

de famille à nommer un tuteur datif, d'après la disposition expresse de l'article 405 (1).

**399.** Le tuteur élu par le père ou la mère est obligé d'accepter la tutelle, comme tout tuteur. Mais il peut aussi, comme tuteur, se prévaloir des excuses admises par la loi. C'est ce que veut dire l'article 401, qui porte : « Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger. »

### § III. De la tutelle des ascendants.

**400.** Les ascendants sont appelés à la tutelle par la loi. C'est donc aussi une tutelle légale. Les ascendantes ne sont pas tutrices légitimes; d'après l'article 442, elles peuvent être tutrices, mais la loi ne leur défère pas de plein droit la tutelle. Elles y étaient appelées par le projet de code civil. La mère étant tutrice de droit, on ne voit pas, au premier abord, pourquoi les ascendantes ne le sont pas. Berlier explique la raison de cette apparente anomalie. Il eût été dangereux, dit-il, d'admettre de plein droit comme tutrices des personnes en qui la faiblesse du sexe est jointe à la faiblesse de l'âge. C'est au conseil de famille ou au dernier mourant des père et mère à nommer l'ascendante qui est en état de porter le lourd fardeau de la tutelle (2).

**401.** Quand y a-t-il lieu à la tutelle des ascendants? L'article 402 répond : « Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère; » ce qui implique que la tutelle n'est pas déferée aux ascendants lorsque le survivant n'est pas tuteur à sa mort. Le père survivant s'excuse : aux termes de l'article 405, c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur.

(1) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 294, n° III.

(2) Séance du conseil d'Etat du 22 vendémiaire an XI, n° 23 (Loché, t. III, p. 388).

Si la mère survivante refuse la tutelle, elle doit faire nommer un tuteur par le conseil de famille (art. 394). Il en est de même quand la mère qui se remarie n'est pas maintenue dans la tutelle, ou lorsqu'elle la perd pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille. L'article 402 n'est pas applicable, car il n'appelle les ascendants à la tutelle que lorsqu'il n'a pas été choisi de tuteur par le dernier mourant des père et mère; et dans l'espèce, la mère vit, et il ne lui est pas permis de son vivant de choisir un tuteur; il ne reste donc que la tutelle dative. La question a été décidée en ce sens par la jurisprudence, et elle n'est pas douteuse, bien que l'article 405 ne prévoie pas textuellement cette hypothèse (1). On peut demander pourquoi le législateur préfère la tutelle des ascendants, alors qu'il y a un des père et mère qui survit et qui n'est pas tuteur. Les travaux préparatoires ne nous font pas connaître les motifs de la loi; on est donc réduit à les deviner. Nous ne voyons qu'une raison de convenance : tant que le père ou la mère vit, il ne convient pas qu'un ascendant soit appelé à une tutelle que le survivant des père et mère n'exerce pas (2). Le motif n'est pas bien déterminant; car l'ascendant peut être élu par le conseil de famille, il gérera donc la tutelle du vivant du père ou de la mère.

Il suit de là que si le tuteur légal donne sa démission ou est destitué, il y a lieu, non à la tutelle des ascendants, mais à la tutelle dative. En cas de destitution, il n'y a aucun doute; nous avons un texte : l'article 405 dit formellement que le conseil de famille nomme le tuteur quand le père ou la mère est exclu de la tutelle (3). Quant à la démission, elle est donnée ou en vertu d'une cause, et dans ce cas encore l'article 402 décide que le conseil de famille nomme le tuteur, ou elle est donnée pour prévenir la destitution, ce qui nous replace toujours dans le texte de l'article 405 (4). Cette disposition confirme donc le principe

(1) Arrêts de la cour de cassation du 26 février 1807 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 151) et de Paris du 24 juin 1856 (Daloz, 1857, 2, 10). Duranton, t. III, p. 437, n° 446.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 198, art. 404, n° II.

(3) Toulouse, 18 mai 1832 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 363, 5°).

(4) Paris, 24 juillet 1835 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 210).

que la tutelle n'est pas déferée aux ascendants pendant la vie du père ou de la mère.

