

et aux membres du conseil le droit de se pourvoir contre la délibération tant qu'elle n'est pas exécutée; parce qu'il importe, dans l'intérêt du mineur, d'empêcher l'exécution d'une délibération qui lèse ses intérêts ou qui a été prise irrégulièrement et qui, à raison de cette irrégularité même, nuit au mineur. Mais quand la délibération n'est pas attaquée, quand elle est exécutée, le tuteur et les membres du conseil sont hors de cause, par cela même qu'ils n'ont pas exercé le droit de recours que la loi leur accorde. Il n'y a que le mineur qui ait encore droit et intérêt à agir; lui n'avait pas qualité pour se pourvoir contre la délibération; et le silence de ses parents ne peut pas lui enlever le droit d'attaquer un acte fait en vertu d'une délibération irrégulière (1).

492. Les tiers qui ont contracté avec le tuteur en vertu d'une délibération irrégulière peuvent-ils demander la nullité de l'acte? D'après les principes généraux, il faut répondre négativement. Il s'agit d'une action en nullité fondée sur un vice de forme dans la délibération du conseil de famille, en vertu de laquelle le tuteur a agi. Qui peut intenter l'action en nullité? Quand la nullité est d'ordre public, toute partie intéressée peut s'en prévaloir; quand elle n'est pas d'ordre public, celle des parties dans l'intérêt de laquelle elle est établie peut seule l'invoquer(2). S'agit-il ici d'une nullité d'ordre public? Nous avons enseigné que la tutelle est d'ordre public; mais cela ne prouve pas que l'action en nullité qui appartient au mineur soit d'ordre public; si on l'accorde au mineur, c'est uniquement parce que, étant incapable, il n'a pas joui de la protection que la loi veut lui assurer; c'est donc comme incapable qu'il agit; or, les nullités fondées sur l'incapacité sont des nullités relatives (art. 1125). Cela décide la question contre les tiers.

493. Le mineur seul peut donc agir en nullité. Contre qui doit-il diriger son action? L'article 883 porte que le recours contre les délibérations du conseil est formé contre

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zachariæ, t. 1^{er}, p. 397, note 40.

(2) Voyez le tome 1^{er} de mes *Principes*, p. 107, n^o 72.

les membres qui auront été de l'avis de la délibération. Cet article n'est pas applicable à l'action en nullité. Il est vrai qu'elle tend indirectement à annuler la délibération irrégulière qui a été prise par le conseil de famille; mais ce n'est pas là le but direct de l'action, c'est plutôt le moyen. L'action en nullité a pour objet direct et principal de demander l'annulation d'un acte juridique qui a été fait entre le tuteur et un tiers; elle est donc dirigée contre les tiers qui ont intérêt au maintien de l'acte. Par suite, c'est contre les tiers intéressés que l'action doit être intentée.

SECTION V. — Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution.

§ 1^{er}. Des excuses.

494. La théorie des excuses vient du droit romain. On considérait la tutelle comme une charge publique, en ce sens que ceux à qui elle était imposée étaient obligés de la remplir. Non pas que la charge intéressât directement la république, ni qu'elle donnât au tuteur une part quelconque dans l'autorité, mais parce qu'il est de l'intérêt général que les mineurs ne soient pas sans défenseurs. C'est une juste sollicitude de la société pour ceux de ses membres qui sont incapables de gouverner leur personne et d'administrer leurs biens. Toutefois il y a un intérêt qui domine celui-là. C'est, en définitive, pour gérer des affaires privées que les tuteurs sont tenus d'obéir à l'appel de la loi. Mais s'ils sont fonctionnaires publics, le service de l'Etat va avant celui des mineurs. Si donc ils ne peuvent remplir convenablement l'une et l'autre charge, la loi leur permet de s'excuser de la tutelle. Le droit romain admettait encore des excuses fondées sur des motifs personnels au tuteur. Indirectement ces excuses profitent au mineur lui-même. Le législateur a pensé que si l'on forçait ceux qui ont une excuse légitime à gérer la tutelle, les tuteurs

rempliraient mal des fonctions qu'ils exerceraient malgré eux (1).

