

20418

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR M. DE MARBOTIN-SAUVIAC (CHARLES),

AVOCAT,

Né à Bordeaux (Gironde).



TOULOUSE,

TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC

RUE SAINT-ROME, 46.

—
1849.

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT
en mon Père, à ma Père.

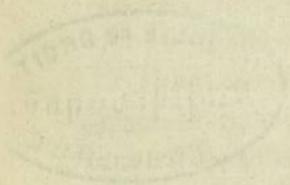
SOUTENUE

PAR M. DE MANDOUZAN (CHARLES)

AVOCAT,

A TOUS LES MIENS.

(à tous les miens)



TOULOUSE,

TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC

RUE SAINT-ROME, 40.

1848.

JUS ROMANUM.

De tutelis. — De testamentaria tutela. — De legitimis tutoribus.
— De administratione et periculo tutorum. — De auctoritate
et consensu tutorum (D. L. 26, T. 4, 2, 4, 7 et 8.)

Disseremus de tutela impuberum et non de tutela mulierum quam non memorant neque Digesta, neque Institutiones Justiniani; circa eam quædam solummodo tangemus in decursu nostræ exercitationis.

In definitione tutelam institui propter ætatem declarat Justinianus, et ita excludit mulierum perpetuam tutelam quæ jam exoleverat. — Ex hac adhuc definitione patet, illis qui propter furorem et dementiam rebus suis superesse nequeunt, tutorem non præponi, sed tantum curatorem. Adeo autem tutela impuberi destinatur ut, si impubes mentis sanitatem amittat, non curator ipsi tanquam furioso supereratur, sed tutor tanquam impuberi (L. 3. pr. D. de tutelis).

Sane non datur curator pupillo, sed illa regula intelligenda est de curatore qui est unicus, et non de illo qui tutori aggregatur.

Quando mulieres in perpetua tutela erant, nobis apparet illas nihilominus recipere curatorem, cum mi-

nones essent viginti quinque annis et sub hoc respectu masculis adsimilabantur. Ille enim mulierum tutor reipsa non gerebat, sicuti videre est in commentario I. Gaii, n° 191-2. Cæterum lex 20, D. de ritu nuptiarum nostram corroborat opinionem.

Attendendum est ignoranti et etiam invito imponi tutorem, dum curator generalis tantum volenti. — Hæc adhuc differentia secernitur inter tutelam et curam, tutor non datur certæ rei, dum econtra curator. Reperiuntur tamen leges quæ tutorem propter certam rem denominant, veluti ad hæreditatem adeundam, dotem constituendam (Gaius Com. 1, n° 176, 178, 180); sed tales decisiones rationi adversabantur, quapropter postea sine restrictione prævaluit principium, ex quo tutorem habenti accedebat curator, sed non alter tutor (Just. Inst. Tit. de auctoritate tutorum, § 3.)

Quamvis tutorem habenti alius non detur, nihil obstat quominus pluribus simul deferatur tutela (L. 23, D. de tutoribus et curatoribus.)

Si spectetur modus quo exercetur tutela, dicitur potestas; si vero administrationis consequentiæ comparatur contractibus, tutor et pupillus obligantur enim quasi ex contractu.

His præmissis, aggrediamur divisionem nostræ dissertationis. Dispiciemus: 1° de personis quæ sunt in tutela; 2° de his qui possunt esse tutores; 3° de tutoribus testamentariis; 4° de legitimis tutoribus; 5° de relatione inter tutelam et hæreditatem; 6° de administratione tutorum.

CAPUT PRIMUM.

De personis quæ sunt in tutela.

In tutela rediguntur cives romani impuberes sui-que juris. Igitur servi tutores non recipiunt, non indigunt enim tutoribus quoniam sunt dominorum in potestate; quod attinet ad jus civile servi pro nullis reputantur (L. 52, D. de diversis regulis juris.) — Idem jus viget deportatum circa pupillum, quamvis libertate non orbetur. Deportatione amittuntur quæ jure civili manant: tutela enim est juris civilis et in definitione tutelæ enarratur eam jure civili dari vel permitti.

Qui non est sui juris tutorem non habet, quoniam in potestate subjicitur. Impubes qui est sui juris, si adrogetur, tutorem non servat (L. 14, p. D. de tutelis).

Ex eodem principio fluit tutorem non adjungi filio cujus pater ab hostibus captus est: hæc datio non esset in pendenti, sed ipso jure infirmaretur, filius enim non est sui juris quoniam pater redire potest; interim curator opem præstat (L. 6, § 4, D. de tutelis).

CAPUT SECUNDUM.

De his qui possunt esse tutores.

Qui alieno auxilio egent aliis succurrere nequeunt. Quidam natura, quidam jure impediuntur esse tuto-

res. — Qui mente carent repulsantur (L. 11, D. de tutelis). Furiosus non removetur omnimodo, expectatur vero donec mentis sanitatem recuperaverit; interim curator adstat (D. de excusationibus). — Minores viginti quinque annis videbantur quoque sub conditione designati, id est cum ætatem adimpleverint. Justinianus illos à tutela rejecit, cum suis negotiis superesse nequeunt noscivumque esset pupillo defensorem obtinere qui non perseveret in administratione. — Constitutio Justiniani quæ sese refert ad minorem viginti quinque annis potestne porrigi ad furiosum? (L. ult., Cod. de legit. tutela). — Inhibentur esse tutores qui civitate romana non fruuntur: ita servi, deportati. — Si testator eligit tutorem quem putat esse liberum, inefficax erit tutoris datio, et non potest admitti hunc fieri liberum, quoniam testator legari libertatem non putavit (L. 22, D. de testamentaria tutela). — Deportatus juris civilis non est particeps, tutelam non accipit et si antea illam gerebat, submovetur cum et illi capitis deminutio obtigit.

Tutela dicitur munus civile et quasi publicum; ab ea excluduntur mulieres, quoniam ab omnibus publicis officiis civilibusque eximuntur (L. 2, D. de diversis regulis juris). Excipiuntur mater et avia. Olim specialiter a principe talis concedebatur tutela, sed jure novo non est impetratio necessaria; voluntas vero matris vel aviæ requiritur, non invitæ ad onus tutelæ adstringuntur (L. 2, Cod. quando mulier tutelæ officio).

Miles procurationem suscipere et tutelam gerere

nequit, hoc petit publica utilitas (L. 4, Cod. qui dare tutores vel curatores).

Creditor et debitor tutores esse poterant ex vetere jure, quod et mutavit Justinianus. Nulla distinctio admittitur circa testamentarium, legitimum dativumve, omnes rejiciuntur. In hoc casu non existit excusatio, sed vera repugnantia.

CAPUT TERTIUM.

De tutoribus testamentariis.

Enumeravimus personas quæ idoneæ sunt ad tutelam suscipiendam; sed quando eam nanciscuntur pendendum erit. Diversorum tutorum equiparatur auctoritas; diversa est origo, testamento, lege vel magistratu constituuntur.

Lege duodecim Tabularum parentibus permissum est, liberis suis impuberibus quos in potestate habent testamento tutores dare (L. 1, D. de testamentaria tutela). Inde inferendum est parentibus solis fas esse dandi tutores; cæteri hoc privilegio frustra uti vellent, datio tutoris reprobaretur. Illud adeo verum est ut non posset patronus impuberi liberto dare tutorem (L. 28, § 2, de testamentaria tutela).

Testamentariam tutelam subeunt liberi sive jam nati, sive posthumi; qui enim concepti sunt tantummodo pro jam natis habentur, cum de ipsorum comodo agitur. Licet dare tutores, dummodo liberi primum gradum in familia teneant, nam si post obitum

testatoris in potestatem alterius recasuri sunt, non valida est tutoris datio; nec militibus tale jus largitur; sane propriam hæreditatem disponere sicuti voluerint ipsis permittitur, dummodo alterius jura non levant (L. 28, D. de testamento militari).

Tutoris datio paternæ potestatis est effectus; parvi refert utrum impubes institutus vel exhæredatus sit (L. 4, D. de testamentaria tutela).

Tutores idoneos nominare debet testator; attamen si postea idonei fieri possunt, liquet eos sub tali conditione instituere. Hoc repugnat lex Catoniana quæ infirmat institutiones quod inprimis justæ non erant, illa enim regula ad institutiones conditionales non attinget.

Si præfatam conditionem non adjecit testator, attamen subaudienda erit, et eventus spectabitur; ut disjudicetur tutoris datio; sed ita res erit, dummodo testator non ignoravit tutoris statum: si credidit illum esse liberum, is quamvis postea liber adveniat, ad tutelam non accedet (L. 22, D. de testamentaria tutela).

Si testatoris proprius servus, seu alienus eligitur, uterque libertate gaudebit (L. 10, § 4, de testam. tut.). Utrique ipsis censetur testator voluisse conferre libertatem. Cum servus alienus tutor constituitur, fideicommissaria libertate donatur: controversia vero mota est circa testatoris proprium servum, recipit ne directam libertatem? hujus-ce modi nobis apparet ipsi competere libertatem. Testator præsumitur omnia admisisse quæ sunt consequentiæ expressæ

voluntatis; tutorem designando, jussit tacite ut directa libertas impertiretur. Sine dubio desideravit ut effectum quam celerrimum produceret tutelæ datio; certe ita non esset si de libertate fideicommissaria cogitamus. Cæterum hanc libertatem esse directam admonet Justinianus (Inst., § 1, qui testamento tutores dari possunt).

Tutores quamvis non jure dati, attamen aliquoties confirmantur, cum electi sunt ab illis quos commendat pietas erga pupillum; quapropter omnimodo confirmandi sunt quos pater non justo testamento imposuit liberis quos in potestate habebat (L. 3, D. de confirmando tutore). Cum inquisitione confirmantur quos designavit pater liberis naturalibus, mater filiis, patronus impuberibus libertis et etiam extraneus impuberibus. — Ut confirmetur tutor quem dedit pater emancipatis filiis, eorum hæredis institutio non exigitur, dum est necessaria respectu cæterorum, cum tutores non jure scripti sunt; tunc manifestatur effectus testatoris. Quando agitur de naturalibus liberis sufficit ut pupillus partem bonorum quæ ex constitutionibus ipsi adsignatur, recipiat.

Ex dictis, constat nos impugnare doctrinam eorum qui arbitrantur tutorem datum ab extraneo, qui pupillum hæredem instituit, sine inquisitione confirmandum. Qui contrariam sententiam amplectuntur, invocant legem 4, D. de confirmando tutore. Sed ex eo quod exponatur in hoc lege *sequendum esse judicium testatoris*, non inde concludendum inquisitionem esse superfluum.

Verbis directis tutela relinquitur, sed non per fideicommissum; attamen in hoc postremo casu a prætore confirmandus est tutor.

Tutor nondum confirmatus, non proprie est tutor testamentarius, sed dativus (L. 26. in fine et 27, D. de testamentaria tutela). Antequam confirmetur, non subit periculum tutelæ, nec excusationis opus habet (L. 1, 2, Cod. de confirmando tutore). — Sed postquam confirmatur similis fit tutori testamentario, ipsi remittitur satisfactio. Tutores testamento dati non satisfaciunt, quia ipsorum diligentia nimis a testatore perpensa fuit.

Illi qui confirmatione egent non satisfaciunt, cum inquisitio desideratur, nam inquisitio pro satisfactioe iudicatur (L. 2, D. de confirmando tutore). Opponi potest lex 15 de tutoribus et curatoribus D. quæ inquisitionem satisfactioemque cumulat; sed illa lex tractat de magistratibus municipibus quibus incumberebat obligatio confirmandi et cum inquisitione et cum satisfactioe.

Cum prætor nihil statuit circa tutoris confirmationem, locus non est legitimo neque dativo tutori; cur enim novus tutor eligeretur, cum adest, qui confirmationem expectat, prius de hoc pronuntiandum est.

CAPUT QUARTUM.

De legitimis tutoribus.

Quandiu speratur testamentaria tutela, removetur legitima. Provenit illa regula ex eo quod legitimus tutor non ad tempus præponitur; quod eveniet, si

dum speratur testamentaria tutela, interim vocaretur legitimus tutor.

Exinde profluit spe tutelæ testamentariæ excludi legitimam tutelam. (L. 11 D. de testam. tut.) Ita lex decima Dig. de testamentaria tutela intelligenda est de tutore dativo, cujus auctoritas durat quandiu non est adita hæreditas.

Notatione dignum est, cum excusatur vel remove-
tur testamentarius tutor, interim non vocari legitimum.

Illud speciale erat tutelæ legitimæ mulierum; tutor illam *in jure cedere* alteri facultatem habebat. Ille favor ad tutores pupillorum non redundabat. Hæc erat discriminis ratio, feminarum tutelæ magis onerosæ videbantur, quia non certo tempore cessabant. Novus tutor, id est cessicius, vices solummodo prioris gerebat, et mortuo, vel capite minuto qui cesserat, officium tutelæ posteriori adimebatur. (Gai. com. 1, n° 168 — 170.)

CAPUT QUINTUM.

De relatione inter tutelam et hæreditatem.

Nobis utile videtur conferre tutelam cum hæreditate, quoniam utrique pluribus legibus reguntur, quæ ex iisdem principibus descendunt.

