

donner sa démission. Le texte statue sur ce qui arrive ordinairement; il est explicatif et non restrictif (1).

III

504. « Tout individu atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée est dispensé de la tutelle. » L'excuse est fondée sur l'intérêt du mineur autant que sur l'intérêt du tuteur. Toute maladie n'est pas une excuse, il faut que le mal soit permanent; c'est ce que la loi indique en se servant du mot *infirmité*; elle ajoute que l'infirmité doit être *grave*. C'est au conseil de famille et, s'il y a lieu, au tribunal à décider si l'infirmité est grave. Comme c'est une question de fait, il est inutile de citer des arrêts, les circonstances variant d'une espèce à l'autre (2).

L'article 434 ajoute que le tuteur peut se faire décharger de la tutelle, si l'infirmité est survenue depuis sa nomination. C'est l'application du droit commun en matière d'excuse. Etablies dans l'intérêt du tuteur, il y peut renoncer, et s'il a renoncé, il ne peut plus revenir sur sa renonciation. Lors donc qu'un tuteur infirme accepte la tutelle, il ne peut pas se faire décharger à raison de cette même infirmité. Toutefois si l'infirmité s'aggravait, le tuteur pourrait demander sa décharge; l'aggravation du mal devrait être considérée comme une infirmité nouvelle (3).

IV

505. « Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième (art. 435). » Qu'entend-on par *tutelles*? Déjà en droit romain on décidait que ce n'était pas le nombre de pupilles qu'il fallait considérer, mais les patrimoines à gérer (4). Dans notre droit, cela ne peut pas faire de doute. Quand il y a cinq

(1) Les auteurs sont divisés. Voyez Dalloz, au mot *Minorité*, n° 329, et Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 424, note 14.

(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 131, 1^o et 2^o.

(3) Valette sur Proudhon, t. II, p. 337, note a, suivi par tous les auteurs.

(4) L. 31, § 4, D., de *excus.* (XXVII, 1).

enfants mineurs, le conseil de famille ne fait pas cinq nominations, il n'en fait qu'une seule; il n'y a donc qu'une seule tutelle; aussi, en parlant de la tutelle du père survivant, le code dit-il : la tutelle *des enfants* (art. 435 et 436). Sans doute, plus il y a d'enfants, plus la tutelle sera difficile à gérer, abstraction faite du patrimoine; mais le législateur n'a pas tenu compte de cette considération. Il ne faut pas non plus distinguer, comme le font les auteurs, si le patrimoine des mineurs est indivis ou non, si les enfants ont, outre les biens héréditaires, un patrimoine distinct et considérable (1). C'est introduire dans la loi des distinctions qui ne s'y trouvent pas. Nous sommes sur le terrain des excuses légales, il faut donc s'en tenir au principe : pas d'excuse sans texte.

La subrogée tutelle est-elle une tutelle, au point de vue de l'excuse établie par l'article 435 au profit de celui qui gère deux tutelles? En principe, il faut décider la question négativement. L'excuse est fondée sur les soins que le tuteur doit donner à la gestion du patrimoine et à l'éducation des enfants. Or, le subrogé tuteur ne gère pas la tutelle. Cela paraît décisif; il y a cependant un motif de douter. L'article 426 déclare applicables aux subrogés tuteurs les dispositions de la section VI concernant les excuses. On en conclut que celui qui est chargé de deux tutelles est dispensé d'accepter une subrogée tutelle; d'où suit, dit-on, que celui qui est à la fois tuteur et subrogé tuteur doit avoir le droit de s'excuser d'une seconde tutelle (2). Cela même est douteux. L'article 426 dit que le subrogé tuteur peut faire valoir les excuses que la loi établit dans l'intérêt du tuteur; l'assimilation serait donc celle-ci : c'est que deux subrogées tutelles dispenseraient d'une troisième. Si l'on pouvait raisonner par analogie en matière d'excuses légales, il faudrait certes dire qu'à plus forte raison, celui qui gère deux tutelles peut refuser une subrogée tutelle. Mais peut-on raisonner *a fortiori* pour établir une excuse? Cela conduirait à faire la loi. Mieux vaut s'en tenir strictement au texte.