Le mot même d'excuse en fait connaître le caractère. C'est une faculté que la loi accorde au tuteur de se dispenser de la tutelle. A première vue, on croirait que l'excuse devrait avoir pour conséquence une incompatibilité ou une incapacité. L'intérêt public ne doit-il pas nécessairement l'emporter sur l'intérêt privé? pourquoi donc le fonctionnaire public peut-il être tuteur, s'il le veut? C'est que l'on ne peut pas décider *a priori* que l'intérêt général s'oppose à ce que tel fonctionnaire gère une tutelle; il est possible qu'en fait il n'y ait pas d'incompatibilité. Il fallait donc abandonner la décision à l'appréciation du tuteur. De même si le tuteur a une juste cause de se dispenser de la tutelle, l'excuse ne doit pas nécessairement aboutir à une incapacité : il se peut que le tuteur veuille gérer, malgré le juste motif qu'il aurait de s'excuser. Cela prouve chez lui un grand zèle et un rare dévouement; or, ce sont précisément là les qualités que le législateur désire chez le tuteur.

De ce que l'excuse est abandonnée à la conscience du tuteur, il ne faut pas conclure que le tuteur qui a une excuse légale puisse refuser la tutelle. L'excuse n'est pas le droit de refus. Il n'y a qu'un seul tuteur à qui la loi donne le droit de refuser la tutelle, c'est la mère survivante; nous en avons dit la raison (n° 376). L'excuse est un motif légitime qui dispense de la tutelle; mais qui décidera s'il est légitime? On ne pouvait pas s'en rapporter au tuteur, puisqu'il est partie en cause, et l'expérience apprend que trop souvent ceux à qui incombe la charge de la tutelle cherchent à s'en débarrasser. Dès lors l'excuse ne pouvait pas donner le droit de refus. C'est le conseil de famille qui admet ou rejette l'excuse, sauf le recours devant le tribunal.

495. Il résulte encore de la notion de l'excuse que, de sa nature, elle est générale, c'est-à-dire que tout tuteur peut s'en prévaloir, même le survivant des père et mère

(1) Ces notions sont si élémentaires qu'il est inutile de citer des témoignages; nous renvoyons à Duranton, t. III, p. 474, n° 480.

Lorsque l'excuse est fondée sur un service public, la chose est évidente : comme l'a dit Béranger au conseil d'Etat, l'intérêt public doit l'emporter sur l'intérêt particulier du mineur (1). Cela ne fait aucun doute, bien qu'il y ait des auteurs qui critiquent la loi (2). En fait, l'excuse du père peut être peu honorable pour celui qui la propose; en droit, elle devait être admise, la raison donnée par Béranger est décisive. Quant aux excuses qui sont d'intérêt privé, telles que l'âge, elles intéressent indirectement le mineur, et la loi a dû avoir assez bonne opinion du père pour croire qu'il ne proposera pas une excuse, alors qu'il peut gérer la tutelle. Au point de vue des textes et des principes, la question n'est pas douteuse. Les excuses sont établies en termes généraux; il faudrait donc un texte pour qu'il y eût exception pour la tutelle légitime : le silence de la loi tranche la difficulté en faveur du tuteur. C'est l'opinion généralement suivie (3).

N° 1. DES EXCUSES FONDÉES SUR UN SERVICE PUBLIC.

496. L'article 427 porte : « Sont dispensés de la tutelle : les personnes désignées dans les titres III, V, VI, VIII, IX, X et XI de l'acte des constitutions du 18 mai 1804. » De tous ces services publics, il n'y en a que deux que l'on puisse appliquer à notre régime constitutionnel : les membres de la famille royale sont excusés ainsi que les membres du Corps législatif. Les ministres, qui étaient compris dans la première édition officielle du code civil, sont omis dans la dernière de 1807; il nous paraît donc impossible de les maintenir parmi les dignitaires qui jouissent d'une excuse légale : peut-il y avoir une excuse légale sans loi (4)?

L'article 427 dispense encore de la tutelle les juges à la cour de cassation, le procureur général en la même cour et ses substituts. Il faut avouer que ces excuses sont une

(1) Séance du 29 vendémiaire an xi, n° 13 (Loché, t. III, p. 392).

(2) Demolombe, t. VII, p. 246, n° 409. Dalloz, au mot *Minorité*, n° 326.

(3) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 330.