In hæreditatibus prævalet testamenti causa, ita in tutelis. Lex duodecim Tabularum et hæreditatem et tutelam nominatim firmat.

Sicuti hæres institui potest et etiam in locum ins-

tituti substitui, ita tutori instituto alter substitui potest, si prior deficiat.

Hæreditas et tutela sub conditione dari possunt.

Notandum est populum, senatum vel principem hæredem facere, sed illa potestas prætori non tribuitur; sic prætor non facit tutorem. Sane ex lege Attilia tutorem nominat prætor, sed nullum ipsius extat edictum quo detur tutor. Observandum est adhuc prætorem, qui non facit hæredem, creare tamen bonorum possessorem qui fere hæredi adsimilatur; et adhuc prætor, qui non potest tutorem creare, curatorem facit. (T. 12, de curatoribus, Ulp. fragm.)

Tutela hanc etiam affinitatem cum hæreditate habet; legitima tutela dicitur sicuti legitima hæreditas quam nemo confert, et quæ ex ipsa lege nascitur.

Per quamque capitis deminutionem, et legitimæ hæreditatis, et legitimæ tutelæ ratio intervertitur.

Quando relationem existere inter delationem hæreditatis et tutelæ enarravimus, illud exaudiendum est, ita ut qui ad hæreditatem vocatur suscipiat quoque tutelam, dummodo sit idoneus. Gestio tutelæ majorem animi intellectum exigit quam aditio hæreditatis.

Justinianus adeo exæquavit delationem hæreditatis et tutelæ, ut significaverit etiam circa hæreditatem admitti secundum gradum, quando primus repudiat.

Ante hæredis institutionem poterat dari tutor, dum legata illam sequi debebant. Hanc doctrinam introduxerant Proculeïani. (Gaii com. 11, n° 231.) — Justinianus admisit ut legata quoque darentur ante hæredis institutionem.

Apparent quædam discrimina, non solum inter legata et tutelam, sed etiam et præsertim inter tutoris institutionem et hæredis. — Quamvis Justinianus permiserit incertas personas hæredes facere, attamen incertus tutor non recte enunciatur. (L. 20, D. de testamentaria tutela.)

Quando statuendum est an valeat tutoris datio, in dubio respondendum est pro servando tutore. Exemplum offeramus : si quis plures filios impuberes habeat et tutorem filio suo dederit, omnibus dedisse censetur. (L. 16, § 1, D. de testamentaria tutela.) Ex eodem principio tutor datus filiis censetur et posthumis (L. 5, D. de testamentaria tutela). — Alia regula vigeret, si ageretur de exhæredatione quæ non est favore digna. (L. 3, § 5, D. de injusto rupto, etc.)

Sub alio respectu discrepant inter se tutela et hæreditas, nam hæres non fiebat ex certa re tantummodo; attamen hæres ita nuncupatus omnia bona percipiebat et institutio extendebatur; econtra institutio tutoris ad certam rem nullius momenti erat.

CAPUT SEXTUM.

De administratione tutorum.

Tractabimus primum de potestate tutorum, deinceps de auctoritate eorum.

§ 1. — *De potestate tutorum.*

Tutoris officium sese refert, non ad personam phy-

sicam, civilem vero pupilli. — Quapropter magistratus pronuntiat quando agitur de loco ubi morabitur educabiturque pupillus. (L. 1 et 5, D. ubi pupillus educari et morari debeat.) — Prætori quoque competit ut definiat quæ alimenta præstanda sint pupillo. (L. 3, D. ubi pupillus educari, etc.)

Omnimodo interdicuntur tutori actus inhærentes personæ pupilli, veluti sponsalia, itaque auctoritas non postulatur. (L. 14, D. de sponsalibus.)

In actibus legitimis solus interveniendi non habebat facultatem tutor, veluti in jure cessione, mancipatione, adoptione, emancipatione, hæreditatis additione. (L. 125, D. de diversis regulis juris. — L. 24, D. de manumissis vindicta. — L. 13, § 10, D. de acceptilatione.) — Circa hæreditatem observandum est neque tutori, neque etiam servo pupilli, licere adquirere hæreditatem delatam vel pupillo, vel domino. Postea imperatores statuerunt ut pro infante tutor possit adire hæreditatem (L. 18, § 2, Cod. de jure deliberandi); sed, ut monet Sabinianus, bonorum possessionem antea adquirere solus poterat tutor, et ita non magnum erat incommodum ex eo quod non posset adire hæreditatem.

Cæterum et generaliter tutor est loco domini. Quapropter ab exhæredato legatum vel fideicommissum relinqui non potest, et tamen reperire est in lege 69, § 2, D. de legatis 2^o, posse, filio impubere instituto, fideicommissum relinqui a tutore. — Quapropter si res subrepta est, cum propter furtum usucapi nequit, sufficit ut in potestatem tutoris redeat (L. 4,

§ 11, D. de usurpationibus et usucapionibus). — Quapropter tutor non adstringitur ad satisfaciendum de rato, et iudicatum solvi (L. 15, § 5, D. qui satis dare cogantur). — Quapropter cum iudicium susceptum est a tutore, actio iudicati datur contra pupillum (L. 1, Cod. quando ex facto tutoris).

Administratio tutelæ intuenda est propter actiones, rerum alienationes et obligationes.

Non solum tutor jus habet defendendi, sed etiam agendi. Tutor ex sua persona procuratorem nequit constituere in rem pupilli, sed tantummodo actorem (L. 11, Cod. de procuratoribus). Hic actor constituitur periculo tutoris, et cum necesse est illum adhibere (L. 24, D. de administratione et periculo tutorum).

Cum duobus simul tutelæ gestio commissa est, benigne receptum est utrumque agendi jus habere (L. 21, § 1, D. de administratione et periculo tutorum).

Cum plures tutores administrant, unus adversus alteram actionem dirigere nequit, nisi tutela finita, tunc solummodo permittitur actionem tutelæ movere (L. 4, D. de tutela et rationibus distrahendis); nam ille qui obvius esset actioni facultatem habere sibi solvendi responderet. — Quod tamen unus ex tutoribus debet pupillo alia quam tutelæ causa, alter durante tutela petere nequit in iudicio, sed tantum cum auctore tutore pupillus agendi facultatem habet. Ita conciliantur leges 12, D. de administratione et periculo tutorum, et 24, D. de testamentaria tutela.

Administratio tutelæ impossibilis esset si tutor non perciperet pecunias pupillo debitas. Quum plures sunt tutores quibus administratio impertitur, uni recte solvitur, nisi testator declaraverit solutionem fieri consentiente altero tutore (L. 47, D. de administratione et periculo tutorum).

Ex oratione Severi tutor licentiam non habebat alienandi neque prædia rustica, neque mancipia rustica, neque ea quæ parens servanda in testamento vel codicillis scripserat (L. 1, D. de rebus eorum qui sub tutela). Constantinus decrevit prædia omnia et res mobiles quæ servari possunt sine corruptione, non licere tutori alienare vel oppignare (L. 22, Cod. de administratione tutorum).

Administratio quæ devolvitur tutori ad donationem non porrigitur (L. 46, § 7, D. de administratione et periculo tutorum).

Cum administratione congruit solutio debiti, transactio et novatio (L. 22, D. de administratione et periculo tutorum. — L. 46, § 7, eod. tit.)

Tutor præstat non solummodo dolum, sed etiam culpam.

Obnoxius est non solummodo actioni tutelæ, sed etiam actioni de rationibus distrahendis. Cum una ex his actionibus intenditur, altera evanescit. In duplum concipiebatur actio de rationibus distrahendis.

§ 2. — *De auctoritate tutorum.*

Vidimus quæ sit potestas tutoris, nunc intueamur

auctoritatem, id est naturam ipsius officii. Consideravimus qui actus ipsi permittantur, spectemus quomodo fiant.

Tutoris auctoritas non permiscenda est cum approbatione vel ratihabitione; est auctoritas aliquid speciale quod invenitur solummodo in tutela.

Illa auctoritas necessaria est pupillis cum obligantur; metuendum erat ne pejor fieret ipsorum conditio, accessio tutoris poscitur. Ex his patet non licere servo quid solvere sine consensu tutoris, quia debitor liberaretur.

Quidam actus necessario supponunt auctoritatem tutoris, et sine illa debilitantur, quamvis proficiant pupillo qui solus præsto fuerit. Hæreditatem vel bonorum possessionem acquirere nequeunt quoniam illi actus supponunt solummodo pupilli consensum qui vitiatur; in contractibus autem non solum pupillus adstat, sed etiam alii; ipsorum consensus perfectus est, ex his personis contractus vim accipit, dum in acquisitione hæreditatis vel bonorum possessionis pupillus assensum solus præbet.

Si nolit tutor auctoritatem præstare non cogendus est, nemo magis quam ille aptus est ad cognoscendum an res expediat pupillo; cæterum si negligens fuit, tenebitur iudicio tutelæ (L. 17, D. de auctoritate et consensu tutorum).

Si plures extant tutores et si administratio uni commissa est, hic solus auctoritatem præstabit, cæteri tanquam extranei habebuntur.

Tutor in rem suam auctor fieri non potest; nec in-

terest utrum per se, vel per personam interpositam negotio accedat (L. 5, § 6, D. de auctoritate et consensu tutorum). — Attamen auctor fieri potest tutor, quando negotium ipsi proficit, non principaliter sed per consequentias; veluti si hæreditas ejus qui erat tutoris debitor pupillo delata est, auctoritatem interponendi jus habet tutor (L. 1, pr. D. de auctoritate et consensu tutorum).

Ut recte interponatur auctoritas exigitur notitia certa negociationis, et quoque certam adhesionem. Ex eo tutor præses assentitur. Per epistolam vel per nuntium, si res gerenda significata fuisset, non de ea recertior factus fuisset sicuti præsens. (L. 9, § 5, D. de auctoritate et consensu tutorum).

Dat tutor adhesionem certam, cum declarationem edit (L. 3, D. de auctoritate et consensu tutorum). Igitur si tutor interrogatus an approbet, et respondeat vel per nuntium vel per epistolam, nihil agit.

Tutoris consensus pure intervenit, etiamsi conditionalis sit obligatio (L. 8, D. de auctoritate et consensu tutorum). Imo nihil efficiet, si auctoritati adjecerit conditionem quæ in obligatione invenitur.

DROIT FRANÇAIS.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA TUTELLE DES MINEURS.

L'homme, tant qu'il n'est pas arrivé à un certain âge, est généralement peu capable, souvent même tout à fait incapable, non seulement d'administrer ses affaires, mais encore de se diriger lui-même.

Si la mort ne venait frapper ceux auxquels il doit le jour, il trouverait dans la puissance paternelle toutes les garanties désirables, et le législateur, s'en rapportant à la tendresse de ses auteurs, ne lui chercherait pas d'autre guide. Malheureusement il n'en est pas toujours ainsi; il a donc fallu songer à lui donner un protecteur qui exerçât ses droits, le représentât dans la vie civile, dirigeât son éducation; en un mot, il a fallu lui donner un *tuteur*.

Fixer un terme à cet état d'incapacité, selon les facultés de chaque individu, était chose impossible; le législateur prenant alors pour point de comparaison la capacité naturelle, a fixé à vingt et un ans l'âge où devra cesser la nécessité d'un tuteur (388-488),

en permettant néanmoins de dégager de cette autorité ceux dont les facultés sembleraient plus précoces. (476-477-478).

L'époque fixée pour la fin de la tutelle a varié suivant les temps et les lieux, de même celui qui était en tutelle a porté différents noms : à Rome, on l'appelait *impubere*, *pupille* ; l'âge fixé pour la fin de la tutelle différait selon le sexe, c'était quatorze ans pour les mâles, et douze pour les femmes. Dans presque toute la France, la majorité était fixée à vingt-cinq ans pour l'un et l'autre sexe. Ce n'est que depuis la loi du 20 septembre 1792 qu'elle a été portée à vingt et un. *Mineur*, *pupille* sont les noms que l'on donne ordinairement à celui qui est en tutelle. On appelle *mineur émancipé* celui qui, âgé de moins de vingt et un ans, a été affranchi de la tutelle.

Nous n'avons à nous occuper aujourd'hui que des premiers.

Après avoir déterminé d'une manière générale les fonctions du tuteur, voyons d'abord combien il peut y avoir d'espèces de tutelles ; puis nous verrons l'origine et l'existence de chacun des pouvoirs qui concourent, soit à l'établissement, soit à la gestion de la tutelle.

CHAPITRE PREMIER.

Des différentes sortes de tutelles.

Le législateur, pour déférer la tutelle, s'est généralement basé sur l'affection, quelquefois sur le zèle

ou l'habileté. Aussi voyons-nous quatre sortes de tutelles. D'abord la tutelle du survivant des père et mère; puis, pour continuer leur œuvre, la tutelle déferée par le dernier mourant; ensuite, toujours suivant le même principe d'attachement, la tutelle légitime des ascendants; enfin, ne trouvant plus les liens du sang assez forts pour offrir toutes les garanties, le législateur, s'en rapportant à la sagesse du conseil de famille, établit la tutelle dative.

§ 1. — *De la tutelle du survivant des père et mère.*

La tutelle ne commence jamais qu'à la dissolution du mariage; nous en trouvons la preuve dans les différences qui existent entre le père administrateur et le père tuteur. Durant le mariage, pas de subrogé-tuteur, la mère, son attachement pour l'enfant en tiennent lieu; pas d'hypothèque légale sur les biens du père administrateur.

