteur, ou d'office par le juge de paix. — Celui-ci ne pourra se dispenser de faire cette convocation, quand elle sera formellement requise par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches.

ART. 447. Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur, sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur.

ART. 448. Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions. — S'il y a réclamation, le subrogé-tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel. — Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé-tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle.

ART. 449. Les parents ou alliés qui auront requis la convocation, pourront intervenir dans la cause qui sera instruite et jugée comme affaire urgente.

Par ménagement pour le tuteur, la loi n'exige pas l'homologation, s'il adhère à la délibération qui a prononcé sa destitution. Il pourra même donner sa démission au cours de l'instance en destitution dirigée contre lui, et pour en prévenir le résultat. Cette démission aura le caractère et les conséquences d'un acquiescement à la destitution demandée; elle pourra, par suite, être valablement acceptée par le conseil de famille, et le tuteur démissionnaire ne pourra la rétracter (2).

(1) LAURENT, t. IV, n° 535.
(2) Cass, 2 août 1876, D. 77, 1, 61.

Si le tuteur ne veut pas adhérer expressément ou tacitement à la délibération prononçant sa destitution ou son exclusion, il peut recourir devant le tribunal.

Il peut, d'abord, assigner directement devant le tribunal le subrogé-tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle. C'est la disposition formelle de l'art. 448-3°. Il ne doit donc pas diriger sa demande contre ceux des membres du conseil qui ont été d'avis de l'exclusion ou de la destitution.

Il pourra aussi déclarer par acte extrajudiciaire qu'il est opposé à l'homologation. Le subrogé-tuteur qui poursuit l'homologation devra, dans ce cas, l'appeler dans l'instance (art. 888, C. pr. c.).

S'il n'a pas déclaré son opposition par acte extrajudiciaire, l'homologation sera poursuivie par le subrogé-tuteur, et le jugement d'homologation, suivant une jurisprudence fort contestable (1) sera valablement rendu sans que le tuteur destitué ait été appelé dans l'instance (2).

Il est en effet dans la vœu de la loi que le tuteur soit entendu ou appelé (art. 427), et les art. 885 et 886, C. pr. c., ne sont faits spécialement que pour les délibérations relatives aux intérêts du mineur. La jurisprudence dont nous venons de parler admet encore le tuteur destitué à faire appel du jugement d'homologation rendu en Chambre du conseil, mais ne l'admet pas à former opposition contre ce même jugement (3).

Enfin, le subrogé-tuteur qui a formé contre le tuteur une demande en destitution dans un esprit d'animosité personnelle, et qui succombe dans cette demande, doit être condamné personnellement aux dépens (4).

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 503.

(2) Paris, 8 déc. 1875, D. 78, 2, 51.

(3) Arrêt précité du 8 déc. 1875.

(4) Bordeaux, 29 déc. 1890, S. 91, 2, 221 ; Conf. Cass. 23 mars 1886, S. 89, 1, 390.

APPENDICE A LA SECTION VII.

Organisation de la tutelle des Français à l'étranger et des étrangers en France.

357. — La tutelle doit être régie par le statut personnel du mineur.
358. — Restrictions admises par la jurisprudence.
359. — Enumération des conventions diplomatiques ayant pour objet l'organisation de la tutelle des mineurs appartenant aux pays respectifs.
360. — Interprétation de ces conventions.
361. — Mission des consuls d'après les conventions dont s'agit.
362. — *Quid* en l'absence de convention spéciale?
363. — D'après quelle loi sont appréciées les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution.
364. — Le tuteur nommé à l'étranger est reconnu en France sans formalités.
365. — Règles de compétence.
366. — Application faite par l'art. 10 du traité franco-suisse du 15 juin 1869.
366 *bis*. — La tutelle en Algérie et chez les Annamites.

357. Quoique la tutelle présente un certain caractère artificiel qu'on ne retrouve pas dans l'autorité paternelle, on peut remarquer qu'elle est aussi généralement admise, et qu'on retrouve son équivalent dans toutes les législations.

Tous les auteurs reconnaissent que la tutelle doit être régie par la loi personnelle du mineur, dans l'intérêt de qui elle doit fonctionner. Mais par loi personnelle les uns entendent la loi de son domicile, les autres sa loi nationale. Cette dernière solution a prévalu en France (T. I[er], n° 140).

C'est donc la loi nationale du mineur qui doit être suivie pour savoir s'il doit être soumis au régime de la tutelle, ou demeurer au contraire soumis au régime pur et simple de la puissance paternelle comme en Italie ou en Espagne (1), et pour savoir comment la tutelle doit être organisée (2). Les

(1) Bruxelles, 29 juill. 1865, *Pas.*; 66, 2, 57.

(2) Trib. Lille, 12 juin 1884, *J. Dr. int. pr.*, 85, p. 94, LAURENT, *Dr. civ. int.*, t. VI, p. 97.

dispositions du Code civil ne sauraient donc être appliquées, en principe, à la tutelle d'un étranger (1).

358. On a cependant jugé que le mineur étranger se trouvant en France sans protecteur légal connu doit y être pourvu, provisoirement, d'un tuteur conformément aux lois françaises, mais que les fonctions de ce tuteur doivent naturellement cesser quand il apparaît qu'un tuteur étranger a été nommé et que ce tuteur justifie régulièrement de sa qualité (2). Il semble cependant qu'en pareille hypothèse il y aurait lieu de nommer un simple administrateur spécial plutôt qu'un véritable tuteur, même provisoire (3). C'est là une de ces mesures que les tribunaux français doivent prendre dans l'intérêt des mineurs étrangers résidant en France, lorsque leur tuteur n'est pas connu ou déserte la tutelle (4).

Le statut personnel du mineur étranger devra donc être appliqué pour l'organisation de sa tutelle. Nous rappelons néanmoins que lorsqu'il y a sur ce point conflit entre le mineur étranger et son père ou sa mère de nationalité française, la jurisprudence française, sous l'influence de la théorie plusieurs fois appréciée déjà (n° 227 et t. Ier, n° 150) de l'*intérêt français*, organise la tutelle d'après la loi française (5).

Il pourra donc s'élever certaines difficultés sur le point de savoir comment doit être organisée la tutelle, et même sur celui de savoir quel est le véritable caractère de la tutelle qui a été organisée d'après le statut personnel du mineur intéressé; on pourra se demander, par exemple, s'il s'agit d'une tutelle légale ou d'une tutelle dative. La Cour de cas-

(1) Trib. Lyon, 3 août 1859, *Gaz. trib.*, 8 sept. 1859.

(2) Nancy, 25 avril 1885, D. 86, 2, 131.

(3) Jugement précité de Lyon, 3 août 1859.

(4) Besançon, 30 nov. 1887, D. 88, 2, 113.

(5) Trib. Seine, 5 avril 1884, *J. Dr. int. pr.*, 84, p. 521; Bourges, 4 août 1874, S. 75, 2, 69; Cass. 13 janv. 1873, S. 73, 1, 13.

sation considère cette difficulté comme pouvant créer un moyen mélangé de fait et de droit, ne pouvant être proposé devant les juges d'appel (1).

359. Il peut arriver qu'un mineur n'ait conservé dans son pays d'origine, ni biens, ni parents, ni amis. Pour obvier aux inconvénients résultant d'une telle situation, il est intervenu entre la France et d'autres pays des conventions relatives à la tutelle des mineurs qui ne résident pas dans leur patrie d'origine.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler des conventions diplomatiques qui ont eu pour objet d'organiser à l'étranger la représentation immédiate des Français, en matière de succession (T. Ier, n° 406).

Certaines de ces conventions se sont en même temps occupées de l'ouverture et de l'organisation de la tutelle; ce sont celles qui ont été conclues avec :

L'Espagne (7 janvier 1862, art. 20);

L'Italie (28 juillet 1862, art. 9);

Le Portugal (10 juillet 1866, art. 8);

La Grèce (7 janvier 1876, art. 15);

Le San Salvador (15 juin 1878, art. 15);

La République dominicaine (25 octobre 1882, art. 15);

Le Brésil (art. 10 de la déclaration du 21 juillet 1866, interprétative de la convention du 10 décembre 1860, art. 7).

Le Mexique (27 novembre 1886, art. 27). Le traité passé avec le Mexique reconnaît aux consuls les mêmes droits que ceux appartenant aux consuls de la nation la plus favorisée.

360. Les conventions conclues avec l'Espagne, l'Italie, et le Portugal, contiennent la clause que les consuls des nations contractantes ont le droit « d'organiser, s'il y a lieu, la tutelle ou la curatelle *suivant les lois des pays respectifs* ».

Ces expressions présentent une certaine ambiguité, car

(1) Cass. 27 juin 1877, D. 78, 1, 412.

elles pourraient s'entendre aussi bien de la loi territoriale que de la loi nationale du mineur. Mais on considère généralement la clause examinée comme ayant pour but de consacrer l'application de la loi nationale du mineur.

Il faudra interpréter de la même manière les conventions conclues avec le Salvador, la Grèce et la République dominicaine qui obligent le consul à organiser sans retard la tutelle de ses nationaux mineurs, sans expliquer d'après quelle loi la tutelle devra être organisée.

Il ne résulte donc de ces mots : *selon la loi des pays respectifs* aucune dérogation au droit commun (1).

361. La mission attribuée aux consuls par les conventions précitées n'est pas toujours la même, et pour en déterminer l'étendue, il faudra s'en tenir strictement au texte de chaque convention. Ainsi, les traités passés avec l'Italie, l'Espagne, le Portugal et le Salvador chargent les consuls d'organiser eux-mêmes la tutelle, ce qui implique l'attribution des fonctions dévolues par le Code civil au juge de paix; ce serait donc le consul qui présiderait le conseil de famille. Au contraire, le traité conclu avec le Brésil porte que : « Lorsqu'il y aura lieu à la nomination d'un tuteur ou d'un curateur, le consul provoquera, s'il n'y a été autrement pourvu, cette nomination par l'autorité locale compétente. » Il est certain que cette disposition ne charge pas le consul d'organiser la tutelle, mais seulement de la faire organiser; elle n'est donc que l'application du droit commun, car toute personne a le droit d'avertir le magistrat de l'événement qui donne ouverture à la tutelle.

Par conséquent, dans le cas où le consul est investi, par le traité conclu avec sa nation, du droit d'organiser la tutelle, lui seul est compétent pour réunir le conseil de famille et provoquer soit la nomination du tuteur (2), soit son rempla-

(1) DURAND, *Essai de Dr. intern. pr.*, p. 520.
(2) Trib. Bordeaux, 19 fév. 1866, D. 66, 3, 55.

cement (1). La nomination du tuteur qui serait faite conformément à la loi française serait nulle, sauf ce qui a été dit plus haut (nº 358) des mesures provisoires que les circonstances pourraient autoriser; seraient également nuls tous les actes accomplis par ce tuteur (2). Dans les cas au contraire où la convention consulaire n'attribue au consul le droit de prendre des mesures qu'à l'occasion des successions, le consul n'est pas autorisé à prendre en mains l'organisation de la tutelle (3).

362. En l'absence de conventions diplomatiques, les consuls sont donc sans qualité pour organiser la tutelle de leurs nationaux, si ce n'est dans *les pays hors chrétienté*, où les agents français ayant les droits attribués en France aux juges de paix peuvent organiser la tutelle. On admet cependant que lorsqu'il s'agit de mineurs n'ayant en France ni biens, ni domicile, ni famille, les agents français à l'étranger peuvent organiser leur tutelle (4).

363. La capacité des personnes appelées à concourir au fonctionnement de la tutelle doit être appréciée d'après la loi nationale du pupille. Il doit en être de même des causes d'exclusion ou de destitution. Quant aux excuses ou dispenses, celui qui est appelé à gérer la tutelle doit être reçu à se prévaloir des causes d'excuses reconnues par sa loi nationale, et même de celles qui seraient seulement admises par la loi du pupille (5).

364. Le tuteur régulièrement nommé à l'étranger est con-

(1) Cass. 19 juin 1878, S. 78, 1, 448.

(2) Même arrêt.

(3) Cass. 13 janv. 1873, D. 73, 1, 297; — Comp. trib. Seine, 5 avril 1884, *J. Dr. intern. pr.*, 84, p. 521; Bastia, 8 déc. 1863, S. 64, 2, 21.

(4) DE CLERCQ et DE VALLAT, *Guide des cons.*, t. II, p. 360.

(5) CHAVEGRIN, *Tutelle des mineurs en Dr. int. pr.*, *Revue critique*, 1883, p. 513.

sidéré en France comme le représentant du mineur, sans aucune formalité d'*exequatur* (1). Mais la réciproque n'est pas vraie de la part de l'Angleterre et des États-Unis, pays de réalité, où on ne reconnaît pas, en principe, les pouvoirs d'un tuteur nommé à l'étranger. Il pourra cependant y avoir quelques difficultés, lorsque le pupille appartient à la fois à deux nationalités ; ainsi un enfant né au Chili de parents français étant Chilien aux yeux de la loi étrangère alors qu'il est Français aux yeux de la loi française, le tuteur nommé en France à cet enfant n'a pas été reconnu au Chili, alors qu'un tuteur chilien avait été nommé ; et réciproquement dans des circonstances analogues le tuteur étranger n'a pas été reconnu en France (2).

365. Les contestations relatives à l'organisation de la tutelle doivent en principe être portées devant les tribunaux du pays dont la loi régit cette organisation, c'est-à-dire devant les tribunaux de la patrie du mineur.

Les tribunaux français seraient donc compétents pour connaître de la demande en destitution du tuteur d'un mineur français, bien que le tuteur fut étranger (3). Ils seraient au contraire incompétents pour connaître des contestations relatives à la nomination du tuteur d'un mineur étranger faite par application d'une convention consulaire (4).

366. L'art. 10 du traité franco-suisse du 15 juin 1869 a été rédigé d'après ces principes :

« La tutelle des mineurs et interdits français résidant en Suisse, dit le texte, sera réglée par la loi française, et réciproquement la tutelle des mineurs et interdits suisses, résidant en France, sera régie par la législation de leur canton

(1) Nancy, 25 avril 1885, D. 86, 2, 131.

(2) VINCENT et PÉNAUD, *Dict.*, v° *Minorité*, n° 81, et les autorités citées.

(3) Cass. 22 déc. 1874, S. 75, 1, 423.

(4) Bastia, 8 déc. 1863, S. 64, 2, 20.

d'origine. En conséquence les contestations auxquelles l'établissement de la tutelle et l'administration de la fortune pourront donner lieu, seront portées devant l'autorité compétente de leurs pays d'origine, sans préjudice toutefois des lois qui régissent les immeubles ou des mesures conservatrices que les juges du lieu de la résidence peuvent ordonner. »

Les questions de détail concernant les pouvoirs du tuteur, etc., seront examinées parallèlement aux questions semblables résultant de l'application du Code civil.

366 *bis*. La tutelle, en Algérie, pour les indigènes qui ont conservé leur statut personnel est régie par la coutume Arabe, ayant pour base la jurisprudence musulmane fortement pénétrée elle-même des principes du droit romain. On retrouve la tutelle légitime du père, dans certains cas de la mère, la tutelle testamentaire, la tutelle judiciaire du Cadi, et la tutelle dative déférée par ce dernier (1). Les pouvoirs du tuteur sur la personne et les biens du pupille reposent sur les mêmes distinctions que celles qui ont été admises par le droit romain et le droit français, notamment en ce qui touche la faculté d'aliéner les biens du pupille quand son intérêt l'exige.

Il est encore question dans les auteurs Arabes d'un *tuteur matrimonial* (2), mais ce n'est qu'un intermédiaire chargé de représenter la future dans les négociations relatives à un mariage projeté.

Pour les Annamites, la tutelle est réglée suivant les principes formulés au titre X du *précis de la législation Annamite* rédigé en exécution du décret du 3 octobre 1883.

La tutelle est exercée sous la surveillance et l'autorité du *Truong-toé* (chef de famille), soit par le père ou la mère, soit

(1) KHALIL IBN ISHAK, *Jurispr. musulmane*, traduct. PERRON, t. IV, p. 69 et suiv.; t. VI, p. 311 et suiv.

(2) LA TOHFAT D'EBN ACEM, traduct. HOUDAS et MARTEL, p. 181 et suiv.

par un tuteur testamentaire, soit par un tuteur datif désigné par un conseil de famille. Les principales règles du Code civil sur la composition du conseil de famille, les excuses, causes de destitution ou d'exclusion de la tutelle, pouvoirs du tuteur, etc., ont été adaptés aux besoins de la population indigène.

SECTION VIII.

De l'administration du tuteur.

§ 1er. — Généralités sur les attributions du tuteur; actes qu'il peut faire seul.

367. — Attributions générales du tuteur, art. 450; cas dans lesquels le mineur peut agir lui-même, seul,
368. — Ou avec certaines assistances.
369. — Dans les autres cas, le tuteur représente le mineur incapable d'agir lui-même.
370. — Le tuteur est chargé de la garde du pupille et de la direction de son éducation.
371. — Quels sont, à cet égard, les pouvoirs du conseil de famille?
372. — Quels sont les pouvoirs du tuteur quant aux biens? Rejet de la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition; le tuteur peut faire seul les actes non soumis à des formes particulières.
373. — Classification des actes intéressant les mineurs : 1° actes que le tuteur peut faire seul; 2° actes interdits au tuteur;
374. — 3° Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante;
375. — 4° Actes pour lesquels il faut, en outre, l'homologation du tribunal;
376. — 5° Actes soumis à des formalités spéciales.
377. — L'autorisation du conseil, quand elle est nécessaire, doit précéder l'acte.
378. — La classification qui précède ne concerne pas les mineurs étrangers.
379. — Actes que le tuteur peut faire seul; leur validité à l'égard des tiers.
380. — Distinction entre les questions relatives à la validité de l'acte, et les questions relatives à la responsabilité du tuteur.

381. — Actes que le tuteur peut faire seul; énumération : actes de simple administration, baux;
382. — Réparations, travaux;
383. — Paiement des dettes;
384. — Recouvrement des créances.

367. La tutelle ayant été organisée sur les bases qui ont été ci-dessus décrites, il faut déterminer les règles de son fonctionnement. Il s'agit principalement de savoir quelles sont les attributions et les pouvoirs du tuteur, et quelle est la mesure de sa responsabilité :

ART. 450. Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils. — Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. — Il ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé-tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille (*).

Il importe de rappeler ce qui a déjà été dit sur les pouvoirs du tuteur en droit romain (n° 254). En principe, le tuteur n'agissait que *auctoritatem interponendo* (1). C'est seulement dans le dernier état du droit romain que le tuteur put agir seul, *ipse gerendo loco domini*, quel que fût l'âge du pupille.

C'est ce dernier état de la jurisprudence romaine qui est devenue la base du droit actuel : le tuteur représente toujours le pupille pour l'exercice de ses droits et l'accomplissement de ses obligations, excepté lorsqu'il s'agit de droits et d'obligations dont l'exercice présente un caractère personnel. Ainsi le mineur agit seul, et sans aucune assistance :

1° Lorsqu'il reconnaît un enfant naturel;

2° Lorsque parvenu à l'âge de seize ans, il dispose par tes-

(*) Art. 450. — ULP. *Reg.* tit. XI, § 25; L. 5, § 7, L. 10, L. 12, § 3, L. 33, D. 26, 7, *De admin. et peric. tut.;* L. 7, C. 5, 51, *Arbit. tut.;* L. 1, pr., D. 27, 3, *De tut. et ration. distrah.;* L. 46, D. 18, 1, *De contrah. empt.;* L. 5, C. 4, 38, *De contrah. empt.;* Novell. 72, C. 5.

(1) ULP. *Reg.* tit. 11, § 25.

tament de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer (art. 904) ;

3° Lorsque, ayant atteint l'âge de vingt ans, il contracte un engagement militaire ;

4° Lorsqu'il verse des fonds à la caisse d'épargne postale, et que, ayant atteint l'âge de seize ans révolus, il veut retirer ces fonds (L. 9 avril 1881, art. 6) ;

5° Lorsqu'il prend un brevet d'invention.

368. Le mineur agit encore personnellement, mais en ayant besoin de l'assistance de ses ascendants, et, à leur défaut, du conseil de famille (art. 148, 1398) :

1° Lorsqu'il se marie ;

2° Lorsqu'il réglemente par son contrat de mariage ses intérêts pécuniaires ;

3° Lorsque, étant âgé de moins de seize ans, il fait des versements à la *Caisse des retraites pour la vieillesse* (L. 20 juillet 1886, art. 13).

Enfin, il peut encore agir, mais avec l'assistance des personnes sous la direction desquelles il est placé, père, mère ou tuteur, autorisé par le conseil de famille :

1° Lorsque, ayant moins de vingt ans, il contracte un engagement militaire ;

2° Lorsqu'il s'oblige à fournir certains travaux en vertu d'un contrat de louage d'ouvrage (art. 1910, 1779 et suiv.), ou quand il contracte un engagement théâtral (1) ;

3° Lorsqu'il souscrit un contrat d'apprentissage (L. 22 germinal an IX, art. 9).

On admet néanmoins, dans ce dernier cas, que le contrat d'apprentissage peut être passé entre le fabricant ou chef d'atelier, etc., et les représentants du mineur, sans qu'il y ait lieu d'y faire intervenir ce dernier. La même solution doit être admise quand il s'agit d'un engagement théâtral (2).

(1) Voy. Paris, 27 juin 1889, S. 89, 2, 159.
(2) Arrêt précité de Paris, du 27 juin 1889.

369. Pour tous les autres actes, le mineur est déclaré, par mesure de précaution, incapable d'agir, et doit être représenté par son tuteur.

La nullité, ou inefficacité au point de vue civil, des actes émanés du mineur, n'est pas la seule mesure protectrice édictée par la loi.

Comme moyen préventif de protection l'art. 406, C. P., punit, en effet, ceux qui abusent des faiblesses, des besoins ou des passions d'un mineur, émancipé ou non émancipé, pour lui faire commettre des actes qui seraient préjudiciables à ses intérêts, sans que la nullité de l'acte dérivant de l'incapacité du mineur fasse obstacle à l'existence du délit.

370. Non seulement le tuteur représente le mineur pour tous les actes de la vie civile, sauf les restrictions ci-dessus indiquées, mais il a, de plus, la garde de la personne physique; *il doit en prendre soin*, dit l'art. 450... Il est manifeste que lorsqu'il s'agit d'un tuteur datif, et que la mère vit encore, la puissance paternelle, qui continue d'appartenir à la mère, viendra restreindre, à ce point de vue, les pouvoirs du tuteur.

A Rome, au contraire, la garde de la personne physique était tout à fait étrangère à la tutelle. La règle, en cette matière, était en effet, qu'on ne devait jamais confier la garde du pupille à quelqu'un pouvant avoir intérêt à sa mort. Ainsi jamais les agnats, tuteurs légitimes, n'auraient pu être chargés de la garde de l'enfant. Notre législation ne connaît pas de pareils soupçons. D'ailleurs, en cas de danger, le conseil de famille aviserait.

Il y a encore certaines précisions à faire :

Si la puissance paternelle et la tutelle se trouvent réunies dans la même personne, le tuteur, qui est alors le survivant des père et mère, aura la garde et la direction de la personne de l'enfant en vertu des art. 371 à 387, à raison de sa qualité de père ou de mère, et non en vertu de la tutelle.

Il en sera de même si le survivant des père et mère n'exerce pas la tutelle, n'importe pour quel motif.

Mais si le survivant des père et mère a encouru la déchéance de la puissance paternelle, s'il est absent ou atteint d'aliénation mentale, ou si le père et la mère sont décédés, alors le tuteur doit prendre soin de la personne, c'est-à-dire diriger son éducation soit morale, soit civile, soit religieuse. Le conseil de famille n'a à intervenir que pour régler la dépense, ainsi que nous le verrons à propos de l'art. 454.

371. De ce que l'art. 454 donne au conseil le pouvoir de fixer le montant de *la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur*, la majorité des auteurs a tiré cette conséquence que c'est au conseil de famille de déterminer le genre d'éducation que l'enfant devra recevoir. Le tuteur n'aurait, dans cette opinion, qu'à exécuter purement et simplement les décisions prises par le conseil de famille, sauf à lui à se pourvoir, le cas échéant, devant les tribunaux pour en obtenir la réformation (1).

Il est difficile, croyons-nous, de méconnaître plus ouvertement les dispositions non-équivoques de la loi.

Le tuteur, qui est donné principalement à la personne et accessoirement aux biens, est en outre chargé par un texte spécial de prendre soin de la personne du mineur, il est soumis à une responsabilité personnelle et à des garanties particulières. Le conseil de famille n'a au contraire que des attributions limitées; ainsi il est exclusivement chargé :

1° De consentir au mariage du pupille lorsqu'il n'existe pas d'ascendants (art. 142);

2° D'émanciper le pupille dans le cas de l'art. 478.

Mais le conseil de famille ne peut pas exercer d'office le droit de correction; il peut seulement recevoir la plainte du

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n°s 535, 536, 537, 600.

tuteur, et autoriser ce dernier à faire incarcérer le pupille (art. 468).

Enfin, au point de vue économique, il lui appartient de déterminer, selon l'importance des biens régis, le montant de la somme qui peut être annuellement dépensée pour le mineur. Mais où voit-on que le conseil de famille soit autorisé à prendre la direction de l'éducation du mineur, et à fixer sa résidence? Les traditions n'ont aucune influence à exercer quand on est en présence d'un texte formel. L'art. 454 dit formellement que le conseil de famille réglera, *par aperçu*, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, *ainsi que celle de l'administration de ses biens*..... Si le conseil de famille peut s'emparer de l'éducation du mineur, sous prétexte qu'il est appelé à en régler la dépense, il doit pouvoir réclamer aussi, et en vertu du même argument, l'administration des biens, puisqu'il est également appelé à en régler la dépense..... L'argument allégué n'a donc aucune valeur, et il faut décider que le tuteur a seul la direction de l'éducation physique, morale et religieuse de l'enfant (1).

372. La prépondérance absolue qui appartient au tuteur quand il s'agit de la personne du mineur doit-elle lui appartenir également, sauf exception écrite dans la loi, quand il s'agit de ses biens?

On a proposé de distinguer entre les actes de simple administration et les autres; le tuteur ne pourrait faire seul que les premiers; il aurait besoin de l'autorisation du conseil de famille et même de l'homologation du tribunal pour tous les actes dépassant les limites ordinaires de l'administration proprement dite (2).

Ce système, dont la formule théorique est très simple,

(1) LAURENT, t. V, nos 2 et 4.
(2) LAURENT, *ibid.*, nos 40 et suiv.

donne lieu dans la pratique aux plus grandes difficultés quand il s'agit de savoir quels sont les actes de pure administration, et ceux qui n'ont pas ce caractère. Il est en outre absolument incompatible avec la loi du 27 février 1880, relative aux valeurs mobilières appartenant à des mineurs, et qui, dans certains cas, enlève au tuteur le pouvoir de faire seul certains actes ayant néanmoins le caractère d'actes d'administration.

Mais est-il bien certain que le tuteur ne soit qu'un simple administrateur ordinaire de la chose d'autrui?

Il résulte du texte même de l'art. 450 que *le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile;* il résulte du même texte que l'*administration* confiée au tuteur est une véritable *gestion*. Il est donc légitime de conclure que le tuteur a des pouvoirs plus étendus que ceux d'un administrateur ordinaire, et qu'il doit pouvoir accomplir seul, pour le compte de son pupille, tous les actes que ne lui interdit pas une disposition expresse ou implicite de la loi, sans qu'il y ait à distinguer entre les actes d'administration et ceux de disposition, et en outre que ces actes ne sont soumis à des formalités particulières que dans les cas exprimés par la loi (1).

La jurisprudence se prononce dans ce sens (2); et même certaines décisions, qui paraissent consacrer la distinction précitée, entre les actes d'administration et les actes qui n'ont pas ce caractère, aboutissent finalement au même résultat en validant, comme constituant des actes de bonne administration (*latissimo sensu*), des opérations qui sont manifestement autre chose que des actes de simple administration. Ainsi, il a été jugé que le tuteur avait pu, dans cer-

(1) AUBRY et RAU, t. I, p. 445 et note 1; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1057.

(2) Cass. 4 fév. 1873, S. 73, 1, 61; Cass. 4 août 1873, S. 73, 1, 441; trib. La Rochelle, 9 juill. 1879, *J. P.* 80, p. 829.

taines circonstances, acquérir des immeubles pour le compte de son pupille sans l'autorisation du conseil de famille, à la condition que l'acquisition puisse constituer un acte de sage administration (1). Mais cette manière d'envisager l'acte posé par un tuteur manque de netteté et présente le grave inconvénient de tenir en suspens la validité ou la nullité de l'acquisition qui dépendra de ses conséquences. Il faut qu'il y ait au contraire une règle générale, facile à appliquer, qui permette de savoir immédiatement si tel acte, indépendamment de ses conséquences finales, rentre dans les pouvoirs du tuteur agissant seul. Or cette règle est fournie par le texte de l'art. 450 :

Le tuteur représentant le mineur dans tous les actes de la vie civile, doit pouvoir procéder seul à tous les actes pour lesquels la loi n'a pas édicté des formalités particulières.

373. Tel sera donc notre principe de solution; mais dans le domaine de la pratique il conviendra de remarquer :

1° Que pour certains actes le principe ne subit aucune restriction, et que le tuteur a, sans difficulté, le droit de les faire seul;

2° Que certains autres actes, d'une nature spéciale, lui sont au contraire complétement interdits par un texte formel; ce sont :

L'achat des biens du mineur, art. 450;

La prise à ferme ou à loyer des mêmes biens, art. 450;

L'acceptation de la cession d'aucun droit ou créance contre le mineur, art. 450;

La donation;

Le compromis, art. 1003, 1004, etc., C. pr. civ.

374. 3° Il faut remarquer encore, qu'entre les deux catégories extrêmes d'actes qui viennent d'être indiquées il y en

(1) Nancy, 9 mai 1885, S. 87, 2, 137.

a d'autres pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est à la fois nécessaire et suffisante; ce sont :

L'acceptation ou la répudiation d'une succession échue au mineur, art. 461, 462;

L'introduction en justice d'une action immobilière, ou l'acquiescement à une semblable demande, art. 464;

L'introduction d'une action en partage appartenant au mineur, art. 465;

L'aliénation des meubles incorporels appartenant au mineur, lorsque la valeur de ces meubles ne dépasse pas 1,500 francs, L. 17 février 1880.

375. 4° Il y a d'autres actes pour lesquels le tuteur doit obtenir à la fois l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, ce sont :

L'emprunt, art. 457, 458;

La constitution d'hypothèque, art. 457, 458;

L'aliénation des immeubles du mineur, art. 457, 460;

L'aliénation des meubles incorporels du mineur dont la valeur, d'après l'appréciation du conseil de famille, dépasse 1,500 francs en capital, L. 17 février 1880.

376. 5° Enfin, il y a certains actes pour lesquels la loi a prescrit des formalités spéciales, ce sont :

La vente des meubles corporels du mineur, art. 452;

Le partage, art. 466;

La transaction, art. 467.

377. Nous devons formuler ici une règle importante commune à tous les actes compris dans la troisième et la quatrième catégorie :

Dans tous les cas où il s'agit d'un acte pour lequel l'autorisation du conseil de famille est nécessaire, la délibération doit être antérieure à l'acte, les choses étant encore entières. Il ne faut pas en effet que le conseil délibère sous la pression, en quelque sorte, des faits accomplis. D'un autre côté, l'opération faite sans l'autorisation du conseil de famille

étant irrégulière, il ne saurait appartenir au tuteur ni au conseil de ratifier une telle opération par une autorisation subséquente, et d'enlever ainsi au mineur l'action en nullité qui lui appartient (1).

378. Enfin nous devons remarquer que le groupement ci-dessus présenté des actes intéressant les mineurs est purement contingent, et ne peut dès lors concerner que les tuteurs chargés de gérer la tutelle d'un mineur français, sauf les cas où une tutelle provisoire a été organisée conformément à la loi française au profit d'un mineur étranger. Différemment c'est la loi nationale du mineur étranger qui doit déterminer les devoirs et les pouvoirs du tuteur.

379. La loi s'est occupée des différents actes ci-dessus groupés dans plusieurs dispositions qui seront successivement examinées.

Les deux premières catégories, c'est-à-dire les actes que le tuteur peut faire seul et ceux qui lui sont interdits doivent être rattachés à l'art. 450.

D'après le second paragraphe du texte : « Le tuteur *administre* les biens du mineur en bon père de famille, et répond des dommages-intérêts qui peuvent résulter d'une mauvaise *gestion*. »

L'administration dont le tuteur est chargé constitue donc une véritable *gestion;* le tuteur a donc les droits et les pouvoirs d'un gérant, et non pas seulement ceux d'un simple administrateur. Le tuteur pourra donc faire seul tous les actes qui ne rentrent ni directement ni indirectement dans aucune des quatre dernières catégories ci-dessus décrites.

Il importe de bien déterminer la portée de cette règle. Il ne s'agit pas de savoir quelle sera la position du tuteur vis-à-vis du mineur, et il ne faudrait pas croire que le tuteur

(1) Nancy, 9 mai 1885, D. 86, 2, 134; *Contrà*, Bruxelles, 21 janv. 1884, *Pas.*, 84, 2, 284.

doit être exonéré de toute responsabilité à l'égard du mineur quant aux actes qu'il peut faire seul. La question n'est pas là, le tuteur sera toujours responsable vis-à-vis du mineur; mais la question est de savoir quelle est la valeur de l'acte vis-à-vis des tiers avec qui le tuteur a traité. Ainsi quand il s'agit d'un acte que le tuteur peut faire seul, cet acte est toujours valable vis-à-vis des tiers, puisque le tuteur a alors agi dans les limites de la mission que lui donnait la loi. Cela n'empêche pas qu'en lui-même l'acte, envisagé au regard du pupille, soit mauvais et engage la responsabilité du tuteur.

Ainsi, par exemple, il est reconnu que le tuteur peut faire seul les réparations d'entretien; il fait dans ce but un traité avec un entrepreneur. Ce traité sera obligatoire pour l'entrepreneur, attendu que le tuteur avait qualité pour le passer seul. Mais les réparations d'entretien une fois effectuées en vertu de ce traité, il pourra arriver que la responsabilité du tuteur soit engagée à leur occasion, attendu qu'il aurait mieux fait d'employer les revenus à autre chose, par exemple à payer les intérêts des sommes dues par le mineur, pour lui éviter des poursuites, etc.

380. Il faut donc bien distinguer dans toutes les questions concernant les effets des actes d'un tuteur, les questions de *validité de l'acte*, qui ont trait seulement aux rapports établis par cet acte avec les tiers, et les questions de *responsabilité* du tuteur qui se réfèrent aux rapports existants entre le tuteur et le mineur lui-même.

Il pourra même arriver qu'un acte du tuteur, quoique sortant des limites de son pouvoir, ne puisse jamais donner lieu qu'à une question de responsabilité et jamais à une question de validité; c'est quand l'acte supposé consommé n'est pas de nature à produire un effet juridique à l'égard des tiers. Ainsi, par exemple, nous pensons que le tuteur ne pourrait pas faire seul les grosses réparations, lorsqu'elles doivent être effectuées, non avec les revenus, mais avec les capi-

taux du pupille, qu'il devrait dans ce cas être autorise par le conseil de famille. Donc, s'il avait fait seul un traité ayant pour objet les grosses réparations avec un entrepreneur, le traité serait nul à l'égard de l'entrepreneur qui ne pourrait en réclamer l'exécution. Mais au lieu de passer un traité, le tuteur a dirigé lui-même, et fait exécuter au comptant les travaux dont il s'agit en payant les ouvriers chaque jour. Il est manifeste que ces derniers ne sauraient être tenus de restituer ce qui leur a été payé, sous prétexte que le tuteur a excédé ses pouvoirs; son acte ne pourra donc soulever qu'une question de responsabilité.

Cette précision étant faite, voyons en détail quels sont les actes que le tuteur peut faire seul.

381. Il ne saurait y avoir de difficultés pour les actes de pure administration dans lesquels rentrent évidemment les actes conservatoires tels que : interruption de prescription, réquisitions de transcriptions ou d'inscriptions, assurances contre l'incendie, etc., opérations relatives à une détermination de limites (1), etc.

Le tuteur pourra donc diriger lui-même l'exploitation des biens du mineur, et même les cultiver personnellement, sauf à encourir la destitution si ces actes démontrent son incapacité. Il pourra aussi les donner à ferme dans les limites admises pour les baux concernant les biens des femmes mariées sous le régime de la communauté (art. 1718); et il a seul qualité pour cela (2). Les baux ne pourront donc pas excéder neuf années; un nouveau bail ne pourra être passé plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque s'il s'agit de maisons.

Les baux consentis par le tuteur pour plus de neuf années ne sont pas nuls, mais simplement réductibles dans l'intérêt

(1) Rouen, 19 fév. 1880, D. 84, 2, 61.
(2) Cass. 5 avril 1882, D. 82, 1, 310.

du mineur devenu majeur; donc le tuteur ne pourrait pas, durant la tutelle, demander lui-même la réduction au nom du mineur; il le pourrait d'autant moins qu'à l'égard des propres de la femme commune, cette faculté n'existe pas pour les époux tant que dure la communauté (1).

382. Le tuteur peut faire seul les réparations d'entretien qui sont payées sur les revenus, et même les grosses réparations, en tant qu'elles pourraient être payées sur les revenus dont le conseil de famille a laissé la disposition au tuteur, lors de la réglementation générale du budget de la tutelle (art. 454). — Si ces réparations doivent dépasser la somme arbitrée par le conseil de famille, le tuteur aurait besoin de l'autorisation de ce conseil pour y procéder, c'est-à-dire pour être dispensé de faire l'emploi de l'excédant.

Le tuteur a également qualité pour obliger le mineur à raison de l'exécution de travaux faits sur ses immeubles pourvu qu'il s'agisse de travaux nécessaires à la conservation de ces immeubles, et n'excèdent pas les revenus du pupille (2). On doit admettre la même solution pour les constructions nouvelles.

383. Le tuteur peut et doit acquitter les dettes certaines et exigibles du mineur. Il a donc le pouvoir de reconnaître au nom de ce dernier les dettes préexistantes, non contestables, et d'en opérer le règlement, même au moyen d'une novation, pourvu que la position du pupille n'en soit pas aggravée (3). Il doit donc pouvoir procéder à un règlement de compte au nom du mineur, car le règlement de compte n'est pas un de ces actes pour la validité desquels la loi a prescrit au tuteur

(1) AUBRY et RAU, t. Ier, p. 448 et note 62; LAURENT, t. IV, n° 47; Cass. 7 fév. 1865, D. 65, 1, 219; *Contrà*, VALETTE sur PROUDHON, t. II, p. 371; DEMOLOMBE, t. VII, n° 640.

(2) Cass. 1er avril 1889, S. 90, 1, 217; DEMOLOMBE, t. VII, n° 652.

(3) Cass. 22 juin 1880, D. 80, 1, 318.

l'observation de certaines formalités (1). Ainsi, il a été jugé que le tuteur peut rendre seul un compte de tutelle dû par le mineur du chef de son auteur, qui, lui-même, avait été tuteur d'autres mineurs, lorsque d'ailleurs la gestion n'a soulevé aucune question de responsabilité, et lorsqu'aucun des articles du compte n'a été l'objet d'un redressement (2).

Si le tuteur est lui-même créancier du mineur pour des causes étrangères à la tutelle, il se paiera par ses propres mains, sans avoir besoin de l'intervention du subrogé-tuteur, sur les sommes appartenant au pupille et qu'il aurait encaissées en qualité de tuteur. S'il n'y a pas de deniers suffisants, le tuteur pourra attendre, et alors sa créance continuera de produire des intérêts si elle en était déjà productive. Dans le cas contraire, les intérêts ne seront dus qu'à partir de la demande en justice dirigée contre le subrogé-tuteur (3), car d'après la règle générale les intérêts ne peuvent courir de plein droit et ne sont dus que du jour de la demande (art. 1153). Mais il est si choquant de supposer une action en paiement dirigée par le tuteur contre son pupille, que Demolombe estime que le tuteur pourrait faire régler sa créance par le conseil de famille, lequel déciderait si les intérêts doivent lui être servis, ou s'il convient de recourir à un emprunt ou à une aliénation pour le rembourser (4). Mais comment le conseil de famille pourrait-il accorder des intérêts dans un cas où la loi déclare qu'ils ne peuvent être dus qu'en vertu d'une demande judiciaire?

Les solutions qui précèdent doivent pareillement s'appliquer aux avances que le tuteur peut avoir faites de ses deniers personnels, dans la gestion des affaires pupillaires.

(1) Cass. 25 nov. 1861, D. 62, 1, 131.
(2) Besançon, 16 janv. 1891, D. 91, 2, 279.
(3) LAURENT, t. V, n° 57.
(4) DEMOLOMBE, t. VII, n° 658.

384. Le tuteur a également qualité pour recevoir sans autorisation ni formalités spéciales, tout ce qui peut être dû au mineur, à n'importe quel titre, soit en capital, soit en accessoires. Il peut donc non seulement libérer les débiteurs du principal de leur dette, mais encore donner mainlevée des privilèges, hypothèques, cautionnements, etc. Le recouvrement des sommes dues au pupille peut être poursuivi par le tuteur lui-même, ou par l'intermédiaire d'un mandataire spécial choisi par le tuteur. Si le mandataire choisi présentait toutes les garanties voulues au moment où il a été chargé des recouvrements, le tuteur n'est pas responsable de son insolvabilité survenue ultérieurement (1).

En principe, les débiteurs ne sont pas fondés à exiger du tuteur un emploi quelconque, auquel la loi ne le soumet pas, ni même à refuser de se libérer entre ses mains en alléguant son insolvabilité (2).

Quand il s'agit de dettes exigibles, le tuteur peut proroger le délai dans lequel les débiteurs doivent se libérer, mais sous sa responsabilité propre, si le débiteur devient insolvable depuis l'échéance de la dette.

Comme le tuteur n'encaisse les sommes dues au mineur qu'à la charge d'en faire emploi, ainsi que nous le verrons plus loin, il pourra faire novation, c'est-à-dire recevoir en paiement, pour le compte du mineur, une obligation nouvelle contractée au profit de ce dernier à la place de l'ancienne.

Les recouvrements effectués par le tuteur doivent résulter de paiements faits soit par le débiteur lui-même, soit par des personnes payant à sa libération. Ils ne pourraient résulter de l'encaissement du prix de la cession d'une créance appartenant au pupille, consentie par le tuteur seul. Sans doute la cession d'une créance ayant pour objet de soustraire le

(1) Caen, 11 fév. 1888, D. 88, 2, 315.
(2) DEMOLOMBE, t. VII, n° 661.

créancier aux risques de l'insolvabilité éventuelle du débiteur, peut être quelquefois un acte de prudente administration (1). Mais la loi du 27 février 1880, ainsi que nous le verrons bientôt, a soumis à des formalités particulières les aliénations des meubles incorporels appartenant aux mineurs.

§ 2. — Actes interdits au tuteur.

385. — Prohibition d'acheter les biens du mineur, art. 450.
386. — Prohibition d'accepter une cession contre le pupille.
387. — Prohibition relative aux donations.
388. — Règle de droit international.

385. Le dernier paragraphe de l'art. 450 a trait aux actes qui sont absolument interdits au tuteur.

D'abord la loi lui défend d'acheter les biens du mineur. Cette prohibition est générale et s'applique par conséquent à la vente aux enchères comme à la vente amiable (art. 1596). On admet cependant, par exception, que le tuteur peut se rendre adjudicataire des biens qu'il possède par indivis avec le mineur, lorsque la vente a lieu pour sortir d'indivision; mais le mineur sera dans ce cas représenté par un tuteur *ad hoc* qui suivra la procédure (art. 838).

S'il s'agissait de constructions ayant été élevées sur le terrain d'autrui et appartenant à des mineurs, le tuteur pourrait valablement se rendre acquéreur du terrain pour son compte personnel, puisqu'on suppose que le terrain n'appartient pas au mineur. L'acquisition ne pourrait dans aucun cas être attaquée par le mineur, mais ce dernier pourrait soutenir, suivant les circonstances, que le tuteur a engagé sa responsabilité en préférant réaliser pour son propre compte une acquisition qu'il aurait dû réaliser pour le compte de son pupille (2).

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 246.
(2) Voy. note sous Agen, 27 janv. 1880, D. 80, 2, 187.

L'art. 1596 reproduisant la pensée de l'art. 450 ne parle que du tuteur. La question de savoir si la prohibition peut être éténdue au subrogé-tuteur ne se discute plus depuis qu'un arrêt de la Cour suprême s'est, avec raison, prononcé pour la négative (1). Il y a évidemment même raison de décider en ce qui touche les curateurs et conseils judiciaires.

386. L'art. 450 défend encore au tuteur d'*accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille*. Ce texte édicte une prohibition dans l'intérêt exclusif du pupille plutôt qu'une incapacité à l'égard du tuteur.

Cette disposition, qu'il serait arbitraire d'étendre au subrogé-tuteur et qui ne concerne d'ailleurs que les cessions faites à titre onéreux, s'applique, d'après ses termes, à tous les droits de demande sans exception, c'est-à-dire aux créances proprement dites et aux actions. Mais elle ne s'applique pas à la subrogation, même conventionnelle, qui est bien différente de la cession. La subrogation étant un paiement, et le tuteur subrogé ne pouvant répéter contre le pupille que la somme déboursée, il en résulte que l'opération doit profiter au pupille, si le paiement a été d'une somme inférieure au chiffre nominal de la dette. Il n'y a donc là, de la part du tuteur, aucune pensée de spéculation aux dépens des intérêts du pupille.

La nullité virtuelle résultant de la violation de l'art. 450 ne peut être invoquée que par le pupille ; c'est une conséquence de cette remarque qu'il s'agit plutôt ici d'une prohibition que d'une incapacité édictée contre le tuteur ; différemment on ne verrait pas pourquoi le tuteur, déclaré incapable, n'aurait pas l'action en nullité, et pourquoi le mineur étranger à la cession aurait cette même action.

Si le mineur invoque la nullité, la cession tombe, et les parties sont rétablies dans l'état antérieur ; le créancier reprend ses droits contre le mineur, et doit rembourser au

(1) Cass. 21 déc. 1852, D. 52, 1, 314.

tuteur le prix qu'il a reçu. Si le pupille maintient la cession, il doit l'exécuter en payant la dette entière, sans pouvoir exercer contre le tuteur une sorte de retrait litigieux que la loi ne lui accorde pas (1).

387. Aux prohibitions mentionnées dans l'art. 450 il faut ajouter, ainsi que nous l'avons déjà dit, celle qui est relative aux donations, libéralités ou abandons de droits à titre gratuit (2); il faut y ajouter encore la défense de compromettre sur les affaires du mineur, et qui résulte des art. 83-6° et 1004, C. pr. c. Cette défense est absolue, et doit s'appliquer sans distinction entre les meubles et les immeubles.

388. Les prohibitions dont nous venons de parler constituent, comme nous l'avons déjà fait remarquer, des mesures édictées dans l'intérêt des mineurs, et non des incapacités prononcées à l'égard des tuteurs. Il suit de là que si le tuteur et le mineur n'ont pas l'un et l'autre la même nationalité, il faudra, pour savoir si le tuteur peut faire un compromis, ou bien se rendre locataire, acheteur ou adjudicataire des biens du pupille, appliquer la loi personnelle du mineur et non celle du tuteur.

§ 3. — Obligations du tuteur au commencement de la tutelle; inventaire; vente des meubles corporels.

389. — Nécessité de l'inventaire, art. 451.
390. — Levée des scellés.
391. — Règles concernant l'inventaire.
392. — Interpellation au tuteur sur le point de savoir s'il lui est dû quelque chose, art. 452.
393. — Conséquences du défaut d'inventaire.
394. — Décision du conseil de famille concernant la vente des meubles corporels.
395. — Exceptions à la nécessité de vendre les meubles corporels, art. 453.

(1) Voy. LAURENT, t. XXIV, nos 53-54 et les autorités citées en note; notre *Traité de la cession*, t. Ier, n° 261; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1074.

(2) DEMOLOMBE, t. VII, n° 777.

389. Après avoir indiqué les actes qui doivent demeurer interdits au tuteur, le législateur devait naturellement s'occuper des actes qui peuvent lui être permis avec l'autorisation du conseil de famille et, au besoin, l'homologation du tribunal.

Les plus importants de ces actes ont trait évidemment à la possibilité d'aliéner soit les meubles soit les immeubles. Mais avant de délimiter à cet égard les pouvoirs du tuteur, il fallait au préalable organiser certaines mesures destinées à constater l'état des immeubles, l'existence et l'importance des meubles, mesures devant nécessairement être observées avant le commencement effectif de la gestion tutélaire.

Nous avons déjà indiqué le moment précis où commencent *légalement* les fonctions et les obligations du tuteur (n° 327), art. 418, C. C. et 882, C. pr. c.; voyons quelles mesures il doit prendre avant de commencer *réellement* sa gestion :

1° Il doit d'abord faire nommer le subrogé-tuteur, art. 421;

2° Pour assurer les constatations préalables dont il vient d'être parlé, il doit faire procéder à la confection d'un inventaire :

ART. 451. 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. — S'il lui est dû quelque chose 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 (*).

390. Le texte suppose que les scellés ont été apposés. D'après l'art. 819, C. C., l'apposition des scellés était prescrite toutes les fois que des mineurs étaient intéressés dans une succession. Mais l'art. 911, C. pr. c., a modifié cette disposition, et l'obligation des scellés n'est obligatoire qu'autant qu'au moment de l'ouverture de la succession, le mi-

(*) Art. 451. — L. 7, D. 26, 7, *De admin. tut.*; L. 22, 24, C. 5, 37, *De admin. tut.*; L. 27, C. 1, 4, *De episcop. aud.*; L. 13, § 1, C. 5, 51, *Arbitr. tut.*

neur n'est pas pourvu d'un tuteur. Or comme la première ouverture de la tutelle a lieu par l'effet de la mort du père ou de la mère, le mineur a régulièrement un tuteur légal dans la personne du survivant. En pareille hypothèse, les juges de paix doivent s'abstenir de poser les scellés d'office; ils doivent seulement veiller à ce que le tuteur légal convoque promptement le conseil de famille, pour la nomination du subrogé-tuteur, faute de quoi ils devraient faire eux-mêmes cette convocation d'office, conformément aux dispositions de l'art. 421.

Il se peut donc qu'à l'ouverture de la tutelle il n'y ait pas eu apposition de scellés.

La formule : *Dans les dix jours qui suivront sa nomination...*, quoique se référant au tuteur datif, doit cependant être considérée comme générale et être remplacée par celle-ci: *Dans les dix jours qui suivront celui où le tuteur a dû entrer en fonctions.*

Le juge de paix qui a apposé d'office les scellés sur les effets d'une succession dévolue à des mineurs, devra les lever *sans description*, si le tuteur des mineurs l'en requiert, lorsque d'ailleurs aucune personne intéressée ne réclame la levée avec description (1).

391. Mais dans tous les cas, qu'il y ait ou non apposition des scellés, il doit être procédé à l'inventaire, nonobstant toute dispense accordée par le testateur, dispense qui serait inopérante (2). La nécessité de l'inventaire s'applique d'ailleurs aux successions échues au mineur avant l'entrée en fonctions du tuteur, comme à celles qui pourraient lui échoir au cours de la tutelle.

Si le tuteur est remplacé par un nouveau tuteur, le premier ou ses héritiers, rendront, d'après l'inventaire déjà dressé, un compte qui servira de base pour le nouveau

(1) Riom, 30 nov. 1885, S. 87, 2, 215.
(2) DEMOLOMBE, t. VII, n° 549; LAURENT, t. V, n° 10, etc.

tuteur au compte qu'il devra rendre lui-même à la fin de sa gestion.

Il sera procédé à l'inventaire par un notaire. La loi suppose la présence du tuteur à l'inventaire, mais ne lui adresse pas l'injonction formelle d'y assister. Il faut en dire autant du subrogé-tuteur. Ils pourraient l'un et l'autre se faire, au besoin, représenter, chacun, par un mandataire particulier, lequel pourrait être constitué par un simple dire sur le procès-verbal, par exemple à la clôture d'une vacation et pour les vacations suivantes (1).

L'inventaire doit contenir l'énumération, la description et l'estimation des biens mobiliers du mineur, soit corporels, soit incorporels, des titres concernant la propriété des immeubles et l'indication des dettes et charges.

392. La loi fait un devoir au notaire d'interpeller le tuteur sur le point de savoir *s'il lui est dû quelque chose* par le mineur. Le but de cette disposition est d'empêcher le tuteur qui s'apercevrait que les quittances émanées de lui ne se retrouvent pas, de faire revivre des créances éteintes. Il faut donc, pour que l'interpellation produise l'effet voulu, qu'elle soit adressée au tuteur avant qu'il soit procédé au dépouillement des papiers à inventorier. Le tuteur doit déclarer la cause et le montant de sa créance, si elle est liquide, sinon, son chiffre approximatif (2).

Le notaire fera mention de la réponse dans son procès-verbal.

Si le tuteur interpellé ne déclare pas sa créance, il en est déchu. Son silence est considéré comme un aveu de la non-existence de la créance, aveu sur lequel il ne pourrait revenir qu'en établissant que son silence est le résultat d'une erreur de fait

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, t. VI, q. 2144 et 2145; DEMOLOMBE, t. VII n° 555.

(2) Nîmes 29 mars 1852, D. 52, 5, 47, n° 4; DALLOZ, *Répert.*, v° *Minorité*, n° 417.

Le tuteur qui n'a pas été interpellé comme le veut la loi, conserve sa créance, mais le notaire devient responsable envers le mineur des suites de sa négligence. C'est ce qui aura lieu quand il sera prouvé que le tuteur a exigé le paiement d'une créance déjà éteinte au moment de l'inventaire, et qu'il ne peut effectuer le remboursement de ce qu'il a indûment reçu parce qu'il est devenu insolvable.

Ces dispositions ne s'appliquent pas au subrogé-tuteur.

393. Le délai de dix jours dans lequel le tuteur doit faire commencer l'inventaire n'est pas absolument rigoureux. Le tuteur pourrait donc y faire procéder après l'expiration de ce délai, sauf à porter la responsabilité du préjudice que le retard aurait pu causer au mineur.

Mais dans le cas de défaut absolu d'inventaire reconnu infidèle, le tuteur serait exposé aux conséquences suivantes :

1° D'abord il pourrait être destitué pour cause d'incapacité ou d'infidélité, art. *444*;

2° S'il était le survivant des père et mère, commun en biens, il perdrait la jouissance légale des biens de ses enfants, art. 1442;

3° Le mineur ou ses représentants pourraient prouver, tant par titres que par témoins et même par la commune renommée, la consistance et la valeur des biens, art. 1348, 1353, 1415, 1442, 1594 (1);

4° Enfin il devrait subir les conséquences du serment supplétoire déféré au mineur sur la valeur des choses demandées par ce dernier, art. 1369.

394. L'inventaire étant supposé régulièrement dressé, fait apparaître avec netteté la nature et la consistance des biens, surtout en ce qui concerne les meubles. Il sera alors possible de prendre un parti définitif en ce qui concerne leur conservation ou leur aliénation :

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 569; AUBRY et RAU, t. I, § 112; *Contrà*, LAURENT, t. V, n° 11.

ART. 452. Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en présence du subrogé-tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après des affiches ou publications dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature (*).

L'expression *meubles* est employée dans le texte ci-dessus par opposition à l'expression *immeubles*, mais ne doit s'appliquer qu'aux meubles *corporels* (1). La condition des meubles *incorporels* appartenant à des mineurs est régie par la loi du 27 février 1880.

La loi déclare que *le tuteur fera vendre tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature.* Cette formule implique que le tuteur a l'obligation de consulter au préalable le conseil de famille appelé à délibérer sur ce qu'il convient de faire. Le tuteur ne pourrait donc prendre sur lui de faire vendre les meubles du mineur, sauf à proposer au conseil de famille de conserver quelques-uns d'entre eux (2). C'est pour que le conseil puisse être consulté avant la vente que la loi accorde un délai d'un mois depuis la clôture de l'inventaire.

Du reste, l'expiration de ce délai n'aura pas pour résultat de décharger le tuteur de l'obligation de vendre les meubles, mais seulement d'engager sa responsabilité s'il est résulté du retard un préjudice pour le mineur.

L'inventaire qui a été dressé n'a pas eu pour effet de transporter la propriété des meubles au tuteur pour rendre celui-ci seulement débiteur de leur valeur. Si donc le tuteur n'a pas obéi aux prescriptions de l'art. 452, le mineur parvenu à sa majorité reprendra les meubles dans l'état où ils se trouvent, et pourra réclamer au tuteur de justes dom-

(*) Art. 452. — L. 22, 24, C. 5, 37, *De admin., tut.;* L. 5, § 9, L. 7, D. 26, 7, *De admin. tut.;* L. 3, C. 5, 38, *De peric. tut.*

(1) Cass. 4 août 1873, S. 73, 1, 441; Cass. 3 fév. 1873, S. 73, 1, 61; *adde* : Poitiers, 5 déc. 1879, S. 80, 2, 217.

(2) LAURENT, t. V, n° 17; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VII, n° 575.

mages pour la réparation du préjudice résultant du défaut de vente.

Il faut décider, d'après les principes, que les formalités à observer pour la vente sont seulement celles qui se trouvent indiquées dans l'art. 452, disposition spéciale à laquelle n'ont pu déroger de plein droit les dispositions générales du Code de procédure civile concernant les ventes judiciaires (1).

395. Il y a exception à la nécessité de vendre pour les meubles qui auraient été légués au mineur avec défense par le testateur de les vendre en vertu de l'art. 452. Ce n'est pas une prohibition d'aliéner; c'est une affirmation pure et simple du caractère de la libéralité. Le testateur a voulu léguer au mineur certains objets déterminés, avec cette précision que le légataire seul, quand il sera devenu capable, pourra en disposer.

Il y aura une seconde exception dans le cas suivant :

ART. 453. Les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent de les garder pour les remettre en nature.—Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une estimation à juste valeur, par un expert qui sera nommé par le subrogé-tuteur et prêtera serment devant le juge de paix. Ils rendront la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature.

Cet article a déjà été expliqué plus haut (nº 191) quand nous avons parlé des charges qui grèvent la jouissance légale des père et mère.

L'expert désigné par le subrogé-tuteur ne sera pas nécessairement un officier public. S'il y a lieu de vendre les meubles, il faudra suivre les formes prescrites par l'art. 452. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que les père et mère conservent une partie seulement des meubles pour en jouir en nature et fassent vendre l'autre partie.

Il résulte du texte de l'art. 453 que l'exception qui y est

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, t. VI, q. 3155; LAURENT, t. V, nº 19; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VII, nº 581.

formulée dure seulement tant que le survivant des père et mère a la jouissance légale. Quand il n'a plus cette jouissance le droit commun redevient applicable ; c'est-à-dire que les meubles doivent être vendus, à moins que le conseil de famille ne permette de les conserver en nature. Le survivant prendra lui-même l'initiative de la vente, s'il est tuteur. Dans le cas contraire c'est le tuteur qui sera chargé de ce soin. Il faut remarquer en effet qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'art. 453 soit applicable, que le survivant des père et mère, usufruitier légal des biens de ses enfants, soit en même temps investi de la tutelle.