(4) En sens contraire, Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 423, note 2.

marque d'honneur plutôt qu'une nécessité publique. La loi place sur la même ligne les commissaires de la comptabilité nationale; aux termes de la loi du 16 septembre 1807, la cour des comptes jouit des mêmes prérogatives que la cour de cassation.

Sont encore dispensés de la tutelle les préfets (en Belgique, les gouverneurs) et tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département (en Belgique, dans une province) autre que celui où la tutelle s'établit. Les notaires étant fonctionnaires publics, et tenus à résider là où ils remplissent leurs fonctions, il nous paraît certain qu'ils peuvent invoquer les termes généraux de la loi que nous venons de transcrire (1). Un avis du conseil d'Etat du 20 novembre 1806 décide que la dispense est applicable aux ecclésiastiques qui desservent des cures ou des succursales, ainsi qu'à toutes personnes exerçant pour les cultes des fonctions qui exigent résidence, dans lesquelles ils sont agréés par l'empereur et pour lesquelles ils prêtent serment. En Belgique, cette dispense n'existe plus. D'après notre Constitution, l'Etat n'a le droit d'intervenir ni dans la nomination, ni dans l'installation des ministres d'un culte quelconque; dans cet ordre de choses, les ministres du culte ne sont plus des fonctionnaires publics, on ne peut donc leur appliquer ni l'article 427 du code Napoléon, ni l'avis du conseil d'Etat de 1806; ils ne sont plus que des individus, comme l'a dit M. Nothomb, lors de la discussion de la Constitution (art. 16) (2).

497. Sont également dispensés de la tutelle, dit l'article 428, les militaires en activité de service. Le droit romain les déclarait incapables de gérer la tutelle. Maleville dit que notre règle ne vaut pas celle-là : comment un militaire, communément hors de son pays, souvent même hors de France, pourrait-il remplir l'office de tuteur (3)? Quand Maleville écrivait, la France ressemblait à un camp, la

(1) Demolombe, t. VII, p. 245, n° 408. En sens contraire, Favard de Langlade, *Répertoire du Notariat*, au mot *Tutelle*.

(2) Comparez un arrêt de la cour de cassation de Belgique du 4 mars 1847 (*Bulletin* de 1847, p. 488).

(3) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. I^{er}, p. 435.

guerre était permanente, comme du temps de Rome. Depuis lors, la guerre a fait place à la paix (1), et lorsque la paix règne, il n'y a pas de raison pour faire une différence entre les fonctions militaires et les fonctions civiles, sauf qu'en fait, il y aura plus souvent lieu à dispenser les militaires, à raison de leur changement fréquent de garnison.

Ce même article 428 dispense encore de la tutelle les citoyens qui remplissent une mission hors du territoire de l'empire. C'est la plus légitime de toutes les excuses. Comment un agent diplomatique résidant aux Etats-Unis pourrait-il gérer une tutelle qui s'ouvre en France? L'excuse ne s'applique pas seulement aux ambassadeurs; la loi, conçue dans les termes les plus généraux, comprend même les missions secrètes. Aussi l'article 429 ajoute-t-il : « Si la mission est non authentique, et contestée, la dispense ne sera prononcée qu'après la représentation, faite par le réclamant, du certificat du ministre dans le département duquel se placera la mission articulée comme excuse. »

498. Les articles 430 et 431 contiennent des dispositions générales applicables à tous ceux qui remplissent une fonction publique. S'ils ont accepté la tutelle postérieurement aux services ou missions qui en dispensent, ils ne sont plus admis à s'en faire décharger pour cette cause. L'excuse est une faculté dont le tuteur peut user ou ne pas user; c'est au moment où il est appelé à la tutelle qu'il doit la proposer; s'il y renonce, il est naturel qu'il ne puisse plus la faire valoir, car celui qui renonce à un droit l'abdique par cela même. Si les fonctions ont été conférées postérieurement à l'acceptation ou gestion d'une tutelle, les tuteurs peuvent demander leur décharge; ils doivent, en ce cas, faire convoquer, dans le mois, un conseil de famille pour y être procédé à leur remplacement.

