

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 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 164).



le plus tôt possible, afin que le mineur ne reste pas sans défenseur. Aux termes de l'article 406, les parents du mineur, ses créanciers ou autres parties intéressées peuvent requérir la nomination du conseil de famille. Le juge de paix du domicile du mineur peut faire la convocation d'office. Comme il pourrait ignorer le fait qui donne lieu à la nomination d'un tuteur, la loi permet à toute personne de le lui dénoncer. Quand la mère survivante refuse la tutelle, c'est elle qui est chargée de faire les diligences nécessaires pour qu'un tuteur datif soit nommé (art. 394). Si une tutelle en exercice devient vacante ou si elle est abandonnée par absence, la loi charge le subrogé tuteur de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur; le subrogé tuteur répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter pour le mineur de la négligence qu'il aurait mise à remplir ce devoir (art. 424).

**408.** Le conseil de famille a, en principe, une liberté illimitée pour le choix du tuteur, sauf à celui qui est nommé à faire valoir une excuse légale qui le dispense d'accepter la tutelle; sauf aussi le droit de ceux qui peuvent attaquer la délibération; nous dirons plus loin si elle peut être attaquée à raison du choix fait par le conseil. Comme les plus proches parents siègent au conseil, il arrivera souvent que le tuteur sera pris dans le sein du conseil de famille. Il y avait même dans le projet de code civil une disposition qui donnait à toute personne ne faisant pas partie du conseil le droit de refuser la tutelle. C'était circonscrire le choix dans des limites trop étroites. La liberté dont jouit le conseil a un autre écueil. Déjà, dans l'ancien droit, Domat se plaignait que les parents appelés à choisir un tuteur s'entendaient pour s'exempter de cette charge en l'imposant à un parent plus éloigné qui ne faisait pas partie du conseil (1). Il y a un remède au mal, c'est d'attaquer la délibération comme entachée de fraude. La liberté accordée au conseil ne va pas jusqu'au dol, le dol faisant toujours exception, comme le dit la cour de Montpellier (2).

(1) Domat, *Lois civiles*, livre II, titre I<sup>er</sup> (p. 172 de l'édition in-fol.).

(2) Arrêt du 18 août 1823, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 1<sup>er</sup> février 1825 (Daloz, au mot *Minorité*, n<sup>o</sup> 177).

### § V. De la protutelle.

**409.** L'article 417 porte : « Quand le mineur, domicilié en France, possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur. » Cette disposition est empruntée aux déclarations du roi du 15 décembre 1721 et du 1<sup>er</sup> février 1743. C'est une exception au principe de l'unité de la tutelle; elle se justifie par l'intérêt même du mineur. Comment un tuteur résidant en France pourrait-il administrer des biens situés aux Indes? Le conseil de famille peut, il est vrai, l'autoriser à nommer des administrateurs; mais qui contrôlera leur gestion? Et s'il y a lieu à responsabilité, n'est-il pas injuste de déclarer le tuteur responsable d'une administration qu'il n'a pas pu surveiller? La protutelle est donc établie dans l'intérêt des mineurs tout ensemble et dans celui du tuteur. C'est parce que les enfants y sont intéressés que le code ordonne de nommer un protuteur : l'article 417 est conçu en termes impératifs. Il en était ainsi dans l'ancien droit; le projet de l'article 417 portait que le tuteur *pourrait* faire nommer un protuteur; la faculté a été changée en commandement. On est étonné de voir un auteur recommandable soutenir que le conseil de famille ne devra nommer un protuteur que si le tuteur ou le subrogé tuteur le demandent. Et la raison? C'est qu'il y a aujourd'hui des bateaux à vapeur qui abrègent les distances! Cela n'est pas sérieux. L'invention des bateaux à vapeur ne peut pas déroger au code civil; et nous doutons fort que le législateur rendrait la nomination d'un protuteur facultative, parce qu'il y a des bateaux à vapeur. Est-ce un motif pour obliger le tuteur d'être toujours en mer (1)?

**410.** Doit-il y avoir un protuteur dans toute tutelle? Il y a un motif de douter. Le code parle de la protutelle dans la section consacrée à la tutelle dative. En conclura-t-on qu'il ne doit pas y avoir de protuteur dans la tutelle

(1) C'est l'opinion commune (Daloz, au mot *Minorité*, n<sup>o</sup> 277). En sens contraire, Demolombe, t. VII, p. 120, n<sup>os</sup> 199, 200.