§ 4. — Des meubles incorporels. Loi du 27 février 1880.

396. — Des meubles incorporels appartenant aux mineurs.
397. — Loi du 27 fév. 1880, son objet.
398. — Nécessité de l'autorisation du conseil pour l'aliénation des meubles incorporels.
399. — Le conseil de famille fixe les conditions de l'aliénation, notamment le prix ; application aux offices, aux fonds de commerce ;
400. — Aux créances, brevets d'invention, propriétés littéraires, etc.
401. — L'homologation du tribunal est nécessaire quand la valeur à aliéner dépasse 1,500 francs en capital.
402. — Bases de l'appréciation que doit en faire le conseil de famille.
403. — Mention à insérer dans la délibération du conseil.
404. — Comment doit avoir lieu la vente ou aliénation autorisée.
405. — Les conversions de titres nominatifs en titres au porteur sont soumises aux règles ci-dessus.
406. — Transformation des titres aux porteurs en titres nominatifs.
407. — A quels incapables s'appliquent les règles qui précèdent.
408. — Règles concernant les mineurs français résidant à l'étranger et les mineurs étrangers résidant en France.

396. Le Code, dans les dispositions que nous venons d'examiner, ne s'est occupé que des meubles corporels. Il prescrit leur vente aux enchères afin que le prix en provenant soit employé à payer les charges grevant le patrimoine du mineur, ou bien soit placé dans l'intérêt de ce dernier.

Quant aux droits incorporels, créances, valeurs industrielles, etc., deux situations pouvaient se présenter : ou bien l'intérêt du mineur, sa position, etc., permettait de garder ces valeurs, et alors elles constituaient des placements tous faits ; ou bien il y avait nécessité de les vendre ; mais comme l'art. 452 n'était plus applicable, le tuteur avait dans tous les cas la possibilité de les aliéner librement, sans formalité et sans contrôle.

Une loi du 24 mars 1806 décida que les rentes sur l'État d'un revenu supérieur à 50 fr. ne pourraient être vendues sans l'autorisation du conseil de famille, et cette prescription fut étendue aux actions de la Banque de France par le décret du 25 novembre 1813.

Mais ces mesures étaient incomplètes puisqu'elles laissaient en dehors toutes les autres valeurs mobilières, actions, obligations, etc., dont l'importance allait grandissant tous les jours. De plus, elles ne protégeaient pas suffisamment le mineur, même quant aux valeurs auxquelles elles s'appliquaient, puisque lorsqu'un tuteur voulait aliéner ces valeurs, rien n'indiquait qu'elles appartenaient au pupille.

397. La loi du 27 février 1880 a remédié à ces inconvénients ; cette loi a un triple objet :

1° La prohibition d'aliéner les valeurs mobilières appartenant aux incapables, sans une autorisation du conseil de famille qui devra être homologuée quand la valeur aliénée dépassera 1500 francs en capital ;

2° Conversion des titres au porteur en titres nominatifs quand cette conversion est possible ; sinon, dépôt des titres au nom du mineur à la Caisse des dépôts et consignations ou entre les mains d'un dépositaire désigné ;

3° Emploi des capitaux sans que les tiers soient garants de cet emploi.

398. L'art. 1er pose en ces termes le principe de la loi :

« Le tuteur ne pourra aliéner, sans y être autorisé préala-

blement par le conseil de famille, les rentes, actions, parts d'intérêts, obligations, et autres meubles incorporels quelconques appartenant au mineur ou à l'interdit. Le conseil de famille en autorisant l'aliénation prescrira les mesures qu'il jugera utiles. »

La loi s'appliquant à l'aliénation des meubles incorporels quelconques, il faut ajouter à l'énumération contenue dans le texte : les droits de créance mobilière, les brevets d'invention, les fonds de commerce, la propriété littéraire, artistique ou industrielle, les offices (1),.. Il ne peut y avoir sur ce point aucune controverse; la Cour de Bordeaux a admis, il est vrai, qu'un fonds de commerce pouvait être aliéné à l'amiable malgré l'avis contraire du conseil de famille, mais la décision dans les motifs de laquelle on trouve cette affirmation, a été rendue dans des circonstances qui lui enlèvent toute portée (2).

En ce qui concerne les offices, nous pouvons remarquer que déjà, bien avant la loi de 1880, les instructions ministérielles exigeaient que les conseils de famille fussent appelés à délibérer sur les traités relatifs aux cessions d'office, déjà conclus entre les intéressés et devant être soumis à la Chancellerie. Désormais pour les transmissions d'office, comme pour les transmissions de tout autre élément incorporel du patrimoine, la délibération du conseil de famille doit être *préalable* au traité.

399. Quelle que soit la valeur du droit à aliéner, le conseil de famille devra donc toujours intervenir pour décider si l'aliénation doit avoir lieu. Il appartient évidemment au conseil de famille, qui peut, en autorisant l'aliénation, *prescrire les mesures qu'il jugera utiles*, de déterminer les conditions de l'aliénation. Quand il s'agit de valeurs négociables en Bourse, le conseil de famille n'a pas à se préoccuper du prix

(1) Voy. *Circ. Min. Just.*, 20 mai 1880, D. 81, 3, 70.
(2) Bordeaux, 29 déc. 1890, S. 91, 2, 221 et la note.

moyennant lequel les valeurs seront aliénées, puisque d'après l'art. 3, ces valeurs devront être vendues au cours moyen du jour. Mais il en sera autrement pour les autres valeurs.

Quand il s'agit d'offices ministériels, la Chancellerie n'accepte pas les délibérations qui autorisent le tuteur à traiter de la transmission de la charge *au mieux des intérêts du mineur;* elle exige que le conseil fixe lui-même la somme qui devra être considérée comme formant le prix de la transmission. Cette règle ne pourrait être généralisée. Sans doute le conseil de famille qui est obligé, comme nous allons le voir, d'apprécier la valeur actuelle du droit à aliéner, pourrait également fixer le prix moyennant lequel l'aliénation sera conclue. Mais cela ne sera pas toujours prudent. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un fonds de commerce que le conseil de famille estime valoir dix mille francs, il serait contradictoire d'autoriser le tuteur à l'aliéner, moyennant une somme inférieure; d'un autre côté il n'y a aucune certitude que le prix de dix mille francs puisse être obtenu; le tuteur doit donc avoir une certaine latitude. Aussi pensons-nous que la formule l'autorisant à aliéner au *mieux des intérêts du mineur* est la meilleure à adopter.

400. S'il s'agit de créances proprement dites existant sur des tiers au profit du mineur, l'utilité de leur aliénation résultera, le plus souvent, de la nécessité d'en employer le prix à l'extinction des dettes. Quelquefois l'utilité résultera, pour l'incapable, d'autres circonstances, par exemple de l'avantage qu'il y aurait pour lui à réaliser immédiatement une créance sur un débiteur résidant à l'étranger, par conséquent d'un recouvrement peut-être difficile et que les événements peuvent même rendre douteux. Le conseil de famille aura à apprécier si l'aliénation de la créance doit avoir lieu dans la forme d'une cession amiable, ou bien si elle doit être faite aux enchères publiques. L'intérêt du mineur semblerait devoir faire préférer la vente aux enchères

publiques. Cependant il n'en sera pas toujours ainsi, la vente publique étant souvent pour les créances une cause sérieuse de dépréciation (1).

Pour les brevets d'invention, les propriétés littéraires, industrielles ou artistiques, et les fonds de commerce, la vente aux enchères publiques paraît, en principe, devoir être préférée.

401. La délibération du conseil de famille, autorisant l'aliénation d'un droit incorporel, sera ou ne sera pas sujette à l'homologation du tribunal suivant l'importance du droit à aliéner :

« Lorsque la valeur des meubles incorporels à aliéner, dit l'art. 2 de la loi du 27 février 1880, dépassera d'après l'appréciation du conseil de famille, quinze cents francs en capital, la délibération sera soumise à l'homologation du tribunal, qui statuera en la Chambre du conseil, le ministère public entendu, le tout sans dérogation à l'art. 883 du Code de procédure civile. — Dans tous les cas le jugement rendu sera en dernier ressort. »

Le conseil de famille devra donc exprimer son appréciation dans la délibération. La délibération pourra être attaquée, s'il y a lieu, devant le tribunal en vertu de l'art. 883, C. pr. c., ce qui n'avait pas besoin d'être dit. Mais, par dérogation à l'art. 889 du même Code, le jugement rendu ne sera pas susceptible d'appel ; on a voulu par là éviter des frais et des lenteurs souvent préjudiciables aux intérêts des mineurs.

402. L'appréciation de la valeur sera faite par le conseil selon la nature particulière du droit à aliéner. S'il s'agit d'une créance, le conseil de famille devra en apprécier la valeur, non d'après son chiffre nominal, mais d'après les chances de recouvrement qu'elle peut présenter eu égard à la solvabilité probable du débiteur. S'il s'agit d'un office, il

(1) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n°s 249 et suiv.

faudra s'en tenir à la pratique administrative, qui en calcule la valeur d'après le revenu net des cinq dernières années d'exercice. Pour les actions ou obligations industrielles, le cours actuel de ces valeurs fournira des indications utiles, mais qui ne doivent pas être considérées comme absolument certaines car il faut tenir compte des circonstances diverses qui peuvent influer sur les cours.

Si un titre d'une valeur supérieure à 1500 francs était encore indivis entre majeurs et mineurs, la délibération du conseil de famille ne pourrait déclarer que la part revenant à l'incapable est inférieure à 1500 francs; une pareille déclaration tendrait en effet à remplacer le partage qui n'a pas encore été fait; elle ne pourrait être insérée dans la délibération que si elle se bornait à consacrer les résultats d'un partage antérieur et régulier (1).

Enfin c'est uniquement la valeur du meuble incorporel à aliéner au moment même de la délibération du conseil qui doit être prise en considération, pour savoir s'il y a lieu de demander l'homologation du tribunal. Les fluctuations postérieures du marché qui peuvent faire porter la valeur à un chiffre inférieur ou supérieur à 1500 francs doivent demeurer sans influence (2).

403. La circulaire ministérielle du 20 mai 1880, à laquelle les juges de paix appelés à présider les conseils de famille doivent se conformer, porte que la délibération doit mentionner, d'après la valeur des titres dont l'aliénation est autorisée, que la délibération est soumise ou n'est pas soumise à l'homologation. Mais, fait remarquer la circulaire, la déclaration que la délibération n'est pas soumise à l'homologation, ne peut lier les agents de change, les représentants du trésor ou des administrations, si la valeur des titres à

(1) Circ. précitée *Min. Just.*, du 20 mai 1880.
(2) *Ibid.*

aliéner était, au moment même de la délibération, manifestement supérieur à 1500 francs. Au cas de refus de la part de ces agents de consentir à un transport qui leur paraîtrait illégal, les tuteurs n'auraient d'autre voie à suivre que de s'adresser aux tribunaux.

Nous ferons remarquer que dans ce cas, s'agissant d'une action mobilière, le tuteur n'aurait pas besoin pour agir d'une autorisation du conseil de famille.

404. L'aliénation étant régulièrement autorisée, il y sera procédé suivant le mode qui aura été déterminé par le conseil de famille. Cependant, d'après l'art. 3 de la loi : « L'aliénation sera opérée par le ministère d'un agent de change, toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse, *au cours moyen du jour.* »

L'agent de change devra donc vendre à forfait, à l'ouverture de la Bourse, *au cours moyen du jour*. Le prix de l'aliénation restera donc en suspens jusqu'à la clôture, moment où il sera possible d'établir la moyenne. On a cru devoir renoncer à la possibilité d'une vente réalisée au cours le plus élevé pour éviter celle d'une vente faite au cours le plus bas.

405. D'après l'art. 10 de notre loi, la conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur, est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres : Toute conversion, en effet, contient en soi une véritable aliénation, puisqu'elle fait perdre au titulaire du titre converti, le droit incorporel dont il était personnellement investi, pour lui laisser seulement le droit résultant de la possession d'un titre transmissible.

La règle posée par l'art. 10 reçoit exception en ce qui concerne les inscriptions de rentes sur l'État : l'art. 9 de l'ordonnance du 29 avril 1831, non abrogée par la loi de 1880 (1),

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1095.

prohibe en effet la conversion en titres au porteur des titres nominatifs de rentes sur l'État appartenant à des incapables.

406. Le fonctionnement des règles dont nous venons d'étudier l'économie suppose que les valeurs appartenant à des mineurs sont reconnaissables par elles-mêmes. Donc, si ces valeurs étaient représentées par des titres au porteur, la transformation de ces titres en titres nominatifs s'impose comme nécessité de moyen en vue d'obtenir un résultat défini. En conséquence l'art. 5 contient la réglementation suivante :

« Le tuteur devra, dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la tutelle, convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur ou à l'interdit, et dont le conseil de famille n'aurait pas jugé l'aliénation nécessaire ou utile. — Il devra également convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui adviendraient au mineur ou à l'interdit, de quelque manière que ce fût, et ce dans le même délai de trois mois à partir de l'attribution définitive ou de la mise en possession de ces valeurs. — Le conseil de famille pourra fixer pour la conversion un terme plus long. — Lorsque, soit par leur nature, soit à raison de conventions les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs, le tuteur devra, dans les trois mois, obtenir du conseil de famille l'autorisation soit de les aliéner avec emploi, soit de les conserver; dans ce dernier cas, comme dans celui prévu par le paragraphe précédent, le conseil pourra prescrire le dépôt des titres au porteur, au nom du mineur ou de l'interdit, soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée. — Les délais ci-dessus ne seront applicables que sous la réserve des droits des tiers et des conventions préexistantes. »

Cette dernière précision signifie que si avant d'échoir

au mineur les titres avaient été, par exemple, donnés en gage, ou grevés d'un usufruit, les droits dont ils seraient ainsi l'objet s'opposant à leur transformation immédiate, le tuteur n'aura pour le moment rien à faire, d'autant que la conservation des titres se trouve alors garantie par la mention du droit appartenant à un tiers, mention qui suffit pour en empêcher la conversion. Il était donc inutile d'ajouter cette observation à une disposition déjà suffisamment prolixe.

407. Les dispositions que nous venons d'examiner sont applicables, non seulement aux mineurs et interdits, mais encore aux mineurs émancipés *au cours de la tutelle* (art. 4) dont nous aurons à parler plus loin, et aux mineurs placés sous la tutelle de l'administration de l'assistance publique ou des administrations hospitalières. A l'égard de ces dernières, le conseil de surveillance de l'administration et les commissions administratives rempliront les fonctions attribuées au conseil de famille.

408. La loi du 27 février 1880, comme d'ailleurs l'art. 452, C. C., est applicable au mineur français résidant en pays étranger. Le tuteur devra donc s'y conformer au cas où il serait nécessaire d'opérer des ventes ou conversions, même dans un pays dont la législation n'exigerait pas les formalités protectrices voulues par la loi française. Ce sont des formalités sans l'accomplissement desquelles l'opération envisagée serait nulle. Il n'y a pas à distinguer entre le cas où il s'agirait de valeurs françaises ou de valeurs étrangères.

Mais, à l'inverse, la loi du 27 février 1880, qu'il serait impossible de considérer comme une loi de police ou de sûreté, ne doit pas être applicable aux tuteurs de mineurs étrangers résidant en France, même quand il s'agirait d'aliéner des valeurs françaises.

C'est la loi nationale du mineur étranger qui doit être appliquée pour les aliénations des meubles ou valeurs mobiliè-

res leur appartenant (1). La vente qui en a été faite par le tuteur doit être annulée si les formalités voulues par la loi nationale du mineur n'ont pas été observées; c'est encore cette loi qu'il faut suivre pour savoir dans quelle mesure le mineur qui recouvre ainsi sa chose doit restituer le prix perçu (2).

§ 5. — Budget de la tutelle et emploi des capitaux du mineur.

409. — Règlement par le conseil de famille de la dépense annuelle du mineur.
410. — Des avances faites par le tuteur au delà des revenus du mineur.
411. — Traités à forfait avec le tuteur pour l'entretien du mineur.
412. — Des administrateurs auxiliaires.
413. — Emploi de l'excédent des revenus sur les dépenses, art. 455.
414. — Responsabilité du tuteur à cet égard, art. 456.
415. — Emploi des autres capitaux, L. du 27 fév. 1880, art. 6.
416. — Le tuteur peut-il les effectuer seul? Controverse sur ce point.
417. — Suite.
418. — Des divers modes d'emploi,
419. — Spécialement en acquisitions d'immeubles.
420. — Les tiers ne sont pas garants de l'emploi.
421. — Mission du subrogé-tuteur d'après la loi du 27 fév. 1880, art. 7.
422. — Disposition transitoire de la même loi.
423. — Son application aux colonies.
424. — De l'emploi intéressant les mineurs étrangers.

409. Après avoir réglé la condition des meubles appartenant aux mineurs par les art. 452 et 453, complétés par la loi du 27 février 1880, le législateur s'est occupé de l'établissement du budget général de la tutelle :

(1) Voy. comme application, Paris, 27 juin 1888, *Droit* du 18 septembre 1888.

(2) Trib. Marseille, 25 mai 1888, *Journ. Aix*, 89, 2, 307.

ART. 454. Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, autre que celle des père et mère, le conseil de famille règlera par aperçu, et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens. — Le même acte spécifiera si le tuteur est autorisé à s'aider, dans sa gestion, d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, salariés, et gérant sous sa responsabilité (*).

C'est au tuteur qu'il appartient de provoquer la détermination dont parle le texte. Sa négligence à cet égard ne saurait lui faire encourir aucune déchéance (1), mais le soumettrait à un contrôle plus sévère. Le subrogé-tuteur pourrait d'ailleurs, dans ce cas, requérir la convocation du conseil de famille.

Le conseil règlera *par aperçu*, c'est-à-dire approximativement, le montant des dépenses devant être faites annuellement pour l'éducation physique et morale du mineur, en tenant compte de sa fortune et de sa condition sociale et même des espérances de fortune qu'il peut avoir pour l'avenir.

Le règlement arrêté par le conseil ne pouvant être fait que *par aperçu*, n'est pas immuable et peut être modifié par le conseil lui-même, surtout si la condition de fortune du mineur vient à être modifiée par des événements ultérieurs favorables ou fâcheux. Il suit de là que les délibérations du conseil relatives au règlement de la dépense annuelle n'ont pas besoin d'être homologuées, et que si le conseil estime qu'il y a lieu de modifier une délibération déjà prise, il n'est pas nécessaire d'en provoquer l'annulation en justice.

410. Le conseil de famille pourrait évidemment autoriser le tuteur à faire pour l'éducation du mineur des dépenses excédant ses revenus, des dépenses devant par conséquent être payées sur le capital. Mais si le tuteur n'a pas été autorisé à dépasser les revenus de son pupille, pourrait-il cepen-

(*) Art. 454. — L. 1, § 1, L. 3, § 1-5, D. 27, 2, *Ubi pupillus;* L. 47, § 1, D. 26, 7, *De admin. tutor.*

(1) Paris, 29 janv. 1890, D. 91, 2, 237.

dant obtenir le remboursement des avances qu'il pourrait avoir faites pour le compte de ce dernier?

La Cour de cassation a décidé qu'en pareille hypothèse le tuteur se saurait élever la prétention d'absorber les capitaux du pupille pour s'indemniser des avances qu'il aurait faites dans l'intérêt de ce dernier (1). Cette sévérité était motivée dans l'espèce, parce que les avances faites par le tuteur rendaient la dépense annuelle excessive. Mais comme l'art. 471 décide qu'on doit allouer au tuteur *toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile*, il faut décider que le tuteur peut porter en compte, même les dépenses excédant les revenus, quand elles ne sont pas excessives et ont réellement tourné au profit du mineur (2).

411. Le conseil de famille ne pourrait allouer au tuteur des honoraires pour sa gestion, mais il pourrait traiter *à forfait* avec le tuteur pour l'entretien du mineur. Du reste, la somme allouée doit être calculée de manière à ne point constituer le tuteur en perte; ainsi un pupille ayant une grande fortune, doit, d'après la décision du conseil, être élevé dans la famille du tuteur, et prendre place, en quelque sorte, au milieu des enfants de ce dernier. Il est certain que la présence du mineur qui doit recevoir un traitement en rapport avec sa fortune, tout en étant élevé dans la famille du tuteur, aura pour conséquence une augmentation des dépenses ordinaires de cette famille. Le conseil devra en tenir compte.

412. Il devra encore déterminer le montant des frais de l'administration des biens pupillaires, et spécifier dans sa délibération si le tuteur est autorisé à s'aider, dans sa gestion, d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, salariés, et gérant sous sa responsabilité.

(1) Cass. 19 avril 1886, S. 90, 1, 109.

(2) Paris, 29 janv. 1890, D. 91, 2, 257; AUBRY et RAU, t. I, § 121; Comp. DEMOLOMBE, t. VII, n° 602.

Remarquons qu'il s'agit de mandataires salariés aux frais du pupille, car le tuteur n'a besoin de l'autorisation de personne pour recourir, sous sa responsabilité, à des auxiliaires payés de ses propres deniers.

L'intervention du conseil de famille n'est nécessaire que pour régler la question des frais. Le tuteur tient en effet du pouvoir général d'administration qui lui est donné par la loi, la faculté de se constituer des mandataires spéciaux, sous sa responsabilité qui sera appréciée, non d'après l'art. 1994, mais d'après l'art. 450 (1). Quant à la responsabilité de l'administrateur particulier, c'est celle d'un simple mandataire, et par conséquent il ne sera pas tenu, comme le tuteur, des intérêts composés (2), comme aussi il ne pourra invoquer contre le mineur que la prescription trentenaire, et non la prescription décennale édictée par l'art. 475 en faveur du tuteur (3).

413. Le tuteur doit autant que possible diriger sa gestion de manière à obtenir un excédent des revenus sur les dépenses. Cet excédent devra être placé, quand il aura atteint une suffisante importance. Mais le tuteur va-t-il être laissé juge souverain de la question de savoir si l'excédent économisé est assez important pour faire l'objet d'un placement? — Non, c'est au conseil de famille que la décision appartient:

> ART. 455. Ce conseil déterminera positivement la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense : cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi (*).

Cet article, de même que le précédent, n'est pas applicable aux père et mère tuteurs, sans qu'il y ait à distinguer si les père et mère ont la jouissance légale.

(*) Art. 455. — L. 5 pr., L. 7, § 3 et 11, L. 12, § 4, L. 13, § 1, L. 15, L. 50, D. 26, 7, *De admin. tutor.*

(1) Caen, 11 fév. 1888, D. 88, 2, 315.

(2) Cass. 3 juill. 1877, D. 78, 1, 56.

(3) Rennes, 23 juin 1876, D. 1, 56.

Le conseil doit déterminer par un chiffre *positif* et non par *aperçu* la somme à partir de laquelle commencera l'obligation d'emploi. Un délai de six mois est accordé au tuteur pour effectuer le placement de toute économie atteignant la somme fixée. Ce délai court du jour même où le tuteur a encaissé les revenus qui forment ou complètent cette somme (1). Si le tuteur a fait l'emploi avant l'expiration des six mois, il devra compte des intérêts à partir de la date de cet emploi, ou à partir du jour où il aurait appliqué à ses affaires personnelles les économies appartenant au mineur. Du reste, le tuteur placera les économies dont il s'agit comme il croira devoir le faire et sous sa responsabilité, à moins que le conseil de famille n'ait lui-même indiqué un placement déterminé.

414. C'est le tuteur lui-même qui doit provoquer la décision du conseil :

ART. 456. Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il devra, après le délai exprimé dans l'article précédent, les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit (*).

Cependant, si les revenus du mineur, vu leur modicité, étaient presque entièrement absorbés par les besoins du mineur, le tuteur n'aurait pas besoin de demander une détermination qui, en réalité, manquerait d'objet.

Les sommes *non employées, quelque minimes qu'elles soient*, dont parle le texte, sont exclusivement celles qui proviennent d'un excédent des revenus sur les dépenses, c'est-à-dire des économies proprement dites.

415. Que faut-il statuer par rapport aux capitaux qui n'ont pas ce caractère?

Des difficultés s'étaient produites sur ce point, à cause des termes des art. 455 et 456, qui ne parlent textuellement que de la somme provenant de l'excédent des revenus sur la dé-

(*) Art. 456. — L. 7, § 11, L. 13, D. 26, 7, *De admin. tutor.*
(1) Orléans, 13 nov. 1890, D. 91, 2, 357.

pense. Mais l'art. 6 de la loi du 27 février 1880, a fait disparaître toutes ces difficultés. L'art. 6 est ainsi conçu :

« Le tuteur devra faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou à l'interdit, ou qui leur adviendraient par succession ou autrement, et ce, dans le délai de trois mois, à moins que le conseil ne fixe un délai plus long, auquel cas il pourra en ordonner le dépôt comme il est dit en l'article précédent. — Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par l'art. 455 du Code civil sont applicables à cet emploi. — Les tiers ne seront en aucun cas garants de l'emploi. »

Désormais il faudra donc distinguer :

Le tuteur a toujours un délai de six mois en vertu de l'article 455 pour opérer le placement des économies faites sur les revenus.

Mais il n'a qu'un délai de trois mois pour opérer le placement soit des capitaux disponibles appartenant au mineur au moment de l'ouverture de la tutelle, ou provenant de la vente des meubles, soit des capitaux provenant des remboursements de dettes ou de rentes, faits pendant le cours de la tutelle. Le délai de trois mois aura pour point de départ dans le premier cas le moment où commence pour le tuteur l'obligation de gérer la tutelle, dans le second cas le jour où le tuteur a eu à sa disposition les capitaux du mineur.

416. Mais dans les deux cas l'emploi demeure soumis, d'après le texte précité de l'art. 6, aux « *règles prescrites par les articles ci-dessus, et par l'art.* 455 *du Code civil.* »

Le renvoi à l'art. 455 est facile à comprendre, il se réfère à l'obligation pour le tuteur de payer les intérêts des capitaux non employés dans le délai légal.

Le renvoi aux règles prescrites *par les articles ci-dessus* a donné lieu au contraire à de sérieuses difficultés. Dans les articles qui précèdent, on ne trouve en effet aucune disposition relative au mode d'emploi, mais seulement à l'aliénation

des titres. Il faudrait donc conclure que les règles faites pour l'aliénation des titres sont pareillement applicables à l'emploi des capitaux; que par suite la validité des emplois est subordonnée à l'autorisation du conseil de famille et, suivant les cas, à l'homologation du tribunal. Mais de ce que la loi ne parle pas d'emploi dans les dispositions antérieures, de ce que l'emploi des capitaux est un acte d'administration qui est dans les pouvoirs réguliers du tuteur, acte qui ne saurait être soumis au conseil de famille, moins encore à l'homologation du tribunal, on a conclu que, sauf pour l'emploi des sommes provenant de l'aliénation des valeurs pour lequel le conseil peut prescrire *toute mesure utile*, le renvoi aux règles *ci-dessus prescrites* est sans portée, et que l'emploi sera fait par le tuteur selon les pratiques ordinaires (1); on a même allégué que ce renvoi signifiant primitivement que l'emploi des capitaux se ferait dans un délai de trois mois, n'a été maintenu que par l'effet d'une inadvertance (2). Ce sont là de pures considérations qui ne sauraient prévaloir contre le texte de la loi dont il faut bien tenir compte. Or, il résulte bien clairement du texte que l'emploi doit être fait conformément aux règles concernant soit la conversion en titres nominatifs, soit l'autorisation du conseil de famille, soit l'homologation du tribunal; c'est-à-dire que le choix d'un placement à faire, quoiqu'étant en soi un acte d'administration, a cependant été enlevé au tuteur seul. La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens : il a été jugé que la souscription à des actions émises par une société financière, consentie par le tuteur au nom du mineur, conformément à une délibération du conseil de famille, est nulle si cette délibération n'a pas été homologuée par le tribunal (3).

(1) BRESSOLLES, *Explication de la loi du 27 fév.* 1880, p. 59.
(2) BUCHÈRE, *Comment. de la loi*, etc., n° 32.
(3) Paris, 21 mai 1884, D. 85, 2, 177.

417. Les pouvoirs du tuteur en matière d'emploi des capitaux appartenant aux mineurs, autres que ceux provenant d'une économie des revenus, auraient donc subi, d'après cette dernière manière de voir, une notable restriction. Mais comme l'intention formelle d'étendre à l'emploi de ces capitaux la nécessité de l'autorisation préalable du conseil de famille, et au besoin de l'homologation, n'apparaît à aucune phase des travaux parlementaires, il s'est produit une opinion intermédiaire : entre la solution qui considère le renvoi aux *règles ci-dessus* comme devant être *sans portée ni signification*, et la solution adoptée par la jurisprudence qui en fait sortir la nécessité de l'autorisation et de l'homologation :

« En déclarant applicables à l'emploi des capitaux du mineur *les règles prescrites par les articles ci-dessus*, l'art. 6, a-t-on dit (1), autorise le conseil de famille à prescrire, pour le placement desdits capitaux, toutes les mesures qu'il jugera utiles (art. 1 *in fine*). Le conseil de famille pourra donc déterminer par anticipation le mode d'emploi des capitaux du mineur, *quelle qu'en soit l'origine*, dire s'ils seront placés en immeubles ou en valeurs mobilières, et indiquer, dans ce dernier cas, en quelles valeurs; c'est seulement à défaut de cette détermination que le tuteur aura le choix du placement. »

La distinction est certainement judicieuse en théorie; mais a-t-elle été admise par la loi? Le droit de prescrire *les mesures utiles* qui appartient au conseil de famille constitue l'*une* des *règles ci-dessus*. Si le conseil de famille n'a prescrit aucune mesure particulière, il y a une autre règle, celle qui exige une autorisation préalable; enfin si l'autorisation a été donnée, il reste encore, ou il peut rester une troisième règle à observer, c'est-à-dire l'homologation du tribunal si la somme à placer dépasse 1500 francs. Cela peut paraître

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1069.

excessif; mais la loi est telle, et il nous semble impossible de la comprendre autrement. Il faudrait donc, par application de la circulaire ministérielle du 20 mai 1880; que les délibérations relatives à un placement à effectuer, contiennent, comme celles qui sont relatives à une aliénation, la mention qu'elles sont ou qu'elles ne sont pas sujettes à l'homologation.

Il faut donc admettre que désormais le tuteur n'a plus le choix des placements à effectuer, et que désormais tout placement autre que celui des économies réalisées sur les revenus devra, d'après la loi de 1880, être autorisé par une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal chaque fois que la somme à placer dépassera 1500 francs.

418. L'emploi pourra être effectué soit en paiement de dettes, soit en acquisitions de valeurs industrielles, soit en acquisitions de rentes sur l'Etat. Mais les conseils de famille ne pourraient jamais désigner comme devant être acquis par le tuteur à titre d'emploi, des titres de rente nominatifs munis de coupons au porteur (1).

L'emploi pourrait encore consister dans une souscription, au nom du pupille, d'actions émises par une société commerciale. Si l'autorisation du conseil de famille, et éventuellement l'homologation de justice sont nécessaires pour l'emploi consistant dans le versement effectué au moment de la souscription, à plus forte raison doit-il en être ainsi quand la souscription engendre l'obligation d'effectuer plus tard des versements complémentaires afin de libérer les actions souscrites (2).

La restriction des pouvoirs du tuteur en matière d'emploi est surtout justifiée, il faut le reconnaître, à l'égard des placements en actions ou obligations industrielles dont la valeur

(1) Circ. min. précitée, du 20 mai 1880; Décr. 18 juin 1864, art. 1.
(2) Paris, 21 mai 1884, 13 janv. 1885, D. 85, 2, 177.

peut être brusquement anéantie par une baisse subite. Si la baisse survient dans l'intervalle qui existera nécessairement entre la délibération du conseil autorisant un tel placement, et l'homologation, le tribunal refusera l'homologation.

419. Les immeubles ne sont pas sujets à ces rapides écarts de valeur. Néanmoins la formule générale de la loi s'applique aux emplois réalisés en acquisition d'immeubles. On pouvait autrefois discuter sur le point de savoir si le tuteur avait le droit d'acheter seul, au nom du mineur, un immeuble à crédit, ou s'il fallait l'autorisation du conseil de famille (1) ou même l'homologation du tribunal (2). La jurisprudence admettant une solution intermédiaire, validait l'acquisition faite à crédit par le tuteur à la condition qu'elle pût, d'après les circonstances et la certitude des recouvrements ou encaissements espérés, être considérée comme un acte de *sage* administration (3). Aujourd'hui toutes ces difficultés n'existent plus; il faudra toujours l'autorisation du conseil de famille, et l'homologation du tribunal si l'acquisition dépasse 1500 francs.

420. L'art. 6 de la loi dispose, dans son paragraphe final, que *les tiers ne seront en aucun cas garants de l'emploi*. Les débiteurs du mineur peuvent donc, en toute sécurité, payer entre les mains du tuteur sans avoir à craindre d'être forcés de payer une seconde fois si le tuteur ne fait pas, des fonds qu'il touche, l'emploi ordonné par le conseil de famille, et par suite ils n'ont pas le droit d'exiger que le tuteur justifie d'un emploi fait par anticipation, ni même de l'emploi qu'il fera des deniers après les avoir touchés (4).

« Les tiers, a écrit l'un des premiers commentateurs de la

(1) DEMOLOMBE, t. VII, n° 677.

(2) LAURENT, t. V, n° 60.

(3) Nancy, 9 mai 1885, S. 87, 2, 137; Cass. 5 janv. 1853, D. 53, 1, 77.

(4) Trib. Saint-Dié, 22 juin 1882, S. 82, 2, 230.

loi, n'auront aucune fin de non-recevoir à opposer au tuteur sous prétexte de défaut d'emploi, et d'autre part, ni la solidité ou l'utilité, ni même l'existence de l'emploi ne leur importe ; c'est une affaire de pure responsabilité personnelle du tuteur. On a insisté fortement sur ce point à plusieurs reprises, soit à l'occasion de l'emploi du prix des valeurs aliénées, soit à propos de l'art. 6, et l'on a même fait observer que, malgré la latitude donnée au conseil de famille pour prescrire les mesures utiles, à suite des aliénations qu'il autorise, il ne pourrait insérer une clause dans sa délibération, pour engager la responsabilité des tiers, et il devrait même la rédiger en sens contraire (1). »

Ce que ne pourrait pas faire le conseil de famille, la Justice ne le pourrait pas davantage. Par conséquent le jugement d'homologation ne doit contenir aucune clause ayant pour but d'engager la responsabilité des tiers. Il doit en être de même des jugements prononçant des condamnations pécuniaires au profit de mineurs, n'importe pour quelle cause. Il arrive quelquefois que les tribunaux décident que les sommes à payer seront employées en rente sur l'État, immatriculées au nom du mineur, etc. Ces injonctions n'ont absolument aucune portée; les pouvoirs que le tuteur tient de la loi de recevoir les capitaux du pupille ne peuvent en aucune manière être diminués, et quand il a reçu les capitaux il est tenu d'en faire emploi en vertu de l'art. 6 de la loi du 27 février 1880, sans que les tribunaux puissent rien ajouter aux prescriptions de cette loi.

Le tuteur conserve donc toujours le pouvoir d'encaisser librement tous les capitaux qui peuvent être dûs au pupille n'importe pour quelle cause, et de recevoir les autres valeurs appartenant au pupille. Ce n'est qu'à partir du moment où il

(1) BRESSOLLES, *loc. cit.*, p. 61-62; Voy. premier rapport au Sénat, *J. off.*, 7 mai 1878; deuxième rapport au Sénat, *J. off.*, 26 janvier 1880.

en a été mis en possession que commencent pour lui les diverses obligations auxquelles le soumet la loi du 27 février 1880.

421. D'après l'art. 7 de cette loi :

« Le subrogé-tuteur devra surveiller l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédents. Il devra, si le tuteur ne s'y conforme pas, provoquer la réunion du conseil de famille devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte de sa gestion. »

Le subrogé-tuteur n'engagera sa responsabilité dans cette partie spéciale de sa mission : « Que lorsqu'il y aura une faute ou une négligence réelle à lui reprocher (1). » Ainsi, le subrogé-tuteur qui a omis de surveiller l'emploi d'un capital touché par le tuteur pourra être condamné à rembourser ce capital au mineur, si le tuteur l'a dissipé et qu'il soit insolvable; il ne serait pas en faute, au contraire, et par suite ne saurait être déclaré responsable s'il s'agissait d'un capital perçu par le tuteur, sans que le subrogé-tuteur en pût être informé, ce qui peut arriver quand un titre d'obligation appartenant au mineur est appelé au remboursement par le tirage au sort (2).

Le subrogé-tuteur, dit l'art. 7, devra *surveiller* l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédents..... *Surveiller* n'est qu'un mot; c'est-à-dire que le subrogé-tuteur devra s'informer des aliénations projetées, des mesures prises pour les conversions à effectuer, des projets d'emploi, etc., et vérifier, à l'expiration des délais, si ce qui devait être fait a été fait.

Cette surveillance à peu près inutile à l'égard d'un tuteur honnête et diligent, ne saurait avoir pour effet d'empêcher un tuteur malhonnête d'aliéner en fait les valeurs mobi-

(1) Rapport à la Chambre, *J. off.*, 7 avril 1879.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1098.

lières appartenant au pupille. Les aliénations alors consenties seront nulles par application des principes généraux concernant les actes faits par le tuteur sans l'accomplissement des formalités voulues. Les incapables devenus capables ou leurs représentants seront seuls admis à invoquer la nullité, sans avoir besoin de prouver une lésion (1). Les tiers subiront donc les conséquences de l'annulation prononcée, à moins qu'il ne s'agisse de titres au porteur et que les dispositions de l'art. 2279 puissent être invoquées (2).

Or, comme l'aliénation par le tuteur des titres nominatifs est à peu près impossible, il en résulte que, pour les cas où le tuteur aura irrégulièrement aliéné une valeur, le résultat se traduira presque toujours par la possibilité, pour le mineur, d'agir en responsabilité contre son tuteur solvable ou insolvable.

On voit donc à quoi se réduit en définitive, l'économie de la loi de 1880; elle a organisé quelques moyens préventifs pour assurer la conservation du patrimoine des incapables, mais sans pouvoir édicter aucune pénalité en cas de violation de ses prescriptions.

422. L'art. 9 de la loi porte, fort inutilement, que : « les tuteurs entrés en fonction, et les mineurs émancipés antérieurement à la présente loi seront tenus de s'y conformer. — Les délais courront pour eux à partir de la promulgation. »

C'est l'application pure et simple des principes les plus certains en matière de rétroactivité des lois. Les actes antérieurement consommés sous l'empire des règles du Code civil sont maintenus. Néanmoins le conseil de famille pourra, pour l'avenir, dans le cas où des valeurs rentreraient en pos-

(1) Besançon, 1er oct. 1888, D. 90, 2, 91.
(2) BRESSOLLES, *loc. cit.*, p. 68.

session du tuteur, ou si les placements opérés périclitaient, prescrire les mesures commandées par les circonstances, tout en ménageant le tuteur de bonne foi, et sans inquiéter les tiers (1).

423. Enfin, l'art. 11 fait connaître que : « les dispositions de la présente loi sont applicables à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion. Les délais, en ce qui concerne ces colonies, seront, *quand il y aura lieu*, augmentés des délais supplémentaires fixés, à raison des distances, par la loi du 3 mai 1862. »

Un décret du 8 avril 1880 a rendu également la même loi exécutoire dans les colonies de la Guyane, du Sénégal, des établissements français de l'Inde, de la Cochinchine, de la Nouvelle-Calédonie, des établissements français de l'Océanie, de Saint-Pierre et Miquelon, de Mayotte, de Nossi-Bé et du Gabon.

L'art. 2 du décret porte aussi que les délais, en ce qui concerne les colonies qui viennent d'être mentionnées, seront, *quand il y aura lieu*, augmentés des délais supplémentaires fixés, à raison des distances, par la législation en vigueur dans chacune de ces colonies.

Les dispositions relatives à l'augmentation des délais, paraissent inutiles en présence de l'art. 5 de la loi qui permet au conseil de famille d'accorder un délai plus long que celui de trois mois pour les conversions de titres, et de l'art. 6 qui donne au conseil la même faculté pour le délai dans lequel les emplois de capitaux doivent être effectués. D'un autre côté, *quand y aura-t-il lieu*, non d'user des pouvoirs ordinaires du conseil pour augmenter les délais, mais d'appliquer pour l'Algérie, la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion l'augmention légale résultant de la loi de 1862, et pour les autres colonies l'augmentation résultant de la législation en vi-

(1) BRESSOLLES, *loc. cit.*, p. 69.

gueur dans chacune d'elles? Cela est assez difficile à comprendre. « Il faut peut-être supposer, dit un commentateur de la loi, que le tuteur n'a pas demandé un plus long délai que trois mois, ou que le conseil a refusé celui que le tuteur a demandé, et alors pour une opération à faire hors de la colonie, le tuteur ne sera censé négligent et responsable qu'après l'expiration du délai de trois mois, augmenté, selon les pays, soit d'après la loi de 1862, soit d'après la législation spéciale à la colonie. Mais cela suppose qu'il y a conflit entre le tuteur et le conseil de famille, ce qui n'est guère probable, et ce serait le tribunal auquel serait porté une question de responsabilité contre le tuteur qui déciderait, après coup s'il y avait lieu ou non à l'augmentation (1). »

424. Quand il s'agit d'un mineur étranger, résidant en France, nous savons que c'est la loi nationale de ce dernier qui doit être considérée pour savoir si le tuteur doit faire inventaire, fournir caution, et s'il peut aliéner les meubles et valeurs mobilières. La même loi déterminera aussi comment doit être fait l'emploi des économies.

S'il s'agit de mineurs étrangers résidant en pays étranger, les tribunaux français peuvent ordonner, dans l'intérêt de ces mineurs, l'emploi des fonds qui peuvent leur échoir en France. Ainsi, il a été jugé qu'en prescrivant une telle mesure, les tribunaux français ne font qu'user du droit de protection qui leur appartient, et l'usage qu'un tribunal peut faire de ce droit, quant aux biens du mineur qui se trouvent en France, ne viole aucune disposition de loi (2).

§ 6. — Des emprunts, hypothèques et aliénations d'immeubles intéressant les mineurs.

425. — Conditions de validité de l'emprunt et de l'hypothèque, art. 457.

(1) BRESSOLLES, *loc. cit.*, p. 70.
(2) Cass. 25 août 1847, D. 47, 1, 273.

426. — De l'hypothèque des biens du mineur constituée à titre de cautionnement salarié dans l'intérêt d'un tiers.
427. — De l'aliénation des immeubles, art. 458.
428. — Formes prescrites pour cette aliénation, art. 459.
429. — Des traités conclus entre le tuteur et un tiers qui s'oblige à se rendre adjudicataire à un prix déterminé.
430. — Application des règles ci-dessus aux colonies.
431. — Des immeubles situés en France appartenant à des mineurs étrangers, et des immeubles situés à l'étranger appartenant à des mineurs français.
432. — Extension des art. 457, 458 et 459 à tous les actes constituant aliénation ou création d'un droit réel.
433. — Exception aux règles ci-dessus en cas d'aliénation nécessaire résultant d'une expropriation ordinaire ou pour cause d'utilité publique,
434. — Ou d'une licitation, art. 460; — De la licitation intéressant des mineurs étrangers, ou ayant pour objet des immeubles situés à l'étranger.
435. — L'exception n'a pas lieu pour le tuteur demandeur en licitation.

425. La gestion des biens du mineur peut faire apparaître, pour le tuteur, la nécessité de se procurer un capital disponible, en argent, qui n'existe pas actuellement, sous cette forme, dans le patrimoine de son pupille. Un emprunt pourra donc être nécessaire, et comme garantie de cet emprunt, une concession d'hypothèque sur les immeubles du mineur. Peut-être même sera-t-il préférable d'aliéner les immeubles pour éviter un emprunt.

Ces trois opérations : emprunt, concession d'hypothèque, aliénation des immeubles devaient donc solliciter en même temps l'attention du législateur :

ART. 457. Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille. — Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident. — Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur, sont insuffisants. — Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui devront être vendus de préférence et toutes les conditions qu'il jugera utiles (*).

(*) Art. 457. — L. 1 § 2, L. 3 § 5, L. 5 § 4, 9, 10, 11 et 13, D. 27, 9, *De rebus eorum qui sub tut.*; L. 4, 12, 18, C. 5, 71, *De prædiis min.*

Le tuteur ne peut contracter aucun emprunt, soit directement, soit indirectement, sans l'autorisation formelle du conseil de famille, qui devra tout d'abord en apprécier la nécessité. Cette nécessité sera constatée par un rapport sommaire justifiant que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants pour satisfaire aux besoins auxquels il s'agit de faire face.

L'emprunt qui serait contracté par le mineur seul, ou sans l'observation des formalités prescrites par l'art. 457, C. C., serait donc frappé d'une nullité qui pourrait être proposée tant par le mineur que par le tuteur. Le mineur ne pourrait être tenu qu'au remboursement de ce qui aurait tourné à son profit.

Le conseil de famille qui autorise l'emprunt a le droit d'en déterminer les conditions; il lui appartient notamment d'autoriser l'hypothèque réclamée comme garantie par le bailleur de fonds.

L'emprunt comme l'hypothèque ne peuvent être autorisés en principe que pour les besoins personnels du mineur. Ainsi un père tuteur ne pourrait être autorisé à contracter un emprunt pour son compte, et à conférer une hypothèque, pour sûreté de cet emprunt, sur un immeuble appartenant à son pupille (1), et plus généralement le conseil ne pourrait autoriser la constitution d'une hypothèque sur les immeubles du mineur au profit du créancier d'un tiers et dont ce tiers serait le seul débiteur, car il y aurait là une sorte de cautionnement réel (art. 2077), c'est-à-dire un contrat de bienfaisance interdit au tuteur (2).

426. *Quid*, cependant, si ce cautionnement réel était rémunéré? Ainsi les lois spéciales imposent à certains fonctionnaires la nécessité de constituer un cautionnement réel,

(1) Trib. Gand, 21 mars 1883, *Pas.*, 83, 3, 177.
(2) DEMOLOMBE, t. VII, n° 738.

c'est-à-dire de fournir une hypothèque sur des immeubles libres de toute charge antérieure. Un conseil de famille ne pourrait-il pas autoriser un tuteur à conférer une hypothèque sur les immeubles du mineur, pour garantir la gestion d'un fonctionnaire qui lui-même ne posséderait pas d'immeubles, à la condition que le fonctionnaire ainsi garanti paierait annuellement une somme déterminée, pendant tout le temps que durerait l'effectation hypothécaire?

L'opération ne constitue pas un contrat de bienfaisance; donc à ce point de vue elle est possible. D'un autre côté, elle peut présenter pour le pupille qui profitera ainsi d'une notable augmentation de revenus *un avantage évident* selon les termes du second paragraphe de notre art. 457. Par conséquent le jugement qui prononcerait l'homologation de la délibération du conseil de famille autorisant une telle opération ne violerait certainement aucune loi positive, mais elle violerait peut-être celle de la prudence.

427. Quand il s'agira d'autoriser l'aliénation des immeubles, le conseil de famille devra également vérifier s'il y a nécessité absolue ou avantage évident.

Ainsi donc : emprunt, concession d'hypothèque, aliénation des immeubles, tels sont les trois aspects de la situation, ou de l'objet, envisagé par le législateur. Disons tout de suite que :

ART. 458. Les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal civil de première instance, qui y statuera en la chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur de la République (*).

Il y a eu quelque doute sur la nécessité de l'homologation en ce qui touche les délibérations autorisant un emprunt, mais le doute est levé par l'argument *a fortiori* tiré de l'art. 483.

(*) Art. 458. — L. 1, § 2, L. 11, D. 27, 9, *De rebus eorum qui sub tut.*; L. 2 et 18, C. 5, 71, *De prædiis min.*

D'après le dernier paragraphe de l'art. 458, le conseil de famille doit *indiquer* les immeubles qui devront être vendus de préférence et toutes les conditions qu'il jugera utiles. Puisque le conseil de famille donne seulement des *indications* sur les points dont il s'agit, il semblerait logique de décider que le juge peut, non seulement modifier les conditions indiquées par le conseil, mais encore ordonner la vente d'autres immeubles que ceux désignés par le conseil de famille. Cette solution exacte pour les conditions de la vente, ne le serait pas en ce qui concerne les immeubles à vendre. L'art. 953, C. pr. c., explique en effet que *la vente ne pourra être ordonnée que d'après un avis de parents énonçant la nature des biens et leur valeur approximative.* Par conséquent les juges ne sont pas autorisés à se substituer au conseil de famille et à ordonner d'office la vente d'immeubles que le conseil a jugé opportun de conserver (1).

La vente qui serait faite en contravention aux règles que nous venons d'examiner, prescrites par les art. 457 et 458, devrait être déclarée nulle, sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il est résulté d'une telle vente une lésion pour le mineur propriétaire (2).

428. Indépendamment de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal, la loi exige encore pour la validité des ventes d'immeubles appartenant à des mineurs, l'accomplissement des formalités protectrices suivantes :

ART. 459. La vente se fera publiquement, en présence du subrogé-tuteur, aux enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le canton. — Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par le maire des communes où elles auront été apposées.

(1) Cass. 17 déc. 1867, D. 67, 1, 482 ; *Contrà*, LAURENT, t. V, n° 88.

(2) Besançon, 1er oct. 1888, D. 92, 2, 91, et les renvois indiqués en note.

Il suffit de remarquer que depuis la loi du 2 juin 1841, la vente pourra être faite tant en l'absence qu'en la présence du subrogé-tuteur; il suffit que ce dernier y ait été appelé (art. 962, C. pr. c.).

En outre il n'y a plus lieu qu'à une seule apposition de placards, sauf à donner, au besoin, une plus grande publicité à la vente, conformément aux art. 697 et 700, C. pr. c. (art. 959, 960, 961, C. pr. c.). — Enfin les juges peuvent, suivant les circonstances, ordonner que la vente aura lieu devant un juge commis à cet effet, ou devant un notaire (1).

429. Le tuteur agit évidemment dans l'esprit de sa mission en faisant son possible pour que les immeubles vendus atteignent le prix le plus élevé.

Pourrait-il valablement convenir avec un tiers que ce dernier fera monter les enchères jusqu'à une somme déterminée pour devenir adjudicataire à ce prix d'un immeuble appartenant à son pupille? L'affirmative a été jugée en Belgique; le tuteur, a-t-on dit, n'est tenu qu'à remplir les formalités prescrites par les art. 457, 458 et 459; donc, s'il les remplit sans qu'on puisse lui reprocher des fautes ou des retards, celui qui s'est obligé ne peut pas se dégager, et s'il ne s'exécute pas, il devra, comme dommages-intérêts, la différence entre la somme pour laquelle il s'était engagé à se porter adjudicataire, et le prix obtenu en vente publique (2). L'affirmative avait été également admise en France dans une espèce où le tuteur était copropriétaire avec ses enfants mineurs de l'immeuble à aliéner, et où il avait été convenu que si l'adjudication avait lieu à un prix supérieur à la somme jusqu'à laquelle le tiers s'obligeait à faire monter le prix, la différence lui serait remboursée par le tuteur (3).

La légitimité de ces solutions est contestable : envisagée

(1) Paris, 27 juill. 1887, D. 88, 5, 532.
(2) Trib. Bruxelles, 22 mai 1889, *Pas.*, 89, 3, 332.
(3) Cass. 19 mars 1879, D. 82, 1, 404.

au regard du tuteur, l'opération se traduit par une convention aux termes de laquelle le tuteur s'interdit de susciter toute concurrence à un tiers à la charge par ce dernier de s'obliger à faire monter les enchères jusqu'à une somme déterminée. Or, si le tuteur n'est pas tenu de faire des diligences personnelles pour trouver des acquéreurs, il a le droit de les faire, et ne peut valablement renoncer à ce droit. Vis-à-vis de lui la convention est donc nulle à raison du caractère illicite de sa renonciation, elle est donc également nulle à l'égard de l'autre partie dont l'engagement avait pour cause cette renonciation elle-même.

430. Les dispositions qui viennent d'être examinées sont naturellement applicables dans les colonies et possessions françaises où fonctionne le Code civil. Il convient néanmoins d'observer en ce qui touche les indigènes musulmans, que les prescriptions des art. 457, 458 et 459 n'ont pas d'équivalent dans les coutumes musulmanes ; que par suite la vente des biens immobiliers d'un mineur peut être faite sans aucune forme légale, tant par le tuteur que par le Cadi (1).

Pour les mineurs annamites, les aliénations devront être autorisées par le *Truong-toé* (chef de famille), de même que les emprunts, mises en gage, donations, exercice des actions en justice, et autres actes juridiques (2).

431. En ce qui concerne les immeubles situés en France appartenant à des mineurs étrangers, ou les immeubles situés à l'étranger et appartenant à des mineurs français résidant en France, plusieurs distinctions doivent être faites :

I. — Il faut d'abord distinguer entre les prescriptions dont l'accomplissement a pour but de rendre possible la vente, et qu'on appelle souvent formalités *habilitantes*, et les

(1) Cass. 14 mai 1886, S. 89, 1, 221.

(2) *Précis de législation annamite* rédigé en exécution du décret du 3 oct. 1883 (titre X).

prescriptions qui ont trait au mode suivant lequel la vente elle-même doit être réalisée, et qu'on appelle souvent formalités *extrinsèques*.

Les formalités habilitantes, telles que l'intervention du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont régies par la loi nationale de l'incapable (1).

Par conséquent, pour procéder à la vente d'immeubles appartenant à un mineur étranger, mais situés en France, il suffit que le tuteur justifie qu'il a satisfait aux prescriptions de la loi étrangère qui le régit, quand même ces prescriptions s'écarteraient de celles qui sont édictées par la loi française, et, par exemple, n'exigeraient pas l'intervention d'un conseil de famille.

On a soutenu, il est vrai, que, par application de l'art. 3, il fallait observer dans ce cas la loi française (2), mais cette opinion repose sur une confusion manifeste entre le statut personnel et le statut réel.

S'il s'agissait au contraire d'immeubles appartenant à des mineurs français, mais situés en pays étranger, les tribunaux français pourraient en ordonner la vente en prononçant l'homologation de la délibération du conseil de famille, tout en renvoyant devant le tribunal du lieu de la situation des immeubles, afin qu'il y soit procédé conformément aux prescriptions de la loi locale (3).

Réciproquement si un tuteur étranger a obtenu dans le pays de la tutelle une décision autorisant la vente de certains biens situés en France, il pourra être procédé à cette vente, dans les formes voulues par la loi française pourvu que la décision dont il s'agit ait été revêtue de *l'exequatur*.

II. — Les formalités *extrinsèques*, suivant l'opinion com-

(1) Voy. *J. Dr. inter. pr.*, 1882, p. 157.
(2) *J. Dr. int. pr.*, 1880, p. 292.
(3) Arg. Bruxelles, 4 mai 1886, *J. dr. int. pr.*, 1887, p. 733.

mune, sont en effet régies par la *lex rei sitæ* (1). On a soutenu cependant qu'il convenait d'admettre à ce point de vue une nouvelle distinction, entre le caractère et la forme de la vente, par exemple entre la vente en justice et la vente à l'amiable. Si la loi nationale du mineur exige la vente en justice, il semble logique, dit-on, de décider que le tuteur ne pourrait vendre à l'amiable; mais il devrait suivre la *lex rei sitæ* pour les formalités de la vente judiciaire (2). Nous avons déjà examiné une difficulté analogue, celle de savoir si un Français pourrait passer en la forme privée, dans un pays où la loi le permet, un acte pour lequel il faudrait, d'après la loi française, observer des formes solennelles (V. t. Ier, nº 168). Nous avons pensé que dans un pays où la forme sous-seing privé est admise pour un certain acte, cette forme doit équivaloir à la forme authentique dans un autre pays qui exigerait la forme authentique pour ce même acte. De même la forme amiable doit être considérée comme équivalente, dans notre matière, à la forme judiciaire. La jurisprudence belge a eu souvent l'occasion de se prononcer dans ce sens (3).

432. Le système résultant de la combinaison des art. 457, 458 et 459, comporte certaines restrictions nécessaires. D'une manière générale, il doit s'appliquer à tout acte constituant une aliénation ou création d'un droit réel grevant le patrimoine immobilier du mineur. Il doit donc s'appliquer à la constitution d'une servitude, à la renonciation à une hypothèque, etc. Dans toutes ces hypothèses, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal seront indispensables, mais, à raison du caractère de l'aliénation envisagée, il ne saurait être question d'enchères publiques.

Il faut cependant faire une précision en ce qui concerne la renonciation à l'hypothèque et à la mainlevée de l'inscrip-

(1) WEISS, *loc. cit.*, p. 605.
(2) Voy. LAURENT, *Dr. int. pr.*, t. VI, p. 217.
(3) Liège, 31 déc. 1879, *Pas.*, 80, 2, 122.

tion. L'autorisation et l'homologation ne seront nécessaires que si la créance garantie par l'hypothèque doit continuer d'exister après la renonciation à cette hypothèque. Si au contraire la mainlevée n'est rien autre chose que la reconnaissance de l'extinction de la créance opérée par le fait même d'un paiement effectué, le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation pour accorder la mainlevée.

433. La nécessité d'une autorisation préalable disparaît quand il s'agit d'une aliénation nécessaire, c'est-à-dire ne pouvant être évitée. C'est ce qui a lieu :

1° Dans le cas d'expropriation des immeubles d'un mineur poursuivie à la requête de ses créanciers (Voy. art. 2206, 2207) ;

2° Dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ; — aux termes de l'art. 13 de la loi du 3 mai 1841 :

« Si des biens de mineurs, d'interdits, d'absents ou autres incapables, sont compris dans les plans déposés en vertu de l'art. 5, ou dans les modifications admises par l'administration supérieure, aux termes de l'art. 11 de la présente loi, les tuteurs, ceux qui ont été envoyés en possession provisoire, et tous représentants des incapables, peuvent, après autorisation du tribunal donnée sur simple requête, en la chambre du conseil, le ministère public entendu, consentir amiablement à l'aliénation desdits biens. — Le tribunal ordonne les mesures de conservation ou de remploi qu'il juge nécessaires. »

Cette disposition spéciale n'est pas modifiée par la disposition générale de la loi du 27 février 1880 en ce qui concerne le droit accordé au tribunal de régler le mode d'emploi de l'indemnité.

L'article précité ne signifie pas que l'aliénation des biens des incapables ne peut avoir lieu par cession amiable avant le dépôt du plan parcellaire à la mairie. Il peut arriver en effet que, même avant le dépôt de ce plan, il soit démontré

d'une manière certaine, qu'un immeuble appartenant à un mineur est indispensable pour l'exécution d'un travail public; le tribunal pourra dans ce cas autoriser l'aliénation. Il pourra arriver aussi que le tribunal refuse l'autorisation, quoique l'immeuble soit compris dans le plan, le plan pouvant être modifié.

Les juges n'ont qu'un point à vérifier : l'aliénation est-elle rendue nécessaire ou forcée par l'exécution d'un travail public?