**402.** Le dernier mourant des père et mère a choisi un tuteur, mais le tuteur testamentaire est excusé. Y a-t-il lieu, en ce cas, à la tutelle des ascendants ou à la tutelle dative? Les auteurs s'accordent à enseigner que la tutelle doit être déferée par le conseil de famille. Cette opinion se fonde sur le texte de l'article 402 : « Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à l'aïeul paternel. » Donc, dit-on, quand le dernier mourant a choisi un tuteur, la tutelle n'appartient plus de droit aux ascendants. S'il n'y avait que cette seule raison de décider, la question resterait douteuse, car on fait dire à la loi plus qu'elle ne dit; c'est un de ces arguments que l'on tire du silence de la loi et qui sont très-dangereux. Mais l'article 405 confirme l'interprétation que l'on donne à l'article 402; il décide que si le tuteur élu par les père ou mère est valablement excusé, il sera pourvu, par un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur. Ce texte ne laisse aucun doute; nous ne concevons pas que la cour de Bruxelles ait pu juger le contraire, en invoquant l'esprit de la loi et l'intention du père ou de la mère qui a nommé le tuteur (1). La volonté du testateur est douteuse; on peut dire qu'il a voulu exclure les ascendants d'une manière absolue; on peut dire aussi qu'il n'a voulu les exclure que si le tuteur qu'il choisit accepte la tutelle. Le législateur a préféré la première interprétation, à tort ou à raison, peu importe; dès qu'il a parlé, l'interprète doit obéir; il ne peut se prévaloir de la volonté incertaine du testateur contre un texte clair et formel (2).

Par les mêmes raisons, il faut décider que si le tuteur testamentaire décède ou est destitué, il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants. Le conseil de famille nomme le tuteur quand le tuteur élu par le dernier mourant des père et mère est exclu; c'est la disposition formelle de l'arti-

(1) Bruxelles, 11 mars 1819 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 149).

(2) C'est l'opinion générale (voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 149).

cle 405 (1). Quand le tuteur testamentaire meurt, le texte de l'article 405 n'est plus applicable; mais reste toujours l'article 402, qui ne défère la tutelle aux ascendants que lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère (2). Nous supposons naturellement que le tuteur testamentaire a survécu au testateur, et qu'il meurt après avoir accepté la tutelle. S'il précède, la nomination tombe, on n'est plus ni dans le texte, ni dans l'esprit de l'article 402. On ne peut plus dire que le dernier mourant a entendu exclure l'ascendant. Telle avait été, il est vrai, son intention quand il a nommé un tuteur; mais, cette nomination devenant caduque de son vivant, il aurait dû nommer un nouveau tuteur, s'il voulait empêcher la tutelle des ascendants; garder le silence, c'est déclarer implicitement la volonté que la tutelle passe aux ascendants.

**403.** Dans quel ordre la tutelle est-elle déferée aux ascendants? L'article 402 porte que la tutelle appartient de droit à l'aïeul paternel; à défaut de celui-ci, à son aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré. Donc s'il y a une différence de degré, l'ascendant le plus proche est appelé à la tutelle, quand même ce serait un aïeul maternel; la préférence n'est accordée à l'aïeul paternel que s'il y a égalité de degré. Lorsqu'il n'y a pas d'ascendants au second degré, il peut y avoir concurrence entre deux ascendants d'un degré supérieur, appartenant tous les deux à la ligne paternelle du mineur; la tutelle passera, en ce cas, dit l'article 402, à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur. La même concurrence peut exister entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle; la loi veut que, dans ce cas, le conseil de famille nomme le tuteur, mais il devra choisir l'un des deux ascendants (art. 403). Dans le premier cas, la loi désigne elle-même l'ascendant qui doit être tuteur, parce qu'il y a un motif de préférence, l'enfant por-

(1) Rouen, 18 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 150, 3°).

(2) Marcadé, t. II, p. 199, n° II de l'article 404. En sens contraire Duranton, t. III, p. 433, n° 441.

tant le nom de l'aïeul paternel de son père ; tandis que dans le second cas, cette raison fait défaut ; il fallait donc déférer le choix au conseil de famille (1).