Après la dissolution du mariage la tutelle appartient, comme nous l'avons dit, au survivant des deux époux (390). Mais ici d'importantes différences distinguent la tutelle du père d'avec celle de la mère.

C'est une obligation pour le mari d'accepter la tutelle de ses enfants, il n'en est pas de même par rapport à la femme. Soit à cause de la faiblesse de son sexe, soit à cause de son peu d'expérience des affaires, elle peut faire nommer un tuteur à sa place; mais elle devra cependant garder l'administration jusqu'à la nomination de son remplaçant (394). La no-

mination, sur la demande de la mère, d'un subrogé-tuteur, nous semble, de sa part, une renonciation à ce droit.

C'est toujours en vue de cette inexpérience de la femme, que le législateur a permis au père mourant de nommer à sa femme tutrice un conseil, sans l'avis duquel elle ne pourra faire, soit aucun acte relatif à la tutelle, soit seulement tels ou tels actes désignés dans la nomination du conseil (391). Ce conseil, dont les membres seront choisis au gré du père pré-mourant, devra être nommé par lui, soit par acte de dernière volonté, soit par une déclaration faite par lui, ou devant le juge de paix assisté de son greffier, ou devant notaire (392).

Une troisième différence entre le mari tuteur et la femme tutrice, c'est que celle-ci perd la tutelle, alors qu'elle se remarie, à moins que le conseil de famille ne déclare lui continuer ses fonctions. Encore faut-il que le conseil ait été consulté avant le mariage (395); car, s'il en était autrement, sans doute il pourrait conserver à la mère ses fonctions de tutrice, mais par le mariage même elle aurait perdu sa qualité de tutrice légitime et ne serait plus considérée que comme tutrice dative.

La mère, conservée dans ses fonctions de tutrice par le conseil de famille, a nécessairement pour co-tuteur son nouveau mari, et conséquemment partage avec lui toute la responsabilité; en un mot, l'hypothèque légale pèse sur les biens de son mari comme sur les siens propres (396-2121). Il ne faudrait cepen-

dant pas étendre cette responsabilité aux actes antérieurs au mariage; telle n'a pas été, et telle ne pouvait être la pensée du législateur.

Dans le cas où la mère se serait remariée sans avoir convoqué le conseil de famille, et aurait ainsi indûment conservé la tutelle, d'une part elle devra continuer à administrer la tutelle jusqu'à ce qu'il lui soit donné un remplaçant, et d'autre part, son mari sera solidairement responsable avec elle de toutes les suites de la tutelle indûment conservée.

Ici se présentent deux questions fort importantes, deux questions résolues en sens différents par la plupart des auteurs, et dont la solution me semble résulter clairement des textes et de la discussion, soit au conseil d'état, soit au tribunal, lors de leur rédaction.

1° Le second mari de la femme qui n'a pas convoqué le conseil de famille, est-il responsable seulement de la gestion postérieure au mariage, ou l'est-il également de la gestion antérieure ?

2° L'hypothèque légale pèse-t-elle sur ses biens ?

Comme il n'entre pas dans les limites de notre travail, de discuter ici chaque question importante, mais bien plutôt de les citer et d'indiquer notre opinion à leur égard, nous nous bornerons à dire d'une part, que le législateur nous paraît avoir été animé de la même pensée, lorsqu'il a rédigé les articles 395 et 396, c'est-à-dire de l'intérêt du mineur qui doit avant tout nous préoccuper; que par conséquent, il n'a pu étendre à la gestion antérieure au

mariage la responsabilité du second mari; car le mari était bien légalement tuteur, et par conséquent tous ses actes ont été bien légitimement faits : d'autre part, que si le second mari n'a pas en droit le titre de co-tuteur, il l'est cependant bien en fait, et que nous ne voyons pas pourquoi on le traiterait plus favorablement que le co-tuteur de l'art. 396, en le dispensant de l'hypothèque légale qui pèse sur les biens de ce dernier.

Si le mari vient à mourir en laissant sa femme enceinte, et n'ayant pas d'autre enfant, on lui nommera un curateur au ventre qui sera, de droit, subrogé-tuteur de l'enfant (395.)

§ 2. — *De la tutelle déferée par le père ou la mère.*

Cette sorte de tutelle, connue généralement sous le nom de *tutelle testamentaire*, pour la distinguer de la tutelle déferée par le conseil de famille, doit, pour être valable, être donnée dans les formes énoncées en l'art. 392.

C'est ici un devoir individuel qui ne peut appartenir qu'au survivant des père et mère (397), et encore faut-il qu'il ait conservé la tutelle jusques à sa mort; il ne peut en effet transmettre plus de droits qu'il n'en a lui même.

Si c'est la femme remariée, et maintenue dans la tutelle qui nomme un tuteur après elle, ce choix devra être ratifié par le conseil de famille (400); mais malgré cette confirmation, le tuteur n'en sera

pas moins considéré comme tuteur testamentaire, et dès lors préférable aux ascendants.

Rien n'empêche de nommer aussi un tuteur sous condition. Nous pensons que l'on devra avoir recours à la tutelle dative, dans l'intervalle qui précèdera ou suivra l'événement de la condition.

On peut également nommer plusieurs tuteurs, mais tous ne pourront administrer; ils devront alors s'entendre pour déférer l'administration à l'un d'eux; s'ils ne le peuvent, le conseil de famille tranchera la question. Il est des cas où il devra en garder plusieurs, l'un sous le nom de tuteur, les autres avec le titre de pro-tuteur, ceux-ci seront chargés de l'administration des biens des colonies (417).

§ 3. — *De la tutelle légitime des ascendants.*

L'ancien droit français ne reconnaissait en principe que la tutelle dative; cette règle souffrait néanmoins de nombreuses exceptions. Ainsi, nous voyons, dans les pays de droit écrit, attribuer au père de famille, comme à Rome, la tutelle des enfants ou petits-enfants émancipés par lui : tandis que, dans les pays de droit coutumier, nous voyons certains édits ou arrêts de règlement, accorder cette tutelle au père ou à la mère et même aux ascendants mâles. C'est là sans doute que le législateur a pris les dispositions qui règlent la tutelle légitime. Aujourd'hui quand le survivant des père et mère est décédé sans nommer de tuteur, et après

en avoir lui-même rempli les fonctions jusques à sa mort, la tutelle passe à l'ascendant mâle le plus proche en degré (402). S'il y avait conflit, ce serait l'ascendant paternel qui devrait toujours être préféré (403.)

Que s'il n'y avait que des ascendants maternels, ce serait alors au conseil de famille à décider lequel serait nommé tuteur (404.) Mais nous devons bien observer que, pour qu'il y ait lieu à la tutelle légitime des ascendants, il faut que le dernier mourant des père et mère ait conservé la tutelle jusqu'à sa mort, et n'ait pas nommé de tuteur pour le remplacer, à moins toutefois que celui-ci ne soit mort avant le testateur. La tutelle pourra ainsi se transmettre d'un ascendant à l'autre, pourvu qu'ils remplissent tous les mêmes conditions.

§ 4. — *De la tutelle déferée par le conseil de famille.*

Nous arrivons maintenant à une quatrième espèce de tutelle, dite communément *tutelle dative*.

Il y a lieu à la nomination du tuteur par le conseil de famille, dans deux hypothèses bien distinctes :

1° Lorsqu'il n'existe ni père, ni mère, ni tuteur nommé par eux, ni ascendant mâle.

2° Lorsque le tuteur, quel qu'il soit, a été exclu ou valablement excusé (405.)

CHAPITRE II.

Du conseil de famille.

Le conseil de famille a pour but de nommer, exclure, destituer, dispenser ou décharger les tuteurs, subrogés-tuteurs et curateurs, de les autoriser à faire certains actes, de surveiller et vérifier la gestion du tuteur, et de donner son avis sur les diverses circonstances de la tutelle ou de la curatelle.

Il se compose du juge de paix comme président, et de six membres pris par partie égale dans chacune des deux branches. Ce sont toujours les plus proches parents ou alliés (407). Le parent a naturellement la préférence sur l'allié, quand il est en même ligne, et lorsque le concours existe entre deux parents ou deux alliés au même degré, c'est le plus âgé qui l'emporte; s'il n'y a pas suffisamment de parents ou d'alliés dans une branche, le juge de paix convoque des amis, sans pouvoir compléter une ligne par des parents ou alliés de l'autre. Le juge de paix a néanmoins la faculté d'appeler, dans n'importe quelle ligne, ceux des parents ou alliés qui appartiennent aux deux (409.)

Une latitude assez grande est encore laissée au juge de paix dans la composition du conseil de famille. Ainsi, il peut, pour convoquer les parents ou alliés, dépasser les deux myriamètres indiqués à l'art. 407, s'ils sont en nombre insuffisant (409), ou bien

s'il existe des parents plus proches en degré, ou d'un degré égal; quant aux amis, il ne peut appeler que ceux qui demeurent dans la commune même.

Le nombre de six, que nous avons indiqué tout à l'heure, peut être augmenté dans le cas de frères germains, ou même de sœurs germaines. Quel que soit leur nombre, ils sont tous, de droit, membres du conseil (406). Alors ils complètent le conseil à eux seuls. Les ascendants et ascendantes aussi, ont le même privilège. Ils doivent toujours être appelés au sein du conseil de famille, comme membres honoraires, alors même qu'ils ont été excusés de la tutelle, et que conséquemment ils ne peuvent être nommés membres du conseil.

C'est toujours au domicile où s'est ouverte la tutelle, que devra se réunir le conseil de famille. Une seule exception nous semble pouvoir être faite à cette règle, c'est dans le cas de tutelle du survivant des père et mère; leur attachement pour leurs enfants nous offre assez de garanties pour que nous puissions les autoriser à faire convoquer un conseil de famille, toutes les fois qu'il en sera besoin, là où sera leur domicile actuel.

Le juge de paix devra convoquer les membres du conseil de manière à ce qu'il s'écoule trois jours francs entre la convocation et la réunion, et ce délai devra être augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance (411). Les membres ainsi convoqués ont le droit de se faire représenter par un mandataire ayant même capa-

cité qu'eux-mêmes ; ils ne devront pas, du moins en règle générale, leur donner de mandat impératif (412).

Si l'un des membres ne comparait point, et qu'il n'ait pas d'excuse valable, il peut être condamné à payer une amende qui ne pourra excéder cinquante francs (413). Si, au contraire, son excuse est valable et que sa présence paraisse au juge de paix d'une grande utilité pour le mineur, le conseil pourra être ajourné ou prorogé (414). Le conseil étant en nombre, c'est-à-dire s'il y avait plus des trois quarts des membres convoqués de présents, on passerait outre (415).

Dans l'ancien droit, le juge, sur l'avis des parents, nommait le tuteur. Ordinairement, il se conformait à leur décision, lorsqu'elle était prise à l'unanimité, ou à une forte majorité. De là sans doute, la nécessité exigée aujourd'hui de la majorité absolue, dans les délibérations du conseil de famille. C'est pour faciliter cette majorité que l'on a donné au juge de paix, non seulement voix délibérative, mais encore voix prépondérante, en cas de partage (416). Quelquefois cela ne suffira pas cependant, et nous nous trouverons obligés d'avoir recours à l'art. 417 du Code Pénal, qui veut que, lorsque plusieurs avis se présentent, les membres dissidents soient tenus de se réunir à l'un des deux qui a déjà obtenu le plus de voix. Malgré cela, il est des cas où nous ne pourrions appliquer cet article 417. Si, par exemple, trois opinions se trouvent avoir obtenu le même nombre de voix chacune, et une seulement avoir la majorité, alors, au lieu d'appeler au sein du conseil un nouveau membre, comme le proposent plusieurs auteurs, nous

croions plus conforme à la volonté du législateur, de soumettre le cas aux tribunaux.

L'art. 883 du Code de procédure, qui nous inspire cette décision, rend du reste la discussion au sujet des différentes majorités bien moins importante, puisqu'il permet d'attaquer les délibérations du conseil, toutes les fois qu'elles n'ont pas été prises à l'unanimité.

Nous devons dire ici que ce serait à tort que l'on considérerait les délibérations des conseils de famille comme des jugements; ce sont de simples décisions, qui n'ont nullement besoin d'être motivées, à moins que la loi ne l'exige spécialement, comme dans l'art. 447; et loin de constituer une première juridiction, elles peuvent être attaquées non seulement devant le tribunal de première instance, mais encore devant la cour d'appel.

N. B. Le législateur, en traçant les règles que nous venons d'indiquer sur les différentes sortes de tutelles, n'a eu en vue que les enfants légitimes.

Une loi du 15 pluviôse an XIII, a donné pour tuteur, aux enfants qui sont dans les hospices, l'un des administrateurs de ces mêmes hospices. C'est la commission administrative de l'hospice, qui leur tient lieu de conseil de famille. Les biens des administrateurs ne sont point grevés de l'hypothèque légale.