Donc si les concessionnaires des travaux projetés avaient requis l'expropriation de terrains utiles, non pour les travaux considérés en eux-mêmes, mais seulement pour les spéculations accessoires qui s'y rattachent, et devant rester leur propriété particulière, au lieu d'entrer dans le domaine public, le tribunal ne devrait pas autoriser la cession amiable (1).

Ces règles sont applicables aux mineurs émancipés (art. 484), et aux aliénés dont s'occupe la loi du 30 juin 1838; elles ont aussi été étendues à l'acceptation des offres faites par l'administration (L. 3 mai 1841, art. 26).

Le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation pour rejeter les offres et pour procéder sur la demande en règlement de l'indemnité (2).

434. 3° Dans le cas où un jugement a ordonné la licitation, sur la demande du copropriétaire d'un immeuble appartenant, par indivis, à un mineur :

ART. 460. Les formalités exigées par les art. 457 et 458, pour l'aliénation des biens du mineur, ne s'appliquent point au cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d'un copropriétaire par indivis. — Seulement, et en ce cas, la licitation ne pourra se faire que dans la forme prescrite par l'article précédent : les étrangers y seront nécessairement admis (*).

(*) Art. 460. — L. 1, § 2, D. 27, 9, *De rebus eorum qui sub tut.*; L. 17, C. 5, 71, *De præd. min.*

(1) Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Expropriation pour cause d'utilité publique*, n° 198.

(2) AUBRY et RAU, t. I, § 113, texte et note 33.

Nul n'étant tenu de rester dans l'indivision, c'est un droit pour tout copropriétaire d'immeubles indivis avec un mineur de provoquer, pour sortir d'indivision, la licitation, c'est-à-dire, la vente aux enchères de ces immeubles.

Quand tous les colicitants sont majeurs et maîtres de leurs droits, ils peuvent valablement convenir que les étrangers ne seront pas admis à surenchérir; il en est autrement quand un mineur est intéressé dans la vente.

Si les mineurs sont étrangers, le tribunal compétent pour ordonner la vente des immeubles situés en France sera celui du lieu de l'ouverture de la succession, si la succession s'est ouverte en France; si la succession s'est ouverte à l'étranger, ce sera le tribunal de la situation de l'immeuble.

Si les immeubles appartenant par indivis à des majeurs et à des mineurs français sont situés à l'étranger, la licitation sera poursuivie par les majeurs devant le tribunal du lieu de la succession, si la succession s'est ouverte en France, sauf à renvoyer, pour les enchères, devant les tribunaux étrangers pour y être procédé conformément aux prescriptions de la loi locale. Si, dans la même hypothèse, la succession s'est ouverte à l'étranger, les tribunaux français seraient incompétents pour prononcer sur la demande en licitation.

Le subrogé-tuteur sera appelé à la vente; à cet effet, le jour, le lieu et l'heure de l'adjudication lui seront notifiés un mois d'avance, avec avertissement qu'il y sera procédé tant en son absence que présence, art. 962, C. pr. c.

Néanmoins si la licitation d'un immeuble situé en France intéresse un mineur étranger, il n'y a pas lieu de nommer un subrogé-tuteur pour recevoir la signification prescrite par l'art. 962, C. pr. c., si la loi de son pays confère au père survivant seul la tutelle, sans la soumettre, comme la loi française, au contrôle d'un subrogé-tuteur (1).

(1) Trib. Seine, 23 mai 1883, *Répert. not.*, 1269.

435. L'exception consacrée par l'art. 460 concerne seulement le cas où le mineur est défendeur à la demande en licitation de biens indivis entre lui et les tiers. Si le tuteur voulait se porter demandeur dans la même hypothèse, il aurait besoin de l'autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal. Le défaut d'homologation aurait pour résultat de faire réputer comme non avenue la demande du tuteur, et d'attribuer le bénéfice de la poursuite au copropriétaire du mineur qui, de son côté, aurait provoqué la licitation postérieurement à cette demande (1).

§ 7. — Successions ou donations intéressant les mineurs; exercice de leurs actions; droit de correction.

436. — Successions échues au mineur; acceptation bénéficiaire ou répudiation, art. 461.
437. — Effets de l'acceptation bénéficiaire.
438. — Des mineurs étrangers.
439. — La répudiation n'est pas irrévocable, art. 462.
440. — Des donations offertes à un mineur français, art. 463;
441. — Ou à un mineur étranger.
442. — De l'exercice des actions; actions mobilières.
443. — Actions intéressant l'état des mineurs.
444. — Actions immobilières, art. 464.
445. — Action en partage, art. 465.
446. — Formes du partage intéressant un mineur, art. 466.
447. — Partage provisionnel.
448. — De la transaction, art. 467.
449. — Droit de correction, art. 468; — du mineur étranger.

436. Au nombre des actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire, mais suffisante, la loi place l'acceptation et la répudiation d'une succession échue au mineur.

Celui au profit de qui s'ouvre une succession peut prendre l'une des trois décisions suivantes :

(1) Cass. 20 juill. 1880, D. 80, 1, 161.

Renoncer, c'est-à-dire se rendre absolument étranger à la succession, en ce qui touche l'actif, comme en ce qui touche le passif;

Accepter la succession sous bénéfice d'inventaire, c'est-à-dire se soumettre au paiement des dettes et charges, à concurrence seulement de l'actif héréditaire, *intra vires successionis;*

Accepter purement et *simplement*, c'est-à-dire se soumettre au paiement des dettes *ultra vires successionis*, sur ses propres biens si l'actif héréditaire n'est pas suffisant.

C'est cette dernière détermination qui est interdite au tuteur :

ART. 461. Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire (*).

Cette disposition s'applique, non seulement aux successions déférées par la loi, mais encore aux legs universels ou à titre universel, même faits sous charge ou condition (1). Dans aucun cas, la délibération du conseil de famille n'est soumise à la nécessité de l'homologation (2), quand même il s'agirait d'une répudiation de succession contenant des immeubles.

437. L'acceptation bénéficiaire, quoique mettant l'héritier à l'abri du danger de supporter sur ses biens le paiement des charges au delà des forces de la succession, n'est pas toujours exempte d'inconvénients.

D'abord elle emporte l'obligation de gérer et administrer la succession, ce qui peut être un embarras inutile; en second lieu l'héritier bénéficiaire est tenu de rapporter à la succession les choses qui lui ont été données ou léguées par le

(*) Art. 461. — L. 9, § 3, 4, 5, D. 26, 8, *De auct. tut.;* L. 8, D. 29, 2, *De adquir. vel omitt. hæred.*

(1) Dijon, 10 juill. 1879, D. 80, 2, 129.

(2) Paris, 2 fév. 1880, D. 83, 2, 129.

défunt, à moins que le don ou le legs ne lui ait été fait avec dispense de rapport (art. 843). Enfin les droits de mutation par décès constituant à la fois une dette de l'héritier dont le remboursement peut être poursuivi contre lui personnellement, et une dette de la succession, l'héritier bénéficiaire pourra être tenu d'en faire l'avance, sauf à les comprendre ensuite dans son compte de bénéfice d'inventaire (1).

Il est donc facile de comprendre pourquoi le tuteur n'a pas été laissé seul juge de l'opportunité d'une acceptation bénéficiaire pas plus que d'une répudiation. Dans aucun cas l'acceptation ou la répudiation ne pourront résulter du fait seul de la délibération du conseil (2). Il faut que le tuteur autorisé à répudier ou à accepter une succession échue au mineur, remplisse les formalités prescrites par l'art. 793 ; la déclaration sera donc faite au greffe. Il n'y a pas, en effet, à l'égard d'un mineur possibilité de concevoir une acceptation tacite dérivant soit d'un acte personnel d'immixtion, soit d'un acte du tuteur. Par conséquent le privilège du mineur de ne pouvoir, en cas d'acceptation, être qu'héritier bénéficiaire doit durer jusqu'à sa majorité, mais s'éteindra à cette époque (3).

Le mineur, avons-nous dit, ne peut pas accepter purement et simplement une succession qui lui est échue, quand même cette succession serait incontestablement avantageuse. Le législateur aurait été peut-être mieux inspiré en permettant l'acceptation pure et simple, sauf à imposer la garantie résultant d'une homologation de la délibération du conseil de famille autorisant une telle acceptation.

L'acceptation bénéficiaire, indépendamment des embarras et dépenses qu'entraîne l'administration compliquée qui en est la conséquence, peut en effet créer quelquefois au mineur

(1) Caen, 10 mars 1884, D. 85, 2, 9.
(2) Arg. Cass. 1er mars 1886, S. 89, 1, 468.
(3) Cass. 27 mars 1888, D. 88, 1, 345.

une situation moins favorable que celle résultant d'une acceptation pure et simple. Ainsi quand l'héritier bénéficiaire se rend adjudicataire des immeubles dépendant de la succession, la transcription du jugement d'adjudication, au tarif de 1 fr. 50 0/0 (L. 28 avril 1816, art. 54) sera nécessaire, tandis que la même formalité n'est pas nécessaire pour l'héritier pur et simple qui se rend adjudicataire (1).

438. Pour les mineurs étrangers, la faculté d'accepter ou de répudier une succession échue au pupille, doit être régie par la loi qui régit la tutelle.

Un tuteur étranger pourrait donc accepter purement et simplement une succession même immobilière échue, en France, à son pupille, si la loi de ce dernier autorisait une telle acceptation. Mais les formes de l'acceptation ou de la répudiation seront régies par la loi locale, c'est-à-dire la loi française.

439. L'acceptation bénéficiaire régulièrement faite pour le compte du mineur est irrévocable ; il en est autrement de la renonciation :

ART. 462. Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'aurait pas été acceptée par un autre, elle pourra être reprise soit par le tuteur, autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été légalement faits durant la vacance (*).

C'est l'application, pour les mineurs, d'un principe général formulé pour les majeurs par l'art. 790.

440. On a admis pour les donations offertes au mineur, la même règle que pour les successions; le tuteur ne peut les accepter seul :

ART. 463. La donation faite au mineur ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. — Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur (**).

(*) Art. 462. — Arg. ex. L. 8, § 6, C. 6, 61, *De bonis quæ liberis.*
(**) Art. 463. — L. 26, C. 8, 54, *De donat.*
(1) Cass. 12 janv. 1876, S. 76, 1, 81.

Il importe en effet que les mobiles qui ont déterminé la donation puissent être appréciés par la famille. La donation peut d'ailleurs être soumise à des charges dont l'accomplissement peut être jugé difficile pour le donataire, qui théoriquement, pourra se trouver, en outre, exposé à une demande d'aliments de la part du donateur (art. 935).

Cette disposition doit être, croyons-nous, étendue à l'acceptation du legs particulier (1).

L'art. 915 accorde au père et à la mère et à tout ascendant le droit d'accepter une donation pour son descendant, sans autorisation du conseil de famille. Donc si le père, la mère ou l'ascendant est tuteur, il n'a pas, davantage, besoin de l'autorisation du conseil de famille, et la donation ainsi acceptée devra, comme celle qui est acceptée par le tuteur autorisé, avoir *le même effet qu'à l'égard d'un majeur*, c'est-à-dire être irrévocable. Cependant, comme ces dernières expressions ne sont pas reproduites dans l'art. 915, on a soutenu que l'acceptation de l'ascendant n'est pas irrévocable comme celle du conseil de famille (2). Dans cette opinion, le donateur, afin d'assurer l'efficacité de la donation, notamment au point de vue de l'exécution des charges, aurait intérêt à ne pas trouver suffisante l'acceptation de l'ascendant, et à exiger l'approbation du conseil de famille. Mais il faut observer que la donation régulièrement acceptée, et c'est notre hypothèse, est parfaite par le consentement des parties (art. 938). Il n'est donc pas possible de déférer aux tribunaux l'acceptation faite par l'ascendant. C'est au contraire l'acceptation faite par la famille qui peut être mise en question, puisqu'un recours est possible contre la délibération qui l'a autorisée (3).

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1081 ; Comp. DEMOLOMBE, t. VII, n° 708.

(2) DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. III, n° 74 *bis*.

(3) LAURENT, t. V, n° 80.

441. Les donations concernant les mineurs étrangers sont régies quant à la capacité d'accepter par la loi du mineur donataire. Mais si la donation a pour objet un immeuble situé en France, les règles concernant les immeubles français seront applicables, notamment l'art. 942, relatif à la transcription. Si la transcription n'a pas eu lieu, le mineur ne sera point restituable, et n'aura qu'un recours contre son tuteur.

442. Les actions peuvent constituer un élément notable du patrimoine du mineur; il fallait, pour déterminer les pouvoirs du tuteur quant à leur exercice, tenir compte des différences qui peuvent exister quant à leur objet.

Il y a d'abord un principe qui doit recevoir son application à l'exercice de toutes les actions, quel que soit leur objet. C'est que le tuteur a seul qualité pour représenter le mineur en justice. Serait nulle par conséquent la délibération du conseil de famille qui, du consentement du tuteur, désignerait un tuteur *ad hoc* chargé de diriger contre un tiers une action au nom du mineur (1).

Par conséquent encore, lorsqu'un mineur est sans tuteur les juges ne peuvent s'attribuer le droit de le relever de son incapacité et l'autoriser à se présenter seul en justice pour y défendre ses intérêts (2).

Enfin du principe posé, il suit que le tuteur a seul qualité pour interjeter appel au nom du mineur, à l'exclusion du subrogé-tuteur (3).

Le tuteur seul peut donc agir au nom du mineur, mais ses pouvoirs diffèrent selon qu'il s'agit d'une action mobilière ou d'une action immobilière.

En ce qui touche les actions mobilières considérées en

(1) Paris, 9 août 1875, D. 77, 2, 56.
(2) Cass. 25 juin 1884, D. 85, 1, 160.
(3) Cass. 28 nov. 1887, D. 88, 1, 226.

vertu de vieux préjugés comme moins importantes, aucun texte ne limite les pouvoirs du tuteur. Il pourra donc, sans l'autorisation du conseil de famille, intenter en justice une action relative aux droits mobiliers du mineur, défendre à une action de cette nature, acquiescer au jugement qui sera rendu sur cette action, ou à une demande relative aux mêmes droits (1).

Les poursuites en saisie-immobilière tendant au recouvrement d'une créance mobilière peuvent pareillement être intentées par le tuteur seul, mais nous pensons qu'il ne pourrait pas faire une surenchère qui a pour résultat de soumettre éventuellement le surenchérisseur à des obligations strictes (2).

Les actions possessoires considérées comme étant principalement des actes conservatoires peuvent aussi, à ce titre, et malgré leur caractère immobilier, être intentées par le tuteur seul.

443. Que faut-il penser des actions intéressant l'état du mineur? La jurisprudence décide qu'en l'absence de texte refusant au tuteur le droit d'intenter les actions de cette nature, il faut lui reconnaître le droit d'agir seul. Cette solution a même été appliquée à une demande en nullité du mariage contracté par un interdit avant son interdiction, demande formée par le tuteur seul (3).

Les auteurs estiment en général que l'autorisation du conseil de famille est nécessaire d'abord en vertu de l'esprit général du Code qui fait intervenir le conseil de famille quand il s'agit de la personne ou de l'état du mineur (ex. : art. 175, 182, 468), soit en vertu d'un argument *a fortiori* tiré de l'art. 464 qui exige l'autorisation du conseil pour

(1) Pau, 26 mai 1879, D. 80, 2, 131.
(2) LAURENT, t. XXXI, nos 498 et suiv.
(3) Cass. 26 fév. 1890, S. 90, 1, 216 ; D. 90, 1, 290.

les actions immobilières bien moins importantes que les actions intéressant l'état des personnes (1).

La faiblesse de cette argumentation et les conséquences graves du système admis par la jurisprudence sont de nature à faire préférer, théoriquement, l'opinion d'après laquelle le tuteur ne peut introduire, même avec l'autorisation du conseil de famille, aucune action concernant l'état du mineur; ces actions étant de nature à ne pouvoir être intentées que par le sujet investi lui-même (2). Mais cette opinion incontestablement vraie pour l'action en divorce, ne paraît pas encore appelée à triompher. (V. t. II, nos 17 et 305).

444. Le législateur ne s'est expliqué catégoriquement qu'à l'égard des actions immobilières :

ART. 464. Aucun tuteur ne pourra introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil de famille (*).

La loi distingue, sans nécessité ni utilité bien démontrée, entre le cas où le tuteur doit jouer le rôle de demandeur, et celui où il doit être défendeur. Il peut défendre sans autorisation du conseil, il ne peut se porter demandeur qu'avec cette autorisation.

Mais il faut qu'il s'agisse d'une véritable introduction d'instance. Par conséquent l'autorisation du conseil ne serait pas nécessaire pour suivre ou reprendre une action immobilière précédemment introduite (3).

Il est encore admis généralement que le tuteur quand il a été demandeur n'a pas besoin d'une autorisation particulière pour employer les voies légales de recours ouvertes contre

(*) Art. 464. — L. 9, § 6, D. 26, 7, *De admin. et peric. tutor.*; L. 78, § 2, D. 31, 1, *De leg.*; L. 55, D. 21, 2, *De eviction.*; L. 7, § 3, D. 41, 4, *Pro empt.*; L. 6, C. 5, 37, *De admin. tutor.*

(1) AUBRY et RAU, § 114, texte et note 7; DEMOLOMBE, t. VII, n° 694.

(2) LAURENT, t. V, n° 82.

(3) DEMOLOMBE, t. V, n° 712; note 4 sous Cass. 18 fév. 1880, D. 80 1, 351.

la décision rendue (1). La solution différente admise en matière d'autorisation de femme mariée s'explique par la *spécialité de l'autorisation* (t. II, n° 243), qui n'a pas d'équivalent en matière de tutelle (2).

Le défendeur peut refuser de plaider avec un tuteur non autorisé; son exception est purement dilatoire, l'autorisation pouvant être valablement donnée durant tout le cours de l'instance jusqu'au jugement définitif. S'il consent à plaider, il est lié envers le mineur s'il perd son procès; s'il triomphe dans l'instance, le mineur n'est pas lié envers lui.

L'art. 464 défend encore au tuteur d'acquiescer, sans autorisation, à une demande relative aux droits immobiliers du mineur. Il ne pourrait, par suite, se désister seul de la demande qu'il aurait été autorisé à former. Les tiers qui, pour plus de sécurité, refuseraient d'accepter un désistement ou un acquiescement autorisé et insisteraient pour obtenir une décision judiciaire, devraient en supporter les frais (3).

Les conclusions par lesquelles un tuteur déclare s'en rapporter à justice dans une contestation portant sur les droits immobiliers du mineur, ne peuvent être considérées comme un acquiescement; elles impliquent au contraire une contradiction aux prétentions de l'adversaire (4).

Les règles ci-dessus sont applicables à toutes les actions qui sont immobilières d'après leur objet, qui intéressent par conséquent soit un droit de propriété appartenant au mineur, soit un démembrement de ce droit.

445. Si les règles ci-dessus étaient applicables à l'action en partage, il faudrait décider que le tuteur peut provoquer un partage quand la masse indivise est purement mobilière, et

(1) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n°s 712, 713.
(2) *Contrà*, LAURENT, t. V, n° 83.
(3) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 718.
(4) Cass. 24 juill. 1888, S. 90, 1, 401.

qu'il doit au contraire être autorisé par le conseil de famille, quand la masse à partager comprend des immeubles. Mais il n'en est pas ainsi, et, sans qu'il y ait à distinguer entre le cas où les biens indivis sont meubles, et celui où ils sont immeubles,

ART. 465. La même autorisation sera nécessaire au tuteur pour provoquer un partage; mais il pourra, sans cette autorisation, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur (*).

La cause de l'indivision est indifférente; qu'elle provienne d'une succession, d'une communauté, ou d'une société, l'autorisation du conseil de famille sera toujours nécessaire pour le tuteur qui voudrait provoquer le partage. Le partage, en effet, doit avoir lieu en justice quand un mineur y est intéressé, et nécessite des frais considérables. Il y a donc à vérifier si le mineur est véritablement intéressé à sortir immédiatement d'indivision par un partage, ou s'il ne vaut pas mieux pour lui attendre l'époque de sa majorité. La loi a pensé que l'intervention du conseil de famille était nécessaire pour trancher la difficulté.

Quand l'indivision existe entre le mineur et un tiers, c'est au tuteur qu'il appartient, le cas échéant, de provoquer la délibération du conseil de famille à l'effet d'être autorisé à poursuivre le partage. Si l'indivision existe entre le mineur et le tuteur lui-même, c'est le subrogé-tuteur qui a qualité pour provoquer la délibération du conseil, et l'autorisation d'agir lui sera accordée à bon droit, si le conseil reconnaît qu'il y a pour le mineur un véritable intérêt à sortir d'indivision (1).

Dans tous les cas, il n'est pas indispensable que l'autorisation du conseil de famille soit antérieure à l'assignation en

(*) Art. 465. — L. 1, § 2, L. 7, D. 27, 9, *De rebus eorum qui sub tutel.*; L. 17, C. 5, 71, *De prædiis minor.*

(1) Cass. 15 mai 1878, D. 79, 1, 40.

partage ; il suffit qu'il en soit justifié avant le jugement.

C'est seulement pour provoquer le partage que le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille. Il peut, sans cette autorisation, dit l'art. 465, *répondre à une demande* en partage dirigée contre le mineur. De ce qu'il a le droit de *répondre* à cette demande, il suit qu'il a le droit de prendre toutes conclusions commandées par l'intérêt du mineur, quand même ces conclusions se traduiraient par des renonciations ou concessions faites au co-partageant (1). Il ne faudrait pas voir dans des conclusions de cette nature une transaction effectuée sans les formes voulues par l'art. 467.

Les règles ordinaires de compétence devront être observées pour l'action en partage. Notamment en matière de succession, le tribunal compétent sera celui du lieu de l'ouverture de la succession. Si la succession s'est ouverte à l'étranger et si les biens qui en dépendent sont situés en France, l'action en partage sera portée devant le tribunal de la situation de ces biens.

446. Le partage dans lequel un mineur est intéressé ne peut pas être fait à l'amiable :

ART. 466. Pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le partage devra être fait en justice, et précédé d'une estimation faite par experts nommés par le tribunal de première instance du lieu de l'ouverture de la succession. — Les experts, après avoir prêté, devant le président du même tribunal ou autre juge par lui délégué, le serment de bien et fidèlement remplir leur mission, procèderont à la division des héritages et à la formation des lots, qui seront tirés au sort, et en présence soit d'un membre du tribunal, soit d'un notaire par lui commis, lequel fera la délivrance des lots. — Tout autre partage ne sera considéré que comme provisionnel (*).

Les art. 819, C. C., 966 et suiv., C. pr. c., complètent les dispositions qui précèdent.

La loi du 2 juin 1841 les a modifiées en rendant l'expertise facultative pour le tribunal.

(*) Art. 466. — L. 20, D. 26, 8, *De auct. et cons. tut.*

(1) Cass. 28 oct. 1885, S. 89, 1, 13.

Le tirage au sort prescrit par l'art. 466 ne sera pas toujours possible quand la succession à partager se compose exclusivement de sommes ou de créances dont la valeur est déterminée par le chiffre nominal des titres sans qu'il soit besoin de recourir à une expertise. Dans ce cas, si le partage nécessite des parts inégales ne pouvant être ramenées à un diviseur commun, il faudra forcément procéder par voie d'attribution, bien qu'il y ait un mineur au nombre des co-partageants (1).

Les parties ne pourraient, par aucune combinaison, éluder la règle qui soumet aux formes judiciaires un partage intéressant un mineur. Néanmoins, en combinant ces deux idées d'une part que le partage et les difficultés qui s'élèvent à son occasion peuvent faire l'objet d'une transaction, et d'autre part que le tuteur peut transiger au nom du mineur en remplissant les formalités prescrites par l'art. 467, qui va être expliqué, on arrive correctement à la conclusion suivante :

Le partage auquel des mineurs sont intéressés peut être fait amiablement sous la forme d'une transaction en observant les formalités prescrites par l'art. 467, pourvu que des causes sérieuses de litige présentées par le partage aient motivé le recours à la transaction, et, à cet égard, la déclaration du juge du fait est souveraine (2).

447. Le partage opéré sans l'accomplissement des formalités requises, est considéré comme simplement provisionnel, c'est-à-dire de nature à ne faire cesser l'indivision que pour la jouissance. Il est nul en tant que partage définitif. Dans ce cas, la nullité ne peut être proposée que par le mineur devenu majeur ou par le tuteur, à l'exclusion des parties majeures qui y ont figuré. Ces dernières néanmoins peuvent

(1) Nancy, 2 mars 1886, S. 88, 2, 206.

(2) Cass. 5 déc. 1887, S. 88, 1, 125 ; D. 88, 1, 241 ; Comp. Douai, 10 sept. 1890, D. 91, 2, 133.

se prévaloir de la nullité prononcée à la requête des mineurs pour demander qu'il soit procédé à un nouveau partage entre tous les intéressés (1).

La loi prévoit seulement le cas où le partage, autorisé par le conseil de famille, devient provisionnel par l'inobservation des formes prescrites pour qu'il soit définitif. Il est cependant généralement admis que le tuteur peut directement procéder à un partage provisionnel sans avoir besoin de réclamer l'autorisation du conseil de famille, car la loi n'exige formellement l'intervention du conseil que pour un partage de propriété (2).

448. Nous venons de faire allusion à la transaction, en indiquant qu'elle est soumise par la loi à des formalités spéciales :

> ART. 467. Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République près le tribunal de première instance. — La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur de la République (*).

La généralité des termes employés dans le texte doit faire décider que les prescriptions qu'il édicte doivent être observées aussi bien pour les transactions sur les droits mobiliers du mineur, que pour les transactions concernant ses droits immobiliers (3).

Les trois jurisconsultes dont l'avis favorable et unanime est nécessaire à la validité de la transaction, sont choisis, dans la pratique, parmi les avocats ayant dix années d'inscription au tableau.

(*) Art. 467. — L. 46, § ult., D. 26, 7, *De admin. et peric. tut.*; L. 28, § 1, D. 2, 14, *De pactis;* L. 7, § 3, D. 41, 4, *Pro empt.*; L. 56, § 4, D. 47, 2, *De furtis*; L. 22, C. 5, 14, *De pactis.*

(1) Arrêt précité du 5 déc. 1887.

(2) DEMOLOMBE, t. VII, nos 723, 721 ; *Contrà*, LAURENT, t. V, n° 78.

(3) Paris, 14 août 1871, S. 71, 2, 198.

Cet avis a pour but d'éclairer le conseil de famille; il doit donc précéder la délibération, mais non à peine de nullité.

L'inobservation des formalités prescrites par la loi entraîne la nullité relative de la transaction, notamment le défaut d'homologation, même dans le cas où les conventions d'où dérive la transaction sont intervenues au cours d'un procès, devant le juge qui en a donné acte (1).

Si la nullité de la transaction est demandée par le mineur, elle doit l'être par voie d'action principale et non par voie d'appel envers le jugement d'homologation.

Ce n'est pas, il faut le remarquer, la délibération du conseil de famille qui est homologuée, c'est, d'après le texte de l'art. 467, la transaction elle-même (2).

Il semble donc logique de décider que lorsque la transaction dans laquelle un mineur est intéressé intervient au cours d'une instance d'appel, et pour mettre fin à cette instance, c'est à la Cour d'appel et non au tribunal de première instance qu'il appartient d'homologuer la transaction (3).

449. Le législateur, après avoir tracé les règles concernant l'administration des biens du mineur, termine par où il aurait pu commencer, en s'occupant de l'exercice, par le tuteur, du droit de correction.

ART. 468. 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 réclusion du mineur, conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre *de la Puissance paternelle*.

Il s'agit du tuteur autre que le père, qui conserve la puissance paternelle non diminuée par sa qualité de tuteur.

C'est la loi nationale du mineur qui détermine l'étendue des pouvoirs attribués au tuteur sur sa personne. Le tuteur d'un mineur étranger à qui la loi nationale du mineur

(1) Douai, 10 nov. 1891, D. 91, 2, 133.
(2) LAURENT, t. V, nº 96.
(3) BELTJENS, *Encyclopédie du Dr. civ. belge*, art. 467, nº 6.

n'accorderait pas le droit de correction, ne serait donc pas admis à l'exercer en France. Si le tuteur tenait au contraire de cette loi le droit de correction, il pourrait en user en France, mais seulement à l'aide des moyens admis par la loi française; ainsi il ne pourrait user, ni de la séquestration privée, ni de châtiments corporels. Enfin, il ne saurait être question de demander l'autorisation du conseil de famille, si la loi étrangère ne connaît pas cette institution, ou ne lui donne pas le droit d'intervenir dans l'exercice du droit de correction.

SECTION IX.

Des comptes de tutelle.

450. — Causes qui mettent fin à la tutelle, art. 469.
451. — La tutelle dure-t-elle par suite d'une gestion de fait, tant qu'il n'en a pas été rendu compte ?
452. — Des états de situation que le tuteur peut être obligé de fournir, art. 470.
453. — Du compte à rendre par le tuteur.
454. — A qui et comment doit-il être rendu, art. 471 ; compte rendu à l'amiable.
455. — Compte rendu en justice.
456. — Le compte est toujours rendu aux frais du mineur.
457. — Éléments du chapitre des recettes et du chapitre des dépenses.
458. — Prohibition de tout traité antérieur à la reddition d'un compte détaillé, art. 472.
459. — Des libéralités adressées à l'ex-tuteur par l'ex-mineur ; de la transaction sur le compte de tutelle.
460. — Des contestations sur le compte, art. 473.
461. — Du reliquat dû par le tuteur, art. 474.
462. — De la prescription des actions du mineur contre le tuteur, art. 475.
463. — *Quid* de l'action en redressement pour cause de dol ou de fraude ?
464. — *Quid* de l'action en paiement du reliquat, etc., et des actions résultant d'une tutelle de fait ?

450. L'administration du tuteur doit finalement aboutir à une reddition de compte :

ART. 469. Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit (*).

La tutelle finit ou plutôt devient vacante par certains événements qui peuvent se produire dans la personne du tuteur; ce sont principalement :

La mort, art. 419;

Le bénéfice de l'âge (70 ans) art. 433;

L'exclusion du tuteur légal, testamentaire ou légitime prononcée par le conseil de famille faute d'avoir provoqué la nomination du subrogé-tuteur, art. 421;

Certaines condamnations, art. 443, et la déchéance encourue de la puissance paternelle;

La destitution;

Le non maintien dans la tutelle de la mère remariée.

Nous rappelons que, dans ces hypothèses, il pourra y avoir lieu, pour le subrogé-tuteur, de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, art. 424.

La tutelle peut encore prendre fin réellement par des événements se produisant dans la personne du pupille; ces événements sont :

La mort,

La majorité, art. 488;

L'émancipation, art. 476.

Les pouvoirs du tuteur cessent immédiatement dès que la tutelle prend fin. A partir du même moment les incapacités spéciales édictées à son égard disparaissent, sauf l'exception résultant de l'art. 907.

451. Quoique, en droit, il n'y ait plus de tutelle quand le mineur est décédé ou est devenu majeur, il peut arriver qu'en fait la gestion du tuteur continue, mais ce n'est plus une gestion tutélaire donnant lieu à l'hypothèque légale, ou à la production de plein droit d'intérêts. Tout le monde est

(*) Art. 469. — GAI. Comm., 1, § 91 ; L. 1, § 5, D. 27, 3, *De tutel. et ration. distrah.*; Novell. 72, cap. ult.

aujourd'hui d'accord sur ce point (1). L'opinion différente admise par la Cour de cassation (2), n'a pas été suivie généralement. Il n'était pas possible en effet de soutenir que l'ancien droit français d'après lequel *la tutelle était censée durer tant qu'il n'en avait pas été rendu compte*, était toujours en vigueur, *n'ayant pas été abrogé.*

Il n'est pas non plus possible d'admettre la distinction qui a été proposée entre les actes postérieurs à la cessation de la tutelle et indépendants de toute gestion antérieure, et les actes postérieurs mais qui seraient une suite de cette gestion à laquelle ils se rattacheraient par une dépendance et une connexité nécessaire (3). C'est qu'en effet, la distinction proposée ne correspond à rien; ou il s'agit d'un acte passé durant la tutelle et produisant ses effets après qu'elle a cessé, et alors c'est véritablement un acte de gestion tutélaire, ou il s'agit d'un acte postérieur à la cessation de la tutelle et c'est en vain qu'on voudrait le rattacher à la gestion antérieure, car malgré la connexité invoquée, l'unité prétendue de l'opération serait toujours scindée par l'événement qui a mis fin à la tutelle. D'ailleurs cette connexité n'existe en réalité que dans les mots; le seul exemple qu'on a pu en donner prouve au contraire qu'elle n'existe pas dans la réalité des choses :

« Le tuteur, dit Demolombe, le lendemain de la majorité du mineur, a commis des dégradations sur ses biens, ou même les a laissés périr par négligence. A quel titre possédait-il encore ces biens, que le mineur à peine devenu majeur n'avait pas eu le temps de reprendre? Il est clair qu'il les pos-

(1) DEMOLOMBE, t. VIII, nos 24, 27 ; LAURENT, t. V, nos 117, 118.

(2) Cass. 9 juill. 1866, D. 66, 1, 385 ; Cass. 28 nov. 1842, DALLOZ, *Répert.*, vo *Minorité*, no 729, 9o. — Paris, 13 déc. 1877, D. 2, 71. Comp. Cass. 15 fév. 1882, D. 83, 1, 111.

(3) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, nos 25 27 et 34.,

sédait encore comme tuteur, que c'était là une suite nécessaire de la gestion (1). »

Il est clair, au contraire, que le tuteur qui avait commencé de détenir les biens comme tel, a cessé de les détenir au même titre à partir du moment précis où le mineur est devenu majeur. Sans doute, les dégradations par lui commises pourront engager sa responsabilité ; mais il en résultera seulement une dette née pendant la majorité du ci-devant pupille et non durant sa minorité, une dette par conséquent non garantie par l'hypothèque légale.

452. La cessation de la tutelle a encore pour effet d'engendrer pour le tuteur, quelqu'il soit, l'obligation de rendre compte, obligation dont il ne saurait être dispensé en aucune manière.

Mais il ne pouvait être admis que le tuteur ne serait tenu de fournir des éclaircissements sur son administration, que lorsqu'elle serait complétement terminée. La nécessité d'organiser sérieusement le contrôle de la tutelle devait faire donner au conseil de famille le moyen d'être renseigné périodiquement sur la gestion du tuteur. Par suite :

ART. 470. Tout tuteur, autre que le père et la mère, peut être tenu, même durant la tutelle, de remettre au subrogé-tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil de famille aurait jugé à propos de fixer, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en fournir plus d'un chaque année. — Ces états de situation seront rédigés, et remis sans frais, sur papier non timbré, et sans aucune formalité de justice.

Les états de situation dont il s'agit sont seulement facultatifs. Le subrogé-tuteur ne peut les exiger que si le conseil de famille en a imposé l'obligation au tuteur.

Le père et la mère sont seulement exemptés de fournir des états périodiques. Mais le conseil de famille qui a le droit et le devoir d'être exactement renseigné, chaque fois qu'il est appelé à donner son autorisation à certaines opérations inté-

(1) Orléans, 31 déc. 1852, S. 53, 2, 712.

ressant le mineur, peut exiger du père ou de la mère des états isolés qui lui permettront d'apprécier, par exemple, s'il peut autoriser un emprunt.

453. Ces états provisoires sont de simples communications qui pourront surtout permettre au conseil d'appliquer l'art. 448 déclarant destituables *ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité*. Mais le compte proprement dit de cette gestion n'est dû qu'à la fin de la tutelle.

Ce compte sera rendu, suivant les cas, par le tuteur lui-même ou par ses héritiers. Ces derniers pourront donc avoir à rendre deux comptes distincts : 1° celui de leur auteur ; 2° celui de la gestion qu'ils pourront avoir été tenus de continuer d'après l'art. 419.

La femme tutrice et le mari co-tuteur ne doivent présenter qu'un seul et même compte de tutelle. Néanmoins, dans le cas de production de deux comptes distincts, la situation respective des parties pourra être réglée d'après les pièces produites si les circonstances de la cause ne permettent pas d'ordonner la reddition d'un nouveau compte unique (1).

454. A qui ce compte doit-il être rendu ? Cela dépend de la manière dont la tutelle a pris fin.

Quand la tutelle est simplement vacante par suite d'un événement s'étant produit dans la personne du tuteur, le compte doit être rendu au nouveau tuteur qui représente le pupille. Par conséquent si le compte est apuré, l'ancien tuteur ou ses représentants sont déchargés.

Il suit de là que lorsqu'il y a eu plusieurs tutelles successives, c'est le dernier tuteur qui doit rendre le compte général et qui est responsable, sauf son recours contre les anciens tuteurs.

Quand la tutelle a pris fin par suite d'un événement s'étant produit dans la personne du pupille, le compte doit être rendu à ce dernier ou à ses héritiers.

(1) Cass. 19 avril 1887, 90, 1, 109.

ART. 471. Le compte définitif de tutelle sera rendu aux dépens du mineur, lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation. Le tuteur en avancera les frais. — On y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile (*).

Le compte de tutelle sera rendu à l'amiable, si les parties sont d'accord, ou en justice.

Aucune forme n'est requise pour la reddition amiable. Le compte peut même être rendu verbalement si le mineur devenu majeur y consent. En conséquence l'acte par lequel le mineur devenu majeur reconnaît par devant notaire que son ex-tuteur lui a remis le compte fidèle de sa gestion, avec toutes les pièces justificatives, et déclare qu'il approuve et ratifie tous les actes de cette gestion, et en donne pleine et entière décharge, constitue une preuve suffisante de la reddition et de l'apurement du compte de tutelle (1).

Il a été jugé, dans le même ordre d'idées, que lorsqu'un compte de tutelle n'a point été définitivement approuvé par l'ex-pupille, qu'il forme seulement un des éléments des opérations confiées au notaire chargé de la liquidation des droits des parties, et que ce dernier a procédé par voie de simple redressement de ce compte, l'arrêt qui approuve sur ce point les opérations du notaire ne viole pas les règles concernant la reddition des comptes de tutelle; alors surtout que l'ex-tuteur n'a point insisté pour l'admission de ce compte (2).

455. Mais lorsque le tuteur refuse de rendre compte, ou lorsque le mineur devenu majeur, ou ses héritiers refusent de le recevoir, le compte devra être rendu en justice.

Il en sera de même, lorsque les parties ne s'entendent pas sur l'ensemble général et sur les bases principales de ce compte (3).

(*) Art. 471. — L. 1, D. 27, 4, *De contr. tut.*; L. 2 in pr. § 1, 2 et 3, D. 27, 2, *Ubi pupillus*, etc.

(1) Gand, 24 avril 1882, *Pas.*, 82, 2, 212.

(2) Cass. 9 déc. 1890, D. 91, 1, 369.

(3) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 54.

Le compte sera rendu dans les formes prescrites par les art. 527 à 542, C. pr. c.

L'action en reddition de compte dont le mineur est investi fait partie du patrimoine saisissable de ce dernier, et peut, dès lors, être intentée de son chef, le cas échéant, par ses créanciers (art. 1166) (1).

Le juge compétent sera celui du lieu où la tutelle a été déférée (art. 527, C. pr. c.). Un juge-commissaire sera désigné (art. 530, C. pr. c.). Le mineur devenu majeur qui n'aura pas comparu devant le juge commis pour l'examen du compte de tutelle, pourra, pensons-nous, être admis à présenter ses observations sur le compte devant le tribunal, car la loi ne prononce pas de forclusion (2). En tout cas, le moyen tiré de ce que ce mineur aurait été à tort admis à présenter ses dires devant le tribunal serait irrecevable, comme nouveau, devant la Cour de cassation, s'il n'avait pas été proposé en appel (3).

456. Le compte de tutelle est en général rendu aux frais du mineur, même quand il est rendu en justice. Ces frais occasionnés par le timbre, l'enregistrement, la rédaction, sont en effet distincts des dépens que devra supporter le tuteur s'il succombe dans l'instance en reddition de compte. Mais le tuteur devrait supporter, à titre de dommages, les frais de reddition du compte particulier que sa destitution aura nécessités (4).

Comme le tuteur est toujours détenteur des deniers du pupille, c'est à lui de faire les avances nécessaires pour la reddition du compte. Il devrait même faire ces avances de ses deniers personnels s'il n'avait pas entre les mains une somme disponible suffisante appartenant au pupille.

(1) Douai, 24 mai 1854, D. 55, 2, 51.
(2) CHAUVEAU-CARRÉ, t. IV, q. 1883.
(3) Cass. 19 avril 1886, S. 90, 1, 109.
(4) LAURENT, t. V, n° 137 et les autorités citées.

457. Le compte doit naturellement présenter deux chapitres : celui des recettes et celui des dépenses.

Dans le chapitre des recettes, le tuteur doit porter tout ce qu'il a encaissé au nom du pupille. Comme il ne peut, sous aucun prétexte, en tirer un profit personnel, il doit y comprendre même les sommes reçues quoique non dues au mineur, ou dérivant de produits illicites (1).

Le chapitre des recettes a d'ailleurs sa base et son point de départ dans l'inventaire qui a dû être dressé lors de l'ouverture de la tutelle, il devra donc comprendre avec l'actif porté à l'inventaire et les sommes effectivement reçues soit en capital, soit en intérêts, les intérêts dûs par le tuteur pour défaut d'emploi, et les dommages-intérêts dont il peut être tenu.

Le chapitre des dépenses contiendra toutes celles qui seront justifiées *suffisamment*, dit l'art. 471. La loi ne pouvait prescrire des modes particuliers de justification; ils seront donc tous admissibles, et les restrictions que l'art. 1341 apporte à l'emploi de la preuve testimoniale ne seront pas applicables.

Il n'est pas exigé que les dépenses portées en compte aient été nécessaires, il suffit qu'elles aient été utiles au moment où elles ont été faites.

En cas de difficultés soit sur la réalité de la dépense, soit sur son utilité, les juges du fait apprécieront.

458. Un tuteur embarrassé pour fournir la justification des dépenses par lui alléguées, ou pour effectuer le paiement du reliquat qui ressortira à sa charge de la balance du compte, pourrait donc être porté à en finir au plus vite avec l'ex-pupille en lui proposant un traité dont l'économie pourrait être fort désavantageuse à ce dernier. La loi a facilement évité ce danger :

(1) Cass. 8 mars 1843, DALLOZ, *Répert.*, v° *Contrat de mariage*, n° 1581.

ART. 472. Tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur sera nul, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives ; le tout constaté par un récépissé de l'oyant-compte, dix jours au moins avant le traité.

La nullité prononcée par le texte atteint seulement les accords ou conventions qui sont relatifs à l'administration de la tutelle (1). Mais tous les traités étrangers aux rapports d'intérêts que la tutelle a pu établir entre le ci-devant tuteur et l'ex-pupille, demeurent parfaitement libres.

Si le traité est mixte, c'est-à-dire si une partie seulement se rattache à l'administration tutélaire, tandis que l'autre partie lui est étrangère, il doit être annulé pour le tout, sans difficulté, si, dans l'intention commune des parties, il forme un tout indivisible (2).

Mais quand même cette intention ne serait pas manifestée, un tel acte serait toujours suspect. Ainsi, par exemple, entre l'ex-tuteur et l'ex-mineur intervient une convention aux termes de laquelle le premier qui a eu l'administration comme tuteur d'un immeuble appartenant au second, devient locataire ou fermier de cet immeuble, le bailleur déclarant en même temps donner quittance au preneur du reliquat de son compte d'administration concernant spécialement l'immeuble envisagé. Comme il s'agit de protéger à la fois la liberté de contracter et les intérêts de l'ancien mineur, et que dans les cas d'actes mixtes il est impossible de savoir si l'un des éléments de l'acte a ou n'a pas influé sur l'autre, nous serions toujours porté à les annuler pour le tout s'ils se sont produits dans les conditions prévues par l'art. 472.

Du reste tout traité, quelle que soit sa dénomination, s'il se rattache à la tutelle et paraît avoir pour objet de soustraire le tuteur à l'obligation de rendre compte, en tout ou en partie, doit être annulé s'il n'a pas été précédé dans le délai de

(1) Cass. 4 fév. 1879, D. 79, 1, 186.
(2) Cass. 27 déc. 1880, D. 81, 1, 360.

la loi de la reddition du compte de tutelle et de la remise des pièces justificatives (1). Mais la nullité dont il est entaché a été édictée dans le seul intérêt du pupille, et ne peut être invoquée par le tuteur (2).

Toute disposition prononçant une nullité devant être interprétée d'une manière restrictive, l'art. 472 est applicable seulement au cas où le compte est rendu par le tuteur lui-même au mineur devenu majeur. Il n'est donc pas applicable au cas où le traité intervient avec une personne qui a administré la tutelle sans être tuteur (3), ou avec le père administrateur, ou entre le tuteur et le mineur émancipé assisté de son curateur (4), ou enfin entre les héritiers du mineur et le tuteur, ou entre le mineur et les héritiers du tuteur (5).

459. Le système du Code est complété par l'art. 2045 portant que le tuteur ne pourra transiger avec le mineur devenu majeur sur le compte de tutelle qu'en se conformant aux prescriptions de l'art. 472. Enfin, l'art. 907 § 2 décide que le mineur devenu majeur ne pourra disposer soit par donation entre-vifs, soit par testament au profit de celui qui aura été son tuteur à moins que ce ne soit son ascendant, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. Cette interdiction implique donc la nécessité d'observer les formalités prescrites par l'art. 472, et elle subsiste tant que la décharge n'a point été régulièrement donnée au tuteur (6).

La reddition du compte et la remise des pièces justificatives seront constatées par un récépissé de l'oyant-compte.

(1) Cass. 21 janv. 1889, D. 89, 1, 421.
(2) Cass. 6 août 1888, D. 89, 1, 340.
(3) Cass. 28 mai 1879, D. 88, 1, 463.
(4) *Contrà*, Rennes, 14 janv. 1876, D. 79, 1, 86.
(5) LAURENT, t. V, n° 153 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1114 ; Comp. AUBRY et RAU, t. I, § 121 ; DEMOLOMBE, t. VIII, n°s 76 et suiv. *Contrà*, Cass. 28 mai 1879, D. 80, 1, 463; Rennes, 14 janv. 1876, précité.
(6) Paris, 6 mars 1884, D. 85, 2, 127 ; *Contrà*, Gand, 24 avril 1882, *Pas.*, 82, 2, 212.

Ce récépissé servira de point de départ au délai de dix jours francs qui doit s'écouler avant qu'un traité puisse intervenir entre le tuteur et l'ex-mineur sur la gestion tutélaire. Mais comme la loi n'exige pas que cette pièce ait date certaine, une anti-date est possible. La date pourra donc être contestée par le mineur ou par ses ayants-droit.

Le traité annulable par application de l'art. 472 pourra être confirmé aussitôt que le compte appuyé sur les pièces voulues aura été rendu. Sinon la confirmation serait viciée par la même cause que le traité lui-même.

L'action en nullité doit donc s'éteindre par la prescription décennale de l'art. 1304 qui est un cas de confirmation tacite. De là il faut conclure que cette prescription commence à courir, non de la date du traité mais du jour où les formalités requises par l'art. 472 auront été accomplies (1).

Si toutes les conditions voulues par l'art. 472 ont été régulièrement observées, le traité intervenu entre le tuteur et le ci-devant pupille sera valable à ce point de vue; mais il pourra être attaqué pour cause de dol, de violence ou d'erreur conformément au droit commun.

460. Si le compte détaillé présenté par le tuteur et appuyé de pièces justificatives, est approuvé par le pupille, la décharge du tuteur résultera du document quelconque qui aura pu être rédigé pour constater l'apurement du compte.

ART. 473. Si le compte donne lieu à des contestations, elles seront poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile.

Les contestations dont il s'agit n'ont aucun rapport avec l'action proprement dite en reddition de comptes, laquelle est soumise aux règles particulières tracées par le Code de procédure (art. 527 et suiv.). On suppose au contraire que le tuteur a présenté son compte, et que des difficultés s'élèvent entre les

(1) LAURENT, t. V, n° 165; ORTLIEB, *Dissertation, Revue critique*, 1875, p. 497.

parties intéressées sur un ou plusieurs articles de ce compte.

461. Le compte ainsi présenté à l'amiable par le tuteur aboutira, en définitive, soit à une balance exacte entre les recettes et les dépenses, soit à un reliquat en faveur de l'ex-pupille, soit à une différence en faveur de l'ex-tuteur :

ART. 474. La somme à laquelle s'élèvera le reliquat dû par le tuteur, portera intérêt, sans demande, à compter de la clôture du compte. — Les intérêts de ce qui sera dû au tuteur par le mineur, ne courront que du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture du compte (*).

Ainsi donc, par une double dérogation à la règle posée par l'art. 1153, d'après laquelle une somme due ne produit intérêt qu'à partir de la demande en justice, le reliquat du compte portera intérêt de plein droit au profit du mineur, ou en vertu d'une simple sommation au profit du ci-devant tuteur. La loi n'a pas voulu obliger l'une ou l'autre des parties à recourir, pour obtenir les intérêts, à la mesure rigoureuse d'une action en justice; elle a voulu maintenir ainsi la bonne harmonie que les rapports antérieurs de tuteur à pupille avaient établie entre elles.

De là il suit que l'art. 474 n'est applicable qu'à la reddition amiable du compte de tutelle. Quand le compte est rendu en justice, c'est-à-dire quand la bonne harmonie semble ne plus exister entre les parties, il n'y a plus de motifs pour maintenir une disposition exceptionnelle ; le droit commun reprend son empire, l'art. 1153 doit être suivi et les intérêts ne sont dus qu'à partir de la demande en justice.

Du même aperçu il suit encore que si le tuteur a omis de porter une créance en recettes, et que plus tard le compte soit redressé sur ce point, il est démontré que la créance omise était en réalité comprise dans le reliquat, et doit par conséquent porter intérêt de plein droit depuis la clôture du compte, sans qu'on ait à se préoccuper de la bonne ou de la

(*) Art. 474. — Arg. L. 46, § 3, D. 26, 7; *De admin. et peric. tut.*; L. 41, D. 22, 1, *De usuris*.

mauvaise foi du tuteur qui n'a rien à faire dans la question (1).

Remarquons enfin que la prescription de cinq ans édictée par l'art. 2277 n'est pas applicable aux intérêts des sommes dont le tuteur est comptable envers le mineur devenu majeur; il ne s'agit pas en effet, dans ce cas, d'intérêts payables annuellement.

462. Quelle prescription faudra-t-il appliquer aux actions appartenant au mineur contre le tuteur ou réciproquement?

ART. 475. Toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité (*).

Il était juste en effet de ne pas laisser de telles actions soumises seulement à la prescription ordinaire de trente ans. Le tuteur ayant supporté gratuitement les charges suffisamment lourdes de la tutelle, devait être plus rapidement libéré qu'un débiteur ordinaire.

La loi a donc édicté dans l'intérêt du tuteur une prescription décennale dont le point de départ est invariablement fixé à la majorité de l'ex-mineur quand la tutelle prend fin par l'arrivée du pupille à cette majorité (2). Il ne faut donc pas la confondre avec la prescription de dix ans établie par l'art. 1304 pour les actions en nullité ou en rescision. Il n'y a rien de commun entre ces deux prescriptions si ce n'est le chiffre de dix années qui mesure la durée de l'une et de l'autre.

La prescription spéciale de l'art. 475 concerne l'action en reddition de compte proprement dite, et les actions dérivant des droits que la gestion de la tutelle a fait naître au profit du pupille. Elle s'appliquerait, par conséquent, aux actions en redressement dont le jugement nécessiterait l'appréciation d'un acte de la gestion tutélaire, dans le cas par exemple, où un des articles de la dépense serait critiqué comme étant exa-

(*) Art. 475. — L. 8, C. 5, 51, *Arbitr. tutelæ*; L. 3, C. 7, 39, C. *De præscript. XXX vel XL ann.*

(1) LAURENT, t. V, n° 146; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VIII, n°s 141 et 142.

(2) Voy. Cass. 15 fév. 1882, D. 83, 1, 111.

géré, dans le cas encore où il s'agirait de l'omission, au chapitre des recettes, d'une somme qu'on soutiendrait avoir été perçue.

Si au contraire l'action en redressement se rapportait uniquement au compte en lui-même, sans réfléchir sur aucun acte de la gestion tutélaire, si elle tendait, par exemple, à la rectification d'une erreur de calcul, d'un double emploi, il faudrait appliquer, non l'art. 475, mais l'art. 1304; la prescription serait de dix ans, mais elle ne commencerait à courir que du jour où l'erreur aurait été reconnue (1).

463. Quand l'action en redressement a pour cause un vice du consentement, erreur, dol ou violence, il faudra encore appliquer l'art. 1304; la prescription de dix ans ne commencera pas à courir du jour de la majorité, mais à partir du jour de la découverte du dol ou de l'erreur, ou de la cessation de la violence.

D'après M. Laurent (2), il faudrait, dans le cas spécial de dol ou de fraude, appliquer seulement la prescription trentenaire, et voici pourquoi : Le dol ne donne lieu à une action en nullité que lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté (art. 1116). Or, en matière de compte de tutelle, le compte ne donne pas lieu, par lui-même, à des manœuvres de ce genre. Le dol consiste presque toujours dans des omissions faites à dessein, et par conséquent frauduleuses. Donc, puisqu'il n'y a pas lieu à nullité en vertu de l'art. 1116, il ne saurait être question de l'application de l'art. 1304. Il n'y a pas lieu non plus à expliquer l'art. 475 contre le mineur qui n'a pas agi dans les dix ans à partir de sa majorité parce qu'il ne connaissait pas la fraude. Il faut donc rentrer dans la règle générale qui est la prescription trentenaire.

Cette argumentation est contestable : s'il est vrai de dire que l'omission volontaire d'une recette dans le compte de tutelle ne constitue pas un dol caractérisé dans le sens de

(1) DEMOLOMBE, t. VIII, nos 161 et 162 ; LAURENT, t. V, n° 190.
(2) *Ibid.*

l'art. 1116, il en résultera seulement que le compte ne pourra pas être redressé en vertu d'une action ayant pour base juridique le dol proprement dit. Mais la dissimulation frauduleuse dont il s'agit a engendré une erreur au préjudice de l'oyant-compte; c'est en invoquant cette erreur qu'il demande le redressement du compte; la prescription ne peut courir contre lui qu'à partir du jour où il a découvert cette erreur, c'est donc l'art. 1304 qui doit être appliqué.

464. L'art. 475 ne s'applique pas à l'obligation de payer le reliquat du compte de tutelle, laquelle dure trente ans; ni aux créances nées au profit du mineur contre son ancien tuteur à une époque postérieure à la cessation de la tutelle, ni enfin aux actions résultant au profit de l'ex-mineur de faits antérieurs à la tutelle (1).

Il faut encore décider, *sans hésiter* (2), que ceux qui gèrent la tutelle de fait, sans être tuteurs, ne peuvent pas invoquer le bénéfice de la prescription décennale établie par l'art. 475. La Cour de cassation admet le contraire par application de la doctrine surannée considérant la tutelle comme durant toujours tant qu'il n'en a pas été rendu compte ; elle décide en effet que le tuteur qui continue de gérer les biens de son pupille après la majorité ou le décès de celui-ci *étant censé les administrer en la même qualité qu'auparavant*, la prescription de l'action relative aux faits de la tutelle ne peut courir à son profit tant que dure cette administration (3). Cette solution implique nécessairement que lorsque cette administration prend fin, celui que l'on persiste à considérer comme n'ayant jamais cessé d'être tuteur doit pouvoir profiter de la brève prescription établie par l'art. 475. La règle, par conséquent, serait que l'action dérivant des faits de tu-

(1) Paris, 16 juin 1875, D. 77, 2, 108.
(2) LAURENT, t. V, n° 185.
(3) Cass. 15 fév. 1882, D. 83, 1, 111.

telle se prescrit par dix ans *à compter de la cessation de l'administration* et non *à compter de la majorité* comme le veut le texte! — Nous avons d'ailleurs réfuté l'équivoque tirée de ce que le tuteur continuant de gérer les biens du pupille après la majorité ou le décès de celui-ci *est censé les administrer en la même qualité qu'auparavant* (n° 472). Où trouve-t-on la place d'une fiction aussi irrationnelle? Si elle existait dans le Code, il faudrait en désirer la suppression. Si la prescription ne peut courir au profit du tuteur tant que dure la tutelle, c'est parce que le mineur ne peut agir. Mais quand le mineur est devenu majeur, ou lorsque, étant décédé, il est représenté par des héritiers majeurs, il n'y a plus de raison pour empêcher la prescription de courir. La circonstance que l'ex-tuteur continue, en fait, cette administration est indifférente, puisqu'il dépend des intéressés de faire immédiatement cesser cette administration continuée au delà de son terme normal. Si les intéressés, c'est-à-dire le mineur devenu majeur ou des héritiers majeurs ne font pas ce qu'ils pourraient faire, la gestion dont il s'agit se trouve prolongée en vertu d'un mandat tacite, et doit par conséquent être régie par les principes du mandat. Celui qui avait commencé de gérer en qualité de tuteur continue en qualité de mandataire.

Le système de la Cour de cassation est encore en opposition manifeste avec le texte de l'art. 8 de la loi du 25 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire. D'après cet article si le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants-cause n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. Dans le système de la Cour de cassation il faudrait admettre que, tout au moins pour les causes de créance dérivant de l'administration prolongée, l'inscription pourrait être prise utilement dans l'année qui suit la cessation de cette administration.

CHAPITRE III.

DE L'ÉMANCIPATION.

§ 1er. — Règles générales.

465. — Notion de l'émancipation dans le droit ancien et dans le droit actuel.
466. — Emancipation tacite résultant du mariage, art. 476.
467. — Y a-t-il d'autres cas d'émancipation tacite ?
468. — De l'émancipation expresse, art. 477 ; le droit d'émanciper appartient d'abord au père.
469. — Dans quels cas il appartient à la mère ; cas où le père est déchu de la puissance paternelle.
470. — Cas dans lesquels il est absent, dément ou interdit.
471. — Cas de la mère remariée.
472. — Formes de l'émancipation.
473. — De l'émancipation accordée par le conseil de famille, art. 478.
474. — A qui appartient le droit de provoquer cette émancipation, art. 479.
475. — Application des règles ci-dessus aux enfants nés hors mariage, aux enfants assistés et aux enfants abandonnés.
476. — De l'émancipation en Algérie et en Annam.
477. — De l'émancipation des mineurs français résidant en pays étranger.
478. — De la compétence des consuls français en cette matière ; application des conventions diplomatiques.
479. — De l'émancipation des mineurs étrangers résidant en France.

465. L'émancipation est une mesure individuelle qui a pour effet de remettre au mineur la direction de sa personne, qui fait cesser l'usufruit légal, et modifie l'administration de ses biens. L'émancipation affranchit donc le mineur, soit de la puissance paternelle, soit de l'autorité tutélaire.