Le service public peut être temporaire; s'il cesse, le tuteur qui s'est fait excuser sera-t-il tuteur de plein droit? D'après l'article 431, le nouveau tuteur peut réclamer sa décharge, ou l'ancien tuteur excusé peut redemander la

(1) Ecrit en 1869.

tutelle; il n'y a donc jamais lieu à un changement de plein droit; la loi dit que le conseil de famille pourra rendre la tutelle à l'ancien tuteur. C'est toujours le conseil de famille qui décide dans l'intérêt du mineur. En général, les changements de tuteur sont nuisibles aux mineurs, parce qu'il faut de l'unité et de la suite dans la gestion de la tutelle et surtout dans l'éducation. La loi même les évite, elle décharge plus difficilement le tuteur qui gère qu'elle ne dispense celui qui n'a pas encore géré; c'est au conseil de famille à peser les avantages et les inconvénients. L'article 431 serait aussi applicable au cas où le tuteur excusé n'a pas encore géré; il est juste que l'excuse provisoire cessant, il ne profite plus d'une dispense qui n'a plus de raison d'être, et il est juste aussi que le nouveau tuteur puisse demander son remplacement. Le conseil de famille décidera.

N° 2. EXCUSES D'INTÉRÊT PRIVÉ.

499. L'article 432 porte : « Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle. » Cette excuse établie pour la tutelle dativè s'applique aussi à la tutelle testamentaire (art. 401). Les étrangers seuls peuvent s'en prévaloir. Un parent ou un allié, nommé tuteur, ne pourrait pas s'excuser en prétendant qu'il demeure hors de la distance de quatre myriamètres, et qu'il y a dans cette distance des parents ou alliés capables. De même, un allié ne serait pas dispensé d'accepter la tutelle, parce qu'il se trouverait des parents capables sur les lieux. La loi laisse et a dû laisser une certaine latitude au conseil de famille pour le choix du tuteur; c'est à lui de voir qui est le plus digne; s'il élit un tuteur demeurant loin de la commune où la tutelle s'est ouverte, on doit croire que le bien du mineur l'exige. Tous les parents et alliés sont

donc éligibles au même titre. Les étrangers aussi le sont, mais on conçoit que la tutelle étant avant tout une charge de famille, ils puissent s'excuser, s'il y a des parents sur les lieux. S'il n'y a pas, dans la distance légale, un parent ou un allié capable de gérer la tutelle, l'étranger devra accepter (1).

500. L'application de ce principe donne lieu à quelques difficultés. On demande d'abord ce qu'il faut entendre par ces mots de l'article 432 : *en état de gérer la tutelle*. M. Demolombe dit qu'ils signifient : « qui ne se trouvent pas dans les cas d'incapacité ou d'exclusion prévus par la loi. » Une autre interprétation, dit-il, livrerait l'étranger à l'arbitraire de la famille (2). Nous répondons que les mots, *en état de gérer la tutelle*, n'ont pas le sens que M. Demolombe leur donne; ils se rapportent à la capacité de fait et non à la capacité légale. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Il est très-rare qu'il y ait des causes d'incapacité ou d'exclusion, tandis qu'il arrive souvent qu'un parent n'est pas apte à gérer la tutelle. Forcera-t-on le conseil à nommer un tuteur incapable? Que devient alors la garantie de la tutelle? On craint l'arbitraire. Dans notre opinion, il n'y en a pas : nous avons admis qu'il y a recours contre la délibération du conseil qui nomme un tuteur. La seule possibilité d'un recours sera un frein pour le conseil.

501. Le conseil nomme un parent à un degré éloigné, tandis qu'il se trouve sur les lieux des parents plus proches en état de gérer la tutelle. Est-ce que le tuteur pourra s'excuser? Nous avons répondu d'avance à la question, en exposant le principe établi par l'article 432. Si nous y insistons, c'est qu'un auteur recommandable enseigne que, dans l'esprit de la loi, on doit décider que le tuteur peut, en ce cas, s'excuser. Duranton dit que c'est à celui qui est appelé de préférence à succéder, à supporter le fardeau de la tutelle; il avoue que cette opinion est contraire à la lettre de la loi. Cela suffit pour la faire rejeter. Il ne peut pas y

(1) Observations du Tribunal, n° 21 (Loché, t. III, p. 406).

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 251, n° 417.

avoir d'excuse légale sans loi, et la loi ne dit pas que c'est le parent le plus proche qui doit être nommé. Il y a des arrêts pour et contre (1).