Quant aux enfants naturels, la discussion au conseil d'état prouve qu'on n'y a même pas songé. Ces enfants nous semblent devoir être placés en tutelle dès leur naissance. La tutelle n'appartient de droit qu'au sur-

vivant des père et mère légitimes, ou à leur défaut aux ascendants; il est clair qu'il n'y aura pas lieu ici à cette tutelle, puisque d'une part il s'agit de père naturel, et que d'autre part il ne peut y avoir d'ascendant, partant point de tutelle testamentaire possible. Il ne peut donc y avoir lieu qu'à la tutelle dative. Mais par qui sera-t-elle conférée? Nous pensons que ce serait au juge de paix du lieu de la naissance, à faire convoquer, s'il le juge à propos, des personnes qu'il supposerait devoir prendre intérêt à l'enfant; que si le conseil ne pouvait ainsi être régulièrement convoqué, on aurait recours à la municipalité, qui jouerait alors à leur égard le même rôle que la commission administrative des hospices.

CHAPITRE III

Du subrogé-tuteur.

Lorsque le conseil de famille ne déférera pas lui-même la tutelle, son premier acte sera de nommer un subrogé-tuteur au pupille (420). Si au contraire la tutelle est dative, le tuteur et le subrogé-tuteur devront être nommés par le même acte (421).

Le conseil de famille doit toujours être convoqué par le juge de paix, ainsi que nous l'avons dit; quand il s'agira de nommer un tuteur, ce sera tantôt d'office, tantôt à la requête des parents ou intéressés; mais quand il s'agira de nommer un subrogé-tuteur, ce devra être à la diligence du tuteur. Le retard qu'il

y mettrait serait toujours à son préjudice, et s'il y avait quelque dol de sa part, on pourrait provoquer sa destitution (421).

Chez les Romains, le subrogé-tuteur n'était pas connu, on nommait au pupille plusieurs tuteurs, et ceux qui ne géraient pas, surveillaient l'administration et représentaient le pupille, lorsqu'il avait des intérêts opposés à ceux du tuteur administrateur. (L. 24, D. *de testamentaria tutela.*)

Chez nous, le devoir du subrogé-tuteur consiste à surveiller le tuteur; il n'agit que dans des cas particuliers, et alors que le tuteur est empêché, par exemple, quand il s'agit de consentir au tuteur le bail des biens du pupille (450). Il remplit aussi les fonctions de tuteur entre deux tutelles, et toutes les fois que les intérêts du tuteur sont opposés à ceux du pupille (420).

Sa qualité ne lui enlève pas plus qu'au tuteur, le droit de voter dans le conseil de famille, s'il en est membre; le tuteur cependant ne peut voter, quand il s'agit de nommer un subrogé-tuteur (423). Tous deux peuvent également être pris parmi les parents, sans que rien cependant oblige le conseil à les choisir parmi eux, mais jamais dans la même branche. Il y a cependant exception pour le cas de frères germains, ou de maris de sœurs germaines.

Les fonctions du subrogé-tuteur ne finissent en général qu'avec la tutelle; cependant sans parler, des causes de destitution que nous verrons plus loin, le conseil de famille peut lui retirer son mandat, lorsqu'il

s'agit de nommer un nouveau tuteur au mineur. On comprend assez les motifs de cette décision.

CHAPITRE IV.

Des causes de dispense ou de privation de la tutelle.

Nous pouvons ramener à trois les causes qui peuvent empêcher ou dispenser d'exercer la tutelle. Ce sont : 1^o les causes d'incapacité ; 2^o les causes d'indignité ; 3^o les causes de dispense.

§ 1. — *Des causes d'incapacité.*

Les causes d'incapacité, à la différence des causes d'indignité qui provoquent l'exclusion ou la destitution, n'ont rien de déshonorant et ne sont en général que temporaires. Elles s'étendent également à la tutelle et à la curatelle. Elles frappent :

1^o Les mineurs à l'exception des père et mère légitimes du pupille, et encore ceux-ci n'ont-ils pas plus de droit, quand il s'agit de la gestion des biens du pupille, qu'ils n'en ont pour celle de leurs biens propres.

2^o Les interdits, ou ceux qui ont reçu un conseil judiciaire.

3^o Les femmes, excepté la mère, et les ascendantes.

4^o Tous ceux qui ont, ou dont les père et mère

ont, avec le mineur, un procès qui compromet, soit l'état, soit en tout ou en partie la fortune de ce même mineur (442).

Comme nous l'avons dit, les causes d'incapacité peuvent le plus souvent n'être que temporaires, ainsi de la minorité, de l'interdiction ou de l'existence d'un procès; bien plus, nous voyons que ces deux dernières peuvent quelquefois survenir au milieu de la tutelle.

§ 2. — *Des causes d'indignité.*

Nous avons déjà vu plus haut que les causes d'indignité motivaient tantôt l'exclusion, tantôt la destitution du tuteur, selon qu'il était ou non entré déjà en fonctions.

Parmi ces causes d'indignité, les unes opèrent de plein droit, ce sont : la condamnation à une peine infamante (443), ou bien une sentence correctionnelle qui interdit formellement l'exercice des fonctions de tuteur. Nous devons même faire observer que, hors le cas de condamnation pour excitation à la débauche, le conseil de famille peut parfaitement conférer la tutelle de leurs enfants à ceux qui ont été condamnés à l'une des peines énoncées plus haut. Les autres causes d'exclusion ou de destitution sont : une inconduite notoire, ou bien encore l'incapacité ou l'infidélité attestées, soit par la gestion de la tutelle, soit par toute autre gestion récente ou actuelle (444). Ces dernières causes ne sont que des

motifs, et ne peuvent entraîner l'exclusion ou la destitution que lorsqu'elle aura été prononcée par le conseil de famille. La décision du conseil de famille pourra toujours, dans ce cas, être attaquée devant le tribunal de 1^{re} instance, par le tuteur exclu ou destitué, et il sera statué par la cour d'appel en dernier ressort. Le tuteur ou le subrogé-tuteur ainsi écarté pourra conserver l'administration, à moins qu'il n'ait adhéré à la délibération du conseil de famille. Dans le cas contraire, ce sera au subrogé-tuteur à obtenir un jugement qui le prive provisoirement de la gestion.

Les causes d'indignité, comme celle d'incapacité, privent également du droit de faire partie d'un conseil de famille; cependant, comme l'importance d'une voix dans le conseil est bien moindre que celle de la gestion, nous n'étendrons au conseil de famille les deux dernières causes d'indignité, qu'autant qu'elles auront déjà écarté d'une tutelle.

Le conseil de famille peut quelquefois, sans qu'il y ait aucun motif d'incapacité ni d'indignité, retirer la tutelle qu'il a conférée lui-même. Il le peut encore, comme nous l'avons vu, alors que la mère tutrice s'est remariée sans son consentement.

§ 3. — *Des causes de dispenses.*

Parmi les causes qui dispensent de la tutelle, les unes dispensent à *suscienda et à suscepta*, les autres à *suscienda*, quelques-unes à *suscepta*. C'est toujours le conseil de famille qui décide de leur valeur;

mais, comme nous le savons, le tribunal de première instance et la cour d'appel pourront être appelés à se prononcer sur cette décision.

Si le tuteur est nommé par le conseil de famille et qu'il soit présent, les excuses devront être présentées par lui immédiatement (458). Dans le cas contraire, il aura pour les présenter un délai de trois jours francs, à partir de la notification qui lui en aura été faite; ce délai s'augmentera d'un jour par trois myriamètres de distance. Le tuteur qui le laisserait passer sans réclamation, serait censé renoncer à ses causes d'excuses (459). Quant aux causes d'excuses à *suscepta*, il aura pour les présenter un mois à partir du jour où la cause est née.

Les personnes qui peuvent être dispensées à *suscipienda* et à *suscepta* sont : le président de la République — les ministres — les représentants du peuple — les présidents et conseillers de la cour de cassation, de la cour des comptes et du conseil d'Etat — le procureur-général et les avocats-généraux à la cour de cassation — les préfets — tous les citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle s'établit — les militaires en activité de service, et tous autres citoyens qui remplissent hors du territoire français une mission du gouvernement. Si la mission articulée comme excuse n'était pas authentique, ce serait à celui qui veut se faire dispenser à produire un certificat du ministre; mais en attendant il devrait administrer. — L'âge de 70 ans révolus peut encore dispenser de la

tutelle et en décharger à quelque âge du reste qu'on l'ait acceptée. Enfin, nous citerons encore les infirmités graves.

Les autres causes de dispense, mais qui n'ont d'effet qu'à *suscipienda*, sont l'âge de 65 ans révolus, tandis qu'à Rome il fallait avoir 70 ans révolus. — Le sexe qui, comme nous l'avons vu, n'a besoin d'être invoqué que par la mère survivante ou par l'ascendante qu'aurait nommée le conseil. — L'existence de deux tutelles ou subrogé-tutelles, parmi lesquelles la qualité d'époux ou de père légitime pourra compter pour une. — Le nombre de cinq enfants existants ou représentés par une descendance légitime, ou bien encore morts au service. A Rome, dans les premiers temps ils devaient être tués *in acie*; plus tard, on étendit la disposition à ceux qui étaient morts *tempore belli*; la disposition de notre Code est, comme on le voit, beaucoup plus large. — Enfin, la tutelle ayant été considérée de tout temps comme une charge, et surtout comme une charge de famille, le tuteur nommé par le conseil pourra parfaitement se faire excuser, s'il existe dans un rayon de quatre myriamètres quelque parent ou allié du mineur en état de gérer la tutelle. Nous croyons que l'on pourrait étendre cette disposition aux parents éloignés du mineur.

Il existe enfin, du moins à notre avis, deux causes de dispense ou plutôt de décharge à *suscepta*. Ce sont : 1° le cas où les motifs d'excuse du premier tuteur tirés de ses fonctions ou de ses infirmités viendraient à cesser; 2° l'obligation postérieure de gérer

la tutelle de ses enfants, alors que l'on a déjà trois pupilles.

Le tuteur pourra évidemment se pourvoir contre la décision du conseil qui n'aura pas admis ses excuses; mais s'il succombe, c'est lui qui supportera les dépens, tandis que dans le cas contraire le tribunal devra, selon les circonstances, les faire tomber, soit sur le pupille lui-même dont l'intérêt était en cause, soit sur les membres du conseil qui auraient agi trop légèrement.

CHAPITRE V.

De l'administration du tuteur.

Nous avons vu jusqu'ici tous les divers éléments dont se compose la tutelle; nous allons maintenant nous occuper de son administration.

A Rome, le tuteur avait généralement l'éducation du pupille; elle pouvait cependant quelquefois lui être enlevée. Chez nous, tant que le père ou la mère existent, alors même qu'un autre aura la tutelle, ils n'en conserveront pas moins l'éducation de leurs enfants, si toutefois il n'y a pas de raisons très graves pour la leur enlever. Cela ressort en effet de l'article 381, qui accorde le droit de correction, non pas à la mère tutrice légale, mais bien à la mère survivante. C'est encore le survivant des père et mère qui autorisera le pupille à contracter mariage, et lorsqu'il n'existera pas d'ascendant (148, 149).

150 et 160) ce sera le conseil de famille; le tuteur n'aura que son avis.

Le droit d'éducation ne fait nullement partie essentielle de l'administration du tuteur; cependant nous pouvons dire qu'en principe, hormis le cas de père ou mère survivant, il appartiendra au tuteur, qui devra l'exercer sous la surveillance du conseil de famille. Quelquefois même le conseil de famille, guidé par le plus grand intérêt de l'enfant, confiera son éducation à une autre personne, à une aïeule ou à une tante, par exemple, s'il s'agit d'une fille. Du reste quel que soit le lieu de la résidence du pupille, ce sera toujours chez son tuteur que sera son domicile.

Lorsque l'éducation sera confiée au tuteur, et qu'un débat s'élèvera entre le conseil et lui, ce sera au tribunal à statuer.

Comme conséquence du droit d'éducation, se présente le droit de correction; il appartiendra seulement dans ce cas au tuteur, qui ne pourra l'exercer qu'en se conformant aux prescriptions de l'art. 377, et après avoir obtenu l'autorisation du conseil de famille.

La mère remariée et maintenue dans la tutelle, n'aura ce droit de correction que comme tutrice et non comme mère.

A Rome le tuteur complétait la personne du pupille; il l'accompagnait dans tous les actes de la vie civile; par sa présence, par son concours, il lui donnait la force nécessaire. Chez nous au contraire, le tuteur représente le pupille, agit en son nom dans

tous les actes civils, dans toutes les instances où il est engagé, tant comme demandeur que comme défendeur, et dans toutes les conventions qui l'intéressent ; en un mot il est son mandataire légal. Le système du droit Romain était peut-être préférable ; car il habitait le pupille, encore tout jeune, à manier les affaires, tandis que chez nous il se trouve jeté, pour ainsi dire, dans un monde le plus souvent entièrement neuf pour lui, et où quelquefois il paie de sa fortune son inexpérience.

Un seul acte peut être fait par le mineur lui-même et sans aucune autorisation, c'est son testament ; encore faut-il qu'il soit âgé de 16 ans (904).

Il est d'autres actes qu'il peut faire par lui-même ; mais avec l'autorisation de ses ascendants ou de son conseil de famille. Nous avons déjà dit comment il pouvait se marier ; de même, il peut faire toutes conventions matrimoniales avec l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire au mariage (1398.)