L'état du mineur émancipé, en droit français, présente quelque analogie avec l'état des pubères, mineurs de vingt-cinq ans, qui avait obtenu à Rome la *venia ætatis* en vertu

d'un rescrit gracieux de l'empereur. Mais il n'y a aucune espèce de rapport à établir entre l'émancipation moderne qui fait toujours cesser la tutelle et l'institution qui portait à Rome le même nom et faisait au contraire naître la tutelle quand l'émancipé était impubère.

Sous l'ancienne jurisprudence il ne pouvait être question, en pays de coutume, de l'émancipation mettant fin à la puissance paternelle, puisque dans ces pays *puissance paternelle n'avait lieu.* Il n'y avait en vigueur que l'émancipation du mineur en tutelle, émancipation qui se produisait soit par l'effet du mariage, soit par lettres du prince, et donnait au mineur le droit de disposer de ses meubles et de jouir de ses immeubles.

Dans les pays de droit écrit, on avait à peu près conservé les principes du droit romain. L'émancipation n'y avait jamais lieu par le mariage; elle faisait cesser seulement la puissance paternelle, et ne mettait pas hors tutelle l'enfant émancipé.

Le Code civil a organisé la théorie de l'émancipation en faisant prévaloir les règles du droit coutumier, tout en conservant aussi certaines règles du droit romain.

On donne souvent pour base à l'émancipation la faculté pour le père d'abdiquer en quelque sorte ses droits sur ses enfants, abdication qui résulterait soit d'une déclaration expresse, soit de son consentement à leur mariage. C'est là un point de vue inexact : si le père a des droits c'est uniquement parce qu'il a des devoirs. Seulement il peut reconnaître qu'il y a inutilité de conserver plus longtemps la direction de son fils, et opportunité de lui remettre à lui-même le soin de sa propre direction. Ainsi envisagée, l'émancipation crée pour le mineur une situation en quelque sorte intermédiaire entre l'état d'incapacité absolue qui était le sien, et celui de la complète capacité devant résulter de son arrivée à l'âge de la majorité. Cette situation permet une espèce de stage préparatoire.

466. L'émancipation peut d'abord avoir lieu tacitement :

ART. 476. Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

Et ce nonobstant toute convention contraire. Le consentement donné par le père, contient virtuellement l'émancipation de l'enfant mineur. Le père reconnaît en effet que son fils est capable de comprendre ses nouveaux devoirs et de les remplir. Cette émancipation ne pourra pas, en général, arriver avant dix-huit ans pour l'homme et quinze ans pour la femme. Elle pourra néanmoins se produire avant cette limite, dans le cas d'un mariage contracté avec dispense d'âge (art. 165).

L'émancipation résultant du fait seul du mariage contracté, est par conséquent irrévocable. La dissolution du mariage ne la fera donc pas disparaître. Dans le cas au contraire où le mariage serait annulé, l'émancipation devrait être considérée comme non avenue, à moins que l'époux mineur ayant contracté mariage de bonne foi ne fût dans le cas de se prévaloir des dispositions des art. 201 et 202.

467. Il n'y a pas d'autres cas d'émancipation tacite. Dans certaines coutumes il y avait autrefois une sorte d'émancipation tacite résultant de ce qu'un fils de famille exerçait, au vu et su de ses père et mère, une profession, négoce ou trafic séparé ou remplissait une charge publique.

Le droit moderne ne connaît pas ce genre d'émancipation. La circonstance qu'un enfant mineur aurait une existence séparée ou des ressources personnelles suffisantes serait seulement de nature à le faire considérer comme ayant *la jouissance de ses droits*, dans le sens de l'art. 12 de la loi du 21 avril 1832, et à le rendre imposable, à ce titre, à la contribution personnelle mobilière (1), quand même le père ou la mère aurait la jouissance légale de ses biens (2).

(1) Cons. d'Etat, 28 avril 1882, D. 83, 3, 98.
(2) Cons. d'État, 8 juin 1883, D. 84, 5, 127.

468. L'émancipation expresse est celle qui résulte d'une déclaration émanée du père ou de la mère, ou même du conseil de famille :

ART. 477. 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. — Cette émancipation s'opérera par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier.

La règle générale est que le droit d'émanciper l'enfant mineur ne peut être exercé que par le père, tant qu'il est vivant. Lui seul, en effet, est alors investi de l'exercice de la puissance paternelle.

Quand le mariage est rompu par le divorce prononcé contre le père qui a été privé de la garde de l'enfant, on soutient que le père et la mère doivent concourir pour l'émancipation de ce dernier (1). C'est un point que nous avons déjà examiné en parlant des effets du divorce (t. II, nos 351 et 431). Nous rappelons que le droit appartenant au père d'émanciper ses enfants, ne se rattache ni à l'administration des biens, ni à l'éducation de la personne; et il n'y a pas de texte qui amoindrisse ce droit dans la personne du père, en cas de divorce, pour en transporter l'exercice à la mère concurremment avec le père. A plus forte raison doit-il en être ainsi en matière de séparation de corps qui laisse subsister le mariage, même quand la garde des enfants a été enlevée au père.

Le droit d'émancipation est indépendant de la tutelle; il est donc conservé par le père destitué ou exclu de la tutelle, et par la mère remariée non maintenue dans la tutelle.

On a encore soutenu que dans ce dernier cas, si la mère non maintenue dans la tutelle à cause de son inconduite notoire, émancipait ses filles pour les enlever à la protection de leur tuteur, les tribunaux pourraient intervenir et

(1) LAURENT, t. V, n° 199.

annuler l'émancipation pour fraude à la loi (1). C'est l'une des applications les moins justifiées de la doctrine qui permet de scruter les motifs internes d'un acte licite (t. II, nº 351).

469. Quand le père est mort le droit d'émancipation passe à la mère. Que faut-il décider si le père, vivant, se trouve dans l'impossibilité d'exercer, lui-même, la puissance paternelle, par exemple s'il est absent ou en état de démence, ou s'il a encouru la déchéance de la puissance paternelle?

Dans le cas de déchéance de la puissance paternelle, il ne peut plus y avoir de difficulté. L'art. 9 de la loi du 24 juillet 1889, donne aux tribunaux le droit de décider si les droits enlevés au père seront ou ne seront pas exercés par la mère. Si la mère se trouve ainsi investie de la puissance paternelle, elle aura le droit d'émancipation. Dans le cas contraire il faudra appliquer l'art. 14 de la même loi aux termes duquel : en cas de déchéance de la puissance paternelle les droits du père et à défaut du père les droits de la mère quant au consentement à l'émancipation seront exercés par les mêmes personnes que si le père et la mère étaient décédés, c'est-à-dire par le conseil de famille (Voy. ci-dessus, nºs 212 et 213).

La mère aura pareillement le droit d'émancipation, dans le cas où le père déchu de la puissance paternelle et s'étant remarié, la seconde femme, en cas de survenance d'enfants, aurait obtenu, par application de l'art. 9 *in fine* de la loi de 1889, la puissance paternelle sur ces enfants.

470. Mais la difficulté persiste pour les cas d'absence, démence ou interdiction du mari.

La raison de douter vient de ce que l'expression *à défaut de père* employée par l'art. 477 semble ne donner le droit d'émancipation à la mère que lorsque le père est mort. Mais la raison de décider doit être tirée de l'intérêt de l'enfant en

(1) BELTJENS, *Encyclop.*, art. 477, nº 7.

vue de qui la théorie de l'émancipation a été introduite dans la loi. Nous avons déjà admis que l'exercice de l'autorité paternelle peut appartenir à la mère du vivant de son mari (nº 166); il faut donc admettre que l'expression *à défaut de père* dont se sert l'art. 477 doit être entendue dans un sens absolu, comme devant s'appliquer dans tous les cas où le père est dans l'impossibilité d'exercer lui-même la puissance paternelle, que l'enfant ait dépassé l'âge de dix-huit ans, ou qu'il n'ait pas encore atteint cet âge, et que, dans cette dernière hypothèse, le droit de jouissance qui appartenait au père est et demeure éteint (1).

471. La mère remariée maintenue ou non maintenue dans la tutelle, conserve, ainsi que nous l'avons remarqué, le droit d'émanciper ses enfants du premier lit. Est-elle soumise pour leur accorder valablement l'émancipation, à la nécessité d'obtenir l'autorisation de son second mari? D'abord il est certain qu'elle n'a pas besoin du consentement de son second mari pour consentir au mariage de ses enfants, et par suite pour leur conférer l'émancipation virtuelle dérivant du mariage. Or il n'y a pas de raison pour admettre une solution différente en ce qui touche l'émancipation expresse. Dans le cas où le second mari est co-tuteur, la tutelle seule est partagée, mais non la puissance paternelle (2). Ajoutons enfin que l'émancipation doit être placée au nombre de ces actes qui ne constituent ni une aliénation, ni une acquisition, ni une obligation, et qui, par suite peuvent être effectués sans autorisation (t. II, nº 281). En outre la femme qui se présente devant le juge de paix pour émanciper son enfant *n'agit pas en justice*, car le magistrat compétent remplit alors l'office d'un officier public et non celui de juge.

(1) DEMOLOMBE, t. VIII, n₀ 210 ; AUBRY et RAU, t. I, § 129, texte et note 10; LAURENT, t. V, nº 201.

(2) DEMOLOMBE, t. VIII, nº 203 ; *Contrà*, LAURENT, t. V, nº 202.

472. L'émancipation résulte d'une déclaration solennelle spécialement faite par les personnes à qui appartient le pouvoir d'émanciper.

Cette déclaration est faite devant le juge de paix du domicile du mineur assisté de son greffier, faite devant tout autre juge de paix, elle serait nulle (1).

Le mineur doit avoir atteint l'âge de quinze ans révolus. L'émancipation conférée à un mineur avant qu'il ait atteint l'âge requis par la loi est nulle *ab initio* et ne peut à aucun moment produire effet, ni être validée rétrospectivement (2).

473. Cette décision s'applique également à l'hypothèse où l'émancipation est conférée par le conseil de famille statuant dans les conditions suivantes :

ART. 478. Le mineur resté sans père ni mère pourra aussi, mais seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable. — En ce cas, l'émancipation 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*.

Dans le cas prévu, le droit d'émanciper appartient seulement au conseil de famille. Le Code ne l'accorde pas aux ascendants. Néanmoins, l'ascendant le plus proche, quoique n'ayant pas la faculté d'émanciper expressément l'enfant, peut l'émanciper tacitement en consentant à son mariage.

L'intérêt de l'enfant qui domine juridiquement toute la matière de l'émancipation, commande de décider que le conseil de famille a le droit d'émanciper l'enfant dans tous les cas où, pour une cause quelconque, le père et la mère sont dans l'impossibilité d'exercer ce droit, par exemple lorsque le père et la mère sont interdits ou absents (3).

474. C'est tout d'abord le tuteur à qui il appartient de requérir l'émancipation du mineur. Mais la loi qui devait

(1) Pau, 15 mars 1888, D. 88, 2, 283.

(2) Alger, 26 juin 1888, D. 89, 2, 242.

(3) DEMOLOMBE, t. VIII, nos 210 et 226 ; AUBRY et RAU, t. I, § 129 ; DEMANTE, t. II, n° 244 *bis* ; Comp. LAURENT, t. V, n° 205.

prendre en considération l'empressement excessif du tuteur à se décharger de la tutelle, et pour ce motif ne lui a pas accordé le droit de conférer l'émancipation, devait aussi prévoir le cas d'une trop grande négligence de sa part à la provoquer :

ART. 479. Lorsque le tuteur n'aura fait aucune diligence pour l'émancipation du mineur dont il est parlé dans l'article précédent, et qu'un ou plusieurs parents ou alliés de ce mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, le jugeront capable d'être émancipé, ils pourront requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet. — Le juge de paix devra déférer à cette réquisition.

L'énumération des personnes qui ont le droit de provoquer cette délibération est limitative. Le mineur ne pourrait provoquer lui-même son émancipation. Le subrogé-tuteur et le ministère public n'ont pas, davantage, qualité pour agir; enfin le juge de paix ne pourrait pas convoquer d'office le conseil de famille.

475. Les règles qui précèdent doivent recevoir leur application aux enfants naturels.

Si l'enfant naturel a été reconnu par son père et par sa mère, le droit de l'émanciper appartient au père. Ce droit passe à la mère quand le père est décédé ou dans l'impossibilité de l'exercer lui-même pour cause d'absence, démence ou interdiction. Si le père naturel est déclaré déchu de la puissance paternelle, il n'y aura lieu d'appliquer l'art. 9 de la loi du 24 juillet 1889 donnant aux tribunaux le droit de décider si les droits enlevés au père passeront à la mère, que dans le cas, assez rare, où le père et la mère se seront mariés sans légitimer leur enfant, et l'auront seulement reconnu après leur mariage.

Si l'enfant n'a été reconnu que par l'un de ses auteurs, celui-là seul aura le droit de l'émanciper.

Rappelons encore que, par argument de l'art. 14 de la loi du 24 juillet 1889, en cas de déchéance prononcée, les droits du père et à défaut du père, les droits de la mère en ce qui

touche le consentement à l'émancipation, seront exercés par le conseil de famille, comme si l'auteur, ou les auteurs de la reconnaissance étaient décédés.

Si l'enfant naturel n'a été reconnu par personne, ou bien s'il est adultérin ou incestueux, le droit de l'émanciper appartiendra à un conseil de famille composé d'amis ou d'habitants choisis dans le lieu où l'enfant a son domicile.

En ce qui touche les enfants *assistés* soumis à la tutelle administrative (n° 291), les commissions administratives des hospices exercent relativement à leur émancipation, les droits attribués aux pères et mères par le Code civil. L'émancipation est faite, sur l'avis des membres de la commission, par celui d'entre eux qui a été nommé tuteur, et qui seul est tenu de comparaître à cet effet devant le juge de paix. L'acte d'émancipation est délivré sans autres frais que ceux d'enregistrement et de timbre (L. 15 pluviôse, an XIII, art. 4).

Quant aux enfants maltraités ou moralement abandonnés, placés sous la tutelle de l'assistance publique, par application de l'art. 11 de la loi du 24 juillet 1889, ils sont soumis à Paris au même régime que les enfants assistés. En province, ils ont pour tuteur les inspecteurs départementaux de l'assistance publique (n° 292) qui pourront les émanciper, devant le juge de paix, sur l'avis d'un conseil de famille qui devra être composé *ad hoc*, car on ne peut concevoir aucune émancipation sans le concours d'un conseil.

476. En Algérie, la jurisprudence musulmane et les coutumes arabes admettent, pour l'individu qui a encore son père, une émancipation de fait qui se produit à l'époque de la pleine puberté, c'est-à-dire quand l'individu pubère peut se conduire et administrer ce qu'il possède. Il y a en outre l'émancipation expresse émanée directement du père et confirmée par un jugement du Cadi, et l'émancipation conférée par le tuteur testamentaire ou le tuteur nommé d'office par le Cadi, sans qu'il soit besoin d'intervention ou d'autorisation judiciaire. Si le tu-

teur meurt avant d'avoir émancipé, c'est à l'autorité judiciaire à le suppléer pour l'émancipation. L'orphelin qui est sans tutelle est naturellement émancipé par le fait de la puberté, fût-il même incapable de se conduire avec discernement (1).

D'après le *Précis*, plusieurs fois cité déjà, *de la législation annamite*, les indigènes mineurs soumis à cette législation, sont émancipés de plein droit par le mariage ou par une déclaration faite par le père ou la mère devant le chef du canton, ou devant deux notables. Dans ce cas l'émancipation ne peut avoir lieu qu'à quinze ans.

Le conseil de famille peut également accorder au pupille l'émancipation. Le conseil sera convoqué à cet effet par le tuteur ou par des parents ou alliés du mineur. L'émancipation résultera d'une déclaration faite par le président du conseil, après la délibération l'autorisant.

477. Pour les Français qui se trouvent en pays étranger et pour les étrangers résidant en France, il faut partir de ce principe que l'émancipation appartient, comme la tutelle, au statut personnel.

Le mineur français pourra donc être émancipé en pays étranger, s'il se trouve dans les conditions voulues pour pouvoir être émancipé en France.

S'il est émancipé par le mariage, l'acte de célébration du mariage, dressé dans les formes légales du pays où il est reçu vaudra émancipation en France.

Dans le cas d'émancipation expresse conférée par les père ou mère du mineur on est généralement d'accord pour reconnaître qu'elle résultera d'un acte dressé dans les conditions d'authenticité déterminées par la loi locale.

Mais il y a quelque difficulté dans la doctrine pour le cas où l'émancipation devrait être accordée par le conseil de

(1) KHALIL IBN ISHAK, *Précis de jurispr. musulm.*, traduction PERRON, t. IV, p. 64, 65, 74.

famille, présidé par le juge de paix. On a soutenu que le juge de paix faisant alors acte de juridiction, cette intervention de l'autorité judiciaire imprime à l'acte un caractère de solennité qui fait obstacle à ce qu'à l'étranger il puisse y être procédé dans la forme locale (1). Cela est fort contestable. Le conseil de famille, même présidé par le juge de paix, remplace simplement le père et la mère, et, suivant la remarque de Demolombe, fait acte lui-même d'autorité domestique, et en quelque sorte de puissance paternelle (2); il faut donc admettre que l'émancipation, dans ce cas encore, se fera d'après les formalités exigées par la loi étrangère.

478. Le consul français, à l'étranger, pourrait sans nul doute faire l'office de juge de paix quand il s'agit de recevoir la déclaration d'émancipation émanée des père ou mère.

Dans le cas d'une émancipation devant être prononcée par le conseil de famille, la même compétence peut être reconnue aux consuls français accrédités en Italie, en Espagne et en Portugal, car les conventions consulaires conclues avec ces trois pays donnent formellement aux consuls le droit d'organiser : « s'il y a lieu, la tutelle ou *la curatelle* suivant les lois des pays respectifs. » Le consul a donc toutes les attributions d'un juge de paix en France, et comme la curatelle qu'il est chargé d'organiser suppose l'émancipation prononcée par le conseil de famille, il doit pouvoir présider le conseil (3).

Mais dans le traité conclu avec le Brésil, il est dit seulement que : « lorsqu'il y aura lieu à la nomination d'un tuteur *ou d'un curateur*, le consul provoquera, s'il n'y a été autrement pourvu, cette nomination par l'autorité locale compétente, » (n° 361). Il est difficile en présence d'une telle formule de reconnaître aux consuls français au Brésil, le droit de concourir à l'émancipation.

(1) BROCHER, *Cours de Dr. int. pr.*, t. I, p. 362.
(2) T. VIII, n° 215.
(3) Voy. Cass. 19 juin 1878, S. 78, 1, 448.

Il en sera de même des consuls accrédités dans les pays avec lesquels il n'y a pas eu de conventions consulaires; ils ne pourraient convoquer, ni présider le conseil de famille. La même solution doit être suivie lorsque la convention consulaire qui existe ne contient aucune clause relative à la tutelle ou à la curatelle (1).

Cependant on a soutenu en Belgique (2) et en France (3), que les consuls accrédités à l'étranger peuvent émanciper un national, si la convention consulaire ou diplomatique interprétée par la coutume internationale leur donnait compétence à cet égard, aussi bien dans les pays de chrétienté que dans ceux de non chrétienté.

479. Quand il s'agit de mineurs étrangers résidant en France, il faut s'attacher à leur loi nationale, d'abord pour savoir s'ils peuvent être émancipés.

Si la loi étrangère n'admet pas l'émancipation, il est certain que le mineur étranger ne pourra pas être émancipé en France. Il en est ainsi de la loi anglaise. Par conséquent, un mineur anglais ne pourrait être émancipé en France, même en y contractant mariage. Mais une mineure anglaise qui épouserait un Français, devenant ainsi Française, se trouverait émancipée par son mariage.

Il faudra encore appliquer la loi nationale pour toutes les conditions intrinsèques de l'émancipation des mineurs étrangers, notamment en ce qui concerne l'âge.

Ainsi le mineur hollandais ne pourra être émancipé en France que s'il a dépassé vingt ans, et le mineur italien que s'il a dépassé dix-huit ans. Le mineur belge pourra au contraire être émancipé dès l'âge de quinze ans. Mais il faudra tenir compte aussi des dispenses d'âge régulièrement accor-

(1) Cass. 13 janv. 1873, S. 73, 1, 297; Trib. Seine, 5 avril 1884, *Jour. Dr. int. pr.*, 1884, p. 521.

(2) *Pand. Belg.*, v° *Emancipation*, n° 60.

(3) DE CLERQ et DE VALLAT, *loc. cit.*, t. II, p. 360.

dées. Ainsi le *congé d'âge* prononcé par la Haute-Cour, dans les Pays-Bas, doit être reconnu en France.

Quant à la forme, l'émancipation intéressant les mineurs étrangers pourra évidemment être faite d'après les règles prescrites par la loi française, en vertu de la règle *Locus regit actum*. Le juge de paix qui remplit simplement le rôle d'officier public, serait donc tenu de recevoir la déclaration du père étranger.

Mais comme nous avons admis que l'observation de la règle *Locus regit actum* est en général facultative (t. I, n° 170), il faut décider que l'émancipation pourrait avoir lieu dans la forme sous-seing privé, si la loi de l'émancipé le permettait.

§ 2. — Effets de l'émancipation.

480. — L'émancipation soumet le mineur au régime de la curatelle, art. 480 ; le curateur est toujours datif.
481. — La curatelle est-elle obligatoire ?
482. — Actes interdits au mineur émancipé.
483. — Actes que le mineur émancipé peut faire seul; actes de pure administration, art. 481.
484. — De l'aliénation des meubles corporels.
485. — Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire ; spécialement de la réception d'un capital mobilier, art. 482.
486. — De l'exercice des actions immobilières.
487. — Le curateur peut refuser son assistance; conséquences de son refus.
488. — Actes pour lesquels le mineur émancipé est soumis aux mêmes règles que le mineur non émancipé.
489. — Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille suffit ;
490. — Spécialement de l'aliénation des meubles incorporels dont la valeur ne dépasse pas 1500 francs ; Loi du 27 fév. 1880.
491. — Actes pour lesquels l'homologation du tribunal est nécessaire, spécialement les emprunts, art. 483.
492. — Des aliénations d'immeubles, art. 484 § 1.
493. — De la réduction des obligations excessives, art. 484 § 2.
494. — Responsabilité pénale encourue dans le cas de l'art. 406, C. P.
495. — Effets de l'émancipation à l'égard des mineurs étrangers.

480. L'émancipation produit les conséquences suivantes :

1° L'émancipé obtient la direction de sa personne (articles 372, 108);

2° Il est soumis à la contribution personnelle (1);

3° L'usufruit de ses père ou mère cesse (art. 384);

4° L'administration de ses biens est modifiée; il est désormais soumis au régime de la curatelle;

ART. 480. Le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé, assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille.

Le curateur doit toujours être nommé par le conseil de famille; il n'y a pas de curatelle légale (2), ni testamentaire. On a jugé, il est vrai, que la nomination d'un curateur par le conseil de famille, dans les termes de l'art. 480, ne s'applique qu'au cas d'émancipation faite par ce conseil, et que dans le cas où l'émancipation est l'œuvre du père, celui-ci conserve, avec les autres attributs de la puissance paternelle, la curatelle du mineur émancipé (3); mais cette opinion est généralement repoussée par la raison décisive qu'il faut une loi pour qu'il existe une curatelle légale (4).

Or, une loi n'existe positivement dans ce sens que pour l'enfant émancipé qui se trouvait dans un hospice avant son émancipation. L'art. 5 de la loi du 15 pluviôse an XIII déclare que le receveur chargé de la manutention des deniers et de la gestion des biens remplira les fonctions de curateur.

La doctrine et la jurisprudence veulent encore trouver un cas de curatelle légale en faveur du mari à l'égard de sa femme mineure émancipée par le mariage. On invoque l'art. 2208 d'après lequel, si le mari refuse de procéder avec sa femme mineure dans une poursuite en expropriation dirigée contre cette dernière, ou s'il est lui-même mineur, il est nommé à la femme, par le tribunal, un tuteur (expression

(1) *Instr. min.* du 30 mars 1831.
(2) Douai, 22 déc. 1883, D. 85, 2, 246.
(3) Besançon, 8 avril 1884, D. 85, 2, 246.
(4) LAURENT, t. V, n° 208; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1128.

inexacte, pour curateur) contre lequel la poursuite est exercée. Cela implique, dit-on, que le mari est déjà curateur légal de sa femme, puisque c'est seulement quand il ne peut ou ne veut remplir cette fonction, qu'il est nommé à la femme un autre curateur.

Mais il résulte seulement de ce texte que la femme mariée n'a pas de curateur permanent. La présence d'un curateur est en effet complétement inutile dans les cas où la femme ne peut agir qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice; et dans les autres cas, s'il s'agit par exemple de la réception d'un capital mobilier, quand elle est mariée sous le régime de la séparation de biens, il suffit de lui nommer dans la forme ordinaire un curateur *ad hoc* (1).

481. Le Code ne s'est pas expliqué sur le point de savoir si la curatelle est une charge obligatoire comme la tutelle. L'affirmative, qui est généralement admise, entraîne l'examen de la question de savoir si les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution édictées en matière de tutelle doivent être étendues à la curatelle. Toute discussion étant inutile quand on est en présence d'une lacune dans la loi, nous nous bornons à constater que, par suite de considérations dont la valeur juridique est uniquement tirée de l'intérêt du pupille, on s'accorde assez facilement à reconnaître la nécessité d'appliquer à la curatelle les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution reçues en matière de tutelle. La logique entraîne la même solution pour les causes d'excuse; mais la négative est soutenue par les uns (2) alors que les autres proposent de s'en rapporter au conseil de famille (3).

En principe, la mission du curateur est permanente, et

(1) DEMANTE, t. II, n° 248 *bis*, III; LAURENT, t. V, n° 209; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1127.

(2) AUBRY et RAU, t. I, § 128; LAURENT, t. V, n° 211.

(3) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 249.

dure, quant à l'émancipé, jusqu'à la majorité de ce dernier, ou sa mort survenue avant cette époque.

Cependant les termes de l'art. 480 n'impliquent pas nécessairement que le curateur nommé pour assister le mineur dans la réception du compte de tutelle, soit le curateur définitif. Cette mission spéciale pourra être confiée à un curateur *ad hoc*, ce qui permettra, le compte une fois rendu, d'attribuer la curatelle permanente à l'ancien tuteur.

482. Dans la curatelle, il y a des actes qui sont interdits au mineur émancipé, d'autres qu'il peut faire seul, d'autres pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire, d'autres, enfin, pour lesquels il est soumis à toutes les formalités prescrites pour le mineur en tutelle.

Les actes interdits sont :

Les dispositions à titre gratuit ;

Le compromis (art. 1004 et 83-6°, C. pr. c.);

La mission d'exécuteur testamentaire (art. 1030).

Ces actes sont en principe et dans la même mesure interdits au mineur émancipé comme au mineur non émancipé.

L'un et l'autre, sauf ce qui concerne les présents d'usage, ne peuvent disposer de leurs biens par donation entre-vifs, si ce n'est par contrat de mariage (art. 1309, 1399) et avec le consentement de leurs ascendants ou de leur conseil de famille.

Ils ne peuvent non plus disposer par testament à moins d'avoir seize ans accomplis, et seulement de la moitié des biens dont pourrait disposer un majeur (art. 904).

Enfin, quoique le mineur émancipé puisse être choisi comme mandataire (art. 1990), l'art. 1030 ne lui permet pas d'être exécuteur testamentaire, par suite de la responsabilité pouvant résulter d'une telle mission.

483. Quant aux actes qui sont permis au mineur émancipé, il faut adopter une classification reposant sur une autre base que celle concernant les actes que pouvait faire le tuteur.

Nous avons admis que le tuteur avait qualité pour faire seul tous les actes que la loi n'a pas soumis à une formalité particulière, et qu'il n'y avait pas, quant à lui, à distinguer entre les actes de pure administration et les autres actes (n° 372).

Au contraire, c'est cette distinction qui doit servir de base à l'exercice de la capacité nouvelle résultant de l'émancipation :

ART. 481. Le mineur émancipé passera les baux dont la durée n'excèdera point neuf ans; il recevra ses revenus, en donnera décharge, et fera tous les actes qui ne sont que de pure administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même.

Les actes de pure administration, l'art. 484 le répète plus loin surabondamment, sont donc les seuls que le mineur émancipé puisse faire sans l'assistance de son curateur.

Les baux dont la durée n'excède pas neuf ans sont considérés par la loi comme rentrant dans la catégorie des actes d'administration. Il faudra, pour leur renouvellement, appliquer les art. 1429 et 1430 (art. 1718).

Il pourrait aussi cultiver lui-même et passer tous les marchés relatifs à la culture, louer des domestiques, etc.

Il pourra toucher les revenus au fur et à mesure de leur échéance, c'est-à-dire qu'il ne pourrait stipuler dans les baux par lui conclus, le paiement par anticipation des loyers ou fermages à venir, si ce n'est dans la limite autorisée par les usages locaux.

Il peut employer à sa convenance les revenus par lui perçus et les économies qu'il a pu réaliser sur ces mêmes revenus. Il pourra donc faire exécuter sur ses biens toutes les réparations d'entretien, et même les travaux d'amélioration dont l'importance ne dépasse pas les limites d'un acte d'administration. Il pourra employer ses revenus en acquisition d'immeubles; pourvu qu'elles soient faites au comptant; mais il ne pourrait pas employer ses capitaux de la même manière, sans l'assistance de son curateur. L'emploi d'un capital n'est

pas en effet un acte de pure administration, et le curateur a mission de le surveiller (art. 482) (1).

484. Le mineur émancipé peut plaider soit comme demandeur, soit comme défendeur relativement à ses droits mobiliers ou s'il s'agit d'actions possessoires. Mais peut-il aliéner seul ses meubles corporels? La question ne peut pas se poser pour les ventes des fruits et récoltes, ni même pour les ventes d'objets mobiliers sans importance dont il importe souvent de se défaire pour les remplacer, etc. Ce sont là des actes de pure administration. Mais il peut y avoir doute en dehors de cette hypothèse. Or, la vente d'un mobilier d'une valeur considérable dépasse manifestement les limites d'un acte de *pure administration;* elle ne peut donc être faite valablement par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur (2). Il y a là une question d'appréciation que le juge du fond est appelé à trancher. Ce point de vue adopté par la jurisprudence la plus récente a quelque peu simplifié la discussion, telle du moins qu'elle s'était produite chez quelques auteurs (3). Désormais la question se trouve ramenée aux termes suivants :

L'aliénation d'objets mobiliers consentie par le mineur seul, peut-elle être considérée, eu égard seulement à la valeur et à l'importance de ces objets, comme pouvant constituer un acte de pure administration? Si la réponse est affirmative, la vente sera valable (4); elle sera nulle dans le cas contraire.

La Cour de cassation a fait une application de cette distinction en décidant que le mineur émancipé qui a consenti une vente d'objets mobiliers d'une valeur considérable,

(1) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 293 ; LAURENT, t. V, n° 217. Voy. Cass. 2 déc. 1885, S. 86, 1, 97.

(2) Paris, 18 déc. 1878, D. 80, 1, 61.

(3) LAURENT, t. V, n° 218.

(4) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 278.

déclarée nulle, ne peut être condamné ni à la restitution du prix, ni à des dommages-intérêts, alors qu'il n'a commis aucune faute, et que le prix ne lui a pas personnellement profité (1).

Enfin on admet en général que le mineur émancipé peut transiger seul relativement aux actes de pure administration, car il a libre disposition de ses revenus (2).

Tous les actes faits par le mineur émancipé, dans les limites de sa capacité, ont, sauf l'exception résultant du second paragraphe de l'art. 484, la même force que s'ils procédaient d'un majeur; c'est-à-dire que le mineur ne peut pas en demander la rescision pour cause de lésion (art. 1305). Mais il n'est pas pour cela assimilé à un majeur; il reste toujours mineur et les causes qui l'intéressent demeurent communicables au ministère public.

485. L'assistance du curateur est tout à la fois nécessaire au mineur émancipé, et suffisante pour les actes suivants :

1° La réception du compte de tutelle, art. 480;

2° L'acceptation d'une donation, art. 935;

3° Les partages, quelle que soit la nature mobilière ou immobilière des objets à partager, art. 840;

4° L'aliénation des meubles incorporels et la conversion des titres nominatifs en titres au porteur. — Mais cela n'est vrai que pour les mineurs émancipés pendant le mariage de leurs père et mère ou par leur propre mariage (L. du 17 fév. 1880, art. 2, 4 et 10). Nous reviendrons plus loin sur ce point;

5° L'introduction en justice des actions concernant les immeubles du mineur, et la défense à ces mêmes actions;

6° La réception d'un capital mobilier.

(1) Cass. 7 juill. 1879, D. 80, 1, 61.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1142; *Contrà*, LAURENT, t. V, n° 235.

Ces deux dernières prescriptions résultent du texte suivant :

ART. 482. Il ne pourra intenter une action immobilière, ni y défendre, même recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de son curateur, qui, au dernier cas, surveillera l'emploi du capital reçu.

La loi s'occupe généralement de la réception d'un *capital mobilier*. Cette expression s'applique à toutes les recettes qui ne sont pas des revenus, et qui de plus ont assez d'importance pour pouvoir faire l'objet d'un emploi déterminé. C'est ce qui résulte de l'économie de l'art. 482 qui en obligeant le curateur à surveiller l'emploi du capital reçu, montre bien qu'il ne peut être question que de sommes pouvant faire l'objet d'un placement à l'instant même où elles sont encaissées par le mineur. Ce dernier pourrait donc recevoir seul les gains modérés provenant de jeux licites (art. 1966), et le tuteur n'aurait pas à s'occuper de leur emploi.

Le curateur ne peut remplir efficacement le devoir de *surveiller l'emploi* des capitaux, qu'en subordonnant son assistance à la condition qu'il sera fait immédiatement un emploi déterminé des fonds touchés par l'émancipé, ou qu'ils seront consignés entre les mains d'un tiers jusqu'à ce qu'on ait trouvé un emploi avantageux.

Les capitaux mobiliers que le mineur ne peut recevoir sans l'assistance de son curateur, sont des capitaux que le mineur aurait le droit d'exiger si celui qui les doit n'en effectuait pas volontairement le paiement. On peut donc concevoir l'exercice d'une action en justice ayant principalement pour objet le paiement d'un capital mobilier. Or, s'il est vrai, comme nous l'avons reconnu, que le mineur émancipé puisse procéder seul, tant en demandant qu'en défendant, pour les actions mobilières en général, quelle raison y aurait-il pour lui contester ce droit quand il s'agit spécialement d'une action relative à un capital mobilier? On objecte que

le mineur émancipé ne pouvant recevoir le capital sans l'assistance de son curateur, il semble ne pouvoir pas, sans cette même assistance, intenter l'action en paiement qui contient un mandat implicite de toucher donné à l'huissier porteur de l'assignation; or, n'est-il pas de règle que pour pouvoir donner mandat d'accomplir un acte, il faut avoir la capacité requise pour accomplir personnellement cet acte (1)? — C'est une pure équivoque : le mandat implicite dont il s'agit, c'est le mandat de recevoir le paiement dans les mêmes conditions que pourrait le recevoir le mandant lui-même, c'est-à-dire avec l'assistance du curateur. Il faut donc conclure que le mineur pourra agir en justice, mais que le défendeur, s'il est condamné, ne pourra payer entre les mains du mineur que s'il est assisté de son curateur (2).

486. En ce qui touche l'exercice des actions, l'assistance du curateur n'est requise que pour celles qui concernent les immeubles du mineur. Les actions de cette nature devront donc être introduites à la requête du mineur assisté de son curateur, ou être intentées contre le mineur et non contre le curateur qui devra être personnellement appelé en cause.

Si le mineur émancipé a irrégulièrement introduit une action sans l'assistance de son curateur, l'intervention de ce dernier avant le jugement aura pour effet de régulariser la procédure. — Si l'intervention du curateur se produit seulement en cause d'appel, il en sera autrement : cette intervention n'aurait pas pour effet de régulariser la procédure et de laisser subsister la décision intervenue, mais seulement de maintenir l'assignation aux fins de comparution et de débat devant les premiers juges (3), ce qui peut avoir un grand intérêt au point de vue d'une interruption de prescription, etc.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1137.
(2) LAURENT, *loc. cit.*, n° 220.
(3) Poitiers, 27 mai 1880, D. 81, 2, 18.

L'assistance du curateur paraît également suffisante pour la validité d'un acquiescement à une action immobilière (arg., art. 464). Mais la question est généralement tranchée dans le sens de la nécessité d'une autorisation du conseil de famille (1).

Que faut-il décider en ce qui concerne les actions intéressant l'état du mineur? Dans le silence de la loi, on a jugé que le mineur émancipé avait qualité pour ester en justice, sans l'assistance du curateur, sur toutes les questions d'état, spécialement pour défendre à une action en nullité de son mariage, comme pour l'intenter lui-même (2). Mais le silence de la loi paraît devoir autoriser plutôt un raisonnement par analogie : les actions intéressant l'état étant bien plus importantes que les actions pécuniaires, il est logique d'admettre que le mineur a besoin pour les exercer ou pour y défendre, d'être assisté de son curateur, mais on ne saurait aller plus loin et exiger l'autorisation du conseil de famille (3). Cela s'applique notamment à l'action en désaveu, en nullité de mariage, en divorce ou en séparation de corps, et même à l'action en séparation de biens (4).

487. Le curateur n'a aucune initiative à prendre en ce qui concerne les intérêts du mineur. Il doit se borner à accorder son assistance, quand ce dernier la réclame, s'il juge à propos de l'accorder. Mais il peut aussi la refuser s'il estime que les intérêts du pupille lui commandent une telle abstention. Dans ce cas le pupille doit-il renoncer à l'acte projeté, ou peut-il exercer un recours contre le curateur à raison de son refus de l'assister? Cela est fort contestable, car il n'y a pas de texte qui transporte à une autorité supérieure au curateur le droit d'appréciation qui appartient incontestablement à ce

(1) LAURENT, *loc. cit.*, 227.
(2) Trib. Bruxelles, 2 fév. 1861, *Belg. jud.*, 1861, 599.
(3) LAURENT, *loc. cit.*, n° 227.
(4) *Ibid.*

dernier. Dans tous les cas il paraît impossible de reconnaître au conseil de famille le droit de statuer sur un pareil recours ; tout au plus pourrait-on admettre la compétence des tribunaux ordinaires qui auraient alors à nommer un curateur *ad hoc* (1).

488. Il y a des actes plus importants pour lesquels la seule assistance du curateur n'a pas paru constituer une garantie suffisante.

Par conséquent pour tous les actes qui ne sont pas de pure administration, et sauf ce qui vient d'être dit pour les actes à l'égard desquels l'assistance du curateur suffit, le mineur émancipé est tenu en vertu d'une règle formulée dans l'article 484 examiné plus loin, d'observer les formes et conditions prescrites pour le mineur non émancipé ; c'est-à-dire que tantôt l'autorisation du conseil de famille sera nécessaire et suffisante, et tantôt il faudra que cette autorisation soit suivie de l'homologation du tribunal.

489. Les actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante, sont :

1° L'acceptation ou la répudiation d'une succession ; l'acceptation ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire ;

2° L'acquiescement à une demande immobilière, au moins d'après l'opinion commune, car nous savons que la question est controversée ;

490. 3° L'aliénation des meubles incorporels, et la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, lorsque la valeur des meubles à aliéner ou des titres à convertir ne dépasse pas 1,500 fr. (art. 1, 4 et 10 de la loi du 17 février 1880). Mais cette disposition concerne uniquement le mineur qui a été émancipé *au cours de la tutelle*. Par conséquent, les dispositions de la loi de 1880 ne sont pas applicables lorsque l'émancipation résulte du mariage contracté par le mineur,

(1) LAURENT, *loc. cit.*, n° 228 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1183.

ce qui est fort juste ; le mineur qui a été considéré comme ayant assez de maturité pour contracter mariage, doit avoir une plus grande liberté d'action. Il pourra donc aliéner ses valeurs mobilières avec la seule assistance de son curateur.

Il en est de même du mineur qui aura été émancipé pendant le mariage de ses père et mère, et par conséquent alors qu'il n'était pas en tutelle ; la loi de 1880 ne le concerne pas. Cette nouvelle exception est moins justifiée que la première ; le législateur a sans doute pensé que le mineur émancipé durant le mariage de ses père et mère trouverait dans les conseils de ces derniers une suffisante protection de ses intérêts. Mais on objecte que si les parents viennent à mourir avant que l'émancipé ait atteint sa majorité, il se trouvera dans la même situation qu'un mineur émancipé au cours de la tutelle, sans avoir la protection établie en faveur de ce dernier.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la loi de 1880 a considéré comme étant suffisante l'appréciation formulée par les père et mère; peu importe donc que le mineur émancipé pendant le mariage devienne orphelin ou que le mineur émancipé par son mariage devienne veuf (1). Dans tous les cas il peut aliéner ses meubles incorporels, avec la seule assistance de son curateur, quelle que soit la valeur de ces meubles et leur nature, quand même il s'agirait de rentes sur l'État, puisque la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813 sont abrogés par la loi de 1880 (2).

Mais l'art. 9 de l'ordonnance du 29 avril 1831, d'après lequel les titres de rentes appartenant à tous mineurs indistinctement ne peuvent être convertis, remplacé pour les mineurs émancipés au cours de la tutelle par la loi du 27 février 1880, doit être considéré comme étant en vigueur à l'égard des

(1) Circ. min. du 20 mai 1880.

(2) Cass. 13 août 1883, D. 84, 1, 143; Voy. cep. Trib. Lille, 6 août 1881, S. 84, 2, 23.

émancipés que cette loi ne régit pas. La conversion de titres nominatifs de rentes sur l'État en titres au porteur est donc interdite aux mineurs émancipés par leur mariage, ou émancipés du vivant de leurs père et mère (1).

Il faut enfin remarquer que la loi du 27 février 1880 n'applique pas aux mineurs émancipés la disposition de son art. 5, qui impose au tuteur l'obligation de convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant à son pupille. Si ce dernier, postérieurement à son émancipation, recueille, comme héritier ou comme légataire des titres de cette nature, il pourra les aliéner à son gré sans aucune formalité, puisque leur transmission s'opère par une simple remise de la main à la main. On critique la loi sur ce point, et on lui reproche de ne pas avoir obligé le mineur émancipé à convertir ces titres au porteur en titres nominatifs (2). Mais de quoi eût servi une injonction adressée dans ce sens au mineur émancipé, alors qu'il n'y avait pas de sanction à formuler?...

491. Enfin il y a des actes pour lesquels le mineur émancipé devra obtenir, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation du tribunal; ces actes sont :

1° L'aliénation de ses meubles incorporels et la conversion de ses titres nominatifs en titres au porteur, lorsque la valeur des meubles à aliéner ou des titres à convertir dépasse, d'après l'appréciation du conseil de famille, la somme de 1500 fr. Nous rappelons que cette disposition est spéciale aux mineurs émancipés au cours de la tutelle;

2° L'emprunt :

ART. 483. Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunts, sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur de la République (*).

(*) Art. 483. — L. 3, C. 2, 45, *De his qui veniam.*

(1) Circ. du 20 mai 1880.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1143.

De même que pour le mineur non émancipé, l'emprunt ne doit être autorisé que s'il est manifestement nécessaire ou avantageux, qu'il ait lieu ou non à concurrence des revenus, qu'il soit direct ou indirect.

L'emprunt contracté sans l'accomplissement des formalités prescrites est donc nul, ainsi que l'acte authentique qui le constate. Cet acte néanmoins, s'il est signé des parties, pourra prouver la réception des espèces par le mineur, et ce dernier sera tenu à restitution s'il y a eu fraude de sa part, ou à concurrence de ce dont il aura profité.

492. 3° L'aliénation des immeubles du mineur;

4° L'hypothèque des biens qui lui appartiennent :

Ces deux dernières prohibitions résultent du paragraphe premier de l'article suivant, dans lequel le législateur a en outre formulé la règle générale qui, sauf pour les actes que le mineur peut faire avec l'assistance de son curateur, résulte des explications précédentes :

ART. 484, § 1er. Il ne pourra non plus vendre ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé (*).

Le texte ne mentionne pas spécialement l'hypothèque. Mais la prohibition d'hypothèquer sans une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal résulte suffisamment du principe que celui qui ne peut aliéner ne peut hypothéquer (art. 2124) et de la combinaison de l'art. 484 § 1 avec les art. 457 et 458 ci-dessus expliqués.

5° La transaction (art. 467).

Il est cependant généralement admis que le mineur émancipé peut transiger seul à l'occasion des actes de pure administration (n° 484).

493. Nous pouvons maintenant, en résumant en quelque sorte les règles qui précèdent, arriver à la détermination suivante :

(*) Art. 484 § 1. — L. 3, C. 2, 45, *De his qui veniam.*

Il y a une première catégorie d'actes à l'égard desquels le mineur émancipé a qualité pour agir seul, et il n'est pas restituable contre ces actes dans les cas où un majeur ne le serait pas lui-même; ce sont les actes de pure administration.

Mais il est une autre catégorie d'actes qui excèdent les limites de la pure administration; ils dépassent la capacité du mineur, ils sont donc entachés de nullité.

Or, la question que s'est posée le législateur a été celle de savoir si, pour les obligations résultant des actes de la première catégorie il ne fallait pas accorder au mineur émancipé un recours contre leurs effets excessifs, et même si ce recours ne devait pas être étendu aux obligations résultant des actes rentrant dans la seconde catégorie ci-dessus caractérisée, quoique ces actes fussent déjà entachés de nullité?

C'est à la question ainsi envisagée sous ce double aspect que répond le second paragraphe de l'art. 484 :

> ART. 484, § 2. A l'égard des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achats ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès : les tribunaux prendront, à ce sujet, en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses.

Les obligations réductibles en cas d'excès sont celles qui résultent de toute opération pouvant *induire le mineur en dépense*. Le type de ces opérations c'est l'achat d'objets absolument inutiles ou d'une valeur disproportionnée avec la fortune du mineur. Telle serait aussi la location d'appartements, équipages ou objets luxueux dépassant tout à fait ses ressources.

Dans tous les cas ci-dessus les engagements excessifs du mineur pourront être réduits, sans difficulté, lorsqu'il s'agit de pure administration, c'est-à-dire d'actes qui, en eux-mêmes, sont parfaitement valables.

Mais la Cour de cassation va plus loin, et par application du point de vue déjà indiqué, elle décide que le droit accordé au mineur émancipé de faire réduire, en cas d'excès, les

obligations par lui contractées, doit s'étendre, sans distinction, à toute obligation qu'il a souscrite, et non pas seulement à celles qui rentrent dans les limites d'une simple administration (1).

Ainsi donc, d'après la jurisprudence, quand il s'agit d'actes de pure administration, l'émancipé ne peut, le cas échéant, recourir qu'à une action en réduction de son engagement; quand il s'agit, au contraire, d'actes dépassant sa capacité, le mineur a le choix entre l'action en nullité proprement dite, indépendamment de toute lésion ou de tout excès, et l'action en réduction.

Le mineur émancipé a seul qualité pour exercer l'action en réduction. Ni le père, ni la mère, ni le conseil de famille ne pourraient l'exercer eux-mêmes, si l'émancipé, à tort ou à raison, ne voulait pas agir.

Pour le jugement de l'action en réduction les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation qu'ils n'ont pas en matière de nullité. Ils devront prendre en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront traité avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses.

494. Il pourra même arriver que la responsabilité pénale des personnes qui ont traité avec le mineur émancipé, se trouve engagée par application de l'art. 406, C. P., qui réprime le fait d'abuser des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur. C'est surtout en effet à l'égard des mineurs émancipés que sont pratiqués les délits prévus par l'art. 406 précité (n° 369). Le délit est consommé dès que le mineur, dont l'état de minorité était d'ailleurs connu, a été amené à souscrire à son préjudice des obligations ou décharges.

Du reste, l'arrêt qui constate qu'un prévenu a fait souscrire à des mineurs des obligations préjudiciables à leurs

(1) Cass. 21 août 1882, D. 83, 1, 339; Cass. 29 juin 1857, D. 58, 133.

intérêts, en abusant de leurs besoins, de leurs faiblesses ou de leurs passions, caractérise suffisamment le délit réprimé par l'art. 406, C. P., alors même qu'il n'indique pas expressément les faits et circonstances desquels il résulte qu'il y a effectivement abus des besoins, faiblesses ou passions de ces mineurs (1).

495. Tels sont les effets que produit l'émancipation à l'égard du mineur français. Pour apprécier ces mêmes effets à l'égard des mineurs étrangers, il faudra appliquer la loi personnelle du mineur. C'est cette loi qui détermine s'il sera assisté d'un curateur, et le mode de nomination de ce dernier. En France, le mineur italien aura pour curateur son père ou sa mère; en Italie, le Français aura pour curateur la personne désignée par son conseil de famille. Ainsi encore les attributions de ce curateur et l'étendue de la capacité nouvelle qui résulte pour le mineur de l'émancipation sont mesurées par la loi personnelle de ce dernier, même quand il s'agit de pourvoir à l'administration ou à l'aliénation des biens situés en pays étranger. Tout ce qui a été dit à cet égard à propos des pouvoirs du tuteur trouve ici son application (2).

§ 3. — Retrait de l'émancipation.

496. — L'émancipation résultant du mariage est irrévocable.
497. — Du retrait de l'émancipation expresse en cas d'abus, art. 485.
498. — Formes du retrait de l'émancipation.
499. — Effets du retrait, art. 486.
500. — Du mineur émancipé commerçant, art. 487.

496. L'émancipation est toujours accordée jusqu'à la majorité; elle ne pourrait être accordée à terme ou sous condi-

(1) Cass. 14 mai 1880, D. 81, 1, 239.
(2) WEISS, *Dr. int. pr.*, p. 612.

tion, ou à titre d'essai. Ainsi, l'émancipation tacite ne peut être conférée pour le temps seul du mariage. Si le mariage prend fin avant que l'émancipé atteigne sa majorité, l'émancipation n'en existe pas moins.

Pour soutenir le contraire, on ne pourrait pas invoquer l'adage : *Cessante causâ cessat effectus.* Ce n'est pas en effet le mariage qui est la cause de l'émancipation, mais la volonté du père ou de la famille qui, en consentant au mariage, a jugé le mineur digne de l'émancipation.

Dans le cas où le mariage a été annulé, il semble tout d'abord qu'une distinction soit nécessaire : si le mariage a été annulé à raison du défaut du consentement de la part des ascendants ou de la famille (art. 182), on peut dire que le mineur n'a pas été en réalité jugé digne de l'émancipation, puisque le consentement de ceux qui étaient appelés à juger la question ne s'est pas exprimé à cet égard; l'émancipation devra donc cesser dans ce cas. Mais si le mariage est annulé pour toute autre cause que le défaut de consentement de la part de ceux qui devaient le donner, ne pourrait-on pas soutenir que l'émancipation est irrévocable, ceux de qui elle pouvait émaner y ayant consenti? Nous ne le pensons pas : le consentement, en effet, a eu principalement en vue un mariage dont la nullité n'était pas soupçonnée.

Un accident peut faire quelquefois cesser l'émancipation, si le mineur vient à tomber en démence habituelle de façon qu'il y ait lieu de l'interdire.

497. Si le mineur abuse de l'émancipation, il est rationnel de lui retirer un bénéfice qui pourrait tourner à son préjudice. Mais la loi n'a pas voulu laisser ce point à l'arbitraire, et a indiqué une cause unique de retrait pour l'émancipation expresse.

Nous avons vu qu'un mineur émancipé peut faire des actes d'administration à l'égard desquels il n'est pas plus restituable qu'un majeur. Mais d'après l'art. 484, § 2, s'il contracte des

engagements excessifs, ils peuvent être réduits. C'est cette hypothèse qui est visée par la loi quand elle autorise le retrait de l'émancipation :

ART. 485. Tout mineur émancipé dont les engagements auraient été réduits en vertu de l'article précédent, pourra être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer (*).

Il faut même rectifier le texte par la formule dont se sert le second paragraphe de l'art. 484 : il suffit que les engagements aient été jugés *réductibles*, il n'est pas nécessaire qu'ils aient été effectivement réduits. Les engagements bien que déclarés réductibles peuvent en effet ne pas avoir été réduits à cause de la bonne foi des fournisseurs, ou parce que le mineur aurait commis un dol pour se faire passer pour majeur (1).

Il n'y a pas d'autre cause de révocation. Le mineur qui, sans contracter d'engagements excessifs, se livrerait à la dissipation et à la débauche ne pourrait être privé de l'émancipation. L'opinion contraire émise par Demolombe (2) n'a obtenu et ne pouvait obtenir aucune adhésion (3).

Le mineur émancipé ayant seul le droit, comme nous l'avons remarqué, d'intenter l'action en réduction, il en résulte que, s'il n'agit pas, le retrait de l'émancipation est impossible. C'est un point reconnu par tous les auteurs, sauf Demolombe qui soutient malgré l'absence de texte sur ce point, que le père, la mère ou le conseil de famille, par un de ses membres délégués, a le droit de demander, au nom du mineur, la réduction de ses engagements excessifs, dans le but de rendre possible la révocation de l'émancipation (4).

(*) Art. 485. — L. unic., C. 8, 50, *De ingratis lib.*

(1) *Contrà*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1148.

(2) T. VIII, n° 357.

(3) LAURENT, t. V, n° 239 ; Trib. Toulouse, 11 nov. 1882, S. 83, 2, 96.

(4) T. VIII, n°s 347 et 348.

Mais tout en constatant l'état de la loi sans avoir la prétention de la refaire, les auteurs signalent en général ce qui leur paraît être une lacune ou une imprévoyance.

Cela est-il bien exact? Si le droit d'agir en réduction appartenait au père, à la mère, au curateur, aux membres du conseil de famille, chacune de ces personnes pourrait soulever la prétention de venir scruter tous les actes de l'émancipé, même les actes de pure administration, et transformer ainsi un régime d'indépendance en une intolérable inquisition.

498. Quand il y aura lieu de révoquer l'émancipation, il faudra suivre, dit le texte, *les formes qui ont été observées pour la conférer*, ce qui veut dire : les formes qui devraient être observées, si l'émancipation avait lieu au moment où on la retire. Par conséquent, si les parents sont morts, l'émancipation pourra être retirée par le conseil de famille.

499. Cette dernière précision démontre que malgré la généralité des termes de l'art. 485, le retrait de l'émancipation ne peut recevoir d'application qu'à l'émancipation expresse. L'émancipation tacite résultant du mariage n'est pas révocable; il n'était pas admissible, en effet, qu'un mineur marié fût soumis à la puissance paternelle ou à la tutelle. Or, telle serait, à son égard, la conséquence du retrait de l'émancipation; en effet :

ART. 486. Dès le jour où l'émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en tutelle, et y restera jusqu'à sa majorité accomplie.

Le mineur va donc se trouver soumis de nouveau à la puissance paternelle, s'il a encore son père et sa mère au moment du retrait de l'émancipation.

Si les père et mère vivant lors de l'émancipation sont décédés l'un et l'autre au moment du retrait, l'enfant *entre* en tutelle;

Si l'enfant était déjà en tutelle au moment de son émancipation, il *rentre* en tutelle par l'effet du retrait;

Enfin, s'il n'a plus que son père ou sa mère, il retombe sous

la puissance paternelle et en même temps il *entre* ou il rentre en tutelle, suivant que son auteur prédécédé est mort avant ou depuis l'émancipation.

L'usufruit légal revit au profit du père ou de la mère si l'enfant dont l'émancipation a été révoquée n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans.

Quand le mineur rentre en tutelle, c'est une nouvelle tutelle qui s'ouvre. La mission de l'ancien tuteur testamentaire ou datif est et demeure expirée. C'est un autre tuteur datif qui gérera cette seconde tutelle. Le conseil de famille pourra, s'il le juge convenable, désigner l'ancien tuteur.

Que décider si l'ancien tuteur était un tuteur légitime encore capable? La tutelle devra-t-elle lui revenir? La négative a été soutenue par ce motif que la tutelle légale ou légitime n'est déférée qu'une fois, et que la mission du tuteur légitime est épuisée. Mais cette subtilité ne peut être admise : si au moment du retrait de l'émancipation, le mineur a encore son père, ou sa mère, ou des ascendants, la tutelle qui s'ouvre est légale, et aucun texte ne déclare que la tutelle légitime n'est déférée qu'une fois.

Le mineur replacé en tutelle y demeurera jusqu'à sa majorité accomplie. Cependant s'il se remarie, il jouira encore du bénéfice de l'émancipation, car la loi n'admet pas qu'un individu marié puisse se trouver en tutelle ou soumis à la puissance paternelle; l'art. 476 a limité, par avance, les effets de l'art. 486.

500. Enfin, la loi termine le chapitre de l'émancipation en déclarant que :

> ART. 487. Le mineur émancipé qui fait un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce.

Cette disposition doit être rapprochée de l'art. 2 du Code de commerce ainsi conçu :

« Tout mineur émancipé de l'un et de l'autre sexe, âgé de « dix-huit ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté

« que lui accorde l'art. 487 du Code civil, de faire le com-
« merce, ne pourra en commencer les opérations, ni être
« réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés
« pour faits de commerce, 1° s'il n'a été préalablement
« autorisé par son père, ou par sa mère, en cas de décès, in-
« terdiction ou absence du père, ou, à défaut du père et de
« la mère, par une délibération du conseil de famille, homo-
« loguée par le tribunal civil; 2° si, en outre, l'acte d'au-
« torisation n'a été enregistré et affiché au tribunal du lieu
« où le mineur veut établir son domicile. »

Le mineur émancipé autorisé à faire le commerce a donc une capacité plus grande que le mineur simplement émancipé. Il peut, pour les besoins de son commerce, plaider, transiger, emprunter, consentir une hypothèque sans aucune assistance ni autorisation. Il n'est pas soumis aux prescriptions de la loi du 27 février 1880 en ce qui concerne l'aliénation de ses meubles incorporels. Mais il demeure soumis, pour l'aliénation de ses immeubles, à l'observation des formes prescrites par les art. 457 et suiv.

Il est assez difficile de comprendre que le mineur commerçant puisse aliéner librement tout son capital mobilier et son fonds de commerce lui-même, et qu'on lui ait refusé la capacité d'aliéner le plus petit immeuble, qu'il pourra d'ailleurs hypothéquer, contrairement à la règle générale d'après laquelle pour pouvoir hypothéquer un immeuble, il faut être capable de l'aliéner. On a avancé, pour défendre le système de la loi, que la capacité d'aliéner n'était pas aussi nécessaire au mineur commerçant que celle d'hypothéquer. C'est là une fausse appréciation : l'hypothèque, accessoire d'une dette préexistante, porte une atteinte mortelle au crédit d'un commerçant, tandis qu'une aliénation, que mille circonstances diverses peuvent expliquer, laisse ce crédit intact; la critique paraît donc justifiée.

TITRE ONZIÈME.

DE LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MAJORITÉ.

501. — Notion de la majorité, art. 488.

501. L'incapacité résultant de l'âge doit naturellement prendre fin par le seul fait de l'arrivée à un âge plus avancé où la maturité de la raison peut être considérée comme acquise:

ART. 488. La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre *du Mariage*.