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 337, note b; Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 425.

(2) Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 426 et note 20.

506. « Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants (art. 435). » La loi assimile la qualité de père ou d'époux à une tutelle. On demande si celui qui a deux tutelles à gérer doit encore accepter celle de ses enfants? L'affirmative nous semble résulter de l'esprit de la loi. Celui qui est père et tuteur doit néanmoins gérer la tutelle de ses enfants. Pourquoi? Parce que, comme tuteur, il ne fait que continuer la gestion dont il était chargé comme père. Or, si étant père et chargé de deux tutelles, celle de ses enfants vient à s'ouvrir, sa position n'est réellement pas changée; il continue comme tuteur ce qu'il faisait comme père. Puisqu'il n'a pas de charge nouvelle, il n'y a pas de raison pour lui donner une excuse (1).

v

507. « Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants (art. 436). » L'article 437 ajoute que la survenance d'enfants pendant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer. On demande si les enfants conçus doivent être comptés pour excuser le père. Il y a quelque doute. Le droit romain ne les comptait pas; mais la jurisprudence française s'était écartée de cette rigueur (2). On peut donc invoquer la tradition pour le père; on peut dire encore que l'intérêt de l'enfant est indirectement en jeu; que par conséquent il y a lieu d'appliquer l'adage d'après lequel l'enfant conçu est censé né dès qu'il s'agit de ses intérêts. Toutefois les auteurs se prononcent contre l'excuse et, nous croyons, avec raison (3). Le texte implique que les enfants sont nés: « ceux qui ont cinq enfants. » On ne peut pas dire que

(1) Les auteurs sont divisés. (Voyez Dalloz, au mot *Minorité*, n° 335, et Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 425, note 18).

(2) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. 1^{er}, p. 445. Bourjon, *Le droit commun de la France*, tit. VI, n° 188 (t. 1^{er}, p. 56).

(3) Voyez les auteurs cités dans Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 426, note 22. Il faut ajouter Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 257, n° 183 bis I.

celui dont la femme est enceinte a un enfant; il en aura un, si l'enfant vient à naître viable; mais la *survenance* de l'enfant n'excuse pas. Quant à l'adage, il est inapplicable; les excuses ne sont pas établies dans l'intérêt des enfants, sans cela le législateur en aurait dû faire une cause d'incapacité; elles sont établies dans l'intérêt du tuteur: cela décide la question.

Les enfants morts ne comptent qu'autant qu'ils ont eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants. Il y a exception quand les enfants meurent en activité de service dans les armées de l'empereur, dit l'article 436. Le code n'exige pas, comme le faisait Justinien, que les enfants soient morts sur le champ de bataille: c'est le service qui les fait compter, alors même qu'ils meurent d'une maladie ordinaire.

N° 3. DES EXCUSES EXTRALÉGALES.

508. Le conseil de famille peut-il admettre d'autres excuses que celles qui sont établies par la loi? Cette question est controversée et il y a quelque doute. Il nous semble qu'elle doit être décidée négativement. L'excuse, dans le sens légal, est un motif qui dispense de la tutelle, c'est-à-dire que le conseil de famille et les tribunaux doivent admettre, s'il est justifié. Y a-t-il, outre les excuses légales, des excuses de fait? Ce seraient des excuses d'une tout autre nature. Il est certain qu'elles ne lieraient ni le conseil ni les juges; ils auraient un pouvoir discrétionnaire, soit pour les accepter, soit pour les rejeter; tandis que le conseil de famille et le tribunal sont liés par les excuses légales. Il y a lieu à recours en cassation quand une excuse légale n'est pas admise; il n'y aurait pas lieu à cassation si le tribunal rejetait une excuse extralégale. Ces excuses de fait seraient donc des excuses d'une nature toute particulière. L'interprète peut-il créer une théorie qui n'a aucune base dans le texte? Nous ne le croyons pas. Le législateur aurait peut-être dû étendre le pouvoir du conseil de famille; mais nous n'avons pas à examiner