Il y aurait exception si les parents qui forment le conseil s'étaient entendus, par un concert frauduleux, pour rejeter le fardeau de la tutelle sur un parent éloigné, alors que les parents les plus proches, capables de gérer la tutelle, siégeaient au conseil. La loi ne parle pas de cette exception, mais elle n'avait pas besoin de la formuler, la fraude faisant exception par elle-même. Ainsi jugé par la cour de cassation (2). C'est décider implicitement que, hors le cas de fraude, il n'y a pas d'excuse légale pour le tuteur.

S'il n'y a pas d'excuse légale, y aura-t-il du moins une excuse de fait fondée sur l'équité? Cette question rentre dans une difficulté plus générale, que nous examinerons plus loin.

II

502. « Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur (art. 433). » La loi se sert ici du mot *refuser*. En effet, l'excuse n'est pas susceptible d'une appréciation; il n'y a qu'un fait matériel à constater. L'article 433 ajoute : « Celui qui aura été nommé avant cet âge pourra, à soixante et dix ans, se faire décharger de la tutelle. » Pourquoi la décharge n'est-elle pas admise à soixante-cinq ans, bien que l'excuse soit admise à cet âge? C'est que la loi veut éviter les changements de tutelle, toujours préjudiciables pour le mineur. Les excuses sont, il est vrai, établies en faveur du tuteur. Mais le législateur a considéré qu'il est plus facile de continuer une gestion à soixante-cinq ans que de la commencer à cet âge. Si elle permet au tuteur de se décharger de la tutelle à soixante et dix ans, c'est que peu de personnes ont

(1) Duranton, t. III, p. 481, n° 488. Comparez, en ce sens, arrêt de Lyon du 16 mai 1811 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 340, 1°). En sens contraire, arrêt de Poitiers du 23 février 1825 (Daloz, *ibid.*, n° 340).

(2) Arrêt du 1^{er} février 1825 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 177).

à un âge aussi avancé les forces nécessaires pour porter un fardeau qui est même lourd pour les hommes jeunes.

On demande si les soixante et dix ans doivent être accomplis. Nous posons la question parce que tous les auteurs la discutent; mais ne suffit-il pas de lire le texte pour la résoudre? A *soixante et dix ans*, dit l'article 433. Est-ce que celui qui a soixante-neuf ans peut dire qu'il est à *soixante et dix ans*? Nous ne voyons aucune utilité à soulever de pareilles questions, ni aucune nécessité de les traiter longuement (1).

503. Le tuteur a soixante-cinq ans au moment où il est nommé. Il ne s'excuse pas et gère la tutelle; pourra-t-il s'en décharger à soixante et dix ans? Il y a une difficulté de texte. L'article 433 dit que celui qui aura été nommé *avant l'âge de soixante-cinq ans* peut, à soixante et dix ans, se faire décharger de la tutelle. N'est-ce pas dire que si le tuteur est nommé *après* soixante-cinq ans, il ne pourra pas demander sa décharge à soixante et dix ans? En gérant la tutelle, ne renonce-t-il pas à l'excuse d'âge? Nous ne le croyons pas. La loi donne deux droits à raison de l'âge. Celui qui a soixante-cinq ans peut refuser la tutelle. Voilà l'excuse proprement dite. Celui qui a soixante et dix ans peut se décharger de la tutelle : c'est le droit de démission. Renoncer à l'excuse, ce n'est pas renoncer à la faculté de se démettre. Le bon sens le dit. Le tuteur peut, à soixante-cinq ans, se trouver assez fort pour accepter la tutelle; mais peut-il savoir d'avance s'il aura encore la même force cinq ans plus tard? Reste la difficulté de texte. Les mots : « Celui qui aura été nommé avant cet âge » n'expriment pas une condition; car il n'y a pas une ombre de raison pour en faire une condition. Le législateur venait de dire que celui est âgé de soixante-cinq ans peut refuser d'être tuteur. Il suppose naturellement que le tuteur nommé à soixante-cinq ans fera valoir son excuse; voilà pourquoi il ne prévoit pas l'hypothèse de son acceptation après cet âge; il devait donc se borner à décider à quel âge le tuteur, nommé avant soixante-cinq ans, peut

(1) Voyez les témoignages dans Daloz, au mot *Minorité*, n° 328.