Nous avons déjà eu l'occasion de constater que la majorité, quand l'heure de la naissance est constatée dans l'acte de l'état civil, s'acquiert *de momento ad momentum* (nº 231) (1).

Cette règle ne concerne pas seulement la capacité générale résultant de l'acquisition de la majorité; elle s'applique également aux capacités spéciales, et lorsqu'une disposition de loi recule jusqu'à un âge déterminé l'acquisition d'une capacité, cet âge doit être calculé *de momento ad momentum*, à compter de la naissance (2).

La capacité générale résultant de la majorité subit une restriction spéciale résultant de l'obligation imposée au fils

(1) Nancy, 10 mars 1888, S. 89, 2, 105.
(2) Nîmes, 17 mai 1888, S. 89, 2, 109.

de famille, même majeur, qui veut se marier, d'obtenir le consentement ou de requérir le conseil de leurs ascendants (art. 148 et suiv.). Une autre restriction du même genre concerne l'adoption (art. 346). Enfin, d'autres restrictions, ayant un caractère plus général dérivent de l'interdiction et de la nomination d'un conseil judiciaire.

CHAPITRE II.

DE L'INTERDICTION.

§ 1er. — Règles générales; procédure en interdiction.

502. — Notion de l'interdiction; historique.
503. — Interdiction des aliénés; caractères que doit présenter l'aliénation, art. 489.
504. — Qui peut être interdit? des mineurs.
505. — A qui appartient l'action en interdiction, art. 490.
506. — Attributions du ministère public, art. 491.
507. — Règles de compétence, art. 492; spécialement à l'égard des aliénés étrangers.
508. — Formes de la demande, art. 493.
509. — Avis à donner par le conseil de famille, art. 494; composition du conseil, art. 495.
510. — Interrogatoire du défendeur, art. 496; *Quid* s'il est hors de France?
511. — Nomination d'un administrateur provisoire, art. 497.
512. — Possibilité d'une enquête, art. 893 § 2, C. pr. c.; formes.
513. — Jugement définitif, art. 498; nomination d'un conseil, art. 499.
514. — Voies de recours : opposition, appel; interrogatoire en appel, art. 500.
515. — Publicité du jugement, art. 501.

502. Il s'agit dans notre chapitre de l'insanité d'un majeur. D'après l'art. 488 tout majeur est capable; mais on comprend qu'il puisse cesser de l'être, s'il devient insensé. Alors il y a lieu à son *interdiction*, c'est-à-dire à lui enlever l'administration et la disposition de ses biens. L'aliénation mentale peut survenir à tout âge et présenter divers caractères. Si cet état n'est que momentané, la loi ne prend pas de mesure générale, mais annule les actes individuels faits en cet état, c'est-à-dire sans consentement (art. 1108, § 1). Si au contraire cet état est habituel, il y a lieu de prendre une mesure générale dans l'intérêt de l'aliéné lui-même et de sa famille, dans l'intérêt des tiers et dans celui de l'État. Il faut en effet

empêcher l'aliéné de commettre des délits, de se nuire à lui-même, etc.

Cette mesure générale, c'est l'interdiction prononcée par la justice, et que pour ce motif on appelle *judiciaire*, mesure de protection qu'il ne faut pas confondre avec l'interdiction *légale*, pénalité qui résulte de condamnations criminelles. Mais les deux interdictions ont cela de commun que l'interdit, quel qu'il soit, est soumis au régime de la tutelle.

Dans l'ancien droit romain, les furieux n'étaient pas en tutelle mais en curatelle; le curateur ne pouvait donc que les assister, et n'avait pas d'*auctoritas* à interposer.

Antérieurement au Code civil on avait pareillement admis l'interdiction prononcée par un tribunal. Mais, indépendamment de l'interdiction, qui n'a trait qu'aux rapports juridiques, la loi du 24 août 1790 avait pris certaines précautions dans l'intérêt de la société, et avait confié, d'une manière d'ailleurs assez vague, aux municipalités, le soin de veiller sur les aliénés. — Les parents de l'aliéné étaient prévenus qu'ils devaient le garder à vue, sinon l'aliéné était arrêté provisoirement et retenu en prison jusqu'à son interdiction. Dans les vingt-quatre heures le ministère public était averti de provoquer l'interdiction.

Nous allons voir que, sous l'empire du Code, le ministère public ne peut provoquer l'interdiction que très exceptionnellement.

Mais souvent, pour éviter les frais et la publicité d'un procès, on attend la guérison qui peut se manifester à chaque instant. Or, en attendant, il faut protéger le malade à tous les points de vue matériel et juridique. De ce besoin est sorti la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, loi dont certaines dispositions devront être expliquées, car elles se combinent avec celles du Code et les complètent.

503. Occupons-nous d'abord de l'interdiction des aliénés.

ART. 489. Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides (*).

La *démence*, l'*imbécillité*, la *fureur* sont les trois manifestations différentes auxquelles peuvent être rapportées toutes les altérations que subit la raison d'une personne. Mais il faut qu'il en résulte un état *habituel*, ce qui ne veut pas dire un état *continu*.

La *démence* est l'état d'une intelligence dont les conceptions sont absolument désordonnées.

L'*imbécillité* est une faiblesse d'esprit caractérisée par l'absence ou l'oblitération des idées; elle n'implique pas une absence totale d'intelligence, mais une faiblesse habituelle ne permettant pas de gouverner sa personne et ses biens (1).

La *fureur* est la démence portée à un degré d'exaltation rendant le malade dangereux pour lui-même et pour les autres.

La folie raisonnante, qui constitue une démence partielle et n'affecte pas l'ensemble des facultés intellectuelles, ne pourra être une cause d'interdiction que si, d'après l'appréciation des juges, elle laissait le malade sans défense vis-à-vis des influences étrangères.

Il faut aussi que l'absence de raison soit relative aux affaires ordinaires de la vie civile. Des idées spéculatives, bizarres, mal déduites ou extraordinaires, en dehors des réalités de la vie usuelle, ne pourraient motiver l'interdiction.

Les maladies mentales peuvent seules donner lieu à l'interdiction. Les infirmités physiques telles que la surdimutité, la paralysie de la langue (2), la cécité, etc.,

(*) Art. 489. — JUST. *Inst.* § 3, 1, 23; L. 1, D. 27, 10, *De curat. furioso;* L. 2 et 6, C. 5, 70, *De curat. furiosi.*

(1) Rennes, 29 juin 1882, D. 83, 2, 70.

(2) Caen, 1er mai 1879, D. 80, 2, 247.

ne peuvent, en elles-mêmes, être une cause d'interdiction.

Il faut en dire autant de l'alcoolisme et de l'ivresse manifeste, de l'hystérie, de l'érotomanie, etc. Mais il arrivera bien souvent que la perversion des sens, résultat ordinaire de ces affections, amène une dépravation morale dont le résultat final sera l'altération et quelquefois l'anéantissement de la volonté.

Il faut du reste reconnaître qu'en pareille matière les juges du fait sont investis d'un pouvoir souverain d'appréciation (1). Mais ils devront, en prononçant l'interdiction, indiquer les causes sur lesquelles elle est fondée, et s'expliquer sur les conclusions du défendeur tendant, soit principalement au rejet de la demande, soit subsidiairement à une enquête (2). Ils auront souvent recours, pour s'éclairer, aux lumières des membres du corps médical; mais ces derniers ne peuvent intervenir que comme experts, et les avis ou opinions qu'ils émettent à ce titre ont la même valeur que les avis formulés dans des matières différentes par des experts ordinaires et n'en ont pas davantage.

504. Tous les majeurs atteints d'une maladie mentale, caractérisée comme il vient d'être dit, peuvent donc être l'objet d'une demande en interdiction.

Quid des mineurs?

Il est certain qu'on peut interdire un mineur émancipé pour lui ôter l'administration de ses biens, car il est à ce point de vue, assimilé à un majeur.

La même solution n'est pas, au premier abord, aussi évidente à l'égard d'un mineur non émancipé, qui ne peut être assimilé à un majeur, et dont l'interdiction semble, au premier abord, sans utilité.

Mais l'utilité d'une interdiction consiste en ce que le mineur

(1) Cass. 16 août 1875, D. 77, 1, 132.
(2) Cass. 21 fév. 1888, D. 88, 1, 299.

arrivant à sa majorité, *demeurera* en tutelle, sans qu'il existe une période intermédiaire durant laquelle il pourrait poser des actes nuisibles à lui-même. L'art. 489 est rédigé en vue du cas le plus fréquent, et la discussion à laquelle il a donné lieu prouve bien la possibilité d'interdire un mineur non émancipé. On rejeta, en effet, un art. 39 (liv. I, tit. X du projet) qui prohibait l'interdiction d'un mineur. Enfin, les art. 174 et 175 permettent au tuteur de provoquer l'interdiction d'un mineur.

Il importe d'ailleurs d'observer que l'état du mineur sera d'ores et déjà profondément modifié par son interdiction, même avant qu'il atteigne sa majorité. Ainsi, un mineur peut se marier avant 21 ans (art. 144); il peut aussi, dans une certaine mesure, tester avant cet âge (art. 904). S'il est interdit il ne pourra plus se marier ni tester, sauf la difficulté relative aux intervalles lucides (t. II, n° 17). En outre, la nullité des actes d'un interdit n'est pas la même que celle des actes d'un mineur. Quand il s'agit d'un mineur, il faut qu'il y ait lésion pour que la nullité soit prononcée, art. 1305; au contraire, il n'est pas nécessaire de prouver la lésion quand il s'agit d'un interdit, art. 502. Enfin, l'interdiction établit en faveur de celui qui en est l'objet, une présomption d'irresponsabilité en ce qui concerne les délits qu'il pourrait commettre, tandis qu'il n'en est pas de même de la minorité.

505. A qui la loi a-t-elle reconnu le droit de provoquer l'interdiction :

ART. 490. Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. Il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre (*).

Il était légitime de penser d'abord à la famille, aux parents français ou étrangers, peu importe, et ensuite au conjoint, même *putatif* ou séparé de corps. Pour les parents, la loi ne distingue pas quant au degré, car c'est l'affection qui est

(*) Art. 490. — L. 3, C. 5, 70, *De curatore furiosi.*

censée motiver leur initiative. Cependant, de bons esprits croient devoir l'arrêter au 12e degré, qui paraît être, d'après l'art. 755, la limite extrême où la parenté produit ses effets (1). Cela paraît d'autant plus rationnel qu'il serait toujours possible de trouver quelque trace de parenté. Il faut donc admettre une limite. Il n'y a pas, d'ailleurs, de dévolution successive. La mère, sans autorisation de justice, pourrait agir malgré son mari.

Les alliés ne peuvent pas provoquer l'interdiction, le texte ne leur en donne pas le droit. Cela est tout naturel à cause du retentissement d'un procès en interdiction qui est de nature à nuire à la famille par suite d'une certaine opinion sur l'hérédité de la folie considérée comme provenant d'un vice du sang. C'est donc aux parents seuls à examiner la question; les alliés pourraient manquer de ménagements.

Enfin nul ne pourrait, par convention, se reconnaître interdit ou se pourvoir d'un conseil, ni être admis à provoquer sa propre interdiction.

Les tiers, créanciers de l'aliéné ou intéressés à un titre quelconque, bien qu'ayant le droit quand il s'agit d'un mineur, de provoquer la réunion d'un conseil de famille pour constituer la tutelle, ne pourraient intervenir dans une instance en interdiction pour appuyer la conclusion de la demande, ni même pour y défendre (2). Mais la femme aurait intérêt et qualité pour intervenir dans l'instance en interdiction poursuivie contre son mari.

506. Quelle sera donc, au point de vue qui nous occupe, la situation du dément qui n'a ni parents ni conjoint, ou dont personne ne réclame l'interdiction?

ART. 491. Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parents, elle doit l'être par le

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, nº 1160; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VIII, nº 448.

(2) Bruxelles, 13 janv. 1881, *Pas.*, 81, 2, 69.

procureur de la République, qui, dans les cas d'imbécillité ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus (*).

Ainsi donc, en cas d'imbécillité ou de démence, l'action du ministère public est facultative, et encore faut-il que l'individu n'ait ni conjoints, ni parents connus.

Dans le cas de fureur, l'action du ministère public est obligatoire, suivant la théorie du Code. Mais comme la loi du 30 juin 1838 a attribué à l'autorité administrative le droit d'ordonner d'office le placement dans un asile d'aliénés de toute personne interdite ou non interdite, dont l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes, l'action obligatoire du ministère public n'a plus aujourd'hui de raison d'être. Néanmoins elle s'exerce encore quelquefois, notamment à l'égard des étrangers (1).

Dans aucun cas, d'ailleurs, le ministère public n'a qualité pour provoquer la nullité des actes faits par les aliénés ou en leur nom.

507. Les demandes en interdiction ne sont pas soumises, cela se comprend, au préliminaire de la conciliation.

ART. 492. Toute demande en interdiction sera portée devant le tribunal de première instance.

Le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur.

Mais les tribunaux français seraient-ils compétents pour statuer sur les demandes dirigées contre des étrangers?

Sous l'influence d'une doctrine étroite on a souvent jugé qu'un individu, en principe, ne peut être pourvu d'un conseil judiciaire ou frappé d'interdiction que par ses juges naturels, c'est-à-dire par les juges de sa patrie (2), c'est notamment la jurisprudence du tribunal de la Seine (3).

(*) Art. 491. — L. 1, D. 27, 10, *De curat. furioso.*

(1) Trib. Versailles, *Gaz. Trib.* du 28 nov. 1863.

(2) Alger 4 mars 1874, S. 74, 2, 103.

(3) Trib. Seine, 30 juill. 1887, *Loi*, 5 août 1887; 20 déc. 1882, *Journ. Dr. int. pr.*, 1883, p. 51, etc.

Mais conformément à la doctrine qui a été plus haut établie (t. Ier, n° 157), nous croyons que les tribunaux français peuvent prononcer l'interdiction d'un étranger domicilié ou simplement résidant en France (1), alors surtout que les dispositions du Code civil concernant l'interdiction peuvent être considérées, soit comme rentrant dans la catégorie des lois de police et de sûreté, dont parle l'art. 3 (2), soit comme constituant une protection due aux étrangers comme aux nationaux (3) (t. Ier, n° 112).

La compétence que nous reconnaissons aux tribunaux français est d'ailleurs facultative (t. Ier, n° 157), et le défendeur doit être admis à la décliner en temps utile, c'est-à-dire, selon l'opinion générale, *in limine litis* (4).

Mais, même dans la doctrine qui conteste la compétence des tribunaux français, on admet que des mesures provisoires peuvent être prises à l'égard d'un incapable étranger.

Enfin, c'est le cas de rappeler que l'art. 10 de la convention franco-suisse du 15 juin 1869, citée plus haut (n° 266), s'applique aux interdits, et réserve aux tribunaux respectifs des deux nations la connaissance des contestations relatives à l'établissement de la tutelle des interdits.

508. L'introduction de la demande en interdiction n'est pas soumise à la forme ordinaire de l'ajournement :

> ART. 493. Les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, seront articulés par écrit. Ceux qui poursuivront l'interdiction, présenteront les témoins et les pièces.

C'est donc par voie de requête que le tribunal compétent doit être saisi. Les faits sur lesquels la demande est formée doivent être articulés, c'est-à-dire énoncés dans la requête

(1) Caen, 29 janv. 1873, D. 76, 2, 224; Rouen, 5 déc. 1853, D. 54, 2, 123.

(2) Rouen, 25 juill. 1861, *Journ. Rouen*, 1861, p. 275.

(3) Jug. précité du trib. de Versailles, *Gaz. Trib.* du 28 nov. 1863.

(4) Caen, 29 janv. 1873, D. 76, 2, 224; *Contrà*, Alger, 4 mars 1874, S. 74, 2, 103.

(art. 890, C. pr. c.) sans avoir besoin d'être énumérés en détail; il n'est pas non plus nécessaire que la requête indique le nom des témoins, puisque les faits peuvent être prouvés autrement (1).

Aux termes de l'art. 891, C. pr. c., « Le président du tribunal ordonnera la communication de la requête au ministère public, et commettra un juge pour faire rapport au jour indiqué. »

509. L'art. 892, C. pr. c., ajoute que : sur le rapport du juge et les conclusions du procureur de la République :

ART. 494. Le tribunal ordonnera que le conseil de famille, formé selon le mode déterminé à la section IV du chapitre II du titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation*, donne son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée.

Si les faits articulés ne paraissent pas pertinents, le tribunal peut, *de plano*, rejeter la demande. Dans tous les cas, la voie de l'opposition n'est pas ouverte contre ce jugement (2), ni celle de l'appel.

Le conseil de famille des individus dont l'interdiction est poursuivie sera composé comme celui des mineurs. La loi n'établit qu'une seule cause spéciale d'exclusion :

ART. 495. Ceux qui auront provoqué l'interdiction, ne pourront faire partie du conseil de famille : cependant l'époux ou l'épouse, et les enfants de la personne dont l'interdiction sera provoquée, pourront y être admis sans y avoir voix délibérative.

Il résulte du texte que l'époux, l'épouse ou les enfants demandeurs en interdiction peuvent être admis dans le conseil de famille avec voix consultative seulement, mais que s'ils n'ont pas provoqué l'interdiction, ils doivent entrer, sans limitation de nombre (art. 408), dans le conseil de famille avec voix délibérative. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (3).

(1) Lyon, 12 janv. 1882, D. 83, 2, 12.

(2) Liège, 16 mars 1891, S. 91, 4, 28.

(3) DEMOLOMBE t, VIII, n° 500; LAURENT, t. V, n° 265; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1165.

Les enfants de l'individu à interdire sont donc appelés, à ce titre, à faire partie du conseil de famille, s'ils n'ont pas la qualité de demandeurs, et c'est par erreur qu'il a été décidé qu'on pourrait les en écarter si leur impartialité pouvait être suspectée (1).

Quant aux enfants de celui qui provoque l'interdiction, ils peuvent sans difficulté faire partiè du conseil de famille (2).

Il faut, du reste, appliquer les règles ordinaires en matière de conseil de famille.

Ainsi, un parent du défendeur ne pourrait faire partie du conseil, s'il avait un intérêt personnel contraire à celui de ce défendeur (3) ;

La mère de l'intéressé a un droit propre à faire partie du conseil (4), alors qu'il n'en est pas ainsi du beau-père (5).

La loi ne déroge au droit commun qu'en appelant le conjoint à siéger au conseil de famille, mais il est lui-même soumis aux règles ordinaires, il devra donc être écarté s'il plaide contre le défendeur en divorce ou en séparation de corps (6).

Les membres du conseil de famille étant choisis à raison de la connaissance qu'ils sont présumés avoir de l'état mental de la personne dont l'interdiction est poursuivie n'ont pas à procéder à son interrogatoire; c'est au tribunal que la loi donne cette mission (7).

Le conseil n'est pas appelé davantage à se prononcer sur la question litigieuse de savoir si le défendeur doit ou ne doit

(1) Lyon, 12 janv. 1882, D. 83, 2, 12.
(2) Cass. 19 mai 1885, D. 86, 1, 71.
(3) Cass. 21 avril 1880, D. 80, 1, 430.
(4) Caen 10 juill. 1880, D. 81, 2, 217.
(5) Caen 10 juin 1880, D. 81, 2, 217.
(6) Caen, 31 juill. 1878, D. 79, 2, 269.
(7) LAURENT, t. V, n° 265 ; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VIII, n° 498; Comp. Paris, 28 avril 1879, D. 80, 2, 117.

pas être interdit; il doit seulement donner son avis *sur l'état de la personne;* ce sont les termes de la loi.

Comme la délibération prise sur ce point par l'assemblée de famille n'est pas sujette à homologation, et ne pourrait, quant au fond, être l'objet d'aucun recours, il semble logique d'admettre qu'elle ne doit pas nécessairement mentionner l'avis de chacun des membres qui la composent, alors même qu'ils ne seraient pas unanimes.

L'avis du conseil de famille, s'il n'est pas susceptible de recours quant au fond, peut néanmoins être attaqué pour vice de forme dans le cours du débat. Il faudra appliquer les règles plus haut exposées concernant les délibérations ordinaires en matière de tutelle. Si la délibération est annulée, le tribunal ne tiendra aucun compte de l'avis exprimé et en demandera un autre (1). Il a été jugé cependant que l'avis des parents étant un préalable indispensable, son annulation fait tomber *ipso facto* toute la procédure subséquente (2). Cela paraît excessif. Il ne s'agit que d'un avis, et ce n'est pas cet avis qui est l'élément décisif du jugement, c'est l'interrogatoire du défendeur (3).

510. C'est là en effet qu'il faut en venir :

ART. 496. Après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal interrogera le défendeur à la chambre du conseil: s'il ne peut s'y présenter, il sera interrogé dans sa demeure, par l'un des juges à ce commis, assisté du greffier. Dans tous les cas, le procureur de la République sera présent à l'interrogatoire.

D'après l'art. 893, C. pr. c., la requête et l'avis du conseil de famille seront signifiés au défendeur avant qu'il soit procédé à son interrogatoire. Quoique la loi ne le dise pas, le jugement ordonnant l'interrogatoire doit également être signifié. Comment le défendeur, en effet, pourrait-il être tenu

(1) Cass. 2 août 1860, D. 60, 1, 495.

(2) Caen, 31 juill. 1878, D. 79, 2, 269.

(3) LAURENT, *loc. cit.*, n° 266. Conf. CHAUVEAU-CARRÉ, t. VI, q. 3016 *bis*.

de déférer à cette décision si elle n'est pas portée à sa connaissance?

Un délai suffisant que la loi a négligé d'indiquer, doit nécessairement s'écouler entre la signification dont il vient d'être parlé et l'interrogatoire. Le défaut d'une telle signification autoriserait le défendeur à se refuser à tout interrogatoire tant que la signification ne lui serait pas régulièrement faite. Mais s'il consentait à se laisser interroger, l'irrégularité serait couverte (1).

Il sera procédé à l'interrogatoire soit par le tribunal, en chambre du conseil, soit par un juge commis, lequel doit être un membre du tribunal et non un juge de paix (2).

Le ministère public doit toujours être présent à l'interrogatoire. La loi ne parle pas du demandeur ni de son avoué; leur présence ne serait donc pas une cause de nullité; mais s'ils y voyaient des inconvénients les juges pourraient l'interdire (3).

Si le Français défendeur à la demande en interdiction se trouve hors de France, l'interrogatoire sera fait par le juge étranger du lieu de sa résidence auquel sera adressée une commission rogatoire. Si les déplacements successifs du défendeur empêchaient la commission rogatoire de recevoir exécution, et s'il était démontré qu'ils ont précisément pour but un tel résultat, le tribunal saisi de la demande pourrait passer outre (4).

La même solution doit être adoptée si le défendeur refuse de répondre; le refus devrait être constaté par le tribunal (5).

Il est vrai qu'en matière d'interdiction et de nomination de conseil judiciaire, l'interrogatoire constitue une formalité

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, t. VI, q. 3017 *bis*.
(2) Dijon, 15 sep. 1877, D. 78, 2, 39.
(3) CHAUVEAU-CARRÉ, q. 3023.
(4) Voy. Trib. Seine, 5 fév. 1884, *J. Dr. int. pr.*, 1884, p. 393.
(5) Cass. 16 fév. 1875, S. 75, 1, 193.

substantielle et d'ordre public; mais le défendeur n'est pas recevable à se plaindre de son inaccomplissement, quand c'est par son fait volontaire qu'elle n'a pas été remplie (1).

Ajoutons que l'accomplissement de cette formalité ne comporte pas d'équivalent, et que l'interrogatoire tel que l'exige la loi ne saurait être suppléé par celui auquel auraient procédé un ou plusieurs membres du conseil de famille que l'assemblée aurait cru avoir le droit de déléguer à cet effet (2).

Il pourra quelquefois être constaté que la personne à interdire s'est trouvée, au moment de l'interrogatoire, dans un intervalle lucide. Cette circonstance ne mettra pas obstacle à l'interdiction, s'il résulte de tous les autres éléments d'information que le défendeur est absolument incapable d'administrer sa personne et ses biens (3).

Si, en effet, le tribunal ne se trouve pas suffisamment éclairé par l'interrogatoire, il pourra en ordonner un ou plusieurs autres. Il pourra même, comme nous le verrons bientôt, recourir à une enquête; mais il peut arriver que le premier interrogatoire, sans faire ressortir un état complet d'aliénation mentale pouvant motiver l'interdiction immédiate, révèle cependant chez le défendeur, un certain affaiblissement qui ne permet pas de l'abandonner à lui-même jusqu'au jugement définitif.

511. C'est cette situation que les juges devront apprécier; en conséquence :

ART. 497. Après le premier interrogatoire, le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur.

Cet administrateur provisoire, chargé de prendre soin de la personne, comme des biens du défendeur, ne doit pas être confondu avec l'administrateur provisoire nommé en vertu

(1) Cass. 4 avril 1887, S. 88, 1, 69.
(2) Paris, 28 avril 1879, D. 80, 2, 117.
(3) Cass. 22 avril 1891, S. 91, 1, 213.

de la loi de 1838 à un individu placé dans un établissement d'aliénés, en vue seulement des biens de l'intéressé.

Le jugement nommant cet administrateur est rendu en la chambre du conseil et ne saurait emporter hypothèque judiciaire sur les biens de l'administrateur, affranchi d'ailleurs de toute hypothèque légale.

L'administrateur, en effet, n'est pas un tuteur; il ne représente pas celui dont l'interdiction est poursuivie, et qui conserve le droit d'ester en justice (1); il ne peut donc plaider en son nom, ni en demandant, ni en défendant; il ne peut faire que les actes conservatoires ou d'urgence, à moins que le tribunal ne lui ait accordé, d'une manière précise, des pouvoirs plus étendus. Il pourrait aussi s'opposer aux actes de l'intéressé qui lui paraîtraient préjudiciables aux intérêts de ce dernier (2).

Quelquefois, dans la pratique, l'interdiction n'est demandée que pour arriver à obtenir, au cours de l'instance, la nomination d'un administrateur provisoire. Quand ce but est atteint, le demandeur ne poursuit pas l'audience, et les choses en restent à ce point. C'est alors au défendeur à faire les diligences nécessaires pour arriver au jugement définitif. Il pourrait d'ailleurs, pensons-nous, interjeter appel du jugement qui a nommé l'administrateur provisoire (3).

512. La nomination d'un administrateur provisoire donne aux juges la possibilité de continuer à loisir l'instruction de l'affaire, sans que les intérêts du défendeur aient à souffrir des longueurs de la procédure.

« Si l'interrogatoire et les pièces produites sont insuffisants, dit l'art. 893, § 3, C. pr. c., et si les faits peuvent être justifiés par témoins, le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, l'enquête, qui se fera en la forme ordinaire. »

(1) Haute-Cour des Pays-Bas, 12 déc. 1879, D. 80, 2, 140.
(2) C. Bois-le-Duc, Pays-Bas, 3 avril 1877, D. 80, 2, 140.
(3) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 518.

Le tribunal pourra ordonner une enquête qui portera soit sur les faits articulés par le demandeur, soit sur les faits révélés par l'instruction (1). Il pourra aussi ordonner l'enquête sur les conclusions soit du demandeur, soit du défendeur. L'arrêt qui statuerait au fond sans s'expliquer sur les conclusions tendant à une enquête, devrait être annulé pour défauts de motifs (2).

Le tribunal pourra ordonner, si les circonstances l'exigent, que l'enquête sera faite hors de la présence du défendeur; mais, dans ce cas, son conseil pourra le représenter (art. 893, § 3, C. pr. c.). Le conseil dont il s'agit est l'avoué; dans le cas prévu, les assignations et notifications prescrites par la loi devront lui être faites et non à la partie; la présence du ministère public n'est pas nécessaire comme à l'interrogatoire, car il s'agit d'une mesure d'instruction facultative (3).

L'enquête devant avoir lieu dans la forme ordinaire, il faudra appliquer les dispositions du Code de procédure concernant les enquêtes, notamment en ce qui touche les parents et alliés des parties, ainsi que leurs serviteurs et domestiques qui pourront être reprochés (4). Il a même été jugé que les membres du conseil de famille qui ont été appelés à donner leur avis sur l'état mental de la personne à interdire doivent être considérés comme ayant donné, par l'expression de leur avis, un certificat sur les faits de la cause, et que dès lors ils peuvent être reprochés (5).

513. Si l'enquête est nulle, les juges pourront prononcer l'interdiction, ou la rejeter sans ordonner une nouvelle enquête.

Dans tous les cas :

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, t. VI, q. 3024 *bis*.
(2) Cass. 21 fév. 1888, D. 88, 1, 299.
(3) CHAUVEAU-CARRÉ, t. VI, q. 3025 et 3025 *bis*.
(4) LAURENT, t. V, n° 276.
(5) Nancy, 17 déc. 1885, S. 87, 2, 15.

ART. 498. Le jugement sur une demande en interdiction ne pourra être rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou appelées.

Si l'interdiction est prononcée, il n'y aura pas lieu à compensation des dépens pour cause de parenté.

Si l'interdiction est rejetée purement et simplement, le défendeur pourra obtenir contre le demandeur des dommages-intérêts. Il n'en sera pas ainsi quand le tribunal prononcera ce qu'on a pu appeler une demi-interdiction ; en effet :

ART. 499. En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement.

Nous retrouverons dans l'art. 513, les mêmes restrictions édictées à l'égard du prodigue, et nous aurons alors l'occasion de les examiner en même temps aussi bien en ce qui concerne le prodigue qu'en ce qui concerne le faible d'esprit.

Mais quoique la loi mette sur la même ligne, quant aux conséquences, la faiblesse d'esprit et la prodigalité constatées, il n'en est pas ainsi quant aux actions qui permettent d'aboutir à une telle constatation :

La loi reconnait textuellement deux actions distinctes l'une en interdiction, l'autre en dation de conseil judiciaire pour cause de prodigalité.

On peut soutenir que la demande en interdiction contient implicitement une demande subsidiaire en nomination de conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit;

On peut soutenir encore, et c'est l'opinion commune, que cette nomination peut être demandée principalement et directement, attendu qu'il paraît peu rationnel d'obliger le demandeur qui veut obtenir seulement la nomination d'un conseil, à provoquer l'interdiction ;

Mais il n'est pas possible de confondre l'action en nomination de conseil judiciaire pour cause de prodigalité, avec l'action en nomination d'un tel conseil, pour cause de faiblesse

d'esprit. L'une des deux actions ne comprend pas l'autre, et le juge saisi d'une demande en nomination de conseil judiciaire pour cause de prodigalité, ne pourrait pas nommer un tel conseil à la partie défenderesse pour cause de faiblesse d'esprit (1).

L'instance en interdiction peut donc prendre fin par un jugement définitif prononçant l'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire.

Elle ne pourrait prendre fin, ni par un acquiescement du défendeur à la demande dirigée contre lui;

Ni par une transaction portant désistement de la demande (2);

Ni par le décès du demandeur; l'instance, interrompue dans ce cas, pourrait être reprise soit par un autre parent, soit par le conjoint du défendeur (3).

514. Si le défendeur ne se présente pas à l'audience, le jugement sera rendu par défaut, et il sera susceptible d'opposition. L'opposition aura pour effet, non seulement de faire tomber la décision rendue, mais encore de donner aux juges le droit de procéder à une nouvelle instruction; elle sera recevable tant que le jugement n'aura pas été exécuté de la manière prévue par l'art. 159, C. pr. c. (4).

Le jugement est également susceptible d'appel dans le délai ordinaire.

D'après l'art. 894, C. pr. c., l'appel interjeté par celui dont l'interdiction aura été prononcée, sera dirigé contre le provoquant; — L'appel interjeté par le provoquant, ou par un des membres du conseil de famille, sera dirigé contre celui dont l'interdiction aura été provoquée. En cas de nomination de

(1) Cass. 16 mars 1887, D. 87, 1, 211.
(2) Caen, 13 nov. 1883, D. 84, 1, 103.
(3) Caen, 31 juill. 1878, D. 79, 2, 269.
(4) CHAUVEAU-CARRÉ, t. VI, q. 3030.

conseil, l'appel de celui auquel il aura été donné sera dirigé contre le provoquant.

Dans cette dernière hypothèse, il n'y a pas lieu d'intimer le conseil judiciaire en appel. La cause doit être jugée en audience solennelle (1).

ART. 500. En cas d'appel du jugement rendu en première instance, la Cour d'appel pourra, si elle le juge nécessaire, interroger de nouveau, ou faire interroger par un commissaire, la personne dont l'interdiction est demandée.

L'interrogatoire qui était obligatoire devant les premiers juges, est seulement facultatif en appel. La Cour n'est pas tenue de l'ordonner, ni, après qu'elle s'est déclarée suffisamment instruite, de motiver autrement son refus d'y avoir recours (2).

515. L'état nouveau résultant de l'interdiction ou de la nomination d'un conseil judiciaire étant de nature à intéresser les tiers,

ART. 501. Tout arrêt ou jugement portant interdiction, ou nomination d'un conseil, sera, à la diligence des demandeurs, levé, signifié à partie, et inscrit, dans les dix jours, sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement.

A cet effet, un extrait du jugement doit être remis au secrétaire de la chambre des notaires, qui en donne récépissé et doit le communiquer à ses collègues (3). Le jugement sera également inséré par extrait dans un journal judiciaire (4).

Le notaire qui, de ce régulièrement requis, n'aurait pas rempli la mesure de publicité prescrite par notre article, serait passible de dommages-intérêts envers les tiers, auxquels sa négligence aurait causé préjudice en leur laissant ignorer l'état de l'interdit ou de la personne pourvue d'un conseil judiciaire (5).

(1) Cass. 17 janv. 1876, S. 76, 1, 302.
(2) Cass. 22 avril 1891, S. 91, 1, 213.
(3) Tarif 16 fév. 1807, art. 92, n° 29.
(4) *Ibid.*
(5) L. 25 ventôse an XI, art. 18.

Il en serait de même du demandeur en interdiction par la faute duquel le jugement ou l'arrêt n'aurait pas reçu la publicité voulue par la loi.

§2.—Effets de l'interdiction ou de la nomination de conseil.

516. — Conséquences du jugement d'interdiction, art. 502.
517. — De la nullité des actes postérieurs à l'interdiction.
518. — Distinction proposée entre les actes pour lesquels l'interdit peut être représenté, et les autres actes ; rejet.
519. — Distinction entre les actes pécuniaires et les actes moraux.
520. — Effets de l'interdiction d'un étranger.
521. — Actes antérieurs à l'interdiction.
522. — Dans quels cas les actes d'une personne décédée peuvent être attaqués pour cause de démence, art. 504.
523. — Organisation de la tutelle de l'interdit, art. 509, 503 ; tutelle de la femme interdite, art. 506.
524. — Tutelle du mari interdit, art. 507.
525. — Différence entre la tutelle des interdits et celle des mineurs, art. 508, 510.
526. — Règlement de la dot au profit d'un enfant de l'interdit, art. 511.
527. — Cessation de la tutelle de l'interdit ; mainlevée de l'interdiction, art. 512.
528. — Formes et procédure de la demande en mainlevée.
528 *bis*. — De l'interdiction légale comparée à l'interdiction judiciaire.

516. Le jugement qui admet complétement ou en partie la demande en interdiction, modifie immédiatement la capacité du défendeur :

ART. 502. L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit.

Le texte pose seulement le principe; mais le moment précis à partir duquel l'interdiction produira ses effets peut varier. Si le jugement du tribunal a rejeté l'interdiction, et que la Cour l'ait prononcée, l'incapacité a pour point de départ la date de l'arrêt. Si le jugement avait prononcé l'inter-

diction et si l'arrêt l'avait refusé, il n'y aurait jamais eu d'incapacité. Si enfin le jugement avait admis l'interdiction et si l'arrêt l'avait admise également, l'incapacité se serait produite à partir de la date du jugement de première instance; l'incapacité n'aura pas été suspendue par l'appel interjeté. Les tiers sont présumés avoir été suffisamment prévenus par les affiches. Les actes faits dans l'intervalle sont en quelque sorte *in pendenti;* la nullité pourra en être demandée immédiatement, mais le juge devra surseoir à statuer jusqu'après l'arrêt à intervenir.

L'incapacité prend date, il faut le remarquer, du jour du jugement, même non signifié. En sera-t-il encore ainsi quand l'affiche du jugement n'a pas eu lieu dans les dix jours, ainsi que le veut l'art. 501. On a soutenu et quelquefois jugé (1) qu'il ne peut pas y avoir incapacité, car la foi publique serait trompée, et qu'il peut seulement y avoir lieu à recours de la part de l'interdit contre les auteurs de la négligence commise. Cependant l'art. 502 est formel; les prescriptions de l'art. 501 sont purement réglementaires, et l'interdit qui n'a commis aucune faute, ne doit pas souffrir de la négligence des tiers (2).

517. Voyons quelle est l'étendue de l'incapacité résultant de l'interdiction. L'art. 502, § 2, déclare que les actes postérieurs à l'interdiction sont nuls *de droit*. Cela ne veut pas dire qu'ils soient entachés d'une nullité *absolue*. La nullité est au contraire seulement relative, et ne peut être invoquée que par l'interdit (art. 1125).

En s'exprimant ainsi, la loi a simplement voulu dire :

1° Qu'il n'est pas nécessaire, comme pour le mineur, de prouver la lésion; il suffit de démontrer que l'acte a été

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, t. VI, q. 30 41.

(2) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 550; LAURENT, t. V, n° 283; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1170.

passé depuis l'interdiction et avant la mainlevée de l'interdiction;

2° Que la présomption de la loi, exclusive de l'allégation et de la preuve d'intervalle lucide, est que l'acte a été fait en état de démence;

3° Qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où les parties qui ont traité avec l'interdit connaissaient son état, et celui où elles l'ont ignoré.

Pour les actes qui n'ont pas date certaine, il faudra appliquer l'art. 1328.

D'après une vieille opinion, à peu près abandonnée aujourd'hui, l'art. 502, vu la généralité de ses termes, s'appliquerait sans exception ni distinction à tous les actes de la vie civile de l'interdit, aussi bien à ceux qui intéressent directement son patrimoine, qu'à ceux qui n'ont pas ce caractère, tels que le mariage, la reconnaissance d'un enfant naturel, etc. (1).

518. Mais l'interdiction ayant été établie uniquement dans l'intérêt de l'interdit et non pour l'opprimer par une sorte de déchéance personnelle, et devant avoir pour résultat de faire représenter l'interdit par son tuteur, on a proposé de distinguer entre les droits civils dont l'exercice peut être séparé de la jouissance et pour lesquels, par suite, l'interdit pourrait être représenté par son tuteur, et les autres actes. C'est seulement aux premiers que s'appliquerait la nullité édictée par l'art. 502. Mais cette nullité ne saurait s'étendre aux droits civils dont l'exercice inséparable de la jouissance, ne peut se comprendre que de la part du sujet investi.

Ces droits seraient les suivants :

Le droit de se marier,

De reconnaître un enfant naturel,

(1) TOULLIER, t. II, n°s 1354, t. V, n° 57; DURANTON, t. II, n°s 27 et 34, t. III, n° 759; MARCADÉ, sur l'art. 146.

De faire son testament,

De faire une donation entre-vifs,

D'adopter ou d'être adopté.

L'interdit conserverait donc la capacité de faire tous ces actes dans un intervalle lucide (1).

L'interdit pourrait donc faire une donation entre-vifs dans un intervalle lucide!

Demolombe a reculé devant cette solution, conséquence logique cependant de la distinction qu'il n'hésite pas à préconiser (2). Mais l'impossibilité d'accepter cette conséquence nécessaire n'est-elle pas de nature à faire rejetter la distinction elle-même?

Cette distinction, comme tant d'autres, a une portée purement scolastique; il est vrai qu'il y a des actes pour lesquels un incapable peut être représenté par son mandataire légal, et d'autres pour lesquels il ne peut pas être représenté. Mais il n'y a aucune relation entre la constatation de cette distinction, et la question de savoir s'il y a des actes qu'un interdit peut faire dans un intervalle lucide.

519. Pour la solution d'une telle question les principes directeurs doivent être cherchés dans les motifs qui ont fait organiser l'interdiction. Il s'agit uniquement de sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'interdit contre les actes qui ont une influence directe sur le patrimoine.

Or, les actes qui n'ont aucune influence directe sur le patrimoine, et que, pour ce motif, on a pu appeler *actes moraux* doivent échapper à la nullité qui frappe seulement les actes *passés* par l'interdit, expression qui semble bien viser seulement les actes pécuniaires (3). Il faut donc conclure que l'in-

(1) VALETTE, *Cours C. C.*, p. 610.

(2) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 647.

(3) LAURENT, t. V, n°s 308 et suiv. Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n°s 1180 *bis* et 1180 *ter*.

terdit qui se trouve dans un intervalle lucide, peut valablement :

1° Se marier (Voy. t. II, n° 17);

2° Reconnaître un enfant naturel (n° 77);

3° Adopter ou être adopté, etc.

Mais la donation influant directement sur le patrimoine doit demeurer prohibée pour l'interdit, de même que le testament. Le testament est en effet un acte de disposition du patrimoine, et il importe peu que ses effets ne se produisent qu'après la mort du testateur; c'est un acte dangereux pour la famille, pouvant être fait sous-seing privé, facile à antidater, et ne présentant des garanties sérieuses que lorsqu'il émane d'un individu capable. L'interdit ne peut donc pas tester, même durant un intervalle lucide (1).

520. Les effets de l'interdiction prononcée contre un étranger par les tribunaux français quoique devant, en principe, être réglés d'après la loi nationale, pourront cependant être réglés par la loi française, si on adopte l'idée que les dispositions en matière d'interdiction rentrent dans les lois de police et de sûreté (n° 507) (2).

Quant à la décision étrangère qui frappe d'interdiction un étranger ou lui donne un conseil judiciaire, elle doit produire ses effets en France, en ce qui concerne l'incapacité de l'intéressé, sans *exequatur* ni publicité spéciale en France (3).

521. Il est impossible que l'interdiction soit prononcée aussitôt que l'état habituel de l'aliéné s'est produit d'une manière suffisamment accentuée. Il s'écoulera toujours un temps plus ou moins long entre ce moment et la demande, et ensuite entre la demande et le jugement définitif. On peut

(1) Cass. 27 fév. 1883, S. 84, 1, 65.

(2) Rouen, 25 juill. 1861, *J. Rouen*, 61, p. 275.

(3) Paris, 21 mai 1885, *Droit*, 17 juin; trib. civ. Seine, 26 déc. 1882, *J. Dr. int. pr.*, 83, p. 51; — *Contrà*, trib. comm. Seine, 17 mars 1885, *Droit*, 11 avril.

donc comprendre que l'incapacité résultant de l'interdiction puisse, dans une certaine mesure, influer sur le sort des actes antérieurs, indépendamment de l'application de l'article 1108; donc

ART. 503. Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits.

Il est donc permis de prouver, après l'interdiction, qu'à l'époque antérieure où l'acte attaqué s'est produit, il y avait déjà *cause* suffisante d'interdiction, c'est-à-dire état habituel de démence, existant d'une manière *notoire*. A raison de cette notoriété, l'acte est suspect; cela suffit pour que le juge puisse l'annuler. Mais aussi, pour cette période antérieure, la preuve de l'intervalle lucide est admise; c'est ce qui résulte des expressions *peuvent être annulés*. Ces mêmes mots permettent aussi de tenir compte de la bonne ou de la mauvaise foi de la partie.

Si la cause de l'interdiction n'existait pas notoirement au moment de l'acte, accompli antérieurement, l'annulation de cet acte pourrait néanmoins être prononcée s'il portait en lui-même la preuve de la démence (1).

Les art. 502 et 503 ne sont applicables qu'aux actes à titre onéreux. Les actes à titres gratuits faits antérieurement à l'interdiction demeurent régis par l'art. 901; il n'y a donc pas lieu, quand leur validité est contestée, de rechercher si la cause de l'interdiction existait ou non d'une manière notoire à l'époque de leur date, mais seulement s'ils émanaient d'une personne saine d'esprit à cette même date (2).

L'action en nullité dans le cas de notre art. 503 se prescrit par dix ans à partir de la mainlevée de l'interdiction ou du décès de l'interdit (3).

(1) Cass. 5 juin 1882, S. 84, 1, 112.
(2) Cass. 21 fév. 1887, S. 87, 1, 296.
(3) Chambéry, 19 janv. 1886, S. 88, 2, 16.

522. La mort de la personne doit évidemment exercer une certaine influence sur la possibilité d'attaquer les actes émanés d'elle :

ART. 504. Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence, qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès; à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué.

On ne peut donc après le décès d'un individu, attaquer couramment ses actes pour cause de démence. Le motif d'une telle prohibition est double : d'abord il faut punir, en quelque sorte, la négligence de ceux qui auraient pu provoquer son interdiction ; en second lieu il importe de restreindre le nombre des procès, qui, dans l'hypothèse envisagée, seraient d'autant plus difficiles à juger qu'on n'a plus la ressource de l'interrogatoire.

Cette dernière considération paraît même plus décisive que la première. Il en résulte que le texte doit recevoir son application à l'égard de quiconque, héritier, légataire, créancier d'une succession bénéficiaire ou vacante, attaque les actes du défunt pour cause de démence ou d'imbécillité, car le *mot* démence de l'art. 504 n'est pas employé dans un sens restrictif. D'un autre côté, le texte ne distingue pas entre le cas où le défunt était en état habituel et celui où il se trouvait en état accidentel de démence.

Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que l'article 504, comme d'ailleurs les art. 502 et 503, ne concerne que les actes à titre onéreux ; les actes à titre gratuit demeurant soumis à l'art. 901 qui exige, pour leur validité, qu'ils émanent d'un individu sain d'esprit.

L'action en nullité contre les actes à titre onéreux, dans la situation envisagée par l'art. 504, est donc admise :

1° Si l'interdiction a déjà été prononcée. C'est là une redite inutile, car si l'acte attaqué a été fait antérieurement à l'interdiction on se trouve dans le cas de l'art. 503, et s'il a été fait postérieurement, on est dans le cas de l'art. 502;

2° Si l'interdiction a été provoquée avant le décès; en cas de rejet de la demande, de désistement ou de péremption de l'instance, les choses se passeront comme si l'interdiction n'avait pas été provoquée;

3° Si, même en dehors des deux hypothèses qui précèdent, la preuve de la démence résulte de l'acte attaqué.

L'art. 39 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés déroge, comme nous le verrons, à l'art. 504.

523. L'état général d'incapacité, résultant de l'interdiction, entraîne comme conséquence la nécessité de transporter à un représentant général de l'interdit l'exercice de tous les droits concernant les intérêts pécuniaires de ce dernier. Ce représentant général est naturellement un tuteur; en effet :

ART. 509. L'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits (*).

La loi a donc pourvu à l'organisation de la tutelle des interdits par les dispositions suivantes :

ART. 505. S'il n'y a pas d'appel du jugement d'interdiction rendu en première instance, ou s'il est confirmé sur l'appel, il sera pourvu à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé-tuteur à l'interdit, suivant les règles prescrites au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.* L'administrateur provisoire cessera ses fonctions, et rendra compte au tuteur, s'il ne l'est pas lui-même.

ART. 506. Le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite (**).

On voit, d'après ces textes, que, sauf le cas du mari, tuteur légal de sa femme, la tutelle à laquelle donne lieu l'interdiction est toujours dative, et qu'il ne saurait être question de tutelle légale du survivant des père et mère, de tutelle testamentaire, ni de tutelle légitime des ascendants. Il faut toujours que le tuteur soit l'objet d'une nomination, comme le dit l'art. 505.

Cette nomination ne peut être faite :

Ni avant l'expiration du délai de huitaine à partir du

(*) Art. 509. — L. 7, D. 27, 10, *De curat. furioso;* L. 2, C. 5, 70, *De curat. furiosi.*

(**) Art. 506. — *Contrà*, L. 2, C. 5, 34, *Qui dare tutores.*

jugement, par application des art. 449 et 450, C. pr. c.;

Ni avant la signification du jugement à l'interdit, par application de l'art. 147, C. pr. c.

Le délai d'appel ne suspend pas, par lui-même, ces nominations, mais seulement l'appel interjeté.

Si la tutelle se trouve déjà organisée au moment où l'appel est interjeté, le tuteur et le subrogé-tuteur devront s'abstenir de toute gestion.

Enfin l'exécution provisoire ne peut être ordonnée en matière d'interdiction; l'art. 135 § 6, C. pr. c., n'est applicable qu'aux jugements qui ont pour but principal la nomination d'un tuteur.

Il n'y a donc d'autre tutelle légale que celle du mari à l'égard de sa femme interdite.

Mais pour qu'elle ait lieu, il faut supposer que les époux ne sont pas séparés de corps.

L'interdiction d'une femme mariée ne produira des effets véritablement utiles qu'aux points de vue suivants :

1° Pour retirer à la femme le droit d'administrer tout ou partie de son patrimoine quand elle tient ce droit de son contrat de mariage;

2° Pour l'empêcher de faire un testament ;

3° Pour rendre possible un acte juridique à accomplir au nom de la femme, tel qu'une constitution de dot en vue du mariage d'un de ses enfants.

Le mari exclu ou destitué de la tutelle conserverait intacts les droits résultants de sa qualité sur la personne et les biens de sa femme.

524. Si le mari est tuteur légal de sa femme interdite la réciproque n'est pas vraie; cette dernière n'est pas tutrice légale, mais seulement tutrice dative :

ART. 507. La femme pourra être nommée tutrice de son mari. En ce cas, le conseil de famille règlera la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille.

Dans la situation envisagée, la femme peut donc être tutrice, par dérogation à l'art. 442. Mais elle n'a pas de titre de préférence, sa nomination est purement facultative pour le conseil de famille ; si elle est écartée, elle ne peut, pour cela seul, recourir aux tribunaux.

La femme nommée tutrice de son mari interdit a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ordinaire, sauf le droit, pour le conseil, de déterminer les conditions de son administration Ainsi il a été jugé qu'elle pouvait, avant la loi du 27 février 1880, réaliser des valeurs mobilières, et les employer en acquisition d'immeubles, avec la seule autorisation du conseil de famille, sans l'homologation du tribunal (1) (Comp. n° 419).

525. Il existe certaines différences entre la tutelle des interdits et celle des mineurs.

1° La première différence a trait à la durée de la tutelle. La tutelle des mineurs n'ayant jamais une durée indéfinie, le tuteur d'un mineur ne peut jamais demander sa décharge au bout d'un certain temps ; au contraire :

ART. 508. Nul, à l'exception des époux, des ascendants et descendants, ne sera tenu de conserver la tutelle d'un interdit au delà de dix ans. A l'expiration de ce délai, le tuteur pourra demander et devra obtenir son remplacement.

2° Les revenus d'un mineur doivent, autant que possible, être économisés en vue d'augmenter son capital (art. 453 et 454) ;

Au contraire :

ART. 510. Les revenus d'un interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. Selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile, ou qu'il sera placé dans une maison de santé, et même dans un hospice.

Si les revenus sont insuffisants, les capitaux doivent être employés.

526. 3° Dans le cas de tutelle d'un mineur, il ne saurait ja-

(1) Bordeaux, 30 janv. 1890, D. 91, 2, 245.

mais être question de régler la dot d'un enfant issu de lui. Cette nécessité peut au contraire se présenter en cas de tutelle d'un interdit :

ART. 511. Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot, ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal sur les conclusions du procureur de la République (*).

Malgré les termes bien précis du texte qui prévoient seulement l'hypothèse d'un mariage, il est généralement admis que le conseil de famille peut accorder une dotation à l'enfant d'un interdit pour tout autre établissement que celui résultant d'un mariage (1).

Dans tous les cas cette dotation ne peut avoir lieu qu'à titre d'avancement d'hoirie, c'est-à-dire qu'elle demeure soumise, le cas échéant, à la nécessité du rapport, et ne saurait être faite par préciput (art. 843).

Il faut compter au nombre des enfants de l'interdit : 1° tous ses descendants légitimes qui sont ses héritiers présomptifs ; 2° ses enfants naturels reconnus. On a même soutenu que notre article est applicable lorsque l'avancement d'hoirie doit être fourni à l'héritier présomptif pour lui servir à doter son propre enfant descendant de l'interdit (2).

L'art. 511 suppose que la dot est prise sur les biens de l'interdit. Si l'enfant se dote lui-même, le conseil de famille n'a plus qualité pour intervenir. Si c'est la femme qui est interdite, le père, tuteur ou non, pourra doter l'enfant sur les biens de la communauté. Le conseil de famille n'aura à intervenir que si la dot est prise sur les biens propres de la femme interdite.

Le conseil de famille, au cas prévu par le texte, réglera les

(*) Art. 511. — L. 25, C. 5, 4, *De nupt.* ; L. 28, C. 1, 4, *De episcopali aud.*

(1) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 588 ; AUBRY et RAU, § 126 ; *Contrà*, LAURENT, t. V, n° 299 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1170.

(2) VALETTE, *Explic. somm.*, p. 326 et note 3.

conventions matrimoniales, c'est-à-dire que, lorsqu'il remplacera le père de famille, il pourra subordonner la constitution de dot à l'adoption d'un régime déterminé, ou de telle clause à insérer dans le contrat de mariage. Mais c'est l'enfant qui seul, s'il est majeur, et avec l'assistance de ses ascendants ou de son propre conseil de famille, s'il est mineur, consent ses conventions matrimoniales (art. 1398).

527. 4° La tutelle des mineurs cesse de plein droit avec sa cause, c'est-à-dire avec la minorité; il en est autrement de la tutelle des interdits :

> ART. 512. L'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée : néanmoins la mainlevée ne sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction, et l'interdit ne pourra reprendre l'exercice de ses droits qu'après le jugement de mainlevée (*).

L'art. 896, C. pr. c., complète cette disposition en déclarant que : la demande en mainlevée d'interdiction sera instruite et jugée dans la même forme que l'interdiction.

Le rôle de demandeur appartient naturellement à l'interdit lui-même qui n'a pas besoin d'être représenté dans l'instance par son tuteur. Cette décision est tout à fait conforme aux principes (1), car selon une juste observation de Demante, l'incapacité générale dont l'interdit se trouve atteint ne saurait s'étendre à une action qui tend précisément à établir que cette incapacité n'a plus de fondement (2). Il est d'ailleurs reconnu que le droit d'agir en mainlevée appartient au tuteur et aux diverses personnes qui ont qualité pour provoquer l'interdiction (3).

528. L'interdit doit agir par voie de requête, et n'a pas besoin de se donner un contradicteur. La Cour de cassation a jugé avec raison que le conseil de famille et le ministère

(*) Art. 512. — L. 1, D. 27, 10, *De curat. furioso;* L. 6, C. 5, 70, *De curat. furiosi.*

(1) *Contrà,* BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1183.

(2) T. II, n° 284 *bis;* CHAUVEAU-CARRÉ, q. 3036.

(3) AUBRY et RAU, § 126.

public sont les véritables contradicteurs sur cette demande, et les seuls qui soient nécessaires aux termes de la loi (1).

Demolombe a soutenu, sur le fondement de quelques arrêts, que la demande en mainlevée doit être formée contre le tuteur : « C'est le tuteur, dit-il, qui représente les intérêts que l'interdiction protège, et l'état de choses que la demande en mainlevée a pour but de faire cesser; il est donc, *tout naturellement*, le contradicteur à cette demande (2). » C'est, il faut en convenir, un singulier oubli de cette vérité que l'interdiction a pour but, avant tout, de protéger les intérêts de l'aliéné lui-même, et non des intérêts qui lui sont étrangers, et que le tuteur est uniquement chargé de représenter l'interdit et non ceux qui ont intérêt à ce que la demande en mainlevée soit écartée.

Du reste, les personnes qui ont qualité pour provoquer l'interdiction auront également qualité pour intervenir à l'effet de s'opposer à la mainlevée demandée.

Le tribunal compétent sera celui du domicile de l'interdit.

Si le tribunal estime qu'il y a lieu de donner suite à la demande, la procédure suivra son cours ordinaire, avis du conseil de famille, interrogatoire de l'interdit et enquête s'il y a lieu. Mais la demande pourra être rejetée *de plano*, sans convocation préalable du conseil de famille, si les faits dès lors constants pour le tribunal démontrent qu'il n'y a pas lieu de l'accueillir (3).

Le tribunal pourrait aussi, sans admettre en son entier la demande en mainlevée, accorder une demi-interdiction, en nommant au demandeur un conseil judiciaire conformément à l'art. 499. Le jugement qui prononce la mainlevée n'a pas besoin d'être rendu public.

(1) Cass. 12 fév. 1816, DALLOZ, *Répert.*, v° *Interdiction*, n° 240; CHAUVEAU-CARRÉ, q. 3037; LAURENT, t. V, n° 331.

(2) T. VIII, n° 679.

(3) Lyon, 30 août 1876, D. 78, 2, 72.

528 *bis*. L'interdiction légale produit à peu près les mêmes effets que l'interdiction judiciaire, mais elle ne les produit pas de la même manière, ni en vue du même résultat à obtenir.

L'interdiction judiciaire affecte directement la personne, par mesure de protection, dans sa capacité civile.

L'interdiction légale retire au condamné, par mesure répressive, l'administration de ses biens, afin qu'il ne puisse pas s'en procurer les revenus, et la faculté d'en disposer entre-vifs, pour qu'il ne puisse pas s'en procurer le capital. Mais comme l'interdit légalement n'est pas d'ailleurs atteint directement dans sa capacité, il pourra disposer par testament (1); il n'y a pas de texte, en effet, qui déclare l'interdit légalement incapable de tester. Si l'interdit judiciaire est incapable de tester, c'est seulement à cause d'une présomption légale d'insanité qui ne se retrouve pas en cas d'interdiction légale.

La nullité des actes faits, en prohibition de la loi, par l'interdit légalement n'est pas simplement relative; elle peut aussi être invoquée par les tiers.

Enfin, il n'y a pas de tutelle légitime en cas d'interdiction légale. Le mari n'est pas le tuteur légitime de sa femme légalement interdite.

§ 3. — Des individus placés dans un établissement d'aliénés.

529. — Objet de la loi du 30 juin 1838.
530. — Du placement des aliénés non interdits dans un établissement; placement volontaire.
531. — Placement ordonné d'office.
532. — Influence sur la capacité de la personne de son placement dans un établissement d'aliénés.

(1) Cass. 27 fév. 1883, S. 84, 1, 65.

533. — De la présomption de nullité ou de validité des actes émanés de cette personne.
534. — Administration du patrimoine de l'individu placé dans un établissement d'aliénés; nomination et pouvoirs d'un administrateur provisoire.
535. — Mission du mandataire *ad litem* et du *curateur* constitués en vertu de la loi de 1838.
536. — Application de la loi de 1838 aux aliénés étrangers résidant en France, et aux aliénés français résidant à l'étranger.
537. — Projets de réforme de la législation concernant les aliénés.

529. Le Code civil ne s'est occupé des aliénés qu'au point de vue de leur capacité civile profondément modifiée par l'interdiction ou la dation d'un conseil judiciaire. Quant aux soins particuliers à donner à l'interdit considéré comme malade, l'art. 510 se borne à donner au conseil de famille le droit de décider s'il convient de placer l'interdit dans un établissement.