ce qu'il aurait dû faire; l'interprète est lié par les textes et par les principes qui en découlent. Et quel est le principe dominant en matière d'excuse? La règle est que le tuteur doit accepter la tutelle; l'exception, qu'il peut s'en dispenser. Admettre d'autres excuses que celles que la loi établit, c'est donc créer des exceptions que la loi ignore. L'interprète n'a pas ce droit.

La cour de Gand a jugé en sens contraire dans l'espèce suivante (1). Un conseil de famille avait nommé tuteur un cousin issu de germain, alors qu'il y avait sur les lieux des parents plus proches, oncles et grands-oncles, tous en état de gérer la tutelle. Le tuteur réclama. Ses excuses furent rejetées par le conseil et par le tribunal de Termonde, par les raisons que nous venons d'indiquer. On lit dans l'arrêt de la cour d'appel que cette décision, si elle n'est pas contraire au texte de la loi, en blesse évidemment l'esprit. La cour avoue qu'il n'y avait pas, dans l'espèce, d'excuse légale; mais elle prétend que les excuses légales ne sont pas les seules que le tuteur puisse proposer; elle invoque le pouvoir discrétionnaire des conseils de famille et des tribunaux. Mais sur quoi le fonde-t-elle? L'arrêt cite les articles 439 et 440, qui règlent la procédure en matière d'excuses; mais n'est-il pas de toute évidence que ces dispositions, placées à la suite des articles qui énumèrent les excuses légales, se rapportent à ces excuses? La cour n'avait qu'à lire l'article 441 pour s'en convaincre; cet article permet de condamner aux frais ceux qui ont rejeté l'excuse proposée par le tuteur: conçoit-on que les membres du conseil soient condamnés aux frais pour avoir rejeté une excuse qui n'est pas écrite dans la loi? Cela prouve que dans les articles 439-441, il n'est question que d'excuses légales. En définitive, il n'y a pas de base juridique pour la théorie des excuses extralégales. La cour de Gand invoque encore l'intérêt du mineur. Nous répondons que la loi a pris soin d'organiser la tutelle de manière que cet intérêt soit pleinement sauvegardé. C'est au

(1) Arrêt du 4 juin 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 147). Voyez, dans ce sens, Delvincourt, t. 1^{er}, p. 114, note 3; Valette sur Proudhon, t. II, p. 340; Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 259, n° 186 bis II.

conseil de famille à faire le choix qui lui paraît le meilleur. Il y a, dans notre opinion, recours devant les tribunaux contre la délibération du conseil. Là s'arrêtent les garanties légales; on ne peut pas en créer d'autres (1).

509. Ne faut-il pas faire exception à ces principes quand le tuteur est incapable? La question se présente dans deux hypothèses. On demande d'abord si le tuteur peut alléguer son incapacité pour se dispenser d'accepter la tutelle. Et s'il l'a acceptée, peut-il donner sa démission? Le code ne fait pas de l'incapacité une cause d'excuse; mais aux termes de l'article 444, sont exclus de la tutelle, et même destituables s'ils sont en exercice, ceux dont la gestion attesterait l'incapacité. Ainsi l'incapacité n'est prise en considération par le législateur que quand elle est attestée par une mauvaise gestion. Il ne suffit donc pas d'être illettré et de se dire incapable de gérer une tutelle, pour être dispensé de l'accepter. L'incapacité n'est pas une cause d'excuse légale, et, dans notre opinion, il n'y en a pas d'autre.