Enfin, dans les contrats qui engagent sa liberté personnelle, il peut encore traiter lui-même avec l'assistance des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve (L. 22 germinal an XII) ; par exemple, l'apprentissage.

Les dépenses nécessitées par l'éducation du mineur ne sont pas à la charge du tuteur ; elles doivent être prises sur le revenu du pupille, et c'est le conseil de famille qui doit déterminer leur montant (454).

Tels sont les devoirs du tuteur envers la personne du pupille. Nous allons nous occuper maintenant de ses devoirs à l'égard du patrimoine du mineur. Comme nous le verrons bientôt, s'il représente le mineur, on ne peut pas dire qu'il le représente d'une manière bien complète; car, il est certains actes qu'il ne peut faire sans le consentement du conseil de famille; il en est d'autres pour lesquels il lui faut l'homologation du tribunal.

En principe le tuteur peut faire seul tous actes qui ne lui sont pas interdits par la loi. Il doit gérer les biens du pupille en bon père de famille, c'est-à-dire comme un propriétaire soigneux. La loi cite plusieurs actes qu'il peut faire seul. Occupons-nous d'abord de ceux qu'il est obligé de faire dès son entrée en fonction.

§ 1. — *Des obligations du tuteur en entrant en gestion.*

Nous n'avons pas à répéter ici ce que nous avons déjà dit sur l'époque à laquelle commencent les fonctions des différentes sortes de tuteurs, mais bien à nous occuper des actes qu'ils sont tenus de faire dès leur entrée en gestion.

Dans les dix jours qui suivent celui de son entrée en fonction, le tuteur devra requérir la levée des scellés, qui auraient été apposés sur les biens dont le mineur est héritier, et il devra immédiatement en faire dresser inventaire, sous la surveillance du subrogé-tuteur (451). Cet inventaire, base du compte

de tutelle, est très important, et le tuteur qui commencerait sa gestion avant de l'avoir fait, agirait tout au moins d'une manière imprudente. L'inventaire doit contenir la description et l'estimation de tous les effets mobiliers de la succession, tant de l'actif que du passif; quant aux immeubles, il ne pourra, la plupart du temps, mentionner que les titres de propriété. Nous avons dit qu'il devait contenir l'estimation du passif mobilier, souvent ce sera difficile; mais il devra toujours exprimer les créances du tuteur sur le pupille, et ce à peine de déchéance; cependant si l'officier public, c'est-à-dire le notaire, avait omis d'interpeller à ce sujet le tuteur, le tribunal pourrait encore l'autoriser à prouver ces créances.

D'après l'art. 819, les scellés devaient être apposés d'office, toutes les fois qu'un mineur était intéressé dans une succession. Ce système, qui avait beaucoup d'inconvénients, parce qu'il entraînait souvent des lenteurs et des frais inutiles, a été modifié par l'art. 911 C. P., qui n'exige l'apposition des scellés qu'autant qu'il n'existe pas de tuteur.

La question de savoir si le délai de dix jours est obligatoire pour l'époux légitime et marié en communauté, que ce soit lui qui gère la tutelle ou non, question très controversée du reste, nous semble devoir être résolue par la négative. En effet, l'obligation d'inventorier, imposée au tuteur, disparaît devant cette même obligation imposée à l'époux survivant. Or l'art. 1442, qui punit le défaut d'inventaire par la perte de l'usufruit légal, ne prescrit aucun délai pour sa confection, et

par conséquent l'époux rentrant sous l'empire du droit commun, a trois mois pour faire inventaire (795-1456).

Le défaut d'inventaire de la part du tuteur, autorise le mineur à prouver par commune renommée la consistance du mobilier, et le tuteur en sera responsable solidairement avec le subrogé-tuteur, coupable d'avoir négligé d'exiger cet inventaire.

Il ne faut pas croire, cependant, que le tuteur soit toujours soumis à cet inventaire. Il n'y sera tenu que lorsque la tutelle s'ouvrira par la mort d'une personne dont le mineur est héritier; du reste, cette obligation se représentera chaque fois que, dans le cours de la tutelle, le mineur viendrait à perdre un parent dont il devrait hériter.

Dans tous les autres cas, le tuteur en sera dispensé. Lorsqu'il remplacera un autre tuteur, il devra simplement se faire rendre les comptes de son prédécesseur, comptes qui devront être vérifiés par le subrogé-tuteur. Il devra, à la même époque, faire déclaration des créances qu'il pourrait avoir contre le pupille, toujours cependant sous la modification que nous avons indiquée plus haut; car, si l'erreur de droit ne peut profiter quand il s'agit de faire un gain, en revanche on peut l'opposer quand il s'agit d'éviter une perte.

Le tuteur n'est pas obligé de faire inventaire, lorsque la personne à qui le mineur a succédé, l'en a dispensé, à moins toutefois que le mineur ne soit héritier à réserve. Si le mineur non héritier à réserve avait pour co-institué un héritier à réserve, ce serait à ce dernier à provoquer l'inventaire. Nous croyons

que, dans le premier cas, le testateur peut non seulement dispenser, mais même défendre de faire l'inventaire. Il en serait autrement si le mineur était héritier à réserve, car le testateur ne peut lui enlever le moyen de connaître sa réserve. Ce serait néanmoins une erreur de penser que le tuteur est absolument dispensé de toute espèce d'inventaire. Dans le cas précité, sans doute le testateur a le droit de le dispenser de faire un inventaire en règle; mais il devra toujours dresser un état particulier de la fortune du mineur, état qui devra être approuvé par le subrogé-tuteur, et qui servira plus tard de base à la reddition des comptes. Nous examinerons en temps et lieu, si le pouvoir du testateur pourrait aller jusqu'à dispenser le tuteur de rendre ses comptes.

Les meubles se détériorent promptement par l'usage, plus souvent peut-être par le non-usage; aussi le tuteur devra-t-il, dans le mois qui suivra son inventaire, procéder à la vente de ceux qui seraient inutiles au pupille, et dont la conservation n'aurait pas été autorisée par le conseil de famille. Il devra, pour faire cette vente, se conformer aux prescriptions de l'art. 452. Ce n'est pas seulement la production, mais bien plutôt l'utilité, quelquefois même les souvenirs qui se rattachent à certains meubles, qui devront être consultés par le conseil de famille.

L'art. 384 accorde aux survivants des père et mère, l'usufruit des biens de leurs enfants âgés de moins de 18 ans. Nous croyons qu'ils seront dès lors dispensés de vendre les meubles de leur enfant pupille; seule-

ment ils devront se comporter à leur égard en véritables usufruitiers, moins, bien entendu, l'obligation de donner caution (601). A l'époque de la cessation de leur usufruit légal, si le pupille est encore mineur et non émancipé, ils devront se conformer aux dispositions de l'art. 452. Nous voyons dans l'art. 453, qu'ils sont obligés, alors qu'ils optent pour la jouissance, de faire faire à leurs frais un acte estimatif à juste valeur, par un expert nommé par le subrogé-tuteur et qui prêtera serment devant le juge de paix. Cet acte fixera la somme qu'ils auront à payer pour chacun des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature, et que cependant leur titre d'usufruitier les obligerait à rendre. L'inventaire ne contenant en général qu'une estimation approximative, nous croyons qu'il devrait être recommencé à leurs frais.

Le tuteur, autre que le survivant des père et mère, et encore même quelquefois celui-ci, devra faire ordonner par le conseil de famille, la somme à laquelle devront se borner les dépenses du pupille. Il ne faut cependant point croire que ce soit là un forfait entre le conseil de famille et le tuteur ; ce dernier n'en est pas moins obligé de rendre compte, et si la somme tout entière n'est pas dépensée, le reliquat restera au pupille. Le tuteur qui omettrait cette formalité, serait tenu à un compte beaucoup plus sévère. Quelquefois le revenu ne suffisant pas, le conseil de famille autorisera à prélever sur le capital, mais cette mesure sera très rare et ne devra être prise que lorsque l'intérêt du pupille l'exigera véritablement.

Le tuteur doit encore faire fixer par le conseil la somme à laquelle commencera pour lui l'obligation de faire emploi des deniers du pupille. Si, dans les six mois à partir de la réalisation de la somme fixée, le placement n'était pas fait, il en devrait l'intérêt (455); que s'il n'avait pas fait fixer cette somme, il devra, dans les six mois à dater du jour de la perception, faire emploi de la somme, même la plus minime (456). Enfin s'il était lui-même débiteur du pupille, il devra les intérêts à compter du jour de l'échéance.

§ 2. — *Des actes que le tuteur peut faire dans le consentement du conseil de famille.*

Tous les actes que la loi réputé, actes de simple administration et de conservation de biens, sont essentiellement dans les attributions du tuteur, et celui-ci peut légalement les faire sans aucune autorisation. Bien entendu, conformément à l'art. 450, il répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion, et comme nous l'avons déjà vu, le mineur a pour garantie une hypothèque légale sur tous ses biens (2121).

Le tuteur peut passer des baux des biens du mineur, tant de ses héritages ruraux que de ses maisons; toucher les fermages et loyers, et en donner bonne et valable quittance; seulement, pour la durée et l'époque du renouvellement des baux, l'art. 1718 le soumet

aux règles prescrites au mari administrateur des biens de sa femme, par les art. 1429 et 1430. La similitude entre la position du mari et celle du tuteur n'est cependant pas complète.

Le mari pas plus que le tuteur ne peuvent faire de baux excédant une période de neuf années; tout bail plus long devrait être ramené à cette période. Les baux des biens ruraux ne peuvent non plus être renouvelés plus de trois ans avant la fin de la période de neuf ans, et ceux des maisons plus de deux. Malgré cette prohibition, les baux qui auraient une durée de plus de neuf ans, sont valables pour les biens de la femme, tant que dure la communauté, et à partir de l'expiration de la communauté, ils vaudront pour tout le temps qui restera à courir de la période de neuf ans, dans laquelle se trouvera le preneur. Peut-il en être de même pour les baux passés par le tuteur, et dirons-nous que le mineur devra exécuter un bail qui serait parvenu à sa onzième année, ou qui aurait été renouvelé quatre ans avant son expiration? Evidemment non. Bien plus le tuteur, selon nous, pourra lui-même réclamer la nullité d'un bail qu'il aurait ainsi consenti pour une période de plus de neuf années, et le faire restreindre à cette période.

Les baux pourront être passés indifféremment, soit en forme authentique, soit sous seing privé.

Nous devons étendre aux meubles qui étoient au mineur pendant le cours de la tutelle, par succession, donation, legs ou autrement, la mesure prescrite par l'art. 452.

Mais ici, nous devons faire une distinction, entre les meubles corporels et les meubles incorporels. Ces derniers n'ont généralement besoin d'aucune affiche ni publication, ils se vendent rarement aux enchères, et d'ailleurs la plupart du temps le tuteur ne peut les vendre sans autorisation. D'après la loi du 24 mars 1806, il peut vendre, seul et sans autorisation, le titre de rente sur l'état dont la valeur nominative ne représente pas plus de cinquante francs de rente. Un décret du 25 septembre 1813 a étendu ces dispositions aux actions de la banque de France. Il est bien entendu que l'on prend toujours pour terme de comparaison la valeur lors de la création, et non la valeur actuelle qui peut varier chaque jour. La loi ne disant rien des rentes sur particuliers, nous aurons recours aux mêmes principes; seulement, par analogie des art. 636 et suiv. du code de procédure, nous exigerons que la vente soit faite aux enchères reçues par un notaire, et précédées d'affiches et publications; la valeur réelle de la rente ne pouvant être autrement constatée. Quant aux autres rentes qui ont un cours public, nous croyons qu'on peut leur appliquer la loi du 24 mars 1806 et le décret de 1813.

Le tuteur reçoit le paiement des créances du mineur et libère valablement les débiteurs. Il doit poursuivre le paiement de toute dette exigible, et s'il le négligeait, les intérêts courraient à sa charge, à dater des six mois qui suivraient le jour de l'échéance, alors même que la dette première n'en produisait pas.

Le tuteur a le droit d'exercer, tant comme deman-

deur que comme défendeur, toute action mobilière au nom du pupille. Quant aux actions immobilières, il peut suivre celles qui auraient été intentées par l'auteur du pupille. Il peut également défendre à toute action immobilière, ainsi qu'à toutes demandes en partage (464 et 465.) — Nous verrons plus tard quand ce partage doit être considéré comme définitif, et quand il ne doit être considéré que comme provisionnel. Nous croyons que le tuteur peut toujours provoquer ce dernier sans autorisation préalable. Il peut et doit exercer toute action possessoire et toute action interruptive de prescription.

Nous avons déjà vu comment étaient fixées les sommes qu'il avait le droit d'employer pour le mineur; cependant il est tel cas pressé où il a le droit de dépasser cette somme sans autorisation.

Il peut toujours acquérir, placer pour le mineur avec l'argent qu'il reçoit de ses créanciers, nous avons vu quels délais lui étaient donnés pour cela, cependant si, durant ces délais, il avait fait emploi de la somme à son profit, il est clair qu'il serait redevable des intérêts au mineur. De même, s'il est lui-même débiteur, il devra les intérêts du jour de l'échéance, s'il n'a pas joint la somme due à la fortune du mineur. Dans le cas contraire, il aura six mois pour faire le placement; on ne voit pas en effet pourquoi il serait traité plus rigoureusement que tout autre débiteur.