Mais il peut arriver qu'une personne soit dans le cas d'être placée dans un établissement public ou privé d'aliénés, sans pouvoir cependant être interdite, attendu que son état ne sera pas encore devenu habituel, ou sans que son interdiction ait été poursuivie.

Dans tous les cas il était indispensable qu'une loi particulière vint fixer la condition des aliénés placés dans un établissement public ou privé, et le régime auquel devaient être soumis les établissements de cette nature. La loi du 30 juin 1838, répond à cette double nécessité.

En ce qui touche les aliénés interdits, l'art. 8, § 4, de cette loi modifie l'art. 510 du Code en donnant au tuteur le droit de provoquer le placement de l'interdit dans un établissement.

530. Quant aux aliénés non interdits, il y a lieu de distinguer entre les placements volontaires et les placements d'office.

Pour les placements volontaires, voici ce que porte la loi du 30 juin 1838 :

Art. 8, § 1er. « Les chefs ou préposés responsables des éta-

« blissements publics et les directeurs des établissements « privés et consacrés aux aliénés ne pourront recevoir une « personne atteinte d'aliénation mentale, s'il ne leur est remis : « — 1° Une demande d'admission contenant les noms, pro- « fession, âge et domicile tant de la personne qui la formera « que de celle dont le placement sera réclamé, et l'indica- « tion du degré de parenté ou, à défaut, de la nature des re- « lations qui existent entre elles... — 2° Un certificat de « médecin constatant l'état mental de la personne à placer, « et indiquant les particularités de sa maladie et la nécessité « de faire traiter la personne désignée dans un établissement « d'aliénés et de l'y tenir renfermée... — En cas d'urgence, « les chefs des établissements publics pourront se dispenser « d'exiger le certificat du médecin. — 3° Le passeport ou « toute autre pièce propre à constater l'individualité de la « personne à placer. »

Ainsi donc *le premier venu*, porteur d'un certificat émané d'un médecin *quelconque*, a qualité pour faire enfermer un citoyen dans un établissement d'aliénés. — Bien plus, les chefs d'établissements publics, *dans les cas d'urgence*, DONT ILS SONT LES SEULS JUGES, *pourront se dispenser d'exiger le certificat du médecin !*

Quant aux garanties accordées aux citoyens que l'on prétend atteints d'aliénation mentale, elles sont organisées de la manière suivante :

Art. 8 § 10. « Il sera fait mention de toutes les pièces pro- « duites dans un bulletin d'entrée qui sera renvoyé, dans les « vingt-quatre heures, avec un certificat du médecin de l'é- « tablissement, et la copie de celui ci-dessus mentionné, au « préfet de police à Paris, au préfet ou au sous-préfet dans « les communes chefs-lieux de département ou d'arrondisse- « ment, et aux maires dans les autres communes. Le sous- « préfet ou le maire en fera immédiatement l'envoi au pré- « fet. »

Art. 9. « Si le placement est fait dans un établissement « privé, le préfet, dans les trois jours de la réception du bul- « letin, chargera un ou plusieurs hommes de l'art de visiter « la personne désignée dans ce bulletin, à l'effet de constater « son état mental, et d'en faire rapport sur-le-champ : il « pourra leur adjoindre telle autre personne qu'il désignera. »

Art. 10. « Dans le même délai, le préfet notifiera adminis- « trativement les noms, profession et domicile tant de la per- « sonne placée, que de celle qui aura demandé le placement, « et les causes du placement : 1° au procureur de la Répu- « blique de l'arrondissement du domicile de la personne « placée ; 2° au procureur de la République de l'arrondisse- « ment de la situation de l'établissement; ces dispositions « seront communes aux établissements publics et privés. »

Art. 11. « Quinze jours après le placement d'une personne « dans un établissement public ou privé, il sera adressé au « préfet, conformément au dernier paragraphe de l'article 8, « un nouveau certificat du médecin de l'établissement; ce « certificat confirmera ou rectifiera, s'il y a lieu, les obser- « vations contenues dans le premier certificat, en indiquant « le retour plus ou moins fréquent des accès ou des actes de « démence. »

Art. 16. « Le préfet pourra toujours ordonner la sortie im- « médiate des personnes placées volontairement dans les éta- « blissements d'aliénés. »

531. Pour les placements ordonnés par l'autorité publique, il faut citer les dispositions suivantes :

Art. 18. « A Paris le préfet de police, et dans les départe- « ments les préfets ordonneront d'office le placement, dans « un établissement d'aliénés, de toute personne interdite ou « non interdite dont l'état d'aliénation compromettrait l'or- « dre public ou la sûreté des personnes. Les ordres des pré- « fets seront motivés et devront énoncer les circonstances « qui les auront rendus nécessaires. »

Art. 19. « En cas de danger imminent, attesté par le cer-
« tificat d'un médecin ou par la notoriété publique, les com-
« missaires de police, à Paris, et les maires dans les autres
« communes, ordonneront, à l'égard des personnes atteintes
« d'aliénation mentale, toutes les mesures provisoires né-
« cessaires, à la charge d'en référer dans les vingt-quatre
« heures au préfet, qui statuera sans délai. »

Ainsi donc, l'unique garantie accordée aux particuliers, c'est l'intervention tardive du préfet *qui nommera un ou plusieurs hommes de l'art*, et n'aura même pas besoin de prendre un arrêté pour que le prétendu dément soit indéfiniment retenu dans l'établissement où on l'aura placé. Et encore n'en sera-t-il ainsi que pour les placements faits dans un établissement *privé* (art. 9); car s'il s'agissait d'un établissement *public*, le préfet n'aurait pas à intervenir, pas même pour *nommer un homme de l'art!*... Ce qui revient à dire qu'aujourd'hui un citoyen peut se trouver enfermé pour toujours, sur la demande du *premier venu*, et cela sans ordre ni permission d'une autorité quelconque, sans aucune procédure, sans aucun jugement, sans aucune intervention préalable de l'autorité judiciaire à qui il appartient, pourtant, de maintenir dans leur intégrité les droits individuels des citoyens, et notamment leur liberté.

Et cependant ne perdons pas de vue qu'il s'agit d'un individu que l'on prétend être en état de démence, et qui peut-être jouit de toute sa raison. Nul, en effet, n'osera heurter le sens commun au point de prétendre que le certificat du médecin doit avoir l'autorité de la chose jugée, quant à l'état mental d'une personne. La question à juger est en définitive la même que dans les cas de poursuite ordinaire en interdiction. L'opinion des médecins, constatée sous n'importe quelle forme, doit nécessairement être prise en sérieuse considération; mais elle ne saurait constituer la sentence elle-même. Aussi voyons-nous tous les jours des demandes en

interdiction écartées par les tribunaux malgré l'avis des médecins. Comme aussi les préfets prenant au sérieux leurs attributions, ont quelquefois ordonné la sortie immédiate d'une personne placée volontairement dans une maison d'aliénés, malgré les conclusions contraires du certificat produit par le demandeur. Il s'agit, d'ailleurs, dans tous les cas, d'une question de liberté individuelle, par conséquent d'une question de droit privé, et il n'y a que l'intervention des tribunaux judiciaires qui puisse en garantir pleinement l'intégrité aux citoyens. Remarquons enfin qu'il s'agit d'un homme dont la situation est digne du plus grand intérêt, qui n'a jamais violé aucune loi, ni lésé le droit de personne, et qui cependant est plus mal traité que s'il se trouvait volontairement en état d'antagonisme avec le droit d'autrui ou l'ordre social.

532. Supposons maintenant que ce dément ou prétendu tel a été renfermé dans un établissement d'aliénés, et recherchons quelle influence ce fait *purement matériel*, cet *accident*, qui peut ne correspondre en aucune façon à la *réalité*, va exercer sur sa capacité personnelle.

D'abord le placement d'un individu dans un établissement d'aliénés entraîne de plein droit, sans enquête, sans contrôle ni jugement de la part de l'autorité judiciaire, la suspension de l'exercice de tous ses droits civiques.

L'exercice des droits privés lui est pareillement retiré. D'après Demolombe, le certificat constatant l'admission d'une personne dans un établissement d'aliénés peut, dans certains cas, suffire pour établir qu'elle est dans l'impossibilité de manifester sa volonté (1). Par conséquent ses enfants n'ont plus besoin de le consulter pour leur établissement par mariage (2).

(1) T. VIII, nº 864.
(2) T. IV, nº 43.

Le même certificat, d'après le même auteur, *ne laisserait aucun doute* sur la légitimité de la cause d'excuse, d'exclusion ou de destitution quant à la tutelle (1). Ceci est de la plus haute gravité : le placement d'un individu dans une maison d'aliénés permet donc de prononcer son *exclusion* ou sa *destitution* pour incapacité de gestion. Or, il est généralement admis que celui qui a été exclu ou destitué d'une tutelle, ne peut plus ensuite, à une époque quelconque, être appelé soit à la même tutelle, soit à une tutelle différente, s'agirait-il de la tutelle de ses propres enfants! Enfin, selon quelques auteurs, l'individu enfermé perd encore le droit d'ester en justice, soit en demandant, soit en défendant (2)!

Quant aux actes ordinaires passés avec des tiers par une personne retenue dans un établissement d'aliénés, ils seront presque toujours annulés. L'art. 39 de la loi du 30 juin 1838 décide en effet que : « Les actes faits par une personne placée « dans un établissement d'aliénés, pendant le temps qu'elle y « aura été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée « ni provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence « conformément à l'art. 1304, C. C. — Les dix ans de l'action en « nullité courront à l'égard de la personne retenue qui aura « souscrit les actes, à dater de la signification qui lui en aura été « faite, ou de la connaissance qu'elle en aura eue après sa sor- « tie définitive de la maison d'aliénés ; — Et à l'égard de ses « héritiers, à dater de la signification qui leur en aura été faite, « ou de la connaissance qu'ils en auraient eue depuis la mort « de leur auteur. — Lorsque les dix ans auront commencé de « courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre les « héritiers. »

Nous n'insisterons pas sur cette bizarrerie, d'ailleurs relevée par les auteurs, que la personne non interdite, mais re-

(1) T. VII, n° 469.
(2) AUBRY et RAU, t. I, p. 480, note 32.

tenue dans un établissement d'aliénés, jouit, ainsi, pour attaquer ses actes, d'un délai plus long que l'interdit lui-même.

533. Comment faudra-t-il résoudre la difficulté relative à la preuve?

« On peut demander, écrit Demolombe, de quel côté est la présomption? Pour la nullité ou pour la validité? — En d'autres termes, si c'est au demandeur en nullité à prouver la démence, ou si c'est, au contraire, au défendeur à prouver que l'aliéné était sain d'esprit lorsqu'il a fait l'acte attaqué?... Nous croyons, dit-il, que l'on doit conclure que, en règle générale, c'est au demandeur qui *attaque l'acte pour cause de démence* (art. 39) à prouver en effet que cette démence existait à l'époque de l'acte... Mais, en même temps, il est clair que le défendeur a le plus grand intérêt, de son côté, à combattre les moyens présentés contre lui, et à établir au contraire la sanité d'esprit; — de telle sorte que, en définitive, on pourrait dire que la présomption n'est bien nettement ni d'un côté ni de l'autre, et que les magistrats ont en ces sortes d'affaires un pouvoir discrétionnaire pour apprécier, en fait, la validité ou la nullité de l'acte qui est attaqué (1). »

Cette doctrine singulièrement inconsistante est à vrai dire le reflet fidèle de la discussion de 1838. — Nous préférons, en ce qui nous concerne, admettre que la loi a voulu déclarer annulables tous les actes faits par un individu pendant son séjour dans un établissement d'aliénés, sauf au défendeur à prouver qu'ils ont été faits dans un intervalle lucide, preuve qui ne pourrait pas être offerte, s'il y avait eu interdiction. C'est là en partie l'utilité de l'art. 39, qui a de plus pour but de rendre possible l'action en nullité après la mort d'un dément enfermé dont l'interdiction n'a pas été demandée.

Comme l'interdiction, le placement dans un établissement

(1) T. VIII, nº 853.

d'aliénés crée donc une présomption générale d'incapacité ; seulement cette présomption de fait, laissée à l'appréciation du juge, peut céder devant la preuve contraire. Mais, quelque opinion qu'on adopte, il est certain que la capacité de la personne placée dans un établissement d'aliénés se trouve diminuée par le fait de ce placement, puisque les actes de cette personne peuvent se trouver annulés par suite d'une action qui ne pourrait pas être exercée si le placement n'avait pas eu lieu.

Voilà pour les actes passés avec les tiers à titre onéreux. Quant aux libéralités par donation entre-vifs ou par testament, il ne paraît pas possible d'en supposer une seule, fût-elle à titre rémunératoire, qui puisse résister à l'action en nullité. C'est l'opinion formelle de M. Chardon (*Puiss. tutélaire*, nos 203, 206). Quelques auteurs pensent, il est vrai, qu'il ne serait pas impossible de rencontrer des libéralités faites dans des circonstances telles qu'elles devraient être maintenues. Nous le croyons aussi, mais une telle opinion ne saurait avoir qu'une valeur théorique ; en fait, l'action en nullité sera toujours admise par les tribunaux, et l'individu enfermé sera ainsi par le fait privé du droit de tester.

Ainsi donc nous voyons qu'aujourd'hui, sous l'empire de la loi du 30 juin 1838, un individu peut être saisi, enfermé et retenu indéfiniment dans une maison de santé, c'est-à-dire privé de sa liberté, privé en outre de l'exercice de tous ses droits civils, ne pouvant plus désormais ester en justice ni gérer la tutelle de personne, même la tutelle de ses enfants, dépouillé des attributs les plus essentiels de la puissance paternelle et enfin du droit de tester et cela sans aucune espèce de jugement, sans rien qui établisse d'une matière certaine que son état mental exige la rigueur des mesures extraordinaires dont il se trouve victime. Nous voyons enfin que des incapacités aussi considérables sont uniquement le résultat ou d'une mesure domestique prise par la famille ou d'un acte de police administrative.

534. L'administration du patrimoine de l'aliéné placé dans un établissement est assurée par la nomination d'un administrateur provisoire, et, le cas échéant, d'un mandataire *ad litem*.

Quand l'aliéné est placé dans un établissement public, l'administration provisoire est exercée, à Paris, par l'administration de l'Assistance publique, et partout ailleurs par un membre délégué à cet effet, de la commission administrative de cet établissement. Mais cette commission, ainsi que les parents et le conjoint de l'aliéné, ou même le ministère public peuvent demander au tribunal du domicile de l'intéressé, la nomination d'un administrateur judiciaire dans les conditions de l'art. 497, C. C. (art. 31 et 32, L. du 30 juin 1838).

Si l'aliéné est placé dans un établissement privé, l'administration provisoire est toujours judiciaire.

La nomination d'un administrateur judiciaire n'aura lieu qu'après délibération du conseil de famille et sur les conclusions du ministère public ; elle ne sera pas sujette à l'appel (art. 32).

Le tribunal en nommant l'administrateur peut constituer sur les biens de celui-ci, au profit de l'aliéné, une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée.

Les fonctions d'administrateur provisoire, sont, comme celles du tuteur, obligatoires et gratuites. Les causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion ou de destitution sont les mêmes qu'en matière de tutelle (art. 3); elles cessent de plein droit après trois ans, sauf renouvellement (art. 37).

Les pouvoirs de l'administrateur provisoire, même quand il est judiciaire, sont limités aux mesures conservatoires et aux actes qui présentent un caractère d'urgence; tels que : le recouvrement des créances et l'acquittement des dettes; les baux qui ne pourront excéder trois ans, la vente du mobilier corporel en vertu d'une autorisation du tribunal civil

(art. 31, L. du 30 juin 1838). — Pour la vente des meubles incorporels, nous avons vu que la loi du 27 février 1880 (art. 8) devra être observée.

L'administrateur provisoire est en outre spécialement chargé de représenter l'interné aux inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquelles il serait intéressé. S'il n'y a pas d'administrateur provisoire, l'aliéné sera représenté dans ces opérations par un notaire commis à cet effet par le président du tribunal (art. 36).

535. L'administration n'a point qualité pour représenter en justice celui dont il est chargé de gérer les biens. Un mandataire *ad litem* sera désigné dans ce but, pour chaque procès, par le tribunal du domicile de l'aliéné, à la diligence de l'administrateur provisoire ou du ministère public. Le tribunal peut d'ailleurs désigner comme mandataire *ad litem* l'administrateur provisoire lui-même (art. 33).

Les pouvoirs de ces mandataires sont comme on le voit, nettement déterminés par la loi.

L'administrateur *provisoire*, comme son nom l'indique, ne peut faire que, les actes de simple administration, ci-dessus indiqués, et même en général, seulement les actes nécessaires (1), il est donc en échec aussitôt qu'il s'agit d'un acte qui dépasse les limites de l'administration (2). Tous les auteurs sont d'accord sur ce point (3). Par conséquent, il ne peut faire un bail de neuf ans, ni renoncer à une succession ou l'accepter, même sous bénéfice d'inventaire. Du reste, la difficulté a été prévue lors de la discussion de la loi de 1838, et il fut entendu que, si le cas se présentait, il faudrait recourir à l'interdiction (4). Par conséquent la chambre du

(1) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 828.
(2) *Ibid.* n° 829.
(3) AUBRY et RAU, t. I, p. 531, note 16; DALLOZ, *Répert.*, v° *Aliénés*, n° 252; BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1193.
(4) LAURENT, t. V, n° 395.

conseil ne saurait conférer ni à l'administrateur provisoire, ni à un mandataire spécial *ad litem*, nommé à la requête de l'administrateur, le droit d'accepter, même sous bénéfice d'inventaire, une succession échue à l'aliéné, ou d'y renoncer. Il est vrai que l'art. 36 de la loi de 1838 prévoit le cas où l'aliéné serait intéressé dans des opérations de compte, liquidation et partage, mais il s'agit uniquement du cas où, *antérieurement* à l'internement, l'aliéné aurait pris parti, quant à l'acceptation ou la répudiation de la succession.

Cette solution est si manifestement vraie que le projet de loi dont nous parlerons plus loin, portant révision de la loi du 30 juin 1838, contient sur ce point une extension formelle des pouvoirs de l'administrateur provisoire : « Le projet du gouvernement, dit le rapporteur au Sénat, M. Théophile Roussel, ne se borne pas à *ajouter* aux attributions de cet administrateur le pouvoir de consentir des baux n'excédant pas neuf ans *et celui d'accepter ou de répudier une succession* à condition d'une autorisation spéciale, mais il lui attribue encore, etc. (1). » La question, on le voit, n'était controversée, ni controversable; c'est donc, à tort, que la Cour de Paris, contrairement à une jurisprudence constante du tribunal de la Seine, a cru pouvoir décider que le tribunal a fait une inexacte interprétation de l'art. 33 de la loi de 1838 en considérant les pouvoirs à donner au mandataire spécial comme ne pouvant excéder les limites d'une mesure conservatoire et d'administration; et que le droit donné au tribunal comprend implicitement, mais nécessairement, celui d'autoriser ce mandataire à accepter, mais seulement sous bénéfice d'inventaire, la succession qu'il s'agit de liquider et de partager (2).

(1) *Doc. officiels*, Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 30 mai 1884, Rapport de M. Théophile Roussel, p. 368.

(2) Paris, 26 janv. 1892 (deux arrêts), *le Droit* du 5 fév. 1892; Paris, 11 août 1801, *le Droit* du 14 août 1891.

Indépendamment des deux mandataires dont on vient de parler; il est nommé un curateur ayant pour mission de s'occuper de la personne de l'aliéné. Ce curateur doit veiller à ce que les revenus de celui-ci soient employés à adoucir son sort et à hâter sa guérison; il doit provoquer sa sortie de l'établissement si l'insanité d'esprit vient à cesser. Il est nommé par le tribunal du domicile de l'aliéné sur la demande de l'aliéné lui-même, de son conjoint, de l'un de ses parents, d'un ami ou du ministère public. Le jugement de nomination est rendu dans la chambre du conseil et n'est pas susceptible d'appel (art. 38). Le curateur ne doit pas être choisi parmi les héritiers présomptifs de l'aliéné.

536. Toutes les dispositions de la loi du 30 juin 1838 concernant l'internement d'office, par l'administration, dans un établissement d'aliénés constituent des lois de police et de sûreté applicables aux étrangers qui sont atteints d'aliénation mentale durant leur résidence sur le territoire français.

En cas de placement volontaire, la loi nationale de l'intéressé déterminera les droits et obligations des parents (1), et la loi française les formalités à remplir.

Quant à la capacité de l'aliéné étranger, interdit ou non, il faut pour sa détermination suivre les règles de la loi nationale. Le seul fait de son placement dans un établissement français ne saurait, croyons-nous, donner à l'administrateur officiel le pouvoir de faire des recouvrements, et de passer des baux de trois ans pour le compte de cet étranger. Mais les tribunaux français étant compétents pour prescrire des mesures conservatoires, pourraient désigner un administrateur provisoire pour procéder aux actes ci-dessus.

Quant aux aliénés français qui se trouvent en pays étranger, il a été jugé que la loi de 1838, qui autorise la nomination d'un administrateur provisoire aux biens d'une personne non

(1) Voy. Trib. civ. Seine, 25 nov. 1885, *Droit* du 28 nov.

interdite placée dans un établissement d'aliénés, ne peut concerner que les aliénés placés dans un établissement français, et qu'une maison d'aliénés située à l'étranger, hors du contrôle de l'autorité française, ne peut être considérée que comme une maison de santé particulière (1).

Certaines conventions internationales relatives à l'assistance et au rapatriement des aliénés indigents ainsi qu'au remboursement des frais, ont été conclues :

1° Avec la ville de Brême, le 20 octobre 1866, convention remise en vigueur par le traité de paix de 1871 ;

2° Avec la Suisse, le 27 septembre 1882. Mais ces conventions n'apportent aucune modification aux règles concernant la capacité ou le mode d'internement.

537. Nous pouvons maintenant apprécier le régime créé par la loi du 30 juin 1838. Quoique réalisant un véritable progrès par rapport à l'état antérieur, il a soulevé de nombreuses critiques. Son vice principal réside dans une substitution irrationnelle de l'action privée ou administrative à l'action judiciaire, par suite d'un faux raisonnement faisant considérer et traiter comme fou celui qui, peut-être, ne l'est pas (2).

Une réforme était donc nécessaire.

Un arrêté du 12 février 1869 avait institué une commission pour étudier les diverses questions intéressant les aliénés. Plus tard, en 1870, un projet de réforme fut déposé, mais ne put être admis à l'ordre du jour ; enfin une grande commission extra-parlementaire constituée en 1881 a pu rédiger un projet de loi qui a été déposé au Sénat le 25 novembre 1882. Ce projet examiné par une commission spéciale a été l'objet d'un rapport volumineux et très intéressant, par M. Théophile Roussel, sénateur, déposé au Sénat dans la séance du

(1) Douai, 18 fév. 1848, D. 48, 2, 175 ; 9 août 1886, *Droit* du 22 oct.

(2) Voy. notre *Etude sur les aliénés, Revue critique*, 1869.

20 mai 1884. Le projet, amendé par la commission, a été adopté en deuxième lecture le 11 mars 1887 (1).

Nous n'hésitons pas à reconnaître que ce projet, tel qu'il est conçu, apporte une notable amélioration au régime actuel, qu'il a été rédigé avec un soin remarquable et dans un esprit véritablement libéral; mais comme ce même projet est en définitive le résultat d'une sorte de transaction entre deux tendances opposées, il pourra sans doute consacrer un progrès considérable, mais il ne saurait présenter le caractère d'une vraie réforme.

Il ne semble pas en effet que le point de vue erroné du législateur de 1838 ait été abandonné par les rédacteurs du nouveau projet, ni par ceux qui l'ont amendé.

Ils partent toujours de la même idée que celui dont le sort les préoccupe est malade; qu'il peut et doit être traité comme malade alors que la question est précisément de savoir s'il est malade. Il semble qu'on ait perdu de vue le but même de la réforme qu'on cherche à réaliser. N'est-ce pas dans le but de donner à la liberté individuelle les garanties qui paraissent lui manquer aujourd'hui que l'on a consenti enfin à réviser la loi de 1838? Or, quels sont les dangers qui, sous l'empire de cette loi, peuvent menacer la liberté individuelle? Ne consistent-ils pas uniquement en ce qu'une personne non malade, parfaitement saine d'esprit, peut cependant, grâce à une législation mal faite, être indéfiniment privée de sa liberté sous prétexte d'insanité mentale! Or, s'il en est ainsi, n'y a-t-il pas contradiction à considérer d'abord comme présumé malade et à traiter comme tel celui en faveur de qui on cherche précisément à organiser des garanties pour empêcher qu'il soit traité comme malade s'il ne l'est pas?

(1) Sénat : 2e *Délib.*, séances des 11, 14, 15, 17 fév., 7 et 11 mars 1887; Chambre; texte transmis, annexes 1887, p. 926.

Quoi qu'il en soit, au point de vue qui nous occupe, la grande innovation du projet consiste à admettre que le tribunal aura à statuer, d'urgence, en chambre du conseil, sur la maintenue ou la sortie de la personne placée dans un établissement d'aliénés, et à décider que les pouvoirs de l'administrateur judiciaire, qui pourra être nommé dans toutes les hypothèses, seront les mêmes que ceux d'un tuteur.

CHAPITRE III.

DU CONSEIL JUDICIAIRE.

§ 1er. — Règles générales; procédure en dation de conseil judiciaire.

538. — L'interdiction des prodigues, à Rome, eut d'abord pour but unique la conservation des biens paternels, et plus tard la protection du prodigue lui-même.
539. — Constitution de l'empereur Léon; son influence sur l'ancien droit.
540. — Institution du conseil judiciaire par le Code civil, art. 513.
541. — De la procédure en dation de conseil judiciaire, art. 514 et 515.
542. — Pouvoirs des tribunaux en pareille matière; les mineurs et les personnes mariées peuvent être pourvues d'un conseil.
543. — Fonctions du conseil; — Voies de recours contre le jugement qui l'a désigné. Point de départ de l'incapacité spéciale du prodigue et du faible d'esprit.

538. Le conseiller ou conseil judiciaire est une sorte de curateur nommé par la justice et chargé d'assister une personne dans l'accomplissement de certains actes civils.

Nous avons déjà vu que l'art. 499 accorde cette protection à l'individu qui, sans être absolument hors d'état de se conduire, ne jouit pas de l'intégrité de ses facultés.

Notre chapitre III étend cette mesure au cas particulier du prodigue.

Cela est-il légitime? Comme ce point est contesté et fort contestable, il importe de dégager nettement les précédents historiques :

Dans un milieu social comme celui qui était régi par le vieux droit romain, où la notion d'une propriété individuelle n'était pas encore complétement affranchie des liens d'une sorte de co-propriété de famille, où certains successibles d'une personne étaient considérés, de son vivant, comme étant

co-propriétaires avec elle de son patrimoine, *et vivo quoque parente quodammodo domini existimuntur* (1), on peut concevoir l'emploi de certaines mesures pour empêcher le prodigue de ruiner sa famille. Il encourait l'interdiction; Paul nous en a conservé la formule qui, au point de vue littéraire et décoratif, ne manque pas d'une certaine majesté: *Quando* BONA PATERNA AVITAQUE *nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* (2).

L'interdiction dont il s'agit, il faut le remarquer, était encourue par le prodigue seulement dans le cas où il dissipait les biens paternels par lui recueillis à titre d'héritier naturel (*bona paterna avitaque*). Il pouvait disposer des autres à sa fantaisie; cela est si vrai que s'il avait acquis les biens paternels à titre d'héritier testamentaire, il ne pouvait encourir l'interdiction pour cause de prodigalité (3). Les biens ainsi recueillis constituaient simplement des acquêts dont il n'était plus comptable vis-à-vis de sa famille, et que par conséquent il pouvait dissiper librement.

L'*interdiction* du prodigue, ainsi envisagée, avait uniquement pour but la protection de la famille.

Mais on ne tarda pas à vouloir protéger le prodigue lui-même contre les conséquences de ses dépenses ou engagements inconsidérés. Le préteur d'abord (4), les rescrits impériaux ensuite (5), organisèrent à ce point de vue nouveau la *curatelle* des prodigues. Désormais un individu, n'ayant absolument rien reçu de sa famille, pouvait, sous prétexte de prodigalité, se trouver privé de la libre disposition d'une fortune laborieusement gagnée !

(1) GAI. II, § 157.
(2) *Sent.* lib. 3, t. 4, § 7.
(3) ULP. *Reg.* XII, § 3.
(4) L. 1 præ., D. 27, 10, *De curat.*
(5) L. 12 § 2, D. 26, 5, *De tutor. et curat. datis*, etc.

539. Cet étrange arbitraire, soigneusement maintenu par le droit moderne, a été apprécié à sa juste valeur par l'un des Césars du Bas-Empire. Léon-le-Philosophe s'exprime ainsi dans une de ses constitutions (1).

« Nul, dit-il, n'est parvenu à ce degré d'infaillibilité de ne jamais gérer ses affaires d'une façon nuisible à ses intérêts, et à l'inverse, si je ne m'abuse, personne ne se trompe au point de se nuire perpétuellement à lui-même. Je parle ainsi au sujet de la loi qui interdit au prodigue toute décision et tout pouvoir dans la gestion de ses biens. Il fallait pour cette loi jeter les yeux sur ce qui s'est déjà fait, et en considérant ce passé, ne pas le sanctionner simplement ; s'il admettait quelque inutilité, s'en débarrasser ; accepter au contraire, tout ce qui peut être utile. Mais ce dernier cas n'est pas celui de la règle qui enlève au prodigue tout pouvoir sur sa fortune ; aussi, jugeant sainement que ce n'était pas juste, adoucissant cette loi, nous avons établi : que les actes reconnus comme décelant la prodigalité ou l'erreur ne seront ni confirmés, ni approuvés. Quant à ceux qui sont justifiables, ils seront tenus pour valables et ne pourront être attaqués. Comment, si le prodigue veut laisser une succession à ses proches, distribuer son bien aux pauvres, délivrer ses esclaves du lourd fardeau de la servitude, devons-nous, parce qu'il est prodigue, le lui interdire? S'il a quelque propriété qui soit pour lui cause de dommage, si quelqu'un qui peut y porter remède veut la lui acheter plus cher même que sa valeur, sa prodigalité doit-elle l'empêcher de pourvoir à ses affaires, de réaliser un gain ? Je n'en vois pas la raison. »

« Aussi ai-je décidé que *la nature de l'acte devait être considérée ;* si rien n'y dénote la prodigalité, qu'il soit ratifié ; s'il est au contraire l'indice d'une mauvaise gestion, nous ne pouvons le confirmer. »

(1) Imp. Leonis Const. XXXIX.

Cette constitution n'avait pas, comme on l'a cru, une portée générale; elle ne faisait pas disparaître complétement le droit antérieur et la qualité de prodigue, elle avait seulement pour effet de valider certains actes de ce dernier.

Cette constitution a exercé sur notre ancien droit une influence qui n'a pas été assez remarquée. D'abord elle fit admettre pour le prodigue le droit de tester pourvu que son testament parût raisonnable. Ensuite elle enleva aux effets de l'interdiction leur caractère de généralité. On envisagea *la nature de chaque affaire* pour modérer les effets de l'interdiction :

« Les uns, dit Cochin, sont absoluments interdits ; les autres ne le sont que par rapport à l'aliénation des fonds ; aux autres, on donne un simple conseil sans l'avis duquel ils ne peuvent contracter. Il y en a qui ne sont gênés que dans un genre d'action, par exemple, à qui on défend d'entreprendre aucun procès sans l'avis, par écrit, d'un avocat qui leur est nommé. Le remède change suivant les circonstances; et c'est *la nature de chaque affaire* qui règle la manière dont on doit pourvoir aux besoins de ceux à qui ces secours sont nécessaires (1).

D'après la constitution de Léon on examinait la nature de chaque affaire, pour apprécier les effets d'une prodigalité déjà reconnue ; d'après l'ancien droit, on appréciait chaque affaire pour déterminer les effets de l'incapacité à édicter.

540. L'interdiction pour cause de prodigalité, virtuellement supprimée par l'art. 13 de la constitution du 5 fructidor an III, est devenue dans le Code civil la demi-interdiction résultant de la nomination d'un conseil judiciaire.

Le rapport d'Emmery au Corps législatif fait connaître les motifs qui commandent certaines mesures à prendre à l'égard des prodigues :

(1) *Plaidoyer pour les enfants Vanderbergue*, cité par DEMOLOMBE, t. VIII, n° 690.

D'abord l'Etat est intéressé à la conservation des familles et ne peut admettre pour un citoyen le droit de ruiner la sienne. Ensuite il faut protéger ce citoyen contre lui-même, et l'empêcher de tomber, par sa ruine, à la charge de ses proches ou de la société (1).

On n'a jamais pu trouver des raisons plus déterminantes pour justifier un régime qui porte au droit individuel l'atteinte la plus grave qu'on puisse concevoir.

En effet :

ART. 513. Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal (*).

Le prodigue peut donc être soumis à une condition absolument semblable à celle d'un faible d'esprit (art. 499).

Avant d'examiner en détail les conséquences de la nomination d'un conseil judiciaire, et de formuler à cet égard une appréciation, il convient d'indiquer le mode de nomination de ce conseil.

Il y a cette différence entre la nomination d'un conseil pour cause de faiblesse d'esprit, et la nomination de ce conseil pour cause de prodigalité, que la première peut se produire à la suite d'une demande en interdiction, ou d'une demande principale, tandis que la seconde ne peut faire l'objet que d'une demande principale.

541. Dans l'un comme dans l'autre cas :

ART. 514. La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil peut être provoquée par ceux qui ont droit de demander l'interdiction; leur demande doit être instruite et jugée de la même manière.— Cette défense ne peut être levée qu'en observant les mêmes formalités.

La loi rappelle ensuite que, en conformité d'ailleurs avec le droit commun,

(*) Art. 513. — PAUL. *Sent.*, lib. 2, tit. 4, § 7; L. 1, 15, D. 27, 10, *De curat. furioso et aliis;* ULP. frag. 12, § 2; L. 1, C. 5, 70, *De curat. furioso; Imp.* LEONIS, *Const.* XXXIX.

(1) Voy. LAURENT, t. V, n° 310.

ART. 515. Aucun jugement, en matière d'interdiction, ou de nomination de conseil, ne pourra être rendu, soit en première instance, soit en cause d'appel, que sur les conclusions du ministère public.

Tout parent, même le plus éloigné, ou le conjoint, sera donc admis à provoquer la nomination d'un conseil judiciaire, c'est-à-dire la demi-interdiction d'un individu, quand même ce dernier n'aurait absolument recueilli aucun bien du chef de sa famille, quand même ses dépenses inconsidérées ne compromettraient qu'une fortune personnellement acquise.

Théoriquement, le ministère public peut aussi trouver qu'un citoyen fait un mauvais emploi de sa fortune et demander qu'on lui donne un conseil judiciaire.

La demande en nomination d'un conseil judiciaire est qualifiée par la cause qui lui sert de base ; cette cause peut être : soit la faiblesse d'esprit, soit la prodigalité. Or, le juge saisi dans les termes de la demande ne peut substituer l'une de ces causes à l'autre. Ainsi, dans une instance de cette nature, le juge ne peut nommer un conseil à la partie défenderesse pour cause de faiblesse d'esprit, alors que la délibération du conseil de famille et l'interrogatoire, qui constituent des formalités substantielles de la procédure, n'ont porté que sur une demande tendant à cette nomination pour cause de prodigalité (1).

Quoique l'interrogatoire soit, comme on vient de le dire, une formalité substantielle, le défendeur ne sera pas recevable à se plaindre de son inaccomplissement lorsque c'est par son fait volontaire qu'elle n'a pu avoir lieu (2).

Quand il s'agit d'interdiction, le tribunal peut, après le premier interrogatoire, commettre un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur (art. 497). Cette règle, comme toutes celles qui ont

(1) Cass. 16 mars 1887, D. 87, 1, 211.
(2) Cass. 4 avril 1887, D. 88, 1, 292.

trait à l'instruction et à la procédure, est étendue par l'art. 514 aux instances en nomination de conseil judiciaire. Avant de statuer définitivement, les juges pourraient donc nommer au défendeur un conseil provisoire (1), dont les pouvoirs ne sauraient être plus étendus que ceux appartenant au conseil nommé à titre définitif (2).

Le jugement nommant ce conseil provisoire n'est pas susceptible d'opposition (3).

542. Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour l'appréciation des faits motivant la dation et le choix d'un conseil (4). Cette nomination, qui ne doit pas avoir nécessairement pour but la conservation d'un avoir actuel du défendeur, peut être faite en vue de l'avenir (5); mais les faits qui lui servent de cause doivent être actuels, précis et non équivoques (6).

Toute personne reconnue prodigue peut être pourvue d'un conseil judiciaire, même un mineur, même une femme mariée sous le régime de la communauté (7). Le mari, dans ce cas, ne devient pas, de plein droit, le conseil judiciaire de sa femme, car il n'y a pas de conseil judiciaire légal. Mais, en fait, les tribunaux attribuent toujours cette mission au mari.

A l'inverse, la femme ne pourrait être nommée conseil judiciaire de son mari, puisque la dation d'un conseil n'enlève pas à ce dernier la puissance maritale.

543. Les fonctions de conseil judiciaire ne sont pas obligatoires pour le Français à qui elles sont déférées. Il n'y a pas

(1) Cass. 29 avril 1885, D. 85, 4, 375.
(2) Bourges, 31 janv. 1883, D. 85, 1, 375.
(3) Bruxelles, 24 fév. 1873, *Pas.*, 73, 2, 355.
(4) Cass. 12 mars 1877, D. 78, 1, 184; Poitiers, 18 mai 1881, D. 82, 2, 247.
(5) Bruxelles, 12 janv. 1880, *Pas.*, 80, 2, 274.
(6) Besançon, 2 fév. 1865, D. 65, 2, 94.
(7) Cass. 12 mars 1877, D. 78, 1, 184; Poitiers, 18 mai 1881, D. 82, 2, 247.

de texte, en effet, qui déclare applicables à notre matière les dispositions concernant l'obligation d'accepter la tutelle, les causes d'excuses, etc. (1). Ces fonctions pourraient aussi être attribuées à un étranger.

En cas de démission ou de décès de ce conseil, il y aura lieu à son remplacement. Le droit de procéder à ce remplacement paraît devoir appartenir au tribunal qui a reconnu la nécessité d'un conseil judiciaire, car il s'agit en définitive de l'exécution de ce jugement, et cette attribution pourrait dès lors être invoquée pour la première fois en appel (2).

La décision nommant un conseil judiciaire est susceptible d'appel.

Si l'appel émane du prodigue ou du faible d'esprit demandant la réformation du jugement qui les a pourvus d'un conseil judiciaire, l'assistance de ce conseil n'est pas nécessaire devant les juges d'appel, car le droit de défense doit demeurer intact (3). Le demandeur ne peut acquiescer à cet appel (4).

Si l'appel du jugement qui a nommé un conseil judiciaire émane d'un demandeur en interdiction, le conseil désigné ne doit pas être mis en cause, car la capacité du défendeur demeure entière tant que l'appel n'est pas vidé. Mais en cas de confirmation, les effets de la nomination du conseil remontent au jour du jugement. C'est uniquement en ce sens qu'il y a lieu de tenir comme suspensif, l'appel du jugement nommant un conseil judiciaire (5).

De même, si le conseil a été nommé par un jugement de défaut, l'incapacité sera encourue à partir de ce jugement, et

(1) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 710; AUBRY et RAU, § 139, texte et note 3; *Contrà*, LAURENT, t. V, n° 350.

(2) Nîmes, 25 janv. 1876, D. 77, 2, 18.

(3) Bordeaux, 27 fév. 1878, D. 79, 2, 120.

(4) Toulouse, 22 mai 1880, D. 80, 2, 195.

(5) Gand, 27 sept. 1887, *Pas.*, 88, 2, 21; Angers, 3 août, 1886, D. 67, 2, 23.

non à partir seulement du jugement de débouté d'opposition (1).

§ 2. — Effets de la dation d'un conseil judiciaire.

544. — De l'assistance du conseil judiciaire; recours du prodigue en cas de refus d'assistance de la part du conseil.
545. — *Quid* à l'égard des actes que le prodigue ne peut être empêché de faire?
546. — Actes que le prodigue ne peut faire sans l'assistance du conseil; prohibition de plaider.
547. — Application à la procédure en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique; — autres applications.
548. — Des obligations contractées par le prodigue; spécialement par voie d'emprunts.
549. — *Quid* des dépenses d'entretien, etc. Sont-elles réductibles en cas d'excès?
550. — Des prohibitions relatives aux aliénations et à la réception de capitaux.
551. — *Quid* en ce qui touche les donations entre époux?
552. — Dans quelles limites le prodigue peut-il régler ses conventions matrimoniales?
553. — Des actes non compris dans l'énumération des art. 499 et 513.
554. — Actes concernant seulement la personne de l'incapable.
555. — Actes postérieurs au jugement désignant le conseil judiciaire.
556. — Actes antérieurs à ce jugement; jurisprudence.
557. — Difficultés relatives à la date des actes.
558. — Mainlevée du conseil judiciaire.
559. — Du débiteur en état de liquidation judiciaire.
560. — Du conseil judiciaire en Algérie et en Annam.
561. — Les étrangers en France peuvent-ils être pourvus d'un conseil?
562. — Conclusion.

544. La dation d'un conseil judiciaire à un prodigue ou à un faible d'esprit, a pour effet de subordonner à l'assistance de ce conseil, la validité de certains actes juridiques énumérés dans l'art. 513, comme dans l'art. 499.

L'énumération de ces actes est limitative; les tribunaux ne

(1) Cass. 6 juill. 1868, D. 69, 1; 267.

peuvent ni l'étendre, ni la restreindre suivant le degré d'affaiblissement de l'intéressé (1).

L'assistance consiste dans le concours effectif que le conseil accorde au prodigue ou au faible d'esprit qui veut agir.

Il suit de là :

1° Que le conseil n'a pas d'initiative à prendre, qu'il ne représente pas le prodigue, et ne peut agir sans lui et malgré lui (2);

2° Que le conseil demeure libre d'accorder ou de refuser son assistance.

Dans ce cas, il ne peut être suppléé à l'assistance refusée par une autorisation du tribunal (3).

Mais le prodigue peut soumettre au tribunal la question de savoir si le refus d'assistance est abusif et nuisible à ses intérêts.

Sur ce recours, que doit décider le tribunal?

La jurisprudence admet, sans distinction, que le tribunal, s'il estime le refus mal fondé, peut enjoindre au conseil de fournir son assistance, et peut même le remplacer soit définitivement par un nouveau conseil, soit seulement pour l'acte dont il s'agit, par un conseil *ad hoc* (4).

545. Cependant, il y a des droits qui sont tellement personnels au sujet qui en est investi, qu'il est impossible de comprendre comment l'exercice de ces droits pourrait se trouver paralysé par un refus d'assistance de la part du conseil. Il s'agit, par exemple, du droit, pour le prodigue, de demander la mainlevée d'une opposition au mariage qu'il

(1) Bordeaux, 27 fév. 1878, D. 79, 80, 2, 254.
(2) Trib. Bruxelles, 1er fév. 1888, *Pas.*, 88, 3, 197.
(3) Douai, 7 mars 1881, D. 81, 208; Rennes, 3 janv. 1880, D. 80, 2, 254.
(4) DEMOLOMBE, t. VIII, n° 762; AUBRY et RAU, § 139; Comp. LAURENT, n° 354; Cass. 22 août 1868, D. 69, 1, 268; Liège, 12 juill. 1882, D. 84, 2, 200.

se propose de contracter (1), ou de demander, après trois ans révolus depuis sa séparation, la conversion de cette séparation en divorce (2). Dans toutes ces hypothèses, la jurisprudence décide qu'il y a lieu en cas de refus du conseil, de désigner au prodigue un conseil judiciaire *ad hoc* pour l'assister dans l'instance, lequel d'ailleurs restera libre de prendre telles conclusions qu'il avisera. Mais alors quelle est l'utilité de cette singulière *assistance* qui peut devenir de l'hostilité? Il semblait plus juridique de décider que l'assistance d'un conseil est inutile quand il s'agit d'actes pour lesquels le prodigue ne peut être empêché d'agir (Voy. t. II, nos 307 et 448) (3). La Cour de cassation a déjà admis cette solution au cas où il s'agit pour l'individu pourvu d'un conseil judiciaire de défendre à une demande en interdiction dirigée contre lui (4). Il n'y a pas de motif qui empêche de généraliser cette décision en l'étendant à tous les cas où le prodigue ou faible d'esprit ne peut être empêché d'agir.

546. Le premier acte interdit au prodigue, c'est de plaider sans l'assistance de son conseil. Cette assistance lui est nécessaire tant en demandant qu'en défendant.

L'assignation en justice lancée à la requête du prodique demandeur sans l'assistance de son conseil, est donc entachée de nullité. Mais comme cette nullité est purement relative et ne pourrait être opposée à l'incapable, la Cour de cassation a décidé avec raison que le défaut d'assistance du conseil dans la citation ne peut donner lieu qu'à une exception dilatoire tendant à ce que l'incapable ne puisse procéder sans être habilité. Donc, si au jour de la comparution en justice l'in-

(1) Paris, 31 janv. 1888, S. 88, 2, 191 ; Liège, 12 juill. 1882, D. 84, 2, 200.

(2) Paris, 25 mars 1890, S. 90, 2, 107.

(3) *Contrà*, Douai, 7 mars 1880, D. 81, 2, 208 (*solut. impl.*).

(4) Cass. 15 mars 1858, S. 58, 1, 653; Comp. DEMOLOMBE, t. VIII, n° 724 *bis;* LAURENT, t. V, n° 361.

capable est régulièrement assisté, la nullité résultant du défaut d'assistance lors de la citation est censée n'avoir jamais existé, et ne saurait dès lors, enlever à la citation son effet interruptif de prescription soit devant la juridiction civile, soit devant les tribunaux de répression s'il y a eu action civile (1).

Il résulte de là que le conseil n'est pas véritablement *partie* au procès. La Cour de cassation déclare cependant que le conseil judiciaire est *partie nécessaire* dans les instances qui intéressent le prodigue (2). Il ne faut voir là qu'une expression exagérée d'une pensée juste en elle-même : Quand le conseil judiciaire s'est produit dans une instance intéressant un prodigue, il est vrai de dire que sa *présence* est désormais nécessaire, et on peut tirer de là cette conséquence que pour faire courir les délais d'appel contre le prodigue, la signification du jugement qui le condamne doit être faite tant au prodigue qu'à son conseil judiciaire (3). Mais aucune disposition de loi n'exige que les demandeurs intentent la poursuite contre le conseil judiciaire (4).

547. La Cour de cassation a toutefois admis le contraire en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique ;

L'art. 23 de la loi du 3 mai 1841 déclare en effet que l'administration doit notifier *aux propriétaires et à tous autres intéressés* les sommes offertes à titre d'indemnité. L'art. 28 ajoute que si les offres de l'administration ne sont pas acceptées dans les délais prescrits, l'administration citera devant le jury *les propriétaires et tous les autres intéressés*. Or, la Cour suprême a jugé que la notification des offres et la convocation devant le jury ne peuvent être valablement faites à l'exproprié pourvu d'un conseil judiciaire, qu'autant qu'elles

(1) Cass. 27 juin 1884, S. 87, 1, 334.
(2) Cass. 20 juin 1883, D. 84, 1, 248.
(3) *Ibid.*
(4) LAURENT, t. V, nº 360.

sont signifiées conjointement à ce conseil sans l'assistance duquel l'exproprié ne peut ni débattre ou accepter les offres, ni comparaître devant le jury. En conséquence, lorsque les notifications des offres et la convocation devant le jury n'ont pas été faites par exploit signifié au conseil judiciaire, la procédure en règlement de l'indemnité et la décision du jury sont entachées de nullité, si d'ailleurs le conseil n'a pas comparu devant le jury (1).

La prohibition de plaider sans l'assistance du conseil s'étend à la défense aussi bien qu'à la demande; à l'appel comme au premier degré de juridiction, et s'applique à toutes les contestations (2), sauf les réserves faites ci-dessus.

Par dérogation à la règle qui ne permet pas au conseil d'agir malgré le prodigue, on a admis que dans les instances où ce dernier est défendeur, le conseil a le droit et le devoir de présenter sa défense, même contre le gré de celui-ci; que, par suite, il a qualité pour interjeter appel de son propre chef des décisions rendues contre le prodigue, sauf aux juges à ordonner la mise en cause de ce dernier (3). C'est là une conséquence excessive de la formule employée par la Cour de cassation que le conseil est *partie nécessaire* dans l'instance.

La défense de plaider emporte celle d'acquiescer à un jugement, c'est-à-dire de renoncer à une défense, et celle de se désister. — La loi mentionne encore spécialement celle de transiger qui emporte celle de compromettre.

548. Les diverses prohibitions dont nous venons de parler sont générales et absolues, et s'appliquent aussi bien aux actions mobilières qu'aux actions immobilières. On peut même remarquer, qu'à ce point de vue, la capacité du pro-

(1) Cass. 4 mars 1890, D. 90, 5, 260.
(2) Rennes, 3 janv. 1880, D. 80, 2, 254.
(3) Lyon, 9 mars 1882, D. 83, 2, 21.

digue et du faible d'esprit se trouve plus restreinte que celle du mineur émancipé.

Mais il n'est pas aussi facile de déterminer avec certitude les limites exactes de l'incapacité du prodigue ou du faible d'esprit en matière de contrats.

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire est en effet, en principe, capable de contracter. C'est seulement par exception que certains contrats lui sont interdits; quand on se trouve dans les cas de ces exceptions, les actes faits sans l'assistance du conseil sont annulables.

Quand on se trouve, au contraire, en dehors des cas d'exception prévus par la loi, il faut appliquer la règle générale; les actes de la personne pourvue d'un conseil sont pleinement valables, quoique faits par elle seule, et ne sauraient à aucun point de vue être annulés, soit en partie soit en totalité.

La règle est facile à comprendre, mais difficile à appliquer.

En ce qui concerne la prohibition d'emprunter, la difficulté consistera le plus souvent à vérifier si l'opération conclue sans l'assistance du conseil, n'est pas en réalité un emprunt déguisé ou indirect. Or, quand le véritable caractère de l'acte aura été dégagé, les juges n'éprouveront aucun embarras pour appliquer les principes de la matière.

Mais la prohibition d'emprunter, sans l'assistance du conseil, est complétée par celle d'aliéner et de recevoir un capital mobilier. La loi ne défend pas au prodigue, d'une manière générale, de s'obliger, elle lui défend seulement de s'obliger comme emprunteur, ou comme aliénateur.

549. Il est donc certain que le prodigue a le droit de faire des dépenses pour l'administration de sa fortune et pour son entretien personnel, et de contracter, dans cet ordre d'idées, des obligations valables.

De là il suit, nécessairement, que les tribunaux ont le droit

d'apprécier si ces dépenses ou obligations ne sont pas nécessaires ou sont exagérées, et s'il n'y a pas lieu de les réduire. Les tribunaux tiennent ce pouvoir, non de l'art. 484, qui ne saurait être étendu à la prodigalité, quoiqu'on ait soutenu le contraire (1), mais du concept même de la prodigalité, tel qu'il s'est présenté à l'esprit du législateur.

M. Laurent s'élève avec force contre cette doctrine : « En vertu de quel principe, demande-t-il, décide-t-on que la dépense ne doit pas être exagérée ? Si le prodigue agit dans les limites de sa capacité, il est pleinement capable, il peut donc, à la rigueur, faire une dépense exagérée. Il faudrait un texte pour l'en empêcher, et où est ce texte (2)? » Nous trouvons ce texte dans tout le chapitre III, y compris sa rubrique : *du conseil judiciaire*. Les actes dont il s'agit ayant engendré des obligations excessives et exagérées suffiraient, d'après la théorie de la loi, pour faire donner à leur auteur un conseil judiciaire s'il n'en avait déjà été pourvu, et il en a été pourvu précisément pour rendre impossible le retour d'actes semblables. Si ce résultat n'était pas obtenu par le pouvoir de réduction appartenant aux juges, il arriverait ceci : un individu porté à faire pour son entretien ou l'administration de ses biens des dépenses exagérées sera peut-être retenu par la crainte d'être pourvu d'un conseil judiciaire; mais s'il est pourvu, pour ce fait, d'un conseil judiciaire, rien ne l'arrêtera désormais, car la mesure dont il aura été l'objet, mettra pour l'avenir les actes de cette nature à l'abri de toute réduction, et les tiers qui traiteront avec lui trouveront dans le fait de la prodigalité constatée une garantie que leurs créances demeureront intactes !— Concluons donc, avec la Cour de cassation, que l'engagement contracté par un prodigue, sans l'assistance de son conseil

(1) VALETTE, *Explic. somm.*, p. 388; Comp. DEMOLOMBE, t. VIII, nos 745 et 748.

(2) T. V, n° 371, 372; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1193.

est nul (à plus forte raison réductible) quand il est excessif, soit parce qu'il dépasse la limite de ses ressources, soit parce qu'il ne répond pas à un besoin (1).

Il convient notamment d'appliquer cette solution aux obligations que pourrait contracter le prodigue sous forme d'achats de valeurs à terme (2).

Quand l'engagement ne dépasse pas les ressources du prodigue, ~~ou~~ et lorsqu'il répond à ses besoins, il est parfaitement valable, et le prodigue n'a pas eu besoin de l'assistance de son conseil pour le contracter. Il est donc tenu, conformément au droit commun, de remplir cet engagement sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents ou à venir (art. 2093), et non pas seulement sur ses revenus (3).

550. L'assistance du conseil est encore nécessaire pour les aliénations en général, et pour la réception d'un capital mobilier.

La prohibition d'aliéner concerne les immeubles et les meubles soit corporels, soit incorporels. Le prodigue ne pourrait donc, sans l'assistance du conseil, céder à un tiers un droit de créance, notamment tout ou partie des loyers à échoir.

Cette prohibition n'enlève pas au prodigue la faculté de faire seul tous les actes conservatoires et d'administration. Il pourra donc consentir des baux valables pour neuf années et faire des réparations d'entretien, percevoir ses revenus, etc.

Mais il ne pourrait percevoir seul un capital mobilier et en donner décharge. Or, un capital de cette nature ne peut provenir que d'une créance à recouvrer, ou du prix à percevoir à suite d'une aliénation mobilière dépassant les limites de la

(1) Cass. 2 déc. 1885, D. 86, 1, 128.

(2) Lyon, 9 juin 1883, D. 84, 2, 83.

(3) LAURENT, t. V, n° 172; *Contrà*, trib. Bruxelles, 12 nov. 1887, *Pas.*, 88, 3, 5.

simple administration; or, la nécessité de l'assistance du conseil pour la perception du prix, implique aussi la nécessité de son assistance pour la formation du contrat, c'est-à-dire pour la vente mobilière dont il s'agit (1).

De ce que le conseil doit assister le prodigue pour la réception des capitaux, il suit qu'il doit surveiller l'emploi de ces mêmes capitaux. Il sera donc passible de dommages, si au lieu de déterminer, d'après les revenus, les sommes à mettre chaque année à la disposition du prodigue, il lui remet, sans nécessité justifiée, des sommes hors de proportion avec ses ressources actuelles (2).

551. La défense générale d'aliéner comprend aussi bien les actes à titre gratuit que les actes à titre onéreux. Il ne saurait y avoir de difficulté pour les donations qui s'adressent à des tiers. Il n'en est pas de même quand il s'agit de donation entre époux.

On admet assez généralement que les donations de biens présents sont interdites aux personnes pourvues d'un conseil, car elles ont évidemment pour résultat d'amoindrir le patrimoine du donateur. Cependant l'opinion contraire est soutenue par un grand nombre d'auteurs en ce qui touche les donations de biens à venir, et cette opinion a obtenu en 1856 l'adhésion de la Cour de cassation (3). Mais il convient de remarquer que la Cour suprême ne fut pas suivie par la Cour de renvoi. La Cour d'Agen se prononça dans le même sens que la Cour de Bordeaux dont l'arrêt avait été cassé (4). Or, la même particularité s'est récemment reproduite. La Cour de cassation, persistant dans sa jurisprudence, a décidé en 1889 que la liberté de contracter mariage qui appartient à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, emporte la capacité de donner un

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. I, n° 1190.
(2) Paris, 31 janv. 1876, S. 77, 2, 149.
(3) 14 déc. 1856, D. 57, 1, 17.
(4) Agen, 21 juill. 1857, D. 57, 2, 168.

consentement efficace à toutes les conventions et dispositions de futur à futur dont le contrat de mariage est susceptible, dans l'espèce, à une donation portant sur l'usufruit de tous les biens que le donateur, pourvu d'un conseil judiciaire dont il n'était pas assisté, laisserait à son décès (1). Mais la Cour d'Orléans saisie du renvoi par l'arrêt précité, a statué dans le même sens que l'arrêt cassé. Elle a décidé que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, quoique capable de se marier, sans l'assistance de son conseil, demeure incapable de faire, sans cette assistance, par contrat de mariage, une donation même de biens à venir, à son futur conjoint, d'abord parce qu'aux termes de l'art. 513 il ne peut aliéner sans l'assistance de son conseil, et en outre parce qu'en matière de contrat de mariage, le législateur n'a pas dérogé à cette règle. La Cour ajoute que la nullité de la donation est encourue, alors même que les stipulations relatives au régime matrimonial seraient valables et non critiquées (2). Il est en effet évident que la donation de biens à venir ou institution contractuelle est une aliénation, puisqu'elle enlève au donateur, d'une manière irrévocable, le droit de disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation; quant à la maxime *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, à laquelle se réfère la Cour de cassation, elle n'a jamais eu le sens que lui prête la Cour suprême (3).

Quel est donc le sens de cette maxime? Elle signifie que celui qui a la capacité pour contracter mariage, acte dans lequel il agit par lui-même, et non par l'intermédiaire d'un représentant légal, a pareillement le droit de figurer lui-même et non par l'organe d'un représentant, dans les conventions relatives au mariage. — C'est dans ce sens que

(1) Cass. 5 juin 1889, D. 91, 1, 449; Bruxelles, 3 avril 1886, D. 87, 2, 71.

(2) Orléans, 11 déc. 1890, D. 91, 2, 362.

(3) LAURENT, t. V, n° 366.

l'art. 1398 nous dit que *le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible*, c'est-à-dire que, dans toutes ces conventions il stipulera lui-même et ne sera pas représenté par son tuteur. Mais cela veut-il dire qu'il aura la capacité de faire toute espèce de conventions? Certainement non : ainsi, par exemple, une fille mineure, même avec l'assistance de ses ascendants, ne pourrait pas consentir à une restriction de son hypothèque légale (art. 2140). De même les art. 490 et 513 ne permettent pas au prodigue de faire, par contrat de mariage, une donation sans l'assistance du conseil.