**404.** On voit que les ascendants sont appelés à quelque degré qu'ils se trouvent. Dans l'ancien droit, on leur permettait de refuser la tutelle (2). Le code Napoléon ne leur donne pas ce droit ; mais il établit des dispenses d'âge dont le plus souvent les ascendants pourront profiter (art. 433). Ils peuvent encore invoquer les infirmités graves dont ils seraient atteints. Ces excuses rendent le droit de refus inutile ; car les seuls motifs légitimes de refus sont précisément les infirmités et l'âge avancé des ascendants.

**405.** Si l'ascendant appelé à la tutelle s'excuse, la tutelle passera-t-elle à l'ascendant appelé après lui, d'après l'ordre déterminé par la loi ? L'article 405 décide la question négativement, il donne au conseil de famille le droit de nommer le tuteur. Il en est de même si l'ascendant est exclu ou destitué. Que faut-il décider si l'ascendant meurt ? La tutelle reste-t-elle légitime ou devient-elle dative ? La question est controversée, et il y a quelque doute. Nous croyons que la tutelle passera à l'ascendant le plus proche. L'article 405 n'est plus applicable ; il ne prévoit pas le cas de mort. L'article 402 laisse également la question indécise ; il dit qu'à défaut de l'aïeul paternel, la tutelle appartient de droit à l'aïeul maternel ; l'article 403 se sert de la même expression. Quel en est le sens ? Le sens naturel est que si, lors de l'ouverture de la tutelle, alors qu'il y a lieu à la tutelle des ascendants, l'ascendant le plus proche fait défaut, c'est-à-dire s'il n'y en a pas, la tutelle appartient de droit à l'ascendant d'un degré supérieur. Donc le cas de mort de l'ascendant tuteur n'est pas prévu. De là suit qu'il faut procéder par voie d'analogie. Or, l'article 405 décide que si l'ascendant appelé à la tutelle ne veut pas ou ne peut pas être tuteur, la tutelle cesse d'être légitime, bien qu'il y ait des ascendants capables de la gérer ; il en doit être de même en cas de mort (3).

(1) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 296, n° II.

(2) Pothier, *Traité des personnes*, n° 150.

(3) Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 414, note 3. En sens contraire, Demolombe,

#### § IV. De la tutelle dative.

**406.** Il résulte de l'article 405 et des principes que nous avons posés sur la tutelle testamentaire et la tutelle des ascendants, qu'il y a lieu à la tutelle dative dans les hypothèses suivantes :

1. Lorsqu'un enfant mineur reste sans père ni mère, que le dernier mourant n'a pas choisi de tuteur testamentaire et qu'il n'y a pas d'ascendants mâles ;

2. Lorsque la mère survivante refuse la tutelle ;

3. Lorsque le père survivant, le tuteur testamentaire ou l'ascendant appelé à la tutelle légale sont excusés ;

4. Lorsque le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire ou l'ascendant appelé à la tutelle sont exclus ou incapables ;

5. Lorsque la veuve qui se remarie ne convoque pas le conseil de famille ou n'est pas maintenue dans la tutelle ;

6. Lorsque le tuteur testamentaire ou l'ascendant tuteur viennent à mourir pendant leur gestion ;

7. Lorsqu'un tuteur datif doit être remplacé pour une cause quelconque.

**407.** C'est le conseil de famille qui nomme le tuteur datif (art. 405). Nous verrons plus loin dans quels cas la délibération du conseil de famille qui a nommé un tuteur peut être attaquée et annulée par les tribunaux. Le jugement qui annule la nomination peut-il nommer un autre tuteur ? Aucun texte ne donne ce droit au juge. La loi confère cette mission au conseil de famille ; lui seul peut donc choisir un tuteur ; la nomination ne doit pas être homologuée. De là suit que les tribunaux ne peuvent intervenir que pour annuler la délibération ; s'ils l'annulent, le conseil de famille doit être convoqué pour procéder à un nouveau choix (1).

La loi veille à ce que le conseil de famille soit convoqué

t. VII, n° 187, p. 114, et Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 228, n° 150 bis V.

(1) Arrêt de cassation du 27 novembre 1816 et, sur renvoi, arrêt d'Orléans du 9 août 1817 (Daloz, au mot *Interdiction*, n° 164).