La question est plus difficile quand le tuteur en exercice donne sa démission, en la fondant sur l'incapacité constatée par sa gestion. Il pourrait être destitué. S'il y a une cause de destitution, à plus forte raison doit-on permettre au tuteur de prévenir une destitution par une démission volontaire: il se destitue en quelque sorte lui-même. La jurisprudence est en ce sens (2). Il y a cependant un motif de douter. Le code civil n'admet pas le tuteur à se démettre de ses fonctions, sauf dans les cas où il y a une cause d'excuse que le législateur juge suffisante pour le décharger de la tutelle. Or, l'incapacité n'est pas une cause d'excuse légale. Elle est une cause de destitution. Ce qui implique que le conseil de famille ne serait pas tenu d'accepter la démission du tuteur et qu'il pourrait procéder à la destitution. Que l'on ne dise pas que ce serait là une

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 264, n° 447.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 17 février 1835 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 363) et arrêt de Rouen du 30 mars 1844 (Daloz, *ibid.*, n° 322, 2^e). Voyez, dans le même sens, Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 347; Demolombe, t. VII, p. 266, n° 447.

rigueur excessive et un scandale inutile. La destitution a des effets que l'on ne peut pas attacher à la démission. Si le tuteur est destitué, il ne peut plus être membre d'un conseil de famille, tandis que le tuteur démissionnaire pourrait encore y siéger. Or, il importe qu'il n'y siége pas. Donc il faut suivre le cours régulier de la loi, quelque rigoureuse qu'elle soit. Le droit du conseil de destituer le tuteur, alors même que celui-ci offrirait sa démission, nous paraît incontestable.

N° 4. EFFET DES EXCUSES.

510. Les causes d'excuse sont établies dans l'intérêt du tuteur. Il y en a qui intéressent le pupille : telles sont l'âge et les infirmités ; mais cette considération n'est que secondaire, puisque la loi n'en fait pas une cause d'incapacité. De là suit que le tuteur peut renoncer à l'excuse qu'il aurait le droit de proposer ; et s'il y renonce, il ne peut plus s'en prévaloir. C'est l'application des principes élémentaires de droit. Chacun peut renoncer aux droits qui sont établis en sa faveur, et la renonciation emporte abdication. On suit aussi les principes généraux sur la renonciation ; c'est une manifestation de volonté, donc elle peut être expresse ou tacite. Il y a renonciation tacite quand le tuteur pose un fait qui suppose nécessairement sa volonté d'accepter : telle serait la convocation du conseil pour délibérer sur la spécialisation de l'hypothèque légale. Un simple fait de gestion n'emporterait pas renonciation, car nous allons voir que le tuteur est obligé d'administrer provisoirement.

511. Le tuteur doit proposer ses excuses au conseil de famille. S'il est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il doit proposer ses excuses sur-le-champ, sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure. Son silence suffit, en ce cas, pour qu'il y ait renonciation. La loi suppose naturellement que le tuteur connaît les excuses qu'il peut faire valoir ; il n'a alors aucune raison pour ne pas les proposer de suite, et il ne

manquerait certes pas de le faire, si son intention était de profiter du bénéfice de la loi. S'il n'a pas assisté à la délibération, il doit faire convoquer le conseil dans les trois jours à partir de la notification qui lui est faite de sa nomination ; le délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle ; passé ce délai, il est non recevable (art. 439).

La loi ne parle que de la tutelle dative. Faut-il l'appliquer par analogie à la tutelle légale et testamentaire ? La plupart des auteurs décident la question affirmativement, en ce sens que le tuteur devra proposer ses excuses dans le délai fixé par l'article 439 ; mais comme il n'y a pas, en ce cas, de notification à faire, le délai ne courrait que du jour où le tuteur aurait eu connaissance de la délation de la tutelle. Cela est inadmissible. La loi prononce une déchéance, et les déchéances sont de stricte interprétation (1). Dans le silence de la loi, on reste sous l'empire des principes généraux. Le tuteur pourra proposer ses excuses aussi longtemps qu'il n'y aura pas renoncé ; mais il doit se hâter de le faire, car la gestion prolongée serait une renonciation tacite.