552. Mais alors dans quelle mesure le prodigue peut-il régler ses conventions matrimoniales?

Il n'y a qu'à appliquer purement et simplement l'art. 513, il pourra stipuler seul dans un contrat de mariage ne contenant aucune aliénation de sa part, adoptant par exemple, le régime de la séparation de biens. S'il n'y a pas eu rédaction de contrat, le régime adopté sera celui de la communauté légale. Sans doute ce régime, qui implique une aliénation du mobilier tombant en communauté, est considéré comme étant le résultat d'une sorte de convention tacite, que le prodigue semble ne pouvoir conclure sans l'assistance du curateur. Mais cette convention tacite n'est alléguée que pour mieux justifier une solution qui forme en définitive le droit commun de la France (art. 1393) (1).

Quant aux donations entre-vifs faites par le prodigue à son conjoint durant le mariage, il ne faut pas hésiter à les soumettre à la règle qui prohibe les aliénations faites par le prodigue seul, malgré leur caractère de révocabilité. Nous en dirons autant des libéralités faites à titre de constitution

(1) Caen, 20 mai 1878, D. 78, 2, 217; AUBRY et RAU, t. V, § 502, texte et note 12; COLMET DE SANTERRE, sur DEMANTE, t. VI, nº 15 *bis*, 14; LAURENT, t. V, nº 365; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, nº 30; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. VIII, nº 740.

de dot, même aux enfants ou à titre rémunérateur. Les distinctions admises à cet égard par quelques arrêts anciens sont purement arbitraires.

553. L'énumération contenue dans les art. 499 et 513 étant limitative, ainsi que nous l'avons remarqué, il n'est pas possible d'étendre les prohibitions de la loi à des actes juridiques dont elle ne parle pas. Le prodigue peut donc accepter seul une succession (1) et procéder à un partage car un partage n'est pas un acte d'aliénation (2).

Pourrait-il faire le commerce? On décide généralement que la nécessité pour le prodigue d'être assisté de son conseil pour chacun des actes qu'il ne peut faire sans cette assistance, lui rend impossible l'exercice de la profession de commerçant, même avec le consentement ou l'autorisation de son conseil. Il suit de là qu'il ne peut être mis en faillite (3), et que, comme les autres incapables, il ne peut être déclaré coupable de banqueroute (4).

554. Quant aux actes concernant la personne, le prodigue conserve toute sa capacité :

Ainsi, il demeure maître d'établir son domicile à sa convenance, de se marier sans l'assistance de son conseil. Il peut donc, sans cette assistance, faire signifier les actes respectueux. Il peut se donner en adoption, adopter, reconnaître un enfant naturel. Il peut même, sans l'assistance de son conseil, s'engager à payer une pension alimentaire pour l'entretien et l'éducation de l'enfant qu'il a reconnu, pourvu que cette obligation ait été prise par lui dans les limites

(1) Douai, 30 juin 1855, D. 56, 2, 56.
(2) Rouen, 19 avr. 1847, D. 47, 2, 91; *Contrà*, CHAUVEAU-CARRÉ, q. 2507, 11.
(3) Cass. Belg. 17 oct. 1889, S. 90, 4; Gand, 20 mars 1890, D. 91, 2, 356.
(4) Cass. 17 mars 1853, S. 53, 1, 230; Aix, 26 janv. 1876, S. 76, 2, 104.

des besoins de l'enfant et de ses propres ressources (1).

Enfin, le prodigue conserve ses droits politiques et civiques, mais il perd le droit d'être juré (L. du 21 nov. 1872, art. 2, § 12), à partir du jugement, même rendu par défaut, qui l'a pourvu d'un conseil judiciaire (2).

555. Les actes passés par les faibles d'esprit et les prodigues postérieurement au jugement qui leur a donné un conseil judiciaire, sont nuls de droit quand ils ont été faits sans l'assistance du conseil, alors que cette assistance était requise. La nullité n'est pas subordonnée à l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par l'art. 501, car l'incapable ne saurait souffrir de l'omission de formalités imposées au demandeur (3), sauf aux tiers à réclamer contre ce dernier des dommages-intérêts. L'action en nullité est régie par les principes ordinaires qui gouvernent l'exercice de l'action en nullité en général. Elle devra donc être intentée dans les dix ans (art. 1304), et les dix ans commenceront à courir, non du jour où l'acte a été accompli, mais seulement du jour où l'acte a pu faire l'objet d'une confirmation régulière, c'est-à-dire à partir de la cessation de l'incapacité, ou du décès de l'incapable (4).

Il est admis que le conseil judiciaire a qualité pour attaquer seul les actes passés par le prodigue à une époque et dans des conditions qui les rendent annulables. Il suffit pour la régularité de la décision à intervenir que le prodigue ait été appelé en cause dans l'instance ainsi introduite sans son concours (5). Mais cette décision est fort contestable; le curateur n'a pas d'initiative à prendre; il est institué pour *assister* et non pour *agir*.

(1) Caen, 26 avr. 1887, S. 87, 2, 125.
(2) Cass. 4 juill. 1879.
(3) Poitiers, 15 mai 1882, D. 83, 2, 40.
(4) Cass. 8 avr. 1891, S. 91, 1, 149.
(5) Cass. 29 juin 1881, D. 82, 1, 33.

556. Quant aux actes passés par le prodigue ou le faible d'esprit antérieurement au jugement, ils doivent demeurer à l'abri de toute critique. Il est certain que la nomination ultérieure d'un conseil, ne permet pas de les annuler sur le fondement que la cause de la dation d'un conseil judiciaire existait notoirement à l'époque où ils se sont produits. L'article 503 spécial à l'interdiction ne saurait être étendu à notre matière.

Mais suivant une jurisprudence constante, et qui ne paraît pas devoir changer, les actes passés par un prodigue antérieurement à la nomination de son conseil judiciaire, ne sont valables qu'autant que les tiers qui ont contracté avec lui étaient de bonne foi. Ils doivent au contraire être annulés lorsque ces tiers ont agi dans l'intention de faire échec à la loi et de paralyser, par avance, l'effet prévu de la poursuite en dation de conseil judiciaire (1).

Cette manière d'appliquer la théorie de la *fraude à la loi* n'est en réalité qu'un moyen d'éluder la règle que la nomination d'un conseil judiciaire ne peut réfléchir sur les actes antérieurs. La jurisprudence élude elle-même la loi pour punir un individu de l'avoir éludée en faisant un acte licite en soi, mais dans une intention qu'on prétend frauduleuse (Voy. t. Ier, n° 201).

Sous l'influence d'une telle jurisprudence on a jugé que, dans l'intervalle qui s'écoule entre la demande en nomination d'un conseil judiciaire et le jugement qui doit statuer *le parent qui poursuit la nomination du conseil a qualité pour agir en nullité des actes faits en fraude de* LA DEMANDE (2)! La fraude *à la loi* a engendré la fraude *à la demande!*

On est allé encore plus loin : nous avons vu autoriser sur

(1) Cass. 5 nov. 1889, D. 90, 1, 379; Cass. 25 et 26 juin 1888, S. 88, 1, 469.

(2) Paris, 5 avr. 1887, D. 88, 2, 220; Comp. DEMOLOMBE, t. VIII, n° 772.

requête le père demandeur en nomination de conseil judiciaire, à frapper d'opposition des valeurs mobilières appartenant à son fils et se trouvant entre les mains d'un tiers, sous prétexte que le fils pourrait en faire un mauvais emploi s'il conservait la faculté de les retirer !

De pareilles exagérations mettent bien en relief l'arbitraire qui sert de base à la théorie de *la fraude à la loi.*

557. Quoi qu'il en soit, les solutions différentes qu'il convient d'adopter suivant que la date des actes est antérieure ou postérieure au jugement, conduisent à poser la question de savoir comment sera vérifiée cette date.

En principe, il appartient au juge du fond de décider qu'une obligation contractée par un individu pourvu d'un conseil *judiciaire* remonte à une époque antérieure à la nomination de ce conseil (1).

Mais que décider lorsqu'il s'agit d'obligations dérivant d'actes sous-seing privé non enregistrés, billets à ordre, lettres de change, etc. ?

On rencontre quelques décisions anciennes, portant que tout engagement n'ayant pas date certaine antérieurement au jugement doit être considéré comme nul, sans même pouvoir constituer un commencement de preuve par écrit (2). Une telle solution qui tend à présumer arbitrairement l'antidate, c'est-à-dire la fraude, est inadmissible.

D'autres décisions ont voulu, par application de l'art. 1328, considérer le conseil comme un tiers à qui on oppose des écrits non enregistrés et qui, par suite, peut les repousser comme n'ayant pas de date certaine (3). Mais il est absolument faux que le conseil soit un tiers (4).

(1) Orléans, 17 juin 1875, D. 77, 2, 177.

(2) Cass. 9 juill. 1816, DALLOZ, *Répert.*, v° *Interdiction*, n° 220, 2°; Amiens, 15 fév. 1823, *ibid.*, n° 220, 3°.

(3) Paris, 26 juin 1838, DALLOZ, *loc. cit.*, n° 303, 2°.

(4) Voy. LAURENT, t. V, n° 376.

La vérité est qu'il faut chercher le principe de solution dans l'art. 1322 aux termes duquel l'acte sous-seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit, la même foi que l'acte authentique. Mais cela ne veut pas dire que la date d'un tel acte fait foi comme celle d'un acte authentique, car elle n'est garantie par aucun officier public. Elle fait foi seulement jusqu'à preuve du contraire, c'est-à-dire jusqu'à la preuve de l'antidate. C'est au prodigue à faire cette preuve; et comme l'antidate constitue une fraude, la preuve pourra en être faite, même par présomption (1). Il a même été décidé que la preuve rapportée de la simple inexactitude de la date pouvait être considerée comme constituant une preuve suffisante de l'antidate (2)

558. La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil ne peut être levée qu'en observant les formalités mêmes qui ont été suivies pour arriver à sa nomination.

La demande en mainlevée peut être formée, soit par la personne pourvue d'un conseil agissant seule ou avec le concours du conseil lui-même, peu importe, soit par ceux qui avaient qualité pour en provoquer la nomination. La demande sera portée devant le tribunal du domicile actuel du prodigue (3).

Il n'y a pas d'autre cause, si ce n'est la mort de l'incapable, qui mette fin au régime auquel celui-ci est soumis. Le mariage de l'incapable qui ne saurait mettre obstacle à la nomination d'un conseil, quand il intervient au cours du procès soit en première instance, soit en appel (4), ne saurait à plus forte raison, quand il se produit après la décision définitive, mettre fin à la mission du conseil.

(1) Orléans, 25 août 1837, DALLOZ, *loc. cit.*, n° 221, 7°.
(2) Cass. 30 juin 1868, D. 69, 1, 230.
(3) Cass. 14 déc. 1840, DALLOZ, *loc. cit.*, n° 313, 1°.
(4) Poitiers, 18 mai 1881, D. 82, 2, 247.

559. Le débiteur qui a été admis au bénéfice de la liquidation judiciaire se trouve soumis à un régime qui présente certaines analogies avec celui que nous venons d'examiner. Il peut, avec l'assistance des liquidateurs, procéder au recouvrement des effets et créances exigibles, faire tous actes conservatoires, vendre les objets sujets à dépérissement et intenter toutes actions. Avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, il pourra continuer l'exploitation de son commerce ou de son industrie.

Enfin, en vertu des mêmes assistance et autorisation, et en outre après l'avis des contrôleurs, il peut accomplir tous actes de désistement, renonciation ou acquiescement, et transiger sur tout litige dont la valeur n'excède pas quinze cents francs. Au-dessus de cette somme et pour toute valeur indéterminée l'homologation du tribunal est nécessaire conformément à l'art. 487, C. C. (L. 4 mars 1889, art. 6 et 7).

560. Le droit musulman ne connaît pas l'institution du conseil judiciaire, mais applique le principe de l'interdiction proprement dite, non seulement à l'individu atteint de folie, ainsi que nous l'avons déjà vu, mais encore à l'individu incapable d'administrer ce qui lui appartient, au failli, à l'individu atteint de maladie ordinairement mortelle et à la femme en puissance de mari (1). Selon les auteurs arabes, la prodigalité rentre dans les cas ci-dessus. Puisqu'on applique les principes de l'interdiction, il faut décider que les actes passés par le prodigue antérieurement à l'interdiction prononcée contre lui peuvent être annulés, si la cause de cette interdiction existait notoirement à l'époque où les actes ont été passés (2).

Le *Précis de la législation annamite*, ne mentionne pas

(1) KHALIL, *Précis de jurispr. musulm.*, traduction Perron, t. II, p. 58.

(2) Cass. 11 mai 1886, S. 90, 1, 525.

l'interdiction pour cause de prodigalité. Il se borne à décider que le tribunal, tout en refusant de prononcer l'interdiction pour cause de démence, peut ordonner que le défendeur ne pourra accomplir certains actes qu'avec l'assistance d'un conseil qu'il désignera. Sauf le cas d'absence ou d'empêchement, ce conseil sera le Truong-Toé.

La nomination de ce conseil pourra être poursuivie principalement comme la demande d'interdiction et par les mêmes personnes. La mainlevée aura lieu dans les mêmes formes.

Les principaux actes interdits à l'individu pourvu d'un conseil, sont : ester en justice, emprunter, aliéner, recevoir un capital.

En cas de placement de personnes non interdites dans un établissement d'aliénés, les fonctions de tuteur sont exercées par un des membres de la commission administrative de l'hospice désigné par cette commission.

La partie publiée du *Précis de législation annamite*, s'arrête là. Cet essai de législation coloniale qui, sans heurter les mœurs indigènes, tente de les rapprocher des lois de la métropole, n'a pas encore été poussé plus loin.

561. C'est la loi nationale d'une personne qui doit être consultée pour savoir si elle peut être pourvue d'un conseil judiciaire. Ainsi, la loi anglaise et la loi hollandaise n'admettent pas cette institution. Les tribunaux français ne pourraient donc nommer un conseil judiciaire à un Anglais ni à un Hollandais. On a cependant jugé, sous l'influence de certaines idées excessives, que la nomination d'un conseil judiciaire, considérée comme moyen de soustraire un individu à ses passions, est une mesure d'ordre public et de protection que les tribunaux français peuvent prendre même à l'égard d'un étranger (1). Sous l'influence des mêmes idées et de la théorie de *la fraude à la loi*, on n'hésiterait certainement

(1) Trib. Seine, 5 juill. 1836, *Droit* du 6 juill. 1836.

pas à déclarer inopérante en France l'acquisition de la nationalité anglaise ou hollandaise par un individu qui serait l'objet d'une demande en nomination de conseil judiciaire.

La décision étrangère qui pourvoit un individu d'un conseil judiciaire doit produire son effet en France, dans les limites fixées par la loi nationale de l'incapable (1), sans *exequatur* ni formalité spéciale de publicité (2). L'étranger peut donc, en principe, opposer la nullité des obligations qu'il aurait contractées sans l'assistance de son conseil judiciaire, lorsqu'elle est prescrite par sa loi nationale. Mais la doctrine de l'*intérêt français* que nous avons plus haut appréciée et repoussée (t. Ier, nº 154), admet le créancier français de bonne foi à repousser cette exception de nullité (3).

A l'inverse, la décision d'un tribunal français qui nomme un conseil judiciaire à un prodigue français, doit régir la condition de ce dernier partout où il réside; il est opposable à tout créancier, fût-il étranger, même pour des engagements contractés à l'étranger (4).

Les règles ci-dessus peuvent être modifiées par application des conventions diplomatiques. Ainsi, l'art. 10 du traité franco-suisse du 15 juin 1869, d'après lequel la tutelle des mineurs et interdits suisses résidant en France est réglée par la législation de leur canton d'origine, et les contestations relatives à l'établissement de cette tutelle doivent être portées devant les tribunaux de ce canton, s'applique également aux demandes de nomination d'un conseil judiciaire. Les tribunaux français seraient donc incompétents pour connaître d'une telle demande formée par un Suisse résidant en France contre sa femme française d'origine, mais devenue étrangère par son mariage. Cette

(1) Trib. Bruxelles, *Belg. jud.*, 1861, p. 795.
(2) Paris, 21 mai 1885, *Droit*, 17 juin 1885.
(3) *Ibid.*
(4) Cass. 6 juill. 1868, S. 68, 1, 325.

incompétence est d'ordre public, et doit être prononcée d'office (1).

562. L'institution du conseil judiciaire peut nuire aux tiers exposés à tomber dans l'erreur sur la capacité du prodigue; dans la personne du prodigue elle porte atteinte à la liberté de la propriété, enfin elle ne se comprend pas vis-à-vis de celui qui est l'artisan de sa propre fortune. C'est en vain qu'on allèguerait les inconvénients d'une mauvaise administration qui, en ruinant un citoyen, mettra son entretien à la charge de la collectivité : on ne sait vraiment où l'on s'arrêterait s'il fallait prendre des mesures contre tous ceux qui administrent mal leur patrimoine; autant vaudrait appliquer tout de suite la théorie de l'État propriétaire et administrateur unique de toutes les fortunes. C'est donc avec raison, croyons-nous, qu'on a proposé la suppression pure et simple du conseil judiciaire pour cause de prodigalité (2). Nous avions d'abord pensé qu'on pourrait maintenir une telle mesure vis-à-vis d'un prodigue ayant des héritiers réservataires ou son conjoint vivant (3), mais depuis que nous avons pu assister au fonctionnement pratique de l'institution, depuis que nous avons pu constater la nature des sentiments auxquels obéissent le plus souvent ceux qui poursuivent la nomination d'un conseil judiciaire, nous n'hésitons pas à revenir sur une opinion trop timide, et nous concluons aussi à la disparition d'une cause d'incapacité que déjà, au IXe siècle, l'empereur Léon avait condamnée.

(1) Nîmes, 28 fév. 1881, D. 82, 2, 106.

(2) BATBIE, *Révision du Code civil* (*Correspondant* du 25 janv. 1866), p. 96.

(3) Voy. notre *Code civil italien*, p. 108 et 109.

FIN DU TOME TROISIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME TROISIÈME.

TITRE SEPTIÈME.

De la paternité et de la filiation.

Pages.

1. — Objet du titre VII : preuve de la parenté. 5
2. — Des questions d'état, généralités. 6
3. — Objets distincts de chacun des deux chapitres compris dans le titre VII; — importance de cette précision 7

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU NÉS DANS LE MARIAGE.

§ 1er. — De la présomption de paternité et du désaveu.

4. — La paternité ne peut être prouvée directement. 10
5. — Présomption édictée par l'art. 312, § 1. 11
6. — Calcul de la durée des gestations. 13
7. — Trois situations différentes à examiner. 17
8. — I. Cas où la conception a eu lieu pendant le mariage. . . 17
9. — Droit de désaveu du mari en cas d'impossibilité physique de cohabitation, art. 312, § 2. 17
10. — Calcul de la durée de cette impossibilité. 18
11. — Droit de désaveu en cas d'impossibilité morale de cohabitation, art. 313, § 1. 19
12. — Importance relative des éléments divers de cette impossibilité. 20
13. — Autre cas d'impossibilité morale résultant du divorce ou de la séparation, art. 313, § 2. 22
14. — II. Cas où la conception a eu lieu avant le mariage, art. 314. 24
15. — Fins de non-recevoir contre le désaveu dans cette hypothèse. 25
16. — L'enfant, dans le cas de l'art. 314, naît légitime et non légitimé. 25
17. — III. Cas où la conception a eu lieu après la dissolution du mariage, art. 315. 26
18. — Action en contestation de légitimité admise dans ce cas. . 27
19. — État de l'enfant dans le cas de confusion de part. 28

§ 2. — Exercice de l'action en désaveu.

20. — Le mari peut seul, de son vivant, exercer l'action en désaveu. — Du mari étranger. 29
21. — Délai imparti au mari pour cet exercice, art. 316. 30

Pages.

22. — Le mari n'a pas à prouver qu'il est dans les délais voulus pour intenter l'action. 32
23. — Transmissibilité de l'action aux héritiers quant à son intérêt pécuniaire, art. 317. Conditions de son exercice par les héritiers. 33
24. — Les héritiers doivent attendre d'être troublés par l'enfant dans leur possession. 34
25. — Prolongation des délais au moyen d'un acte extra-judiciaire, art. 318. 35
26. — L'action est dirigée contre l'enfant représenté, s'il est mineur, par un tuteur *ad hoc*. 36
27. — Par qui doit être nommé le tuteur *ad hoc* 36
28. — L'action est-elle possible si l'enfant n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil, ou a été inscrit sous de faux noms, ou comme né de parents inconnus? 38
29. — Solution affirmative admise par la jurisprudence; — réfutation. 38
30. — L'action doit être exercée en présence de la mère; compétence. 40
31. — Effets du désaveu. 40
32. — De la chose jugée en matière de désaveu. Transcription du jugement. 41

CHAPITRE II.

DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

§ 1er. — Des divers modes de preuve dans les actions en réclamation d'état.

33. — Transition. — La loi admet trois modes de preuve. — Loi étrangère. 44
34. — I. Preuve par la production d'un acte de naissance, art. 319. 46
35. — II. Preuve par la possession d'état, art. 320, 321. 47
36. — Combinaison du titre et de la possession d'état, art. 322; — de l'action en contestation d'état. 47
37. — Ne pas la confondre avec la contestation du droit de porter un nom propre de famille. 48
38. — Comparaison entre les effets de la preuve par titre et ceux de la preuve par la possession d'état. La filiation légitime en résulte d'une manière cumulative, tant à l'égard du père, qu'à l'égard de la mère. 49
39. — III. Preuve testimoniale, art. 323; dans quels cas admissible; elle suppose une action en réclamation d'état. 51
40. — Nécessité d'un commencement de preuve par écrit, art. 323 et 324, ou d'indices graves. 51
41. — Justification préalable soit de ce commencement de preuve, soit des indices graves. 53
42. — Application des règles ci-dessus, spécialement quand l'enfant

Pages.

a été inscrit sous de faux noms. 53
43. — Cas de perte des registres. 54
44. — Cas où l'action est intentée par les deux époux ou l'un d'eux. 55
45. — Objets distincts du commencement de preuve par écrit et de la preuve testimoniale. 56
46. — Fins de non-recevoir contre la demande. 57
47. — De la preuve contraire, art. 325. 57
48. — L'art. 325 ne doit recevoir d'application que si la filiation maternelle résulte seulement de la preuve testimoniale. . 58
49. — L'art. 325 n'est pas une application de l'art. 1351. . . . 59
50. — Résumé. 60

§ 2. — **Compétence et jugement.**

51. — De la compétence en matière de réclamation d'état, art. 326 et 327 ; — Application de ces dispositions. 61
52. — But final des art. 326 et 327. 63
53. — En cette matière, le civil tient le criminel en état. . . . 64
54. — Faut-il, pour qu'il en soit ainsi, qu'une action en réclamation d'état soit engagée au civil, ou suffit-il que cette action soit possible ? 64
55. — Cas dans lesquels l'art. 327 n'est pas applicable. 66
56. — Conséquences à l'égard de l'enfant de l'art. 327. 66
57. — Les actions en réclamation et en contestation d'état ne sont pas dans le commerce. — Imprescriptibilité, art. 328. . 66
58. — Transmissibilité de l'action, art. 329, 330. 67
59. — L'action en réclamation d'état est-elle imprescriptible à l'égard des descendants de l'enfant décédé? 68
60. — De la chose jugée en matière de question d'état. 69

CHAPITRE III.

DES ENFANTS NATURELS.

Généralités.

61. — Des diverses classes d'enfants conçus et nés hors mariage. . 73
62. — La loi soumet les enfants conçus et nés hors mariage à une condition inférieure. 74

SECTION PREMIÈRE. — *De la légitimation des enfants naturels.*

63. — Quels enfants peuvent être légitimés, art. 331 ? Quel intérêt ont les parents à légitimer leurs enfants naturels ? . . 75
64. — Faut-il que le mariage des père et mère ait été possible au moment de la conception de l'enfant ? 77
65. — Les enfants adultérins ou incestueux sont exclus du bénéfice de la légitimation 77
66. — Les dispenses obtenues par les père et mère parents au degré prohibé, n'effacent pas le vice résultant d'une conception incestueuse 78

Pages.

67. — Une reconnaissance de l'enfant, au moins concomitante du mariage, est nécessaire. 79
68. — Une reconnaissance postérieure au mariage serait inopérante à ce point de vue. 79
69. — La légitimation d'un enfant décédé profite à ses descendants, art. 332. 80
70. — La légitimation ne rétroagit pas, art. 333; conséquences, notamment pour l'application des lois sur le service militaire. 81
71. — Action en nullité de la légitimation. 82
72. — De la légitimation du Français à l'étranger et des étrangers en France. 82

SECTION II. — *De la reconnaissance des enfants naturels.*

§ 1er. — **Preuve de la filiation naturelle.**

73. — I. Preuve par titre; de la reconnaissance contenue dans l'acte de naissance, art. 324. — Qui peut reconnaître un enfant naturel ? 84
74. — De la reconnaissance faite par acte authentique ultérieur; applications diverses. 86
75. — La reconnaissance faite par acte privé est nulle. 88
76. — Reconnaissance d'un enfant conçu ou décédé. 88
77. — La reconnaissance peut émaner de personnes d'ailleurs incapables. 88
78. — Elle est irrévocable; *Quid* lorsqu'elle a été faite dans un testament authentique plus tard révoqué? 89
79. — Elle ne peut avoir lieu au profit des enfants adultérins ou incestueux, art. 335. 91
80. — Nécessité de l'aveu de la mère, même quand elle a été indiquée dans la reconnaissance faite par le père, art. 336. 91
81. — Cet aveu doit-il être fait par acte authentique ? 91
82. — La jurisprudence admet que cet aveu peut résulter des circonstances. 92
83. — II. De la possession d'état. Peut-elle prouver la filiation naturelle ? 93
84. — Solution affirmative proposée par Demolombe; réfutation. . 93
85. — Conséquences de cette solution. 95
86. — La jurisprudence ne l'a pas admise. 96
87. — III. De la preuve testimoniale. Prohibition relative à la recherche de la paternité, art. 340, § 1. 97
88. — Exception résultant de l'art. 340, § 2. 99
89. — La recherche de la maternité est admise moyennant un commencement de preuve par écrit. En quoi doit consister ce commencement de preuve 101
90. — La recherche de la maternité ne peut être autorisée contre l'enfant. 105

Pages.

91. — Durée et transmissibilité de l'action. 106
92. — Effets de la reconnaissance volontaire ou forcée; la condition des enfants naturels reconnus est inférieure. 107
93. — Les propositions relatives à la libre recherche de la paternité sont de nature à compromettre le résultat des efforts tentés pour améliorer la condition des enfants naturels. . . . 108

§ 2. — Reconnaissances faites durant le mariage.

94. — De la reconnaissance faite durant le mariage, par l'un des époux, d'un enfant étranger à l'autre, art. 387. . . . 110
95. — L'art. 387 ne s'applique pas au cas où cette reconnaissance est faite par les deux conjoints; 111
96. — Ni au cas où cette reconnaissance est volontaire vis-à-vis de l'un et forcée vis-à-vis de l'autre. 111
97. — *Quid* de la reconnaissance forcée intervenant durant le mariage, à l'égard de l'un des époux, d'un enfant étranger à l'autre ? 112
98. — L'enfant peut-il répudier la reconnaissance qui lui nuit à raison de sa date, pour établir sa filiation en dehors d'elle? . 112
99. — Sauf les restrictions résultant de l'art. 337, la reconnaissance dont s'agit produit d'ailleurs tous ses autres effets; *Quid* du droit aux aliments ? 115

§ 3. — Comment peut être attaquée une reconnaissance d'enfant naturel?

100. — La reconnaissance peut être *valable, annulable* ou *inexistante.* 115
101. — Sa validité peut-elle être contestée pour cause d'erreur sur l'identité de l'enfant reconnu? 116
102. — La reconnaissance, quoique régulière et valable en soi, peut être contraire à la vérité c'est le cas prévu par l'art. 339. 118
103. — A qui appartient en ce cas l'action en contestation. . . . 118
104. — Preuve que doit faire le demandeur. Prohibition relative à toute recherche de filiation adultérine ou incestueuse, article 342. 119

§ 4. — Reconnaissances faites à l'étranger par des Français et par des étrangers en France.

105. — Application de la règle *locus regit actum*, aux reconnaissances faites par les Français en pays étranger. 120
106. — Recherche de la paternité en France par un étranger ou contre un étranger. 121
107. — Reconnaissance volontaire en France concernant les étrangers. 123

TITRE HUITIÈME.

De l'adoption et de la tutelle officieuse.

Généralités.

108. — Historique. De l'adoption en droit romain. 125

Pages.
109. — Législation intermédiaire. 126
110. — L'adoption sous le Code civil 127
111. — L'adoption est-elle accessible aux étrangers? 127

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ADOPTION.

SECTION PREMIÈRE. — *De l'adoption et de ses effets.*

§ 1er. — Conditions de l'adoption.

112. — Qui peut adopter? art. 343. 130
113. — Conditions que doit remplir l'adoptant, il ne doit pas avoir de descendance légitime. 131
114. — Consentement du conjoint de l'adoptant, art. 344 131
115. — Soins préalables à fournir à l'adopté, art. 345; autres restrictions à la faculté d'adopter. 132
116. — Adoption rémunératoire 133
117. — Conditions que doit remplir l'adopté; consentement de la famille, art. 346. 133
118. — L'enfant naturel reconnu peut-il être adopté? 135
119. — Le conjoint de l'adopté doit-il consentir à l'adoption? . . 137

§ 2. — Effets de l'adoption.

120. — L'adopté prend le nom de l'adoptant, art. 347. 137
121. — Prohibition quant au mariage résultant de l'adoption, art. 348. 138
122. — L'adoption produit-elle une sorte d'alliance entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté?. 139
123. — L'adopté doit honneur et respect à l'adoptant; 139
124. — Il lui doit des aliments, art. 349. 140
125. — Droit de l'adopté sur la succession de l'adoptant, art. 350. 140
126. — Réserve de l'adopté. 141
127. — Des enfants légitimes ou légitimés de l'adopté. 142
128. — Droit de retour de l'adoptant, en cas de prédécès de l'adopté, art. 351, 352. 143
129. — Il exerce ce droit à titre d'héritier. 145

SECTION II. — *Formes de l'adoption.*

§ 1er. — Procédure en adoption.

130. — Du contrat d'adoption reçu par le juge de paix, art. 353. . 146
131. — Homologation par le tribunal civil, art. 354, 355, 356. . . 146
132. — Homologation par la Cour d'appel, art. 357, 358. 147
133. — Inscription de l'adoption sur le registre de l'état civil, art. 359. 149
134. — L'adoption inscrite remonte quant à ses effets au jour de sa date; elle peut donc se consommer malgré le décès de l'adoptant, art. 360. 150

Pages.
135. — *Quid* en cas de décès de l'adopté? 151

§ 2. — **Sanction des règles précédentes.**

136. — L'adoption peut être *valable*, *annulable* ou *inexistante*. . . 152
137. — Cas dans lesquels une adoption apparente est en réalité inexistante. 152
138. — Cas d'annulabilité; 1° Annulabilité pour cause de nullité absolue; énumération. 153
139. — A qui appartient alors l'action en nullité? De la prescription. 155
140. — 2° Annulabilité à raison d'une nullité relative, — énumération. 156
141. — Précision quant aux vices du consentement; élimination du dol; 156
142. — Élimination de l'erreur; reste la violence. 157
143. — A qui appartient l'action en nullité relative? Prescription. . 159
144. — Dans tous les cas la nullité relative ou absolue doit être proposée par voie d'action directe ou par exception; — effet de l'annulation prononcée. 159

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

145. — Notion de la tutelle officieuse. 161
146. — Comment est créée la tutelle officieuse; ses effets principaux, art. 361 à 365. 161
147. — Comment elle prend fin; elle rend possible une adoption testamentaire, art. 366. 162
148. — Conditions de validité de cette adoption. 163
149. — Cas où le tuteur est décédé sans avoir adopté le pupille, art. 367. 164
150. — Cas où le pupille devient majeur du vivant de son tuteur, art. 368, 369. 164
151. — Obligations et responsabilité du tuteur officieux, art. 370. . 164

APPENDICE AU TITRE HUITIÈME

Législation coloniale. — Adoption des Français à l'étranger et des étrangers en France.

§ 1er. — **De l'adoption dans les colonies.**

152. — Algérie. 167
153. — Annam. 167
154. — Inde française 169

§ 2. — **Adoption des Français à l'étranger et des étrangers en France.**

155. — Les Français peuvent-ils adopter devant les agents diplomati-

Pages.

ques à l'étranger. 170
156. — Application de la règle *locus regit actum* à l'adoption concernant les Français à l'étranger. 171
157. — Adoption des étrangers en France d'après la jurisprudence. . 172
158. — Effets en France d'une adoption régulièrement faite à l'étranger entre étrangers. 173

TITRE NEUVIÈME.

De la puissance paternelle.

§ 1er. — Généralités.

159. — Caractère de la puissance paternelle chez les Romains; elle était constituée dans l'intérêt du chef de famille. . . . 175
160. — En droit coutumier elle eut pour base l'intérêt de l'enfant . . 176
161. — Droit moderne; Code civil. 176
162. — Attributs de la puissance paternelle dans la théorie du Code civil 178
163. — Droits des aïeuls et aïeules 178
164. — Du respect dû par l'enfant à ses père et mère, art. 371. . . 179
165. — Durée de l'autorité paternelle, art. 372; le père l'exerce seul durant le mariage 179
166. — *Quid* de la mère? 180
167. — Cette autorité ne peut être modifiée par la convention. . . 181

§ 2. — Droit de garde et de correction.

168. — Droit de garde. Séjour obligatoire de l'enfant, art. 374. . . 182
169. — Exception en cas d'engagement volontaire au service militaire 182
170. — Formes de cet engagement; action en nullité; compétence. . 183
171. — De l'engagement volontaire dans les colonies. 183
172. — Le maire qui reçoit l'engagement agit comme fonctionnaire administratif. 184
173. — Sanction du séjour obligatoire pour l'enfant 184
174. — Le père dirige l'éducation de l'enfant; droit de la mère; règlement des funérailles de l'enfant; abus possibles, renvoi. . 185
175. — Droit de correction, art. 375. 186
176. — Détention de l'enfant par voie d'autorité, art. 376 187
177. — Détention de l'enfant par voie de réquisition; cas où l'enfant a plus de seize ans accomplis, art. 377. 188
178. — Procédure, art. 378. 188
179. — Le père peut abréger la durée de la détention, art. 379. . . 189
180. — Cas où le père est remarié, art. 380. 190
181. — Droits de la mère, art. 381. 190
182. — Cas où l'enfant a des biens personnels, art. 382, § 1. . . . 192
183. — Recours accordé à l'enfant, art. 382, § 2. 192

Pages.

184. — Autorité des pères et mères naturels sur leurs enfants, art. 383 193

§ 3. — Droit de jouissance légale.

185. — Du droit de jouissance attribué aux parents sur les biens de leurs enfants, art. 385; — son origine. 195
186. — Base de cette jouissance dans la théorie du Code civil. . . 196
187. — Conséquences. 197
188. — Nature juridique de ce droit de jouissance; ce n'est pas un droit réel. 198
189. — Conséquences. 199
190. — Durée normale de ce droit. 200
191. — Charges de la jouissance légale, art. 385; ce sont : 1° Celles dont sont tenus les usufruitiers en général; explication de l'art. 453; 200
192. — 2° Les frais d'éducation et d'entretien de l'enfant; . . . 203
193. — 3° Le paiement des arrérages et intérêts échus au moment de l'ouverture du droit de jouissance; 203
194. — 4° Les frais de dernière maladie et de funérailles de la personne à qui l'enfant a succédé. 204
195. — Biens soustraits à la jouissance légale, art. 386-1°, par la volonté de la loi; 204
196. — 2° Par la volonté du donateur ou testateur; 3° par l'indignité des parents; 4° par la destination des biens. 205
197. — Causes d'extinction de la jouissance légale provenant du chef de l'enfant. 206
198. — Causes provenant du chef du titulaire de la jouissance; . 207
199. — Spécialement d'une renonciation de la part de ce dernier. . 207
200. — *Quid* d'une renonciation anticipée stipulée dans un contrat de mariage? 207
201. — Autres causes d'extinction, notamment à l'égard de la mère remariée, art. 386. 208
202. — *Quid* si la mère remariée redevient veuve? 209
203. — La jouissance légale cesse par la déchéance de la puissance paternelle. 209

§ 4. — Déchéance de la puissance paternelle.

204. — Le Code n'ayant pas réglementé la déchéance de la puissance paternelle, la jurisprudence a cherché à combler cette lacune. 210
205. — Intervention du pouvoir législatif, art. 335 § 2, C. P.; loi du 7 déc. 1874. 211
206. — Portée plus générale de la loi du 24 juillet 1889. 212
207. — Cas dans lesquels la déchéance a lieu de plein droit. . . . 212
208. — Cas dans lesquels la déchéance est facultative. 214
209. — Comparaison de l'art. 2 § 6 de la loi du 24 juillet 1889 avec l'art. 444, C. C. 215

Pages.
210. — Procédure de la demande de déchéance. 215
211. — De l'appel et du pourvoi en cassation. 218
212. — Condition de la mère en cas de déchéance encourue par le père. 219
213. — Conséquence de la déchéance. 220
214. — Influence de la loi du 24 juillet 1889 sur la jurisprudence antérieure; résumé de cette jurisprudence. 220
215. — Cette jurisprudence ne peut plus désormais être suivie; les juges ne peuvent plus prononcer que la déchéance entière dans les conditions de la loi nouvelle. 222
216. — Objections contre cette solution, réfutation. 223
217. — La puissance paternelle ne peut être divisée ou scindée que dans les cas prévus par la loi. 224
218. — Conclusion. 225
219. — Restitution contre la déchéance encourue. 227
220. — La déchéance donne lieu à l'organisation de la tutelle. — Renvoi. 228
221. — Des enfants mineurs placés dans un établissement charitable ou chez des particuliers. 229
222. — Transfert judiciaire de tout ou partie de l'autorité paternelle. 229
223. — L'Assistance publique n'est pas une personne juridique. . . 231

§ 5. — Règles du Droit international privé.

224. — Les lois sur la puissance paternelle rentrent, en principe, dans le statut personnel. 233
225. — Elles peuvent aussi être rattachées aux lois de police, obligatoires pour les étrangers et pouvant être invoquées par eux. 233
226. — La jouissance légale appartient aux étrangers. 234
227. — Conflit des lois ; théorie de l'intérêt français. 234
228. — Compétence. 235

TITRE DIXIÈME.

De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MINORITÉ.

229. — De la personne envisagée au point de vue de l'âge. 237
230. — Présomption légale résultant de l'âge, art. 388 ; — calcul de l'âge. 237
231. — La minorité est déterminée par la loi nationale de la personne. 238
232. — L'état de minorité est étranger aux personnes morales. . . 239

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE.

SECTION PREMIÈRE. — *De la tutelle des père et mère.*

§ 1er. — De l'administration légale du père.

Pages.

233. — Condition du mineur dans la famille ; de l'administration légale et de la tutelle. 241
234. — Comparaison entre les deux régimes, art. 389 ; division de la matière 241
235. — I. *A qui peut appartenir l'administration légale*. — Cas dans lesquels le père est dans l'impossibilité matérielle ou juridique d'administrer. 242
236. — Cas où il y a opposition d'intérêts entre le père et l'enfant ; nommera-t-on à l'enfant un tuteur *ad hoc* ou un administeur *ad hoc* ? 244
237. — Cas où des biens sont donnés à l'enfant sous la condition que le père n'en aura pas l'administration. 245
238. — Le père a-t-il l'administration des biens appartenant à ses enfants naturels? 245
239. — II. *Obligations de l'administrateur légal* quand il entre en fonction ; — est-il tenu de faire inventaire ? 246
240. — III. *Pouvoirs de l'administrateur légal ;* — principe général. 247
241. — Pouvoirs de l'administrateur légal quant à l'aliénation des meubles incorporels. 247
242. — Précision en ce qui touche les valeurs mobilières ; la loi du 27 fév. 1880 ne concerne pas le père administrateur légal. 248
243. — Décision des agents de change de Paris à l'égard des aliénations de ces valeurs proposées par le père administrateur. 249
244. — Pouvoirs du père quant à l'aliénation des meubles corporels. 250
245. — Ses pouvoirs quant à l'aliénation des immeubles ; est-il soumis aux mêmes règles qu'un tuteur ? Controverse. . . . 251
246. — Peut-il devenir acquéreur des biens de ses enfants ? . . . 253
247. — Ses pouvoirs quant à la conclusion des baux ; 254
248. — Quant à l'exercice des actions, etc. 255
249. — Conséquences admises de ce que le père administrateur n'est pas un tuteur. 255
250. — IV. *Fin de l'administration légale;* — énumération de ses causes d'extinction. 255
251. — V. *Responsabilité de l'administrateur légal ;* obligation de rendre compte. 256
252. — L'administration légale est régie par le statut national de l'enfant. 256
253. — Projets de réforme de l'art. 389. 257

§ 2. — Généralités sur la tutelle.

254. — Définition de la tutelle. — Comparaison entre le droit romain et le droit actuel, ... 259

Pages.

255. — En quel sens la tutelle est une charge publique. 260
256. — La notion de la tutelle est étrangère aux personnes morales. — De ce qu'on appelle *la tutelle administrative*. — Distinction, à ce point de vue entre les établissements *publics* et les établissements d'utilité publique. 261
257. — Des diverses espèces de tutelle. 263

§ 3. — Tutelle légale des père et mère.

1° *Généralités. — Du conseil donné à la mère.*

258. — A la dissolution du mariage par le décès de l'un des conjoints, le régime de l'administration légale est toujours remplacé par celui de la tutelle, art. 390. 264
259. — Solutions opposées adoptées par certains peuples étrangers. 264
260. — Principe d'une tutelle légale au profit du survivant. . . 265
261. — Faculté pour le père de nommer un conseil à la mère survivante, art. 391. 266
262. — La mission donnée au conseil ne constitue pas un mandat. . 267
263. — Conséquences. 267
264. — Le conseil ne doit pas être remplacé quand sa mission est impossible. 268
265. — En quoi consiste la mission du conseil, et comment elle doit être remplie. 268
266. — Nullité des actes passés par la mère sans l'avis du conseil. . 270
267. — Responsabilité de la mère tutrice pourvue d'un conseil. . . 270

2° *Du curateur au ventre.*

268. — Cas où la femme survivante est enceinte, art. 393. . . . 271
269. — Motifs de la désignation d'un curateur au ventre. . . . 272
270. — Quand, par qui et comment la nomination du curateur peut être provoquée. 273
271. — Droit d'administrer pouvant appartenir au curateur. . . . 274
272. — A la naissance de l'enfant, la mère devient tutrice et le curateur devient subrogé-tuteur, conséquences. 274
273. — Droit pour la mère de refuser la tutelle, art. 394. . . . 275

3° *Du second mariage de la mère tutrice.*

274. — La mère tutrice qui se remarie doit convoquer préalablement le conseil de famille; conséquences à l'égard de la femme du défaut de cette convocation. 276
275. — Conséquences à l'égard du second mari; il est tenu même des suites de la gestion tutélaire antérieure à son mariage. 277
276. — La déchéance de la tutelle encourue par la mère donne lieu à une tutelle toujours dative. 278
277. — Mission du conseil de famille quand il est convoqué avant le second mariage de la mère. 279
278. — Condition du second mari, art. 396; il est co-tuteur nécessaire de la mère maintenue dans la tutelle; conséquences. 279

Pages.

279. — Le conseil de famille peut retirer la tutelle à la mère remariée. 281

SECTION II. — *De la tutelle déférée par le père ou la mère.*

280. — Du droit de désigner un tuteur testamentaire, art. 397 ; conditions de son exercice. 281
281. — Condition de la mère remariée non maintenue (art. 399), ou maintenue (art. 400) dans la tutelle ; formes de la désignation du tuteur testamentaire, art. 398. 283
282. — Peut-il être nommé à terme ou sous condition ? 283
283. — Le dernier mourant peut-il désigner plus d'un tuteur ? . . 284
284. — Le tuteur testamentaire n'est pas, en principe, tenu d'accepter la tutelle. 286

SECTION III. — *De la tutelle des ascendants.*

285. — Dans quels cas il y a lieu à la tutelle légitime des ascendants, art. 402. 287
286. — Ordre établi en cas de concurrence entre plusieurs ascendants, art. 403 et 404. 288

SECTION IV. — *De la tutelle déférée par le conseil de famille.*

§ 1er. — **De la tutelle dative.**

287. — Quand il y a lieu à tutelle dative, art. 405. 290
288. — L'art. 405 doit être étendu aux tutelles spéciales. 291
289. — Les enfants naturels reconnus sont soumis à la tutelle dative. 292
290. — *Quid* des enfants naturels non reconnus et des enfants adultérins ou incestueux. 292
291. — Tutelle des enfants assistés ; LL. 15 pluviôse an XIII, 10 janvier 1849. 293
292. — Tutelle administrative des enfants abandonnés, L. 24 juill. 1889. 293
293. — Tutelle officieuse de ces mêmes enfants. 295
294. — Tutelle de ces enfants constituée dans les termes du droit commun en vertu de l'art. 10 de la loi du 24 juill. 1889. 295
295. — Particularités de cette tutelle. 296

§ 2. — **Fonctionnement du conseil de famille.**

296. — Du contrôle de la tutelle 298
297. — Convocation du conseil de famille, art. 406 ; rôle du juge de paix 299
298. — Composition du conseil de famille, art. 407 ; lieu d'ouverture de la tutelle. 300
299. — Le conseil de famille doit-il toujours être convoqué au lieu où il a été constitué la première fois ? Du prétendu domicile de la tutelle. 301
300. — La convocation doit être faite au domicile actuel du mineur pour tous les actes relatifs à l'administration d'une tutelle déjà constituée 303

Pages.

301. — Jurisprudence sur ce point ; conclusion. 304
302. — De la nomination de deux tuteurs devant deux juges de paix différents. 305
303. — Choix des six parents ou alliés appelés à composer le conseil. 306
304. — Présence de frères germains, etc., du mineur, art. 408. . . 306
305. — Possibilité d'appeler des parents domiciliés hors du rayon légal ou des amis, art. 409, 410. 308
306. — Pouvoir d'appréciation du juge en ce qui concerne l'observation des art. 409 et 410. 309
307. — Forme de la convocation des membres du conseil de famille, art. 411 310
308. — Comparution des membres convoqués en personne ou par mandataire, art. 412 310
309. — Sanction de l'obligation de comparaitre, art. 413, 414. . . 311
310. — Jour et lieu de la délibération, art. 415. 312
311. — Formes de la délibération ; formation de la majorité, art. 415. 313
312. — *Quid* en cas de partage ? 314
313. — En principe, les délibérations ne sont pas motivées. . . . 315

§ 3. — Homologations et recours en matière de délibération de conseil de famille ; — pro-tuteurs, etc.

314. — De l'homologation des délibérations ; Procédure, art. 885 et 886, C. pr. c. 316
315. — Délai pour l'homologation. 316
316. — De l'opposition à l'homologation, art. 888, C. pr. c. . . 317
317. — Recours contre le jugement, art. 889, C. pr. c. 318
318. — Du droit d'attaquer les délibérations du conseil de famille, art. 883, C. pr. c. 318
319. — L'énumération contenue dans l'art. 883, C. pr. c., n'est pas limitative. 319
320. — Contre qui l'action doit être dirigée; 320
321. — Pour quelles causes; causes tenant au fond; 320
322. — Causes tenant à la forme ; conditions substantielles requises pour l'existence d'une délibération. 322
323. — Conditions non substantielles; possibilité de prendre les amis en dehors de la commune. 323
324. — Des actes faits en vertu d'une délibération irrégulière. . . 324
325. — Des pro-tuteurs, art. 417. 325
326. — Le pro-tuteur doit être pourvu d'un subrogé-tuteur. . . . 326
327. — Point de départ légal de la gestion tutélaire, art. 418. . . 327
328. — La tutelle ne passe pas aux héritiers, art. 419. 328

Section v. — *Du subrogé-tuteur*.

329. — Origine coutumière du subrogé-tuteur, art. 420. 329
330. — Le tuteur doit provoquer la nomination du subrogé-tuteur, art. 421 et 422. 330
331. — Choix du subrogé-tuteur selon les prescriptions de l'art. 423; conséquences. 330
332. — Mission du subrogé-tuteur en cas d'opposition d'intérêts en-

Pages.

tre le mineur et le tuteur, art. 420, § 2. 331
333. — Pouvoirs du tuteur, ... 332
334. — Et du subrogé-tuteur, en cette hypothèse. 333
335. — Faut-il adjoindre un subrogé-tuteur spécial au subrogé-tuteur appelé à représenter le pupille contre le tuteur? . . 333
336. — Nullité des actes intervenus en violation de l'art. 420, § 2. . 334
337. — Condition du subrogé-tuteur en dehors des cas prévus par l'art. 420, § 2. 334
338. — Responsabilité limitée du subrogé-tuteur. 335
339. — Durée de sa mission, art. 424 et 425. 335
340. — Il est régi pour les causes d'excuse, d'incapacité ou d'exclusion par les mêmes règles que le tuteur, art. 426. . . 336

SECTION VI. — *Des causes qui dispensent de la tutelle.*

341. — Causes d'excuse : I. Service public, art. 427 et 428, art. 429 à 431. 337
342. — II. Qualité de non parent quand il existe des parents en état de gérer la tutelle, art. 432. 339
343. — III. L'âge, art. 433. 339
344. — IV. Les infirmités, art. 434. 339
345. — V. Le nombre des tutelles, art. 435; application à la subrogée-tutelle. 340
346. — VI. Le nombre des enfants, art. 436 et 437. 340
347. — Procédure à suivre pour proposer les excuses, art. 438, 839. 341
348. — Compétence et recours, art. 440, 441. 342

SECTION VII. — *De l'incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle.*

349. — Énumération des causes d'incapacité, art. 442. 343
350. — Portée restrictive de cette énumération; conséquences. . . 343
351. — Les étrangers ne sont pas exclus de la tutelle. 344
352. — Compétence du conseil de famille pour apprécier les causes d'incapacité. 345
353. — Causes d'exclusion; énumération des art. 443 et 444 à compléter par les art. 34 n° 4, 42 n° 6, C. P., et 8 de la loi du 24 juillet 1889. 345
354. — Précisions particulières touchant l'inconduite notoire, la gestion attestant l'incapacité, et l'insolvabilité. 346
355. — Caractère et conséquences des causes d'exclusion ou de destitution, art. 445. 347
356. — Procédure en matière de destitution de tutelle; voies de recours, art. 446 à 449. 348

APPENDICE A LA SECTION VII. — *Organisation de la tutelle des Français à l'étranger et des étrangers en France.*

357. — La tutelle doit être régie par le statut personnel du mineur. 350
358. — Restrictions admises par la jurisprudence. 351
359. — Énumération des conventions diplomatiques ayant pour objet l'organisation de la tutelle des mineurs appartenant aux pays respectifs. 352
360. — Interprétration de ces conventions. 352
361. — Mission des consuls d'après les conventions dont il s'agit. . 353

Pages.

362. — *Quid* en l'absence de convention spéciale ? 354
363. — D'après quelle loi sont appréciées les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution. 354
364. — Le tuteur nommé à l'étranger est reconnu en France sans formalités 354
365. — Règles de compétence. 355
366. — Application faite par l'art. 10 du traité franco-suisse du 15 juin 1869. 355
366 *bis*. — La tutelle en Algérie et chez les Annamites. 356

SECTION VIII. — *De l'administration du tuteur.*

§ 1er. — Généralités sur les attributions du tuteur ; actes qu'il peut faire seul.

367. — Attributions générales du tuteur, art. 450 ; cas dans lesquels le mineur peut agir lui-même, seul, ... 358
368. — Ou avec certaines assistances. 359
369. — Dans les autres cas, le tuteur représente le mineur incapable d'agir lui-même. 360
370. — Le tuteur est chargé de la garde du pupille et de la direction de son éducation. 360
371. — Quels sont, à cet égard, les pouvoirs du conseil de famille ? . 361
372. — Quels sont les pouvoirs du tuteur quant aux biens ? Rejet de la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition ; le tuteur peut faire seul les actes non soumis à des formes particulières. 362
373. — Classification des actes intéressant les mineurs : 1° actes que le tuteur faire seul ; 2° actes interdits au tuteur ; . . . 364
374. — 3° Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante ; 364
375. — 4° Actes pour lesquels il faut, en outre, l'homologation du tribunal ; 365
376. — 5° Actes soumis à des formalités spéciales. 365
377. — L'autorisation du conseil, quand elle est nécessaire, doit précéder l'acte. 365
378. — La classification qui précède ne concerne pas les mineurs étrangers. 366
379. — Actes que le tuteur peut faire seul ; leur validité à l'égard des tiers. 366
380. — Distinction entre les questions relatives à la validité de l'acte, et les questions relatives à la responsabilité du tuteur. . 367
381. — Actes que le tuteur peut faire seul ; énumération : actes de simple administration, baux ; 368
382. — Réparations, travaux ; 369
383. — Paiement des dettes ; 369
384. — Recouvrement des créances. 371

§ 2. — Actes interdits au tuteur.

385. — Prohibition d'acheter les biens du mineur, art. 450. . . . 372
386. — Prohibition d'accepter une cession contre le pupille. . . . 373

Pages.

387. — Prohibition relative aux donations 374
388. — Règle de droit international. 374

§ 3. — **Obligations du tuteur au commencement de la tutelle; inventaire; vente des meubles corporels.**

389. — Nécessité de l'inventaire, art. 451. 375
390. — Levée des scellés. 375
391. — Règles concernant l'inventaire. 376
392. — Interpellation au tuteur sur le point de savoir s'il lui est dû quelque chose, art. 452. 377
393. — Conséquences du défaut d'inventaire 378
394. — Décision du conseil de famille concernant la vente des meubles corporels. 378
395. — Exceptions à la nécessité de vendre les meubles corporels, art. 453. 380

§ 4. — **Des meubles incorporels. Loi du 27 février 1880.**

396. — Des meubles incorporels appartenant aux mineurs. . . . 381
397. — Loi du 27 fév. 1880, son objet 382
398. — Nécessité de l'autorisation du conseil pour l'aliénation des meubles incorporels. 382
399. — Le conseil de famille fixe les conditions de l'aliénation, notamment le prix; application aux offices, aux fonds de commerce; 383
400. — Aux créances, brevets d'invention, propriété littéraire, etc. 384
401. — L'homologation du tribunal est nécessaire quand la valeur à aliéner dépasse 1.500 francs en capital. 385
402. — Bases de l'appréciation que doit en faire le conseil de famille. 385
403. — Mention à insérer dans la délibération du conseil. 386
404. — Comment doit avoir lieu la vente ou aliénation autorisée. . . 387
405. — Les conversions de titres nominatifs en titres au porteur sont soumises aux règles ci-dessus. 387
406. — Transformation des titres aux porteurs en titres nominatifs . 388
407. — A quels incapables s'appliqnent les règles qui précèdent. . . 389
408. — Règles concernant les mineurs français résidant à l'étranger et les mineurs étrangers résidant en France. 389

§ 5. — **Budget de la tutelle et emploi des capitaux du mineur.**

409. — Règlement par le conseil de famille de la dépense annuelle du mineur 390
410. — Des avances faites par le tuteur au-delà des revenus du mineur. 391
411. — Traités à forfait avec le tuteur pour l'entretien du mineur. 392
412. — Des administrateurs auxiliaires. 392
413. — Emploi de l'excédent des revenus sur les dépenses, art. 455. 393
414. — Responsabilité du tuteur à cet égard, art. 456. 394
415. — Emploi des autres capitaux, L. du 14 fév. 1880, art. 6. . 394
416. — Le tuteur peut-il les effectuer seul? Controverse sur ce point, 395
417. — Suite. 397
418. — Des divers modes d'emploi. 398

Pages.

419. — Spécialement en acquisitions d'immeubles, ... 399
420. — Les tiers ne sont pas garants de l'emploi. 399
421. — Mission du subrogé-tuteur d'après la loi du 27 fév. 1880, art. 7. 401
422. — Disposition transitoire de la même loi. 402
423. — Son application aux colonies. 403
424. — De l'emploi intéressant les mineurs étrangers. 404

§ 6. — **Des emprunts, hypothèques et aliénations d'immeubles intéressant les mineurs.**

425. — Conditions de validité de l'emprunt et de l'hypothèque, art. 457. 405
426. — De l'hypothèque des biens du mineur constituée à titre de cautionnement salarié dans l'intérêt d'un tiers. . . . 406
427. — De l'aliénation des immeubles, art. 458. 407
428. — Formes prescrites pour cette aliénation, art. 459. . . . 408
429. — Des traités conclus entre le tuteur et un tiers qui s'oblige à se rendre adjudicataire à un prix déterminé. 409
430. — Application des règles ci-dessus aux colonies 410
431. — Des immeubles situés en France appartenant à des mineurs étrangers, et des immeubles situés à l'étranger appartenant à des mineurs français. 410
432. — Extension des art. 457, 458 et 459 à tous les actes constituant aliénation ou création d'un droit réel. 412
433. — Exception aux règles ci-dessus en cas d'aliénation nécessaire résultant d'une expropriation, ... 413
434. — Ou d'une licitation, art. 460; — De la licitation intéressant des mineurs étrangers, ou ayant pour objet des immeubles situés à l'étranger. 414
435. — L'exception n'a pas lieu pour le tuteur demandeur en licitation. 416

§ 7. — **Successions ou donations intéressant les mineurs; exercice de leurs actions; droit de correction.**

436. — Successions échues au mineur; acceptation bénéficiaire ou répudiation, art. 461. 416
437. — Effets de l'acceptation bénéficiaire. 417
438. — Des mineurs étrangers. 419
439. — La répudiation n'est pas irrévocable, art. 462. 419
440. — Des donations offertes à un mineur français, art. 463, . . 419
441. — Ou à un mineur étranger. 421
442. — De l'exercice des actions; actions mobilières. 421
443. — Actions intéressant l'état des mineurs. 422
444. — Actions immobilières, art. 464. 423
445. — Action en partage, art. 465. 424
446. — Formes du partage intéressant un mineur, art. 466. . . 426
447. — Partage provisionnel. 427
448. — De la transaction, art. 467. 428
449. — Droit de correction, art. 468; — du mineur étranger. . . 429

SECTION IX. — *Des comptes de tutelle.*

450. — Causes qui mettent fin à la tutelle, art. 469. 430

Pages.

451. — La tutelle dure-t-elle par suite d'une gestion de fait, tant qu'il n'en a pas été rendu compte? 431
452. — Des états de situation que le tuteur peut être obligé de fournir, art. 470. 433
453. — Du compte à rendre par le tuteur. 434
454. — A qui et comment doit-il être rendu, art. 471; compte rendu à l'amiable. 434
455. — Compte rendu en justice. 435
456. — Le compte est toujours rendu aux frais du mineur. 436
457. — Éléments du chapitre des recettes et du chapitre des dépenses. 437
458. — Prohibition de tout traité antérieur à la reddition d'un compte détaillé, art. 472. 437
459. — Des libéralités adressées à l'ex-tuteur par l'ex-mineur; de la transaction sur le compte de tutelle. 439
460. — Des contestations sur le compte, art. 473. 440
461. — Du reliquat dû par le tuteur, art. 474. 440
462. — De la prescription des actions du mineur contre le tuteur, art. 475. 441
463. — *Quid* de l'action en redressement pour cause de dol ou de fraude? 443
464. — *Quid* de l'action en paiement du reliquat, etc., et des actions résultant d'une tutelle de fait? 444

CHAPITRE III.