Tels sont les principaux actes que le tuteur peut faire sans le conseil de famille. Quant à ceux que nous n'avons pas mentionnés, il suffit, pour en régler

les effets, de nous rappeler ce principe : que le tuteur, représentant le mineur dans la vie civile, a droit de faire librement tous actes qui ne lui sont pas interdits par la loi, sauf à répondre de sa mauvaise gestion. Dès lors, nous devons reconnaître comme certain que, toutes les fois que le tuteur n'a pas excédé les limites de son mandat, ses actes sont obligatoires pour le mineur, et que celui-ci n'en peut demander la nullité ni la rescision, pour cause de lésion. C'est à tort que l'on invoque dans l'opinion contraire les art. 1304, 1305 et 1311 qui, d'après nous, ne s'occupent que des actes que le mineur a passés lui-même et qu'il ne pouvait consentir dans son état d'incapacité. Si le pupille se plaint de quelque lésion de la part de son tuteur, il peut le poursuivre, il a pour garantie l'hypothèque légale qui pèse sur tous ses biens.

§ 2. — *Des actes que le tuteur peut faire avec l'autorisation du conseil de famille.*

Nous arrivons maintenant à une catégorie d'actes beaucoup plus importants, et pour lesquels la loi restreignant le pouvoir du tuteur, ne lui permet d'agir qu'en vertu d'une délibération du conseil de famille.

Le tuteur peut accepter ou répudier une succession échue au mineur, avec l'autorisation du conseil de famille (461.) Toutefois l'acceptation ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire. Malgré cette restriction, le mineur peut avoir intérêt à ne pas accepter, l'héritier bénéficiaire étant comme tout héritier

tenu au rapport, à moins de dispense, et ne pouvant non plus réclamer ce qui lui a été légué, si le legs n'a été fait par préciput et hors-part.

L'art. 462 permet encore au mineur d'accepter, soit par son tuteur autorisé, soit plus tard par lui-même, la succession déjà répudiée. Cette disposition est reproduite par l'art. 790, au titre des successions, en faveur de tous héritiers qui auront déjà renoncé.

Cependant il est une modification que l'on doit apporter en faveur du mineur. Sans doute ce dernier sera, comme dans le cas de l'art. 790, tenu de respecter les actes légalement faits, pendant la vacance, par le curateur de la succession; mais il ne sera pas forcé de reconnaître les droits acquis par prescription. La prescription en effet ne court pas contre le mineur (2252), et son acceptation ayant un effet rétroactif, il est censé propriétaire, du jour de l'inventaire de la succession.

Le tuteur, muni de l'autorisation du conseil de famille, peut encore accepter toute donation en faveur du pupille. Ici la nécessité de l'autorisation devient moins évidente; cependant il peut y avoir des charges qui rendent la donation onéreuse; ses motifs peuvent n'en être pas moralement avouables.

C'est à tort, que quelques personnes citent, comme exception à la règle qui prescrit la nécessité de l'autorisation, les tuteurs légitimes. Ce n'est plus en effet comme tuteur, mais bien comme ascendant qu'ils font l'acceptation (935). Nous pouvons étendre aux legs ce que nous avons dit des successions et donations.

Le tuteur, que nous avons vu parfaitement libre d'intenter en justice toute action relative à des droits mobiliers, et d'acquiescer à des demandes relatives aux mêmes droits, n'a plus la même liberté quand il s'agit de droits immobiliers. L'importance que les rédacteurs du code attachaient aux droits immobiliers, nous explique comment l'art. 464 exige en pareil cas l'autorisation du conseil de famille. Que si cependant le tuteur intentait une action immobilière contre un tiers et cela sans autorisation préalable, il faudrait distinguer : le mineur succomberait-il, il n'en pourrait pas moins alléguer plus tard que son tuteur a outrepassé son mandat et dès lors recommencer l'instance ; au contraire, le tiers qui serait ainsi condamné, n'aurait plus aucun recours (1125.)

Le tuteur a encore besoin de l'autorisation du conseil de famille, quand il s'agit de provoquer un partage. Il est souvent avantageux d'attendre pour provoquer un partage, c'est au conseil à être juge de l'opportunité. L'art. 466 prescrit les règles qui devront être suivies pour que le partage ait, à l'égard du mineur, tous les effets qu'il aurait entre majeurs. Ces mêmes règles devront être suivies, non seulement lorsque le tuteur provoquera le partage avec autorisation, mais aussi lorsque, conformément à l'art. 465, il répondra à une demande dirigée contre le mineur. Tout partage fait en dehors de ces règles ne serait que provisionnel, c'est-à-dire n'aurait d'effet que quant à la jouissance, et pour une durée qui ne saurait excéder cinq années ; du reste, le tuteur aurait toujours qua-

lité pour procéder seul à ce partage, et il pourrait le renouveler de cinq en cinq ans (815.)

Ainsi que nous l'avons déjà vu, le tuteur a le droit d'aliéner, seul et sans autorisation, toutes les rentes dont le capital nominatif représente moins de cinquante francs de rente. Au-dessus, cette autorisation est exigée. (L. du 24 mars 1806 et décret du 25 septembre 1813.)

Le tuteur peut prendre à bail les biens du mineur; cette fois, par exemple, ce n'est plus à lui que doit être donnée l'autorisation du conseil de famille, mais bien au subrogé-tuteur qui est chargé de lui passer ce bail (430).

§ 5. — *Des actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal.*

Il est certains actes, encore plus importants que ceux que nous venons d'énumérer, pour lesquels le consentement du conseil de famille n'est plus suffisant et a besoin d'être homologué.

L'emprunt est un acte grave, car il entame le capital; il n'est pas probable, en effet, que l'on puisse rembourser sur le revenu les sommes que l'on emprunte. L'aliénation des immeubles était considérée comme un acte excessivement grave par les rédacteurs du Code qui avaient pour la propriété immobilière une très grande préférence. Quant à la constitution d'hypothèque, c'était un acte peut-être plus dangereux et tout

aussi grave, puisque c'est un démembrement de la propriété.

Aussi, dans ces trois cas, le législateur ne s'est-il pas contenté de l'autorisation du conseil de famille; mais encore a-t-il voulu qu'elle fût accompagnée de l'homologation du tribunal de première instance (457). L'autorisation du conseil ne devra être donnée que dans des cas de nécessité absolue ou d'avantage évident pour le mineur, par exemple, quand il s'agira pour lui d'éviter une saisie, ou bien encore d'acheter un immeuble d'un grand rapport ou d'une grande convenance, à la place d'un qui rapporte peu.

Lorsque le tuteur alléguera, pour obtenir le droit de vendre ou emprunter, une nécessité absolue, il devra justifier de son besoin d'argent par une reddition de comptes sommaire. L'art. 457 *in fine* ordonne au conseil de désigner les immeubles qui devront être vendus de préférence et toutes les conditions qu'il jugera utiles. Nous croyons que cette disposition devrait être étendue au cas d'autorisation d'hypothéquer. Les mêmes motifs nous semblent pouvoir être donnés dans l'un comme dans l'autre cas.

Copie de la délibération devra être remise au président du tribunal de première instance. Un rapport sera dressé par un juge commis à cet effet. Malgré la disposition de l'art. 885 du Code proc. qui veut que le rapport soit fait ordinairement à l'audience, nous dirons que l'art. 458 du Code civil régit une matière toute spéciale, que le Code de procédure n'a nullement dérogé à cette règle, les principes généraux ne

dérogeant pas aux principes spéciaux qui ne sont que des exceptions; que d'ailleurs l'art. 886 du même Code, en disant que le procureur de la République devra mettre ses conclusions au bas de l'ordonnance, prouve bien que les rédacteurs du Code n'avaient pas oublié que la délibération devait être prise en la chambre du conseil, le procureur de la République prenant partout ailleurs des conclusions orales; seulement le président du tribunal devra prononcer en séance publique, mais sans motiver la décision du tribunal (Arg. 356.)

Cette autorisation, pour aliéner, n'aura pas besoin d'être demandée quand il s'agira d'un immeuble indivis ne pouvant se partager facilement, et que le copropriétaire demandera la licitation; nul ne pouvant être forcé de rester dans l'indivis (815), le tuteur devra nécessairement répondre à cette demande (1686). Comme nous l'indique l'art. 1687, les étrangers devront être appelés à la licitation.

Il est encore un cas où cette autorisation ne serait pas nécessaire; c'est le cas d'expropriation poursuivie par un créancier: seulement ce dernier peut être forcé à discuter d'abord le mobilier (2206).

Dans tous les cas où il y a lieu à la vente d'un immeuble appartenant à un mineur, l'art. 459 du Code civil, et les articles 955 et suivants du Code de procédure citent les formalités que l'on devra suivre, sauf les modifications introduites par la loi du 2 juin 1841.

Toute transaction, c'est-à-dire tout acte entraînant des concessions réciproques, ne pourra être consentie par

le tuteur, qu'autant qu'il sera d'abord autorisé du conseil de famille et que trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République auront été d'un avis conforme. Encore, pour que la transaction soit valable, faudra-t-il que le tribunal de première instance l'ait homologuée. On comprend toutes ces précautions de la loi, quand on songe que les transactions ne portent jamais que sur des droits douteux.

§ 4. — *Des actes qui sont interdits au tuteur.*

Il est enfin des actes qui sont entièrement interdits au tuteur.

Ainsi le tuteur ne peut jamais passer de compromis (art. 83 et 1004 Cod. pr. cb.). Il enlèverait par là au mineur l'appui du procureur de la République, et le distrairait de ses juges naturels.

Nous voyons encore, art. 450, qu'il ne peut ni acheter les biens de son pupille, ni les prendre à ferme, (sauf la modification indiquée plus haut), ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.

Les conséquences de cette dernière disposition ont été diversement interprétées. Pour nous, nous pensons que, si le tuteur, au mépris de la loi, achetait ainsi d'un tiers ou se faisait céder de toute autre manière une créance dont le pupille est débiteur, le contrat, sans doute, serait très valable pour le tiers qui n'a pas été obligé de savoir qu'il avait affaire à un tuteur; mais le pupille pourra le considérer comme

nul de la part du tuteur. C'est ainsi que le décidait la Nouvelle 72. Nous croyons, cependant, que si le tuteur prouvait qu'il l'a acheté de bonne foi et dans l'intérêt du mineur, il pourrait alors se faire rembourser, mais seulement en qualité de *negotiorum gestor*. C'est là, du moins, ce qu'admettaient plusieurs de nos anciennes coutumes. Il n'est pas douteux que, si le tuteur était obligé comme co-débiteur solidaire ou caution, il pourrait payer la créance et aurait son recours ordinaire contre le mineur.

Il faudrait en dire autant, si, étant créancier hypothécaire du mineur, et se trouvant primé par un autre créancier également hypothécaire, il payait sa créance pour monter à sa place et être plus sûr de son paiement.

La prescription enfin ne peut être opposée au pupille par son tuteur (2252).

CHAPITRE VI.

Des comptes de tutelle.

Quiconque administre la chose d'autrui, doit nécessairement rendre compte de sa gestion, quelle que soit d'ailleurs la qualité d'après laquelle il a géré.

Ainsi nous voyons le père, comptable de l'administration légale, qui lui appartient durant le mariage (589). La mère survivante qui a refusé la tutelle, le tuteur dont les excuses rejetées par le conseil de famille, ont été admises par le tribunal, les héritiers

du tuteur décédé, sont comptables de leur gestion provisoire (394—440—419).

La gestion d'un tuteur peut finir à différentes époques : tantôt elle finira par la majorité du pupille, ce sera lui qui recevra les comptes de son tuteur ; tantôt par l'émancipation du mineur, ce dernier ne pourra alors recevoir les comptes qu'assisté de son curateur. D'autres fois, ce sera la mort naturelle ou civile du pupille, qui donnera fin à la tutelle ; les comptes alors devront être rendus à ses héritiers.

La tutelle souvent ne prend fin que relativement au tuteur. Elle peut ainsi finir :

1^o Par sa mort naturelle ou civile. Comme nous l'avons dit, la tutelle est une charge personnelle, elle ne passe donc pas aux héritiers du tuteur, mais ceux-ci sont responsables de la gestion de leur auteur, ils doivent présenter eux-mêmes ses comptes de tutelle, et continuer son administration jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur. Cette dernière obligation ne pèse cependant sur les héritiers du tuteur, qu'autant qu'eux-mêmes sont présents et majeurs (419). L'hypothèque légale ne pèse nullement sur leurs biens pour cette gestion, elle ne pèse que sur ceux qu'ils tiennent du tuteur, et pour les actes relatifs à son administration.

2^o La tutelle finit encore pour le tuteur, par ses excuses valablement acceptées.

3^o Par sa destitution, ou la perte de son droit.

4^o Par l'expiration du temps pour lequel il avait été élu, ou l'accomplissement de la condition qui devait mettre fin à sa gestion.

Dans tous ces cas, c'est au nouveau tuteur que devront être rendus les comptes; le subrogé-tuteur devra les vérifier et assister à leur reddition.

C'est toujours, alors que finit leur gestion, que les administrateurs non-tuteurs devront rendre leurs comptes; ce sont également les mêmes personnes qui seront propres à les recevoir.

Bien entendu, tout ce que nous avons dit du tuteur s'applique au co-tuteur et au pro-tuteur.

On s'est demandé si le tuteur ne pourrait jamais être dispensé de rendre ses comptes; pour nous, nous pensons que le tuteur testamentaire peut parfaitement être dispensé. Cependant, cette dispense ne pourrait excéder la quotité disponible, et ne mettrait pas le tuteur à l'abri de toute poursuite, si l'on prouvait qu'il y a eu dol de sa part. Telle n'a pu être, en effet, l'intention du testateur.

En dehors des comptes de tutelle, le conseil de famille pourra exiger, chaque année, du tuteur, un état de situation qui devra être rédigé sur papier libre et sans frais (470), et remis au subrogé-tuteur.

Le conseil de famille, qui ne pourrait ainsi exiger des père et mère, à des périodes fixes, un semblable état, pourrait néanmoins le demander de temps en temps. Nous savons, en effet, que le conseil de famille peut destituer de la tutelle les père et mère; à plus forte raison doit-il avoir tous les moyens de s'enquérir de leur administration.

Le compte définitif, c'est-à-dire celui qui sera rendu alors que la tutelle finira, soit pour le pupille, soit

pour le tuteur, sera rendu aux frais du mineur. Néanmoins, le rendant avancera les frais, puisqu'il détient encore le fonds (471). Dans le cas où la tutelle finirait par la faute du tuteur, ces frais ne lui seront pas remboursés.

D'après les principes de notre Code, le compte de tutelle est le plus souvent rendu à l'amiable. Il est des cas, cependant, où les parties intéressées ne pouvant s'entendre, le compte doit alors être rendu judiciairement. Nous trouvons au Code de procédure, dans les art. 527 à 542, les formalités que l'on doit suivre en pareil cas. Toutes les contestations, en semblable matière, seront jugées comme en matière civile ordinaire, et, par conséquent, sujettes au préliminaire de conciliation.

On ne remboursera pas seulement au tuteur toutes les dépenses nécessaires, mais encore toutes les dépenses utiles et suffisamment justifiées (471). Les tribunaux ont, du reste, une grande latitude pour décider que telle dépense a été ou n'a pas été utile. Cependant, à moins de grave nécessité, le tuteur n'a pas dû dépasser la somme qui lui avait été allouée par le conseil de famille.

Dans tout compte de tutelle, il y aura généralement un *reliquat*. S'il est dû par le tuteur, il portera intérêt à dater du jour de la clôture des comptes. On ne pouvait, en effet, forcer l'ex-mineur à intenter une action contre son tuteur, dès le lendemain du jour où les comptes ont été liquidés. C'est toujours, guidé par le même motif, que le législateur, se montrant

toutefois un peu plus sévère pour le tuteur, fait courir les intérêts, alors que le reliquat est dû par le pupille, du jour où le tuteur aura fait une simple sommation (474).

Outre l'hypothèque légale qui pèse sur les biens du tuteur, il peut encore être contraint par corps au remboursement du reliquat.

Le législateur, redoutant l'influence du tuteur sur son pupille, interdit à ce dernier, quoique devenu majeur, tout traité sur la gestion du tuteur, à moins que celui-ci ne lui ait remis, dix jours auparavant, son compte de tutelle avec les pièces justificatives. La remise de ce compte par le *rendant* devra être constatée par un récépissé de l'*oyant* (472). Ce délai écoulé, l'ex-mineur jouira de la plénitude de sa liberté, il pourra, non-seulement traiter avec son ex-tuteur, mais même, s'il le veut, lui abandonner son reliquat.

C'est encore en raison de cette influence naturelle que l'art. 907 interdit au mineur la faculté de léguer ou donner quelque chose à son tuteur, tant que le délai sus-mentionné ne sera pas écoulé. Il ne fait d'exception qu'en faveur des ascendants, de la part de qui l'on n'a pas à craindre de fraude.

Nous croyons qu'il eût été plus prudent, pour assurer l'exécution des prescriptions de l'art. 472, d'exiger pour le récépissé, une date certaine.

Ordinairement les actions ne se prescrivent que par trente ans (2262). Cependant, de graves considérations militaient en faveur du tuteur : la gratuité de son administration, l'hypothèque légale qui pèse sur

tous ses biens, son crédit ébranlé par sa responsabilité, et puis la difficulté de conserver trop longtemps toutes les pièces justificatives; tout cela a fait réduire à dix ans, à partir de sa majorité, le délai accordé à l'ancien pupille pour exiger l'apurement du compte (475). Que si cet apurement était réclamé par les héritiers du pupille, il est clair que les dix ans courraient du jour de sa mort. Si le compte a été apuré et que ce soit le reliquat qui fasse l'objet des réclamations de l'ex-mineur, nous rentrons dans le droit commun et c'est la prescription trentenaire qui devra être invoquée.

Les considérations que nous avons fait valoir en faveur du tuteur, ne peuvent être invoquées pour le pupille. Aussi, devons-nous décider que le tuteur est dans le droit commun et qu'il conserve durant trente ans la faculté de présenter son compte de tutelle.

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA TUTELLE ADMINISTRATIVE DES PERSONNES JURIDIQUES.

Aux mineurs, dont nous venons de parler dans la première partie de notre travail, peuvent être comparées, sous beaucoup de rapports, les *personnes juridiques*, plus justement connues dans le droit administratif sous la dénomination de *personnes morales*. Ce sont les départements, les communes et les établissements publics, parmi lesquels nous distinguerons plus particulièrement, les hospices, les bureaux de bienfaisance et les fabriques d'Eglise.

De ce que les départements, les communes et les établissements publics sont considérés comme personnes morales, il suit : qu'ils peuvent avoir des biens et des dettes, qu'ils sont susceptibles d'acquérir, d'aliéner, de plaider, de transiger etc.

Quoique leur existence soit la conséquence, et, en quelque sorte, le résumé de celle de leurs membres, on peut dire cependant qu'il y a de grandes différences qui les distinguent. Les habitants d'une commune, par exemple, meurent, se déplacent, tandis que la commune ne meurt pas, ne se déplace pas avec eux ; mais, au contraire, se perpétue dans ceux qui leur succèdent.

On pouvait craindre que les personnes chargées d'administrer, les personnes morales, ne cédassent

à des considérations personnelles, à des vues fausses ou étroites, et ne compromissent ainsi un long avenir, pour satisfaire les caprices ou les passions du moment.

C'est là ce qui explique la sollicitude du législateur pour les personnes morales; c'est là ce qui a motivé les règles de la *tutelle administrative*. Parfois, peut-être, on y trouve des précautions un peu multipliées, qui offrent plutôt le caractère de lenteurs inutiles, que celui d'une sage protection. Hâtons-nous de dire que ce ne sont là que des exceptions. Déjà la loi du 18 juillet 1837 a rayé certains actes de la catégorie de ceux qui jusque-là étaient interdits aux communes; elle a aboli certaines formalités. Un travail, qui s'élabore actuellement au sein de l'Assemblée législative, viendra bientôt, sans doute, parfaire cette œuvre et désormais, nous en avons la confiance, les personnes morales ne pourront plus voir dans l'Etat, qu'un protecteur zélé, qu'un utile défenseur de leurs intérêts.

Les actes de la tutelle administrative font partie de l'administration active au premier chef; par conséquent, ressortent de la juridiction gracieuse, et, dès lors, ne sont susceptibles d'aucun recours contentieux.

L'action du gouvernement sur les personnes morales, peut être comparée, jusqu'à un certain point, à celle du conseil de famille dans la tutelle des mineurs. Nous la verrons reproduite sous différentes formes, selon qu'il s'agira d'un département, d'une

commune ou d'un établissement public. Quelquefois aussi nous la verrons se montrer avec plus ou moins de sollicitude, selon l'importance des actes qu'il s'agira d'autoriser.

Le Code civil, les décrets, les ordonnances, les arrêts soit de la Cour de cassation, soit du conseil d'Etat, les lois des 18 juillet 1857 et 10 mai 1858; telles sont les sources où nous irons le plus souvent puiser les éléments de notre travail.

Des différents actes que les personnes morales ne peuvent faire sans autorisation.

Rappelons sommairement par qui sont représentées les différentes personnes morales : le département par le préfet assisté du conseil général, la commune par le maire assisté du conseil municipal, les établissements publics, et ici nous entendons par établissements publics tous ceux qui ont été constitués ou autorisés par le chef du pouvoir exécutif pour cause d'utilité publique, par leur directeur assisté du conseil d'administration. Le préfet, le maire, le directeur ne sont que des mandataires, et ne peuvent agir, en général, qu'après avoir entendu le conseil qui les assiste. Ils sont capables, avec son assentiment, de tout acte qui ne leur est pas formellement interdit. Réglementer les actes qu'ils ne peuvent faire seuls, tel est l'objet des dispositions de la tutelle administrative.

Nous avons déjà énuméré plusieurs des actes que

peuvent faire les personnes morales ; nous allons voir, pour les plus importants, quelles modifications ont été apportées à leur pouvoir.

L'art. 910 au Code civil et la loi du 2 janvier 1817 veulent que les dispositions entre-vifs ou par testament, qui sont faites au profit des communes, des hospices ou autres établissements d'utilité publique, n'aient leur effet qu'autant qu'elles sont autorisées par une ordonnance du roi, aujourd'hui remplacée par un décret du président de la République. Une modification a été apportée à ce principe par l'art. 48 de la loi du 18 juillet 1857, pour les dons et legs d'effets mobiliers ou de sommes d'argent, dont la valeur n'excède pas 3000 fr. Un arrêté du préfet suffira pour rendre exécutoire la délibération du conseil portant acceptation. S'il y avait réclamation de la part des prétendants droit à la succession, il faudrait un décret du président de la République. Un décret sera également nécessaire pour valider les délibérations du conseil portant refus d'acceptation, quelque faible que soit d'ailleurs l'importance des dons ou legs. — Quand il s'agit des dons ou legs faits à un département, l'autorisation du président de la République est toujours exigée. Rien n'a été changé à l'ordonnance du 2 avril 1817 concernant les établissements publics, l'autorisation du président de la République est toujours exigée pour les dons ou legs qui dépassent 300 fr. De plus, avant que cette autorisation puisse être accordée, il faut qu'il se soit écoulé un certain délai, durant lequel les héritiers naturels du

testateur auront dû être mis à même de faire valoir leurs réclamations.

Un décret du président de la République est nécessaire pour autoriser les personnes morales à acquérir à titre onéreux. Ici, l'intérêt seul de ces personnes a guidé le législateur. Lorsqu'il s'agira d'une acquisition faite par un département, il suffira cependant de l'autorisation du préfet en conseil de préfecture, si la valeur de l'objet n'excède pas 20,000 fr. (Art. 29, loi du 10 mai 1858). — Ce que nous disons des acquisitions doit également s'entendre des aliénations ou échanges. — S'il s'agit d'une commune, l'autorisation du conseil de préfecture sera suffisante, pourvu que la valeur de l'objet n'excède pas 3,000 francs, pour les communes dont le revenu est au-dessous de cent mille, et 20,000 pour les autres (Art. 46, loi du 18 juillet 1857). — Quant aux établissements publics, le conseil municipal est d'abord appelé à donner son avis sur les autorisations d'acquérir, échanger, aliéner (Art. 21, 5^e, loi du 18 juillet 1857). D'après les art. 62 et 63 du décret du 30 décembre 1809, il faudra toujours aux établissements publics l'autorisation du président de la République pour vaquer à ces différents actes. — En général, les aliénations se feront aux enchères, cependant les communes et établissements publics pourront, en certains cas, être autorisés à traiter de gré à gré. De même que dans la tutelle des mineurs, les personnes morales ne pourront se rendre adjudicataires de leurs biens. S'il s'agit d'achats d'effets mobiliers, la forme

généralement usitée est l'adjudication. L'art. 46 de la loi du 18 juillet 1857 nous dit qu'en cas de partage on devra suivre les mêmes formalités qu'en cas d'aliénation. Nous pensons que cet article relatif aux communes, doit être étendu à toutes autres personnes morales.

D'après l'art. 30 de la loi du 10 mai 1839, les délibérations du conseil général relatives au mode de gestion des propriétés départementales, doivent être soumises à l'approbation du ministre compétent.

Les baux, quelle que soit leur durée, doivent donc être rangés dans cette catégorie. — Il en est autrement des biens des communes. Nous devons distinguer entre les biens qui se donnent à ferme, et ceux qui se donnent à loyer. Le conseil municipal est habile à concéder les premiers, pour un laps de temps qui ne peut excéder 18 années, et les seconds, pour une durée de 9 ans au plus. Pour tous les autres baux, il faut un décret du président de la République qui ne sera rendu qu'après une enquête *de commodo et incommodo*, l'avis du sous-préfet et celui du préfet. — Ces dernières formalités sont généralement exigées dans les cas où il faut un décret du président de la République. — Quelle que soit la durée du bail, l'acte d'adjudication ne sera valable qu'après l'approbation du préfet (Loi du 18 juillet 1857, art. 17, 18, 47). — D'après un décret du 12 août 1807, les mêmes règles doivent être étendues aux baux des biens des établissements publics, avec cette différence cependant, que l'autorisation par un décret, est nécessaire toutes les

fois que la durée du bail excède neuf années, quelle que soit, du reste, sa nature. Il faudra également l'avis préalable du conseil municipal.