DE L'ÉMANCIPATION.

§ 1er. — Règles générales.

465. — Notion de l'émancipation dans le droit ancien et dans le droit actuel. 446
466. — Emancipation tacite résultant du mariage, art. 476. . . . 448
467. — Y a-t-il d'autres cas d'émancipation tacite? 448
468. — De l'émancipation expresse, art. 477; le droit d'émanciper appartient d'abord au père. 449
469. — Dans quels cas il appartient à la mère; cas où le père est déchu de la puissance paternelle. 450
470. — Cas dans lesquels il est absent, dément ou interdit. . . . 450
471. — Cas de la mère remariée. 451
472. — Formes de l'émancipation. 452
473. — De l'émancipation accordée par le conseil de famille, art. 478. 452
474. — A qui appartient le droit de provoquer cette émancipation, art. 479. 452
475. — Application des règles ci-dessus aux enfants nés hors mariage, aux enfants assistés et aux enfants abandonnés. . 453
476. — De l'émancipation en Algérie et en Annam. 454
477. — De l'émancipation des mineurs français résidant en pays étranger. 455
478. — De la compétence des consuls français en cette matière; application des conventions diplomatiques. 456
479. — De l'émancipation des mineurs étrangers résidant en France. 457

Pages.

§ 2. — **Effets de l'émancipation.**

480. — L'émancipation soumet le mineur au régime de la curatelle, art. 480 ; le curateur est toujours datif. 458
481. — La curatelle est-elle obligatoire ? 460
482. — Actes interdits au mineur émancipé. 461
483. — Actes que le mineur émancipé peut faire seul ; actes de pure administration, art. 481. 461
484. — De l'aliénation des meubles corporels. 463
485. — Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire ; spécialement de la réception d'un capital mobilier, art. 482. 464
486. — De l'exercice des actions immobilières. 466
487. — Le curateur peut refuser son assistance; conséquences de son refus. 467
488. — Actes pour lesquels le mineur émancipé est soumis aux mêmes règles que le mineur non émancipé. 468
489. — Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille suffit ; 468
490. — Spécialement de l'aliénation des meubles incorporels dont la valeur ne dépasse pas 1500 francs : Loi du 27 fév. 1880. . . 468
491. — Actes pour lesquels l'homologation du tribunal est nécessaire, spécialement les emprunts, art. 483. 470
492. — Des aliénations d'immeubles, art. 484, § 1. 471
493. — De la réduction des obligations excessives, art. 484, § 2. . 471
494. — Responsabilité pénale encourue dans le cas de l'art. 406, C. P. 473
495. — Effets de l'émancipation à l'égard des mineurs étrangers. . 474

§ 3. — **Retrait de l'émancipation.**

496. — L'émancipation résultant du mariage est irrévocable. . . 474
497. — Du retrait de l'émancipation expresse en cas d'abus, art. 485. 475
498. — Formes du retrait de l'émancipation. 477
499. — Effets du retrait, art. 486. 477
500. — Du mineur émancipé commerçant, art. 487. 478

TITRE ONZIÈME.

De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MAJORITÉ.

501. — Notion de la majorité, art. 488. 481

CHAPITRE II.

DE L'INTERDICTION.

§ 1er. — **Règles générales ; procédure en interdiction.**

502. — Notion de l'interdiction ; historique. 483
503. — Interdiction des aliénés ; caractères que doit présenter l'aliénation, art. 489. 484
504. — Qui peut être interdit ? des mineurs. 486
505. — A qui appartient l'action en interdiction, art. 490. . . . 487
506. — Attributions du ministère public, art. 491. 488
507. — Règles de compétence, art. 492; spécialement à l'égard des aliénés étrangers 489

Pages.

508. — Formes de la demande, art. 493. 490
509. — Avis à donner par le conseil de famille, art. 494; composition du conseil, art. 495. 491
510. — Interrogatoire du défendeur, art. 496; *Quid* s'il est hors de France? 493
511. — Nomination d'un administrateur provisoire, art. 497. . . . 495
512. — Possibilité d'une enquête, art. 893 § 2, C. pr. c.; formes. . 496
513. — Jugement définitif, art. 498; nomination d'un conseil, art. 499. 497
514. — Voies de recours : opposition, appel; interrogatoire en appel, art. 500 499
515. — Publicité du jugement, art. 501. 500

§ 2. — Effets de l'interdiction ou de la nomination de conseil.

516. — Conséquences du jugement d'interdiction, art. 502. . . . 501
517. — De la nullité des actes postérieurs à l'interdiction. . . . 502
518. — Distinction proposée entre les actes pour lesquels l'interdit peut être représenté, et les autres actes; rejet. 503
519. — Distinction entre les actes pécuniaires et les actes moraux. . 504
520. — Effets de l'interdiction d'un étranger. 505
521. — Actes antérieurs à l'interdiction. 505
522. — Dans quels cas les actes d'une personne décédée peuvent être attaqués pour cause de démence, art. 504. 507
523. — Organisation de la tutelle de l'interdit, art. 509, 503; tutelle de la femme interdite, art. 506. 508
524. — Tutelle du mari interdit, art. 507. 509
525. — Différence entre la tutelle des interdits et celle des mineurs, art. 508, 510 510
526. — Règlement de la dot au profit d'un enfant de l'interdit, art. 511. 510
527. — Cessation de la tutelle de l'interdit; mainlevée de l'interdiction, art. 512. 512
528. — Formes et procédure de la demande en mainlevée. 512
528 *bis*. — De l'interdiction légale comparée à l'interdiction judiciaire. 514

§ 3. — Des individus placés dans un établissement d'aliénés.

529. — Objet de la loi du 30 juin 1838. 515
530. — Du placement des aliénés non interdits dans un établissement; placement volontaire. 515
531. — Placement ordonné d'office. 517
532. — Influence sur la capacité de la personne de son placement dans un établissement d'aliénés. 519
533. — De la présomption de nullité ou de validité des actes émanés de cette personne 521
534. — Administration du patrimoine de l'individu placé dans un établissement d'aliénés; nomination et pouvoirs d'un administrateur provisoire 523
535. — Mission du mandataire *ad litem* et du *curateur* constitués en vertu de la loi de 1838. 524

Pages.

536. — Application de la loi de 1838 aux aliénés étrangers résidant en France, et aux aliénés français résidant à l'étranger. 526
537. — Projets de réforme de la législation concernant les aliénés. 527

CHAPITRE III.

DU CONSEIL JUDICIAIRE.

§ 1er. — Règles générales ; procédure en dation de conseil judiciaire.

538. — L'interdiction des prodigues à Rome eut d'abord pour but unique la conservation des biens paternels, et plus tard la protection du prodigue lui-même. 530
539. — Constitution de l'empereur Léon; son influence sur l'ancien droit. 532
540. — Institution du conseil judiciaire par le Code civil, art. 513. 533
541. — De la procédure en dation de conseil judiciaire, art. 514 et 515. 534
542. — Pouvoirs des tribunaux en pareille matière ; les mineurs et les personnes mariées peuvent être pourvus d'un conseil. 536
543. — Fonctions du conseil ; — Voies de recours contre le jugement qui l'a désigné. Point de départ de l'incapacité spéciale du prodigue et du faible d'esprit. 536

§ 2. — Effets de la dation d'un conseil judiciaire.

544. — De l'assistance du conseil judiciaire; recours du prodigue en cas de refus d'assistance de la part du conseil. . . . 538
545. — *Quid* à l'égard des actes que le prodigue ne peut être empêché de faire ? 539
546. — Actes que le prodigue ne peut faire sans l'assistance du conseil ; prohibition de plaider. 540
547. — Application à la procédure en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, — autres applications. . . 541
548. — Des obligations contractées par le prodigue ; spécialement par voie d'emprunts. 542
549. — *Quid* des dépenses d'entretien, etc. Sont-elles réductibles en cas d'excès ? 543
550. — Des prohibitions relatives aux aliénations et à la réception de capitaux. 545
551. — *Quid* en ce qui touche les donations entre époux ? . . . 546
552. — Dans quelles limites le prodigue peut-il régler ses conventions matrimoniales. 548
553. — Des actes non compris dans l'énumération des art. 499 et 513. 549
554. — Actes concernant seulement la personne de l'incapable . . . 549
555. — Actes postérieurs au jugement désignant le conseil judiciaire. 550
556. — Actes antérieurs à ce jugement; jurisprudence 551
557. — Difficultés relatives à la date des actes. 552
558. — Mainlevée du conseil judiciaire. 553
559. — Du débiteur en état de liquidation judiciaire. 554
560. — Du conseil judiciaire en Algérie et en Annam. 554
561. — Les étrangers, en France, peuvent-ils être pourvus d'un conseil ? 555
562. — Conclusion 557

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

1099
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

PAR

THÉOPHILE HUC

Conseiller à la Cour d'appel de Paris,
Professeur honoraire des Facultés de droit.

TOME TROISIÈME

Paternité et filiation ;
Adoption et tutelle officieuse ; — Puissance paternelle ;
Minorité, tutelle, émancipation ; — Majorité ;
Interdiction et Conseil judiciaire ;

Art. 312 à 515.

FACULTÉ DE DROIT
DE
PARIS
BIBLIOTHÈQUE

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

—

1892

EN VENTE CHEZ LE MÊME ÉDITEUR :

AMIAUD (Albert), *secrétaire de la Société de législation comparée*. Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe et de l'Amérique, avec indication des sources bibliographiques, suivi de trois appendices contenant des tableaux et extraits de tous les traités conclus par la France avec les puissances étrangères relativement au règlement des successions des étrangers en France et des Français à l'étranger, à l'organisation des tutelles, à l'exécution des jugements et à la dispense de la caution *judicatum solvi*. 1884, 1 vol. in-8 . . . . . 6 fr.

DEBACQ, *avocat à la Cour de Paris*. De l'action du ministère public en matière civile, d'après la législation, ancienne, le droit intermédiaire et la loi moderne. (Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris). 2e édition, 1882, 1 vol. in-8. . . . . 7 fr.

La distinction dont cet ouvrage a été honoré en atteste le mérite. Le sujet, d'ailleurs des plus intéressants, a été parfaitement traité par le jeune et laborieux auteur qui a fait preuve dans cette étude d'une grande aptitude pour les travaux juridiques. Nous avons surtout remarqué l'ordonnancement de cette œuvre, à laquelle l'élégance et la fermeté du style ajoutent encore un attrait. Les notices historiques, non moins que la critique et la controverse contribuent à rendre ce livre instructif et à en faire un guide sûr pour les magistrats et les jurisconsultes.— (*Extrait du Rapport*).

LAINÉ (Armand), *professeur à la Faculté de droit de Paris*. Introduction au Droit international privé, contenant une étude historique et critique de la Théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil. Tomes I et II, 2 vol. in-8. 20 fr.

L'ouvrage complet aura trois volumes.

Le tome Ier contient : *Objet et caractère du droit international privé.— Origine et empire de la théorie des statuts. — La théorie des statuts italienne. — La théorie des statuts française. (Précédents, fondation, développement externe).*

Le tome II contient : *La théorie des statuts française (Développement interne et caractères généraux). — La Théorie des statuts hollandaise. — Les divers conflits de lois dans la théorie des statuts (L'état et la capacité des personnes. Le régime des biens. Les successions. La forme des actes juridiques).*

LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), *professeurs à la Faculté de droit de Paris*. Traité des sociétés commerciales. 1892, 1 vol. in-8 . . . . 12 fr.

Ce volume est extrait de l'important ouvrage des mêmes auteurs ayant pour titre : *Traité de Droit commercial.*

GLASSON (E.) *membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris*. Histoire du Droit et des Institutions de la France. Tome I, *La Gaule celtique, la Gaule romaine;* T. II et III, *Période franque;* T. IV, *Le mogen-âge.* 1888-1891, 4 vol. in-8 . . . . . 40 fr.

Cet ouvrage formera 8 volumes qui paraîtront très rapidement. Nous recommandons tout spécialement à l'attention du monde savant la partie du travail de l'éminent membre de l'Institut concernant le moyen-âge. L'étude de cette période n'est traitée d'ensemble dans aucun ouvrage moderne.

DEMANTE, *professeur à la Faculté de droit de Paris*. Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement en forme de commentaire de la loi du 22 frimaire an VII avec l'explication des lois postérieures sur l'enregistrement et la transcription. 4e édition, 1888-90, 2 vol. in-8 . . . . . 15 fr.

LES CODES FRANÇAIS, collationnés sur les textes officiels par L. TRIPIER, revus et mis au courant par Henry MONNIER, *professeur à la Faculté de droit de Bordeaux*, — contenant la conférence des articles entre eux, sous chaque article les textes anciens et nouveaux qui les expliquent, les complètent ou les modifient, etc., etc. 1892, 42e édition. — Une édition paraît chaque année.

Edition in-8, 1 vol. broché . . . . 20 fr.
— — — relié . . . . . 23 »
— in-32 — broché . . . . 6 »
— — — relié 7 50

NOTA. — Trois bons placés en regard du titre de chaque exemplaire des Codes, format in-8, permettent de retirer *gratuitement* pendant 3 ans les suppléments publiés annuellement — Après l'épuisement des bons gratuits on peut se procurer — au prix de 1 fr. 50 par an — les suppléments. De cette façon on a un Code *perpétuellement* au courant.

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

TITRE SEPTIEME. De la paternité et de la filiation.
1. - Objet du titre VII: preuve de la parenté
2. - Des questions d'état, généralités
3. - Objets distincts de chacun des deux chapitres compris dans le titre VII; - importance de cette précision
CHAPITRE PREMIER. DE LA FILIATION DES ENFANTS LEGITIMES OU NES DANS LE MARIAGE.
§ 1er. - De la présomption de paternité et du désaveu.
4. - La paternité ne peut être prouvée directement
5. - Présomption édictée par l'art. 312, § 1
6. - Calcul de la durée des gestations
7. - Trois situations différentes à examiner
8. - I. Cas où la conception a eu lieu pendant le mariage
9. - Droit de désaveu du mari en cas d'impossibilité physique de cohabitation, art. 312, § 2
10. - Calcul de la durée de cette impossibilité
11. - Droit de désaveu en cas d'impossibilité morale de cohabitation, art. 313, § 1
12. - Importance relative des éléments divers de cette impossibilité
13. - Autre cas d'impossibilité morale résultant du divorce ou de la séparation, art. 313, § 2
14. - II. Cas où la conception a eu lieu avant le mariage, art. 314
15. - Fins de non-recevoir contre le désaveu dans cette hypothèse
16. - L'enfant, dans le cas de l'art. 314, naît légitime et non légitimé
17. - III. Cas où la conception a eu lieu après la dissolution du mariage, art. 315
18. - Action en contestation de légitimité admise dans ce cas
19. - Etat de l'enfant dans le cas de confusion de part
§ 2. - Exercice de l'action en désaveu.
20. - Le mari peut seul, de son vivant, exercer l'action en désaveu. - Du mari étranger
21. - Délai imparti au mari pour cet exercice, art. 316
22. - Le mari n'a pas à prouver qu'il est dans les délais voulus pour intenter l'action
23. - Transmissibilité de l'action aux héritiers quant à son intérêt pécuniaire, art. 317. Conditions de son exercice par les héritiers
24. - Les héritiers doivent attendre d'être troublés par l'enfant dans leur possession
25. - Prolongation des délais au moyen d'un acte extra-judiciaire, art. 318
26. - L'action est dirigée contre l'enfant représenté, s'il est mineur, par un tuteur ad hoc
27. - Par qui doit être nommé le tuteur *ad hoc*
28. - L'action est-elle possible si l'enfant n'a pas été inscrit sur les registres de l'état civil, ou a été inscrit sous de faux noms, ou comme né de parents inconnus?
29. - Solution affirmative admise par la jurisprudence; - réfutation
30. - L'action doit être exercée en présence de la mère; compétence
31. - Effets du désaveu
32. - De la chose jugée en matière de désaveu. Transcription du jugement
CHAPITRE II. DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LEGITIMES.
§ 1er. - Des divers modes de preuve dans les actions en réclamation d'état.
33. - Transition. - La loi admet trois modes de preuve. - Loi étrangère
34. - I. Preuve par la production d'un acte de naissance, art. 319
35. - II. Preuve par la possession d'état, art. 320, 321
36. - Combinaison du titre et de la possession d'état, art. 322; - de l'action en contestation d'état
37. - Ne pas la confondre avec la contestation du droit de porter un nom propre de famille
38. - Comparaison entre les effets de la preuve par titre et ceux de la preuve par la possession d'état. La filiation légitime en résulte d'une manière cumulative, tant à l'égard du père, qu'à l'égard de la mère
39. - III. Preuve testimoniale, art. 323; dans quels cas admissible; elle suppose une action en réclamation d'état
40. - Nécessité d'un commencement de preuve par écrit, art. 323 et 324, ou d'indices graves
41. - Justification préalable soit de ce commencement de preuve, soit des indices graves
42. - Application des règles ci-dessus, spécialement quand l'enfant a été inscrit sous de faux noms
43. - Cas de perte des registres
44. - Cas où l'action est intentée par les deux époux ou l'un d'eux
45. - Objets distincts du commencement de preuve par écrit et de la preuve testimoniale
46. - Fins de non-recevoir contre la demande
47. - De la preuve contraire, art. 325
48. - L'art. 325 ne doit recevoir d'application que si la filiation maternelle résulte seulement de la preuve testimoniale
49. - L'art. 325 n'est pas une application de l'art. 1351
50. - Résumé
§ 2. - Compétence et jugement.
51. - De la compétence en matière de réclamation d'état, art. 326 et 327; - Application de ces dispositions
52. - But final des art. 326 et 327
53. - En cette matière, le civil tient le criminel en état
54. - Faut-il, pour qu'il en soit ainsi, qu'une action en réclamation d'état soit engagée au civil, ou suffit-il que cette action soit possible?
55. - Cas dans lesquels l'art. 327 n'est pas applicable
56. - Conséquences à l'égard de l'enfant de l'art. 327
57. - Les actions en réclamation et en contestation d'état ne sont pas dans le commerce. - Imprescriptibilité, art. 328
58. - Transmissibilité de l'action, art. 329, 330
59. - L'action en réclamation d'état est-elle imprescriptible à l'égard des descendants de l'enfant décédé?
60. - De la chose jugée en matière de question d'état
CHAPITRE III. DES ENFANTS NATURELS.
Généralités.
61. - Des diverses classes d'enfants conçus et nés hors mariage
62. - La loi soumet les enfants conçus et nés hors mariage à une condition inférieure
SECTION PREMIERE. - De la légitimation des enfants naturels.
63. - Quels enfants peuvent être légitimés, art. 331? Quel intérêt ont les parents à légitimer leurs enfants naturels?
64. - Faut-il que le mariage des père et mère ait été possible au moment de la conception de l'enfant?
65. - Les enfants adultérins ou incestueux sont exclus du bénéfice de la légitimation
66. - Les dispenses obtenues par les père et mère parents au degré prohibé, n'effacent pas le vice résultant d'une conception incestueuse
67. - Une reconnaissance de l'enfant, au moins concomitante du mariage, est nécessaire
68. - Une reconnaissance postérieure au mariage serait inopérante à ce point de vue
69. - La légitimation d'un enfant décédé profite à ses descendants, art. 332
70. - La légitimation ne rétroagit pas, art. 333; conséquences, notamment pour l'application des lois sur le service militaire
71. - Action en nullité de la légitimation
72. - De la légitimation du Français à l'étranger et des étrangers en France
SECTION II. - De la reconnaissance des enfants naturels.
§ 1er. - Preuve de la filiation naturelle.
73. - I. Preuve par titre; de la reconnaissance contenue dans l'acte de naissance, art. 324. - Qui peut reconnaître un enfant naturel?
74. - De la reconnaissance faite par acte authentique ultérieur; applications diverses
75. - La reconnaissance faite par acte privé est nulle
76. - Reconnaissance d'un enfant conçu ou décédé
77. - La reconnaissance peut émaner de personnes d'ailleurs incapables
78. - Elle est irrévocable; *Quid* lorsqu'elle a été faite dans un testament authentique plus tard révoqué?
79. - Elle ne peut avoir lieu au profit des enfants adultérins ou incestueux, art. 335
80. - Nécessité de l'aveu de la mère, même quand elle a été indiquée dans la reconnaissance faite par le père, art. 336
81. - Cet aveu doit-il être fait par acte authentique?
82. - La jurisprudence admet que cet aveu peut résulter des circonstances
83. - II. De la possession d'état. Peut-elle prouver la filiation naturelle?
84. - Solution affirmative proposée par Demolombe; réfutation
85. - Conséquences de cette solution
86. - La jurisprudence ne l'a pas admise
87. - III. De la preuve testimoniale. Prohibition relative à la recherche de la paternité, art. 340, § 1
88. - Exception résultant de l'art. 340, § 2
89. - La recherche de la maternité est admise moyennant un commencement de preuve par écrit. En quoi doit consister ce commencement de preuve

90. - La recherche de la maternité ne peut être autorisée contre l'enfant
91. - Durée et transmissibilité de l'action
92. - Effets de la reconnaissance volontaire ou forcée; la condition des enfants naturels reconnus est inférieure
93. - Les propositions relatives à la libre recherche de la paternité sont de nature à compromettre le résultat des efforts tentés pour améliorer la condition des enfants naturels
§ 2. - Reconnaissances faites durant le mariage.
94. - De la reconnaissance faite durant le mariage, par l'un des époux, d'un enfant étranger à l'autre, art. 387
95. - L'art. 387 ne s'applique pas au cas où cette reconnaissance est faite par les deux conjoints
96. - Ni au cas où cette reconnaissance est volontaire vis-à-vis de l'un et forcée vis-à-vis de l'autre
97. - Quid de la reconnaissance forcée intervenant durant le mariage, à l'égard de l'un des époux, d'un enfant étranger à l'autre?
98. - L'enfant peut-il répudier la reconnaissance qui lui nuit à raison de sa date, pour établir sa filiation en dehors d'elle?
99. - Sauf les restrictions résultant de l'art. 337, la reconnaissance dont s'agit produit d'ailleurs tous ses autres effets; *Quid* du droit aux aliments?
§ 3. - Comment peut être attaquée une reconnaissance d'enfant naturel?
100. - La reconnaissance peut être *valable, annulable* ou *inexistante*
101. - Sa validité peut-elle être contestée pour cause d'erreur sur l'identité de l'enfant reconnu?
102. - La reconnaissance, quoique régulière et valable en soi, peut être contraire à la vérité c'est le cas prévu par l'art. 339
103. - A qui appartient en ce cas l'action en contestation
104. - Preuve que doit faire le demandeur. Prohibition relative à toute recherche de filiation adultérine ou incestueuse, article 342
§ 4. - Reconnaissances faites à l'étranger par des Français et par des étrangers en France.
105. - Application de la règle *locus regit actum,* aux reconnaissances faites par les Français en pays étranger
106. - Recherche de la paternité en France par un étranger ou contre un étranger
107. - Reconnaissance volontaire en France concernant les étrangers
TITRE HUITIEME. De l'adoption et de la tutelle officieuse.
Généralités.
108. - Historique. De l'adoption en droit romain
109. - Législation intermédiaire
110. - L'adoption sous le Code civil
111. - L'adoption est-elle accessible aux étrangers?
CHAPITRE PREMIER. DE L'ADOPTION.
SECTION PREMIERE. - De l'adoption et de ses effets.
§ 1er. - Conditions de l'adoption.
112. - Qui peut adopter? art. 343
113. - Conditions que doit remplir l'adoptant, il ne doit pas avoir de descendance légitime
114. - Consentement du conjoint de l'adoptant, art. 344
115. - Soins préalables à fournir à l'adopté, art. 345; autres restrictions à la faculté d'adopter
116. - Adoption rémunératoire
117. - Conditions que doit remplir l'adopté; consentement de la famille, art. 346
118. - L'enfant naturel reconnu peut-il être adopté?
119. - Le conjoint de l'adopté doit-il consentir à l'adoption?
§ 2. - Effets de l'adoption.
120. - L'adopté prend le nom de l'adoptant, art. 347
121. - Prohibition quant au mariage résultant de l'adoption, art. 348.
122. - L'adoption produit-elle une sorte d'alliance entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté?
123. - L'adopté doit honneur et respect à l'adoptant
124. - Il lui doit des aliments, art. 349
125. - Droit de l'adopté sur la succession de l'adoptant, art. 350
126. - Réserve de l'adopté
127. - Des enfants légitimes ou légitimés de l'adopté
128. - Droit de retour de l'adoptant, en cas de prédécès de l'adopté, art. 351, 352
129. - Il exerce ce droit à titre d'héritier
SECTION II. - Formes de l'adoption.
§ 1er. - Procédure en adoption.
130. - Du contrat d'adoption reçu par le juge de paix, art. 353
131. - Homologation par le tribunal civil, art. 354, 355, 356
132. - Homologation par la Cour d'appel, art. 357, 358
133. - Inscription de l'adoption sur le registre de l'état civil, art. 359
134. - L'adoption inscrite remonte quant à ses effets au jour de sa date; elle peut donc se consommer malgré le décès de l'adoptant, art. 360
135. - *Quid* en cas de décès de l'adopté?
§ 2. - Sanction des règles précédentes.
136. - L'adoption peut être *valable, annulable* ou *inexistante*
137. - Cas dans lesquels une adoption apparente est en réalité inexistante
138. - Cas d'annulabilité; 1° Annulabilité pour cause de nullité absolue; énumération
139. - A qui appartient alors l'action en nullité? De la prescription
140. - 2° Annulabilité à raison d'une nullité relative, - énumération
141. - Précision quant aux vices du consentement; élimination du dol;
142. - Elimination de l'erreur; reste la violence
143. - A qui appartient l'action en nullité relative? Prescription
144. - Dans tous les cas la nullité relative ou absolue doit être proposée par voie d'action directe ou par exception; - effet de l'annulation prononcée
CHAPITRE II. DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.
145. - Notion de la tutelle officieuse
146. - Comment est créée la tutelle officieuse; ses effets principaux, art. 361 à 365
147. - Comment elle prend fin; elle rend possible une adoption testamentaire, art. 366
148. - Conditions de validité de cette adoption
149. - Cas où le tuteur est décédé sans avoir adopté le pupille, art. 367
150. - Cas où le pupille devient majeur du vivant de son tuteur, art. 368, 369
151. - Obligations et responsabilité du tuteur officieux, art. 370
APPENDICE AU TITRE HUITIEME Législation coloniale. - Adoption des Français à l'étranger et des étrangers en France.
§ 1er. - De l'adoption dans les colonies.
152. - Algérie
153. - Annam
154. - Inde française
§ 2. - Adoption des Français à l'étranger et des étrangers en France.
155. - Les Français peuvent-ils adopter devant les agents diplomatiques à l'étranger
156. - Application de la règle locus regit actum à l'adoption concernant les Français à l'étranger
157. - Adoption des étrangers en France d'après la jurisprudence
158. - Effets en France d'une adoption régulièrement faite à l'étranger entre étrangers
TITRE NEUVIEME. De la puissance paternelle.
§ 1er. - Généralités.
159. - Caractère de la puissance paternelle chez les Romains; elle était constituée dans l'intérêt du chef de famille
160. - En droit coutumier elle eut pour base l'intérêt de l'enfant
161. - Droit moderne; Code civil
162. - Attributs de la puissance paternelle dans la théorie du Code civil
163. - Droits des aïeuls et aïeules
164. - Du respect dû par l'enfant à ses père et mère, art. 371
165. - Durée de l'autorité paternelle, art. 372; le père l'exerce seul durant le mariage
166. - *Quid* de la mère?
167. - Cette autorité ne peut être modifiée par la convention
§ 2. - Droit de garde et de correction.
168. - Droit de garde. Séjour obligatoire de l'enfant, art. 374
169. - Exception en cas d'engagement volontaire au service militaire
170. - Formes de cet engagement; action en nullité; compétence
171. - De l'engagement volontaire dans les colonies

172. - Le maire qui reçoit l'engagement agit comme fonctionnaire administratif
173. - Sanction du séjour obligatoire pour l'enfant
174. - Le père dirige l'éducation de l'enfant; droit de la mère; règlement des funérailles de l'enfant; abus possibles, renvoi
175. - Droit de correction, art. 375
176. - Détention de l'enfant par voie d'autorité, art. 376
177. - Détention de l'enfant par voie de réquisition; cas où l'enfant a plus de seize ans accomplis, art. 377
178. - Procédure, art. 378
179. - Le père peut abréger la durée de la détention, art. 379
180. - Cas où le père est remarié, art. 380
181. - Droits de la mère, art. 381
182. - Cas où l'enfant a des biens personnels, art. 382, § 1
183. - Recours accordé à l'enfant, art. 382, § 2
184. - Autorité des pères et mères naturels sur leurs enfants, art. 383
§ 3. - Droit de jouissance légale.
185. - Du droit de jouissance attribué aux parents sur les biens de leurs enfants, art. 385; - son origine
186. - Base de cette jouissance dans la théorie du Code civil
187. - Conséquences
188. - Nature juridique de ce droit de jouissance; ce n'est pas un droit réel
189. - Conséquences
190. - Durée normale de ce droit
191. - Charges de la jouissance légale, art. 385; ce sont: 1° Celles dont sont tenus les usufruitiers en général; explication de l'art. 453;
192. - 2° Les frais d'éducation et d'entretien de l'enfant;
193. - 3° Le paiement des arrérages et intérêts échus au moment de l'ouverture du droit de jouissance;
194. - 4° Les frais de dernière maladie et de funérailles de la personne à qui l'enfant a succédé
195. - Biens soustraits à la jouissance légale, art. 386-1°, par la volonté de la loi;
196. - 2° Par la volonté du donateur ou testateur; 3° par l'indignité des parents; 4° par la destination des biens
197. - Causes d'extinction de la jouissance légale provenant du chef de l'enfant
198. - Causes provenant du chef du titulaire de la jouissance;
199. - Spécialement d'une renonciation de la part de ce dernier
200. - *Quid* d'une renonciation anticipée stipulée dans un contrat de mariage?
201. - Autres causes d'extinction, notamment à l'égard de la mère remariée, art. 386
202. - *Quid* si la mère remariée redevient veuve?
203. - La jouissance légale cesse par la déchéance de la puissance paternelle
§ 4. - Déchéance de la puissance paternelle.
204. - Le Code n'ayant pas réglementé la déchéance de la puissance paternelle, la jurisprudence a cherché à combler cette lacune
205. - Intervention du pouvoir législatif, art. 335 § 2, C. P.; loi du 7 déc. 1874
206. - Portée plus générale de la loi du 24 juillet 1889
207. - Cas dans lesquels la déchéance a lieu de plein droit
208. - Cas dans lesquels la déchéance est facultative
209. - Comparaison de l'art. 2 § 6 de la loi du 24 juillet 1889 avec l'art. 444, C. C.
210. - Procédure de la demande de déchéance
211. - De l'appel et du pourvoi en cassation
212. - Condition de la mère en cas de déchéance encourue par le père
213. - Conséquence de la déchéance
214. - Influence de la loi du 24 juillet 1889 sur la jurisprudence antérieure; résumé de cette jurisprudence
215. - Cette jurisprudence ne peut plus désormais être suivie; les juges ne peuvent plus prononcer que la déchéance entière dans les conditions de la loi nouvelle
216. - Objections contre cette solution, réfutation
217. - La puissance paternelle ne peut être divisée ou scindée que dans les cas prévus par la loi
218. - Conclusion
219. - Restitution contre la déchéance encourue
220. - La déchéance donne lieu à l'organisation de la tutelle. - Renvoi
221. - Des enfants mineurs placés dans un établissement charitable ou chez des particuliers
222. - Transfert judiciaire de tout ou partie de l'autorité paternelle
223. - L'Assistance publique n'est pas une personne juridique
§ 5. - Règles du Droit international privé.
224. - Les lois sur la puissance paternelle rentrent, en principe, dans le statut personnel
225. - Elles peuvent aussi être rattachées aux lois de police, obligatoires pour les étrangers et pouvant être invoquées par eux.
226. - La jouissance légale appartient aux étrangers
227. - Conflit des lois; théorie de l'intérêt français
228. - Compétence
TITRE DIXIEME. De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.
CHAPITRE PREMIER. DE LA MINORITE.
229. - De la personne envisagée au point de vue de l'âge
230. - Présomption légale résultant de l'âge, art. 388; - calcul de l'âge
231. - La minorité est déterminée par la loi nationale de la personne
232. - L'état de minorité est étranger aux personnes morales
CHAPITRE II. DE LA TUTELLE.
SECTION PREMIERE. - De la tutelle des père et mère.
§ 1er. - De l'administration légale du père.
233. - Condition du mineur dans la famille; de l'administration légale et de la tutelle
234. - Comparaison entre les deux régimes, art. 389; division de la matière
235. - I. *A qui peut appartenir l'administration légale.* - Cas dans lesquels le père est dans l'impossibilité matérielle ou juridique d'administrer
236. - Cas où il y a opposition d'intérêts entre le père et l'enfant; nommera-t-on à l'enfant un tuteur *ad hoc* ou un administeur *ad hoc?*
237. - Cas où des biens sont donnés à l'enfant sous la condition que le père n'en aura pas l'administration
238. - Le père a-t-il l'administration des biens appartenant à ses enfants naturels?
239. - II. *Obligations de l'administrateur légal* quand il entre en fonction; - est-il tenu de faire inventaire?
240. - III. *Pouvoirs de l'administrateur légal*; principe général
241. - Pouvoirs de l'administrateur légal quant à l'aliénation des meubles incorporels
242. - Précision en ce qui touche les valeurs mobilières; la loi du 27 fév. 1880 ne concerne pas le père administrateur légal
243. - Décision des agents de change de Paris à l'égard des aliénanations de ces valeurs proposées par le père administrateur
244. - Pouvoirs du père quant à l'aliénation des meubles corporels
245. - Ses pouvoirs quant à l'aliénation des immeubles; est-il soumis aux mêmes règles qu'un tuteur? Controverse
246. - Peut-il devenir acquéreur des biens de ses enfants?
247. - Ses pouvoirs quant à la conclusion des baux;
248. - Quant à l'exercice des actions, etc
249. - Conséquences admises de ce que le père administrateur n'est pas un tuteur
250. - IV. *Fin de l'administration légale*; énumération de ses causes d'extinction
251. - V. *Responsabilité de l'administrateur légal;* obligation de rendre compte
252. - L'administration légale est régie par le statut national de l'enfant
253. - Projets de réforme de l'art. 389
§ 2. - Généralités sur la tutelle.
254. - Définition de la tutelle. - Comparaison entre le droit romain et le droit actuel
255. - En quel sens la tutelle est une charge publique
256. - La notion de la tutelle est étrangère aux personnes morales. - De ce qu'on appelle *la tutelle administrative.* - Distinction, à ce point de vue entre les établissements *publics* et les établissements d'utilité publique
257. - Des diverses espèces de tutelle
§ 3. - Tutelle légale des père et mère.
1° Généralités. - Du conseil donné à la mère.
258. - A la dissolution du mariage par le décès de l'un des conjoints, le régime de l'administration légale est toujours remplacé par celui de la tutelle, art. 390
259. - Solutions opposées adoptées par certains peuples étrangers
260. - Principe d'une tutelle légale au profit du survivant
261. - Faculté pour le père de nommer un conseil à la mère survivante, art. 391

262. - La mission donnée au conseil ne constitue pas un mandat
263. - Conséquences
264. - Le conseil ne doit pas être remplacé quand sa mission est impossible
265. - En quoi consiste la mission du conseil, et comment elle doit être remplie
266. - Nullité des actes passés par la mère sans l'avis du conseil
267. - Responsabilité de la mère tutrice pourvue d'un conseil
2° Du curateur au ventre.
268. - Cas où la femme survivante est enceinte, art. 393
269. - Motifs de la désignation d'un curateur au ventre
270. - Quand, par qui et comment la nomination du curateur peut être provoquée
271. - Droit d'administrer pouvant appartenir au curateur
272. - A la naissance de l'enfant, la mère devient tutrice et le curateur devient subrogé-tuteur, conséquences
273. - Droit pour la mère de refuser la tutelle, art. 394
3° Du second mariage de la mère tutrice.
274. - La mère tutrice qui se remarie doit convoquer préalablement le conseil de famille; conséquences à l'égard de la femme du défaut de cette convocation
275. - Conséquences à l'égard du second mari; il est tenu même des suites de la gestion tutélaire antérieure à son mariage
276. - La déchéance de la tutelle encourue par la mère donne lieu à une tutelle toujours dative
277. - Mission du conseil de famille quand il est convoqué avant le second mariage de la mère
278. - Condition du second mari, art. 396; il est co-tuteur nécessaire de la mère maintenue dans la tutelle; conséquences
279. - Le conseil de famille peut retirer la tutelle à la mère remariée
SECTION II. - De la tutelle déférée par le père ou la mère.
280. - Du droit de désigner un tuteur testamentaire, art. 397; conditions de son exercice
281. - Condition de la mère remariée non maintenue (art. 399), ou maintenue (art. 400) dans la tutelle; formes de la désignation du tuteur testamentaire, art. 398
282. - Peut-il être nommé à terme ou sous condition?
283. - Le dernier mourant peut-il désigner plus d'un tuteur?
284. - Le tuteur testamentaire n'est pas, en principe, tenu d'accepter la tutelle
SECTION III. - De la tutelle des ascendants.
285. - Dans quels cas il y a lieu à la tutelle légitime des ascendants, art. 402
286. - Ordre établi en cas de concurrence entre plusieurs ascendants, art. 403 et 404
SECTION IV. - De la tutelle déférée par le conseil de famille.
§ 1*Pouvoirs de l'administrateur légal;*. - De la tutelle dative.
287. - Quand il y a lieu à tutelle dative, art. 405
288. - L'art. 405 doit être étendu aux tutelles spéciales
289. - Les enfants naturels reconnus sont soumis à la tutelle dative
290. - *Quid* des enfants naturels non reconnus et des enfants adultérins ou incestueux
291. - Tutelle des enfants assistés; LL. 15 pluviôse an XIII, 10 janvier 1849
292. - Tutelle administrative des enfants abandonnés, L. 24 juill. 1889
293. - Tutelle officieuse de ces mêmes enfants
294. - Tutelle de ces enfants constituée dans les termes du droit commun en vertu de l'art. 10 de la loi du 24 juill. 1889
295. - Particularités de cette tutelle
§ 2. - Fonctionnement du conseil de famille.
296. - Du contrôle de la tutelle
297. - Convocation du conseil de famille, art. 406; rôle du juge de paix
298. - Composition du conseil de famille, art. 407; lieu d'ouverture de la tutelle
299. - Le conseil de famille doit-il toujours être convoqué au lieu où il a été constitué la première fois? Du prétendu domicile de la tutelle
300. - La convocation doit être faite au domicile actuel du mineur pour tous les actes relatifs à l'administration d'une tutelle déjà constituée
301. - Jurisprudence sur ce point; conclusion
302. - De la nomination de deux tuteurs devant deux juges de paix différents
303. - Choix des six parents ou alliés appelés à composer le conseil
304. - Présence de frères germains, etc., du mineur, art. 408
305. - Possibilité d'appeler des parents domiciliés hors du rayon légal ou des amis, art. 409, 410
306. - Pouvoir d'appréciation du juge en ce qui concerne l'observation des art. 409 et 410
307. - Forme de la convocation des membres du conseil de famille, art. 411
308. - Comparution des membres convoqués en personne ou par mandataire, art. 412
309. - Sanction de l'obligation de comparaître, art. 413, 414
310. - Jour et lieu de la délibération, art. 415
311. - Formes de la délibération; formation de la majorité, art. 415.
312. - Quid en cas de partage?
313. - En principe, les délibérations ne sont pas motivées
§ 3. - Homologations et recours en matière de délibération de conseil de famille; - pro-tuteurs, etc.
314. - De l'homologation des délibérations; Procédure, art. 885 et 886, C. pr. c.
315. - Délai pour l'homologation
316. - De l'opposition à l'homologation, art. 888, C. pr. c.
317. - Recours contre le jugement, art. 889, C. pr. c.
318. - Du droit d'attaquer les délibérations du conseil de famille, art. 883, C. pr. c.
319. - L'énumération contenue dans l'art. 883, C. pr. c., n'est pas limitative
320. - Contre qui l'action doit être dirigée;
321. - Pour quelles causes; causes tenant au fond;
322. - Causes tenant à la forme; conditions substantielles requises pour l'existence d'une délibération
323. - Conditions non substantielles; possibilité de prendre les amis en dehors de la commune
324. - Des actes faits en vertu d'une délibération irrégulière
325. - Des pro-tuteurs, art. 417
326. - Le pro-tuteur doit être pourvu d'un subrogé-tuteur
327. - Point de départ légal de la gestion tutélaire, art. 418
328. - La tutelle ne passe pas aux héritiers, art. 419
SECTION V. - Du subrogé-tuteur
329. - Origine coutumière du subrogé-tuteur, art. 420
330. - Le tuteur doit provoquer la nomination du subrogé-tuteur, art. 421 et 422
331. - Choix du subrogé-tuteur selon les prescriptions de l'art. 423; conséquences
332. - Mission du subrogé-tuteur en cas d'opposition d'intérêts entre le mineur et le tuteur, art. 420, § 2
333. - Pouvoirs du tuteur,
334. - Et du subrogé-tuteur, en cette hypothèse
335. - Faut-il adjoindre un subrogé-tuteur spécial au subrogé-tuteur appelé à représenter le pupille contre le tuteur?
336. - Nullité des actes intervenus en violation de l'art. 420, § 2
337. - Condition du subrogé-tuteur en dehors des cas prévus par l'art. 420, § 2
338. - Responsabilité limitée du subrogé-tuteur
339. - Durée de sa mission, art. 424 et 425
340. - Il est régi pour les causes d'excuse, d'incapacité ou d'exclusion par les mêmes règles que le tuteur, art. 426
SECTION VI. - Des causes qui dispensent de la tutelle
341. - Causes d'excuse: I. Service public, art. 427 et 428, art. 429 à 431
342. - II. Qualité de non parent quand il existe des parents en état de gérer la tutelle, art. 432
343. - III. L'âge, art. 433
344. - IV. Les infirmités, art. 434
345. - V. Le nombre des tutelles, art. 435; application à la subrogée-tutelle
346. - VI. Le nombre des enfants, art. 436 et 437
347. - Procédure à suivre pour proposer les excuses, art. 438, 839
348. - Compétence et recours, art. 440, 441
SECTION VII. - De l'incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle.
349. - Enumération des causes d'incapacité, art. 442
350. - Portée restrictive de cette énumération; conséquences
351. - Les étrangers ne sont pas exclus de la tutelle
352. - Compétence du conseil de famille pour apprécier les causes d'incapacité

353. - Causes d'exclusion; énumération des art. 443 et 444 à compléter par les art. 34 n° 4, 42 n° 6, C. P., et 8 de la loi du 24 juillet 1889
354. - Précisions particulières touchant l'inconduite notoire, la gestion attestant l'incapacité, et l'insolvabilité
355. - Caractère et conséquences des causes d'exclusion ou de destitution, art. 445
356. - Procédure en matière de destitution de tutelle; voies de recours, art. 446 à 449
APPENDICE A LA SECTION VII. - Organisation de la tutelle des Français à l'étranger et des étrangers en France.
357. - La tutelle doit être régie par le statut personnel du mineur
358. - Restrictions admises par la jurisprudence
359. - Enumération des conventions diplomatiques ayant pour objet l'organisation de la tutelle des mineurs appartenant aux pays respectifs
360. - Interprétation de ces conventions
361. - Mission des consuls d'après les conventions dont il s'agit
362. - Quid en l'absence de convention spéciale?
363. - D'après quelle loi sont appréciées les causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution
364. - Le tuteur nommé à l'étranger est reconnu en France sans formalités
365. - Règles de compétence
366. - Application faite par l'art. 10 du traité franco-suisse du 15 juin 1869
366 *bis.* - La tutelle en Algérie et chez les Annamites
SECTION VIII. - De l'administration du tuteur,
§ 1er. - Généralités sur les attributions du tuteur; actes qu'il peut faire seul.
367. - Attributions générales du tuteur, art. 450; cas dans lesquels le mineur peut agir lui-même, seul,
368. - Ou avec certaines assistances
369. - Dans les autres cas, le tuteur représente le mineur incapable d'agir lui-même
370. - Le tuteur est chargé de la garde du pupille et de la direction de son éducation
371. - Quels sont, à cet égard, les pouvoirs du conseil de famille?
372. - Quels sont les pouvoirs du tuteur quant aux biens? Rejet de la distinction entre les actes d'administration et les actes de disposition; le tuteur peut faire seul les actes non soumis à des formes particulières
373. - Classification des actes intéressant les mineurs: 1° actes que le tuteur faire seul; 2° actes interdits au tuteur;
374. - 3° Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante;
375. - 4° Actes pour lesquels il faut, en outre, l'homologation du tribunal;
376. - 5° Actes soumis à des formalités spéciales
377. - L'autorisation du conseil, quand elle est nécessaire, doit précéder l'acte
378. - La classification qui précède ne concerne pas les mineurs étrangers
379. - Actes que le tuteur peut faire seul; leur validité à l'égard des tiers
380. - Distinction entre les questions relatives à la validité de l'acte, et les questions relatives à la responsabilité du tuteur
381. - Actes que le tuteur peut faire seul; énumération: actes de simple administration, baux;
382. - Réparations, travaux;
383. - Paiement des dettes;
384. - Recouvrement des créances
§ 2. - Actes interdits au tuteur.
385. - Prohibition d'acheter les biens du mineur, art. 450
386. - Prohibition d'accepter une cession contre le pupille
387. - Prohibition relative aux donations
388. - Règle de droit international
§ 3. - Obligations du tuteur au commencement de la tutelle; inventaire; vente des meubles corporels.
389. - Nécessité de l'inventaire, art. 451
390. - Levée des scellés
391. - Règles concernant l'inventaire
392. - Interpellation au tuteur sur le point de savoir s'il lui est dû quelque chose, art. 452
393. - Conséquences du défaut d'inventaire
394. - Décision du conseil de famille concernant la vente des meubles corporels
395. - Exceptions à la nécessité de vendre les meubles corporels, art. 453
§ 4. - Des meubles incorporels. Loi du 27 février 1880.
396. - Des meubles incorporels appartenant aux mineurs
397. - Loi du 27 fév. 1880, son objet
398. - Nécessité de l'autorisation du conseil pour l'aliénation des meubles incorporels
399. - Le conseil de famille fixe les conditions de l'aliénation, notamment le prix; application aux offices, aux fonds de commerce;
400. - Aux créances, brevets d'invention, propriété littéraire, etc
401. - L'homologation du tribunal est nécessaire quand la valeur à aliéner dépasse 1.500 francs en capital
402. - Bases de l'appréciation que doit en faire le conseil de famille
403. - Mention à insérer dans la délibération du conseil
404. - Comment doit avoir lieu la vente ou aliénation autorisée
405. - Les conversions de titres nominatifs en titres au porteur sont soumises aux règles ci-dessus
406. - Transformation des titres aux porteurs en titres nominatifs
407. - A quels incapables s'appliqnent les règles qui précèdent
408. - Règles concernant les mineurs français résidant à l'étranger et les mineurs étrangers résidant en France
§ 5. - Budget de la tutelle et emploi des capitaux du mineur.
409. - Règlement par le conseil de famille de la dépense annuelle du mineur
410. - Des avances faites par le tuteur au-delà des revenus du mineur
411. - Traités à forfait avec le tuteur pour l'entretien du mineur
412. - Des administrateurs auxiliaires
413. - Emploi de l'excédent des revenus sur les dépenses, art. 455
414. - Responsabilité du tuteur à cet égard, art. 456
415. - Emploi des autres capitaux, L. du 14 fév. 1880, art. 6
416. - Le tuteur peut-il les effectuer seul? Controverse sur ce point,
417. - Suite
418. - Des divers modes d'emploi
419. - Spécialement en acquisitions d'immeubles,
420. - Les tiers ne sont pas garants de l'emploi
421. - Mission du subrogé-tuteur d'après la loi du 27 fév. 1880, art. 7
422. - Disposition transitoire de la même loi
423. - Son application aux colonies
424. - De l'emploi intéressant les mineurs étrangers
§ 6. - Des emprunts, hypothèques et aliénations d'immeubles intéressant les mineurs.
425. - Conditions de validité de l'emprunt et de l'hypothèque, art. 457
426. - De l'hypothèque des biens du mineur constituée à titre de cautionnement salarié dans l'intérêt d'un tiers
427. - De l'aliénation des immeubles, art. 458
428. - Formes prescrites pour cette aliénation, art. 459
429. - Des traités conclus entre le tuteur et un tiers qui s'oblige à se rendre adjudicataire à un prix déterminé
430. - Application des règles ci-dessus aux colonies
431. - Des immeubles situés en France appartenant à des mineurs étrangers, et des immeubles situés à l'étranger appartenant à des mineurs français
432. - Extension des art. 457, 458 et 459 à tous les actes constituant aliénation ou création d'un droit réel
433. - Exception aux règles ci-dessus en cas d'aliénation nécessaire résultant d'une expropriation,
434. - Ou d'une licitation, art. 460; - De la licitation intéressant des mineurs étrangers, ou ayant pour objet des immeubles situés à l'étranger
435. - L'exception n'a pas lieu pour le tuteur demandeur en licitation
§ 7. - Successions ou donations intéressant les mineurs; exercice de leurs actions; droit de correction.
436. - Successions échues au mineur; acceptation bénéficiaire ou répudiation, art. 461
437. - Effets de l'acceptation bénéficiaire
438. - Des mineurs étrangers
439. - La répudiation n'est pas irrévocable, art. 462
440. - Des donations offertes à un mineur français, art. 463,
441. - Ou à un mineur étranger
442. - De l'exercice des actions; actions mobilières
443. - Actions intéressant l'état des mineurs

444. - Actions immobilières, art. 464
445. - Action en partage, art. 465
446. - Formes du partage intéressant un mineur, art. 466
447. - Partage provisionnel
448. - De la transaction, art. 467
449. - Droit de correction, art. 468; - du mineur étranger
SECTION IX. - Des comptes de tutelle.
450. - Causes qui mettent fin à la tutelle, art. 469
451. - La tutelle dure-t-elle par suite d'une gestion de fait, tant qu'il n'en a pas été rendu compte?
452. - Des états de situation que le tuteur peut être obligé de fournir, art. 470
453. - Du compte à rendre par le tuteur
454. - A qui et comment doit-il être rendu, art. 471; compte rendu à l'amiable
455. - Compte rendu en justice
456. - Le compte est toujours rendu aux frais du mineur
457. - Eléments du chapitre des recettes et du chapitre des dépenses
458. - Prohibition de tout traité antérieur à la reddition d'un compte détaillé, art. 472
459. - Des libéralités adressées à l'ex-tuteur par l'ex-mineur; de la transaction sur le compte de tutelle
460. - Des contestations sur le compte, art. 473
461. - Du reliquat dû par le tuteur, art. 474
462. - De la prescription des actions du mineur contre le tuteur, art. 475
463. - *Quid* de l'action en redressement pour cause de dol ou de fraude?
464. - *Quid* de l'action en paiement du reliquat, etc., et des actions résultant d'une tutelle de fait?
CHAPITRE III. DE L'EMANCIPATION.
§ 1er. - Règles générales.
465. - Notion de l'émancipation dans le droit ancien et dans le droit actuel
466. - Emancipation tacite résultant du mariage, art. 476
467. - Y a-t-il d'autres cas d'émancipation tacite?
468. - De l'émancipation expresse, art. 477; le droit d'émanciper appartient d'abord au père
469. - Dans quels cas il appartient à la mère; cas où le père est déchu de la puissance paternelle
470. - Cas dans lesquels il est absent, dément ou interdit
471. - Cas de la mère remariée
472. - Formes de l'émancipation
473. - De l'émancipation accordée par le conseil de famille, art. 478
474. - A qui appartient le droit de provoquer cette émancipation, art. 479
475. - Application des règles ci-dessus aux enfants nés hors mariage, aux enfants assistés et aux enfants abandonnés
476. - De l'émancipation en Algérie et en Annam
477. - De l'émancipation des mineurs français résidant en pays étranger
478. - De la compétence des consuls français en cette matière; application des conventions diplomatiques
479. - De l'émancipation des mineurs étrangers résidant en France.
§ 2. - Effets de l'émancipation.
480. - L'émancipation soumet le mineur au régime de la curatelle, art. 480; le curateur est toujours datif
481. - La curatelle est-elle obligatoire?
482. - Actes interdits au mineur émancipé
483. - Actes que le mineur émancipé peut faire seul; actes de pure administration, art. 481
484. - De l'aliénation des meubles corporels
485. - Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire; spécialement de la réception d'un capital mobilier, art. 482
486. - De l'exercice des actions immobilières
487. - Le curateur peut refuser son assistance; conséquences de son refus
488. - Actes pour lesquels le mineur émancipé est soumis aux mêmes règles que le mineur non émancipé
489. - Actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille suffit;
490. - Spécialement de l'aliénation des meubles incorporels dont la valeur ne dépasse pas 1500 francs: Loi du 27 fév. 1880
491. - Actes pour lesquels l'homologation du tribunal est nécessaire, spécialement les emprunts, art. 483
492. - Des aliénations d'immeubles, art. 484, § 1
493. - De la réduction des obligations excessives, art. 484, § 2
494. - Responsabilité pénale encourue dans le cas de l'art. 406, C. P.
495. - Effets de l'émancipation à l'égard des mineurs étrangers
§ 3. - Retrait de l'émancipation.
496. - L'émancipation résultant du mariage est irrévocable
497. - Du retrait de l'émancipation expresse en cas d'abus, art. 485
498. - Formes du retrait de l'émancipation
499. - Effets du retrait, art. 486
500. - Du mineur émancipé commerçant, art. 487
TITRE ONZIEME. De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire.
CHAPITRE PREMIER. DE LA MAJORITE.
501. - Notion de la majorité, art. 488
CHAPITRE II. DE L'INTERDICTION.
§ 1er. - Règles générales; procédure en interdiction.
502. - Notion de l'interdiction; historique
503. - Interdiction des aliénés; caractères que doit présenter l'aliénation, art. 489
504. - Qui peut être interdit? des mineurs
505. - A qui appartient l'action en interdiction, art. 490
506. - Attributions du ministère public, art. 491
507. - Règles de compétence, art. 492; spécialement à l'égard des aliénés étrangers
508. - Formes de la demande, art. 493
509. - Avis à donner par le conseil de famille, art. 494; composition du conseil, art. 495
510. - Interrogatoire du défendeur, art. 496; *Quid* s'il est hors de France?
511. - Nomination d'un administrateur provisoire, art. 497
512. - Possibilité d'une enquête, art. 893 § 2, C. pr. c.; formes
513. - Jugement définitif, art. 498; nomination d'un conseil, art. 499
514. - Voies de recours: opposition, appel; interrogatoire en appel, art. 500
515. - Publicité du jugement, art. 501
§ 2. - Effets de l'interdiction ou de la nomination de conseil.
516. - Conséquences du jugement d'interdiction, art. 502
517. - De la nullité des actes postérieurs à l'interdiction
518. - Distinction proposée entre les actes pour lesquels l'interdit peut être représenté, et les autres actes; rejet
519. - Distinction entre les actes pécuniaires et les actes moraux
520. - Effets de l'interdiction d'un étranger
521. - Actes antérieurs à l'interdiction
522. - Dans quels cas les actes d'une personne décédée peuvent être attaqués pour cause de démence, art. 504
523. - Organisation de la tutelle de l'interdit, art. 509, 503; tutelle de la femme interdite, art. 506
524. - Tutelle du mari interdit, art. 507
525. - Différence entre la tutelle des interdits et celle des mineurs, art. 508, 510
526. - Règlement de la dot au profit d'un enfant de l'interdit, art. 511
527. - Cessation de la tutelle de l'interdit; mainlevée de l'interdiction, art. 512
528. - Formes et procédure de la demande en mainlevée
528 *bis.* - De l'interdiction légale comparée à l'interdiction judiciaire
§ 3. - Des individus placés dans un établissement d'aliénés.
529. - Objet de la loi du 30 juin 1838
530. - Du placement des aliénés non interdits dans un établissement; placement volontaire
531. - Placement ordonné d'office
532. - Influence sur la capacité de la personne de son placement dans un établissement d'aliénés
533. - De la présomption de nullité ou de validité des actes émanés de cette personne

534. - Administration du patrimoine de l'individu placé dans un établissement d'aliénés; nomination et pouvoirs d'un administrateur provisoire
535. - Mission du mandataire *ad litem* et du *curateur* constitués en vertu de la loi de 1838
536. - Application de la loi de 1838 aux aliénés étrangers résidant en France, et aux aliénés français résidant à l'étranger
537. - Projets de réforme de la législation concernant les aliénés
CHAPITRE III. DU CONSEIL JUDICIAIRE.
§ 1er. - Règles générales; procédure en dation de conseil judiciaire.
538. - L'interdiction des prodigues à Rome eut d'abord pour but unique la conservation des biens paternels, et plus tard la protection du prodigue lui-même
539. - Constitution de l'empereur Léon; son influence sur l'ancien droit
540. - Institution du conseil judiciaire par le Code civil, art. 513
541. - De la procédure en dation de conseil judiciaire, art. 514 et 515
542. - Pouvoirs des tribunaux en pareille matière; les mineurs et les personnes mariées peuvent être pourvus d'un conseil
543. - Fonctions du conseil; - Voies de recours contre le jugement qui l'a désigné. Point de départ de l'incapacité spéciale du prodigue et du faible d'esprit
§ 2. - Effets de la dation d'un conseil judiciaire.
544. - De l'assistance du conseil judiciaire; recours du prodigue en cas de refus d'assistance de la part du conseil
545. - *Quid* à l'égard des actes que le prodigue ne peut être empêché de faire?
546. - Actes que le prodigue ne peut faire sans l'assistance du conseil; prohibition de plaider
547. - Application à la procédure en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, - autres applications
548. - Des obligations contractées par le prodigue; spécialement par voie d'emprunts
549. - Quid des dépenses d'entretien, etc. Sont-elles réductibles en cas d'excès?
550. - Des prohibitions relatives aux aliénations et à la réception de capitaux
551. - Quid en ce qui touche les donations entre époux?
552. - Dans quelles limites le prodigue peut-il régler ses conventions matrimoniales
553. - Des actes non compris dans l'énumération des art. 499 et 513
554. - Actes concernant seulement la personne de l'incapable
555. - Actes postérieurs au jugement désignant le conseil judiciaire
556. - Actes antérieurs à ce jugement; jurisprudence
557. - Difficultés relatives à la date des actes
558. - Mainlevée du conseil judiciaire
559. - Du débiteur en état de liquidation judiciaire
560. - Du conseil judiciaire en Algérie et en Annam
561. - Les étrangers, en France, peuvent-ils être pourvus d'un conseil?
562. - Conclusion