L'art. 52 de la loi du 10 mai 1839 veut qu'on soumette au ministre chargé de l'administration des communes, les projets ou devis de construction, de reconstruction ou réparation des édifices départementaux, dont les dépenses seraient évaluées par le conseil général à plus de cinquante mille francs.— Une ordonnance du 8 août 1821 fixe à vingt mille francs la somme qui pourra être dépensée, après dépôt des devis et projets, en construction, reconstruction ou réparations des édifices appartenant aux communes ou aux établissements publics, sur la simple approbation du préfet; l'approbation du ministre compétent est nécessaire pour les dépenses qui excèdent cette somme. L'art. 45 de la loi du 18 juillet 1837 n'exige *cependant cette autorisation* pour les communes, que lorsque les réparations s'élèveront à plus de trente mille francs.

C'est par voie d'adjudication que seront passés les marchés concernant ces travaux.

Les droits de stationnement et de location sur les places publiques, ports, rivières et autres lieux, dont la perception est autorisée, au profit des communes, par l'art. 54, 7°, de la loi du 18 juillet 1837; ceux des octrois municipaux, les droits de place dans les halles et marchés (Ibid., § 5 et 6), devront être soumis à l'approbation du ministre compétent. Tuteur des communes, le gouvernement doit, en effet, savoir, comme le disait fort bien le ministre de l'intérieur dans sa circu-

laire du 17 décembre 1807 : « 1^o Si elles ont besoin
» d'augmenter leurs revenus; 2^o si les droits à perce-
» voir ne sont pas trop considérables; 3^o si leur éta-
» blissement ne nuira pas à la circulation et au com-
» merce des denrées, et à l'approvisionnement des
» communes. »

Les conseils généraux ne peuvent jamais emprunter ou voter des contributions extraordinaires qu'en vertu d'une loi (art. 33-34. L. 10 mai 1838). Quand il s'agit des communes, l'art. 41 de la loi du 18 juillet 1837 autorise l'emprunt pour celles qui ont un revenu moindre de cent mille francs, sur un décret du président de la république. Quant aux contributions extraordinaires, si elles sont votées pour subvenir à des dépenses obligatoires, un arrêté du préfet suffira pour les communes qui ont moins de cent mille francs de revenu; pour les autres, il faudra un décret du président de la république. Si la dépense n'était pas obligatoire, il faudrait, dans le premier cas, un décret du président, et dans le second une loi (40 L. du 18 juillet 1837). — Nous pensons que les mêmes règles doivent s'appliquer aux établissements publics, quand il s'agit d'emprunts.

D'après l'art. 2045 du Code civil, les communes et établissements publics ne peuvent transiger sans une autorisation du président de la république; mais, d'après l'art. 59 de la loi du 18 juillet 1837, les transactions relatives à des objets mobiliers d'une valeur moindre de trois mille francs, peuvent être autorisées par un arrêté du préfet, pris en conseil de préfecture. La loi de 1838

n'ayant apporté aucune modification en ce qui concerne les départements, ils continueront, ainsi que les établissements publics, à être régis par l'art. 2045. D'après un arrêté du 21 frimaire an XII, il faudra préalablement, comme dans la tutelle des mineurs, l'avis conforme de trois jurisconsultes désignés par le préfet.

L'art. 2121 du code civil accorde aux communes et aux établissements publics, une hypothèque légale sur les biens des receveurs et administrateurs comptables; il en est de même, comme nous l'avons vu dans la tutelle des mineurs.

Les personnes morales étant susceptibles de recevoir et de contracter, peuvent obliger des individus envers elles ou s'obliger envers eux, et dès lors, avoir à comparaître devant les tribunaux, soit pour réclamer un droit qu'on leur dénie, soit pour repousser une prétention mal fondée. Ici, plus que dans toute autre circonstance, le législateur avait à craindre que les représentants de ces personnes se jetassent inconsidérément dans des procès ruineux. Aussi ne leur a-t-il permis d'intenter ou soutenir aucune action, excepté les actions possessoires, sans une autorisation préalable (art. 55. L. 18 juillet 1857). La nature de l'autorisation varie, comme nous allons le voir, selon les différentes personnes dont il s'agit.

Les art. 36 et 37 de la loi du 10 mai 1858 sont venus les premiers tracer, d'une manière définitive, les règles spéciales à l'exercice des actions judiciaires que les départements peuvent avoir à intenter ou à

soutenir. D'après ces articles, l'autorisation doit leur être donnée par un décret du président de la république, le conseil d'état entendu, toutes les fois qu'il s'agira pour le département d'intenter une action. La même autorisation sera nécessaire encore quand le département voudra se pourvoir devant un second degré de juridiction. Elle n'est pas exigée quand le département doit jouer le rôle de défendeur; mais dans ce cas le demandeur doit, à peine de nullité de sa demande, deux mois avant que de porter son action devant les tribunaux, adresser au préfet un mémoire exposant l'objet et les motifs de sa réclamation. La date du récépissé, qui lui en sera délivré par le préfet, fixera le point de départ de ces deux mois.

Le conseil de préfecture est compétent quand il s'agit d'accorder aux communes l'autorisation de plaider. Comme pour les départements, cette autorisation devra être renouvelée quand les communes voudront se pourvoir devant un second degré de juridiction (art. 49. L. du 18 juillet 1837). Celui qui voudrait intenter une action contre une commune, devra également déposer un mémoire contenant les motifs de sa réclamation (art. 51, *ibid.*). Ce mémoire devra être communiqué par le préfet au maire, avec autorisation de convoquer immédiatement le conseil municipal, et dans les deux mois qui suivront le récépissé du mémoire par le préfet, le conseil de préfecture, après avoir pris connaissance de la délibération

du conseil municipal, accordera ou refusera à la commune l'autorisation de soutenir l'action. Dans ce dernier cas, la décision du conseil de préfecture devra être motivée (art. 52-53 *ibid.*).

Aucune difficulté ne s'est élevée, au sein des chambres, quand il s'est agi de voter la nécessité de l'autorisation pour intenter; il n'en a pas été de même lors de la délibération à l'égard des actions à soutenir. Ce n'est qu'après de vives et nombreuses discussions mai 1853, — février 1854, — mai 1856, — février (1857), que l'obligation de l'autorisation, sortie victorieuse de chacune de ces discussions, a été définitivement proclamée.

L'autorisation de plaider n'est exigée que pour les demandes introductives d'instance. Elle serait inutile s'il ne s'agissait que de suivre une action régulièrement introduite, de plaider sur des incidents ou d'obtenir l'exécution d'un jugement rendu. C'est ce qu'a maintes fois reconnu la cour de Cassation. (2 juillet 1827 — 7 janvier 1835 — 14 mai 1835). Si l'autorisation est exigée pour la commune, qui veut se pourvoir après un jugement devant un second degré de juridiction, on ne peut étendre cette obligation au cas où ce serait elle qui se verrait appelée par ses adversaires, pour y défendre le jugement de premier ressort qui lui a donné gain de cause.

Des discussions qui ont eu lieu dans les différentes chambres lors de la rédaction de l'art. 52 de la loi du

18 juillet 1857, il ressort évidemment, que le conseil de préfecture peut autoriser les communes à ester en justice, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, lors même que l'avis du conseil municipal a été contraire. Sans doute, son autorité ne va pas jusqu'à pouvoir forcer les communes à agir, mais du moins, son autorisation avertit le conseil de la responsabilité qu'il assume.

Dans ce cas, d'ailleurs, l'art. 49 de la même loi, autorise un ou plusieurs contribuables de la commune à plaider en son nom; mais toujours à leurs risques et périls.

D'après l'art. 77 du décret du 30 décembre 1809, les fabriques sont, comme les communes, obligées de se pourvoir de l'autorisation du conseil de préfecture, pour ester en justice. Cette autorisation ne sera accordée qu'après avis du conseil municipal.

Quant aux hospices et aux bureaux de bienfaisance, la loi du 18 juillet 1857 les oblige également à demander l'avis du conseil municipal du lieu. D'après une instruction du ministre de l'intérieur, en date du 8 février 1823, dont les dispositions sont basées sur l'arrêté du 7 messidor an IX, il doit y avoir dans chaque arrondissement un comité consultatif, composé de trois jurisconsultes choisis par le préfet. Ce comité doit donner son avis sur toutes les affaires contentieuses qui intéressent ces établissements, et pour ester en justice soit comme demandeur, soit comme défendeur, les hospices ou bureaux de bienfaisance devront préala-

blement obtenir l'autorisation du conseil de préfecture.

Sans nous occuper ici de la séparation des pouvoirs administratifs et judiciaires, question des plus importantes, mais qu'il n'entre pas dans notre cadre de traiter aujourd'hui, nous devons dire cependant que ces autorisations ne sont nécessaires que pour les actions à intenter devant les tribunaux judiciaires.

De ce que les décisions qui accordent ou refusent aux communes et aux établissements publics l'autorisation de plaider, ne sont pas des jugements, mais bien de simples actes de tutelle administrative, émanant de la juridiction gracieuse, il suit : 1° que les refus d'autorisation peuvent toujours être rétractés sur nouvel examen, pourvu que la demande de révision soit basée sur des faits et documents nouveaux ; 2° que le conseil de préfecture peut et doit apprécier le degré d'intérêt et les chances de succès qu'offre la demande ; 3° que les pourvois près le conseil d'état présentés par les communes et établissements publics, contre le refus d'autorisation, ne pourront être contentieux, mais devront être introduits et jugés en la forme administrative (art. 50. L. 18 juillet 1837) ; 4° qu'un tiers ne pourra attaquer ces décisions.

D'après l'art. 77 du décret du 30 décembre 1809 et l'art. 50 de la loi du 18 juillet 1837, un pourvoi est ouvert devant le conseil d'état aux communes ou établissements publics à qui l'autorisation de plaider a été refusée par le conseil de préfecture. Ce pourvoi, d'après la loi de 1837, devra être jugé en la forme

administrative, et l'on aura pour le présenter un délai de trois mois. La difficulté de concilier les diverses parties de ce dernier article, qui offre tout à la fois des caractères appartenant au contentieux et d'autres qui lui sont tout à fait étrangers, nous porte à adopter pour désigner ce pourvoi l'expression de *quasi-contentieux*.

Le conseil d'état pourra, tout comme le conseil de préfecture, revenir sur un refus d'autorisation émané de lui. En cas de refus définitif, il devra également le motiver.

Des raisons fort graves ont donné lieu à l'art. 53 de la même loi, qui oblige le conseil d'état à statuer dans un délai de deux mois.

Le demandeur, pour intenter son action, n'a pas besoin d'attendre que la commune ait présenté son pourvoi; seulement du jour où il y aura pourvoi, l'instance sera suspendue jusqu'à ce qu'il y ait été statué, ou que le délai de l'art. 53 soit entièrement écoulé (54). — Le tiers qui aurait agi avec une personne morale soumise à la tutelle administrative, et non autorisée, tout comme celui qui aurait agi avec un mineur, n'en serait pas moins obligé de son côté, puisqu'il était entièrement capable; tandis qu'il en serait tout autrement de la personne morale qui n'aurait pas été valablement défendue. Du reste l'autorisation qui n'arriverait que durant l'instance suffirait pour valider le jugement. — Ce que nous venons de dire du cas où une commune plaiderait avec un par-

ticulier, peut également se dire du cas où deux communes, dont l'une seulement serait autorisée, plaideraient ou contracteraient ensemble. La commune non autorisée serait recevable à attaquer par voie de requête civile l'arrêt définitif qui aurait donné gain de cause à son adversaire. Un arrêt du 24 juin 1829 déclare les communes non-autorisées recevables à faire valoir ce moyen en cassation.

Les décisions du conseil de préfecture ou du conseil d'état, qui accordent ou refusent l'autorisation de plaider, émanant de l'administration active au premier chef, ne peuvent, comme nous l'avons dit, donner lieu à aucun recours de la part des tiers; ce sont des actes gracieux, et dès lors non susceptibles de recours contentieux. Il pourrait cependant arriver qu'à raison de ces mêmes actes, il y eût lieu à recours; par exemple : contre un préfet, qui refuserait de soumettre au conseil de préfecture une demande d'autorisation de plaider de la part d'une commune.

Les actes de tutelle peuvent toujours être rétractés, s'ils n'ont été suivis d'aucun effet vis-à-vis les tiers. Le pouvoir tutélaire peut bien refuser son autorisation aux actes projetés, mais il ne peut détruire ceux déjà consommés,

D'après un arrêt du 11 janvier 1829, le droit de déterminer le mode de paiement d'une créance réclamée contre une commune, rentre dans les attributions du pouvoir tutélaire, et dès lors n'admet aucun recours; mais cette règle doit être restreinte aux communes.

Le créancier, dont les droits seraient blessés par l'arrêté qui déterminerait le mode de paiement, pourrait attaquer l'autorité administrative par la voie du recours contentieux, les débats en effet offriraient bien : « un
« intérêt spécial émanant d'un intérêt général dis-
« cuté en contact avec un droit privé. »

Cette thèse sera soutenue en séance publique, le décembre 1849, dans une des salles de la Faculté.

Vu par le président de la thèse,

CHAUVEAU ADOLPHE.