Que faut-il décider si la cause d'excuse survient pendant le cours de la tutelle ? La loi ne prévoit la difficulté que lorsqu'il s'agit de services publics ; elle donne, en ce cas, un mois au tuteur pour convoquer le conseil de famille. Dans tous les autres cas, il n'y a pas de délai légal, on reste donc sous l'empire des principes généraux.

512. Le conseil de famille ne statue pas définitivement sur les excuses. S'il les rejette, le tuteur peut se pourvoir devant les tribunaux pour les faire admettre. C'est l'application du droit commun. L'article 440 dit que, pendant le litige, le tuteur sera tenu d'administrer provisoirement. Si le conseil admet l'excuse, il peut aussi y avoir recours, toujours par application du droit commun (nos 465, 469). Ainsi le tuteur nommé à défaut de celui qui a été excusé,

(1) C'est l'opinion d'Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 428, note 5, et de Demante, t. II, p. 258, n° 185 bis. En sens contraire, Demolombe, t. VII, p. 269, n° 454 ; Delvincourt, t. 1^{er}, p. 238 ; Magnin, t. 1^{er}, n° 381.

aurait le droit d'attaquer la délibération et de soutenir qu'il n'y avait pas d'excuse légale. L'article 440 ne le dit pas, mais cela n'est pas douteux; les principes qui régissent les recours contre les délibérations du conseil de famille décident la question (n° 487).

Dans quel délai le tuteur doit-il se pourvoir devant les tribunaux? La loi ne fixe pas de délai; le tuteur se hâtera d'exercer son recours; il y a le plus grand intérêt, car s'il continue à gérer, on pourra voir dans sa gestion un acquiescement à la décision du conseil. La loi l'oblige à administrer provisoirement, parce que le mineur ne peut pas rester sans protecteur; mais le tuteur doit veiller, s'il veut faire valoir ses excuses, à ce que la gestion provisoire ne puisse pas être considérée comme une gestion définitive.

Qui supporte les frais de l'instance? Lorsque le tuteur succombe, il sera condamné aux frais (art. 441). C'est l'application du droit commun (code de procédure, art. 130). Lorsque les membres du conseil succombent, la loi s'en rapporte à l'appréciation du tribunal; il peut les condamner aux frais, si en rejetant les excuses, ils ont agi par esprit de tracasserie ou de méchanceté. Mais s'ils sont de bonne foi, ils agissent dans l'intérêt du mineur, c'est donc lui qui doit supporter les frais (1).

§ II. Des incapacités.

513. Le code déclare certaines personnes incapables d'être tuteurs. Il y a une différence considérable entre les causes d'incapacité et les causes d'excuse. Celui qui a une excuse peut y renoncer, la dispense n'étant établie qu'en sa faveur. Les incapacités, au contraire, sont établies dans l'intérêt du mineur; il est donc évident que l'incapable n'y peut pas renoncer. Celui qui a une excuse peut être tuteur, s'il le veut. L'incapable voudrait être tuteur, le conseil de famille y consentirait, qu'il ne pourrait l'être, parce qu'il n'a pas les qualités requises pour l'administration de

(1) Observations du Tribunal. n° 22 (Loché, t. III, p. 407).

la tutelle. Puisque l'incapable ne peut pas être tuteur, il s'ensuit que les causes d'incapacité empêchent le conseil de famille de le nommer, ou le font écarter s'il se présente comme tuteur légal ou testamentaire; et que, si la cause d'incapacité survient pendant le cours de la tutelle, l'incapable doit être révoqué.

Nous avons posé comme principe qu'il n'y a pas d'excuse sans loi; ce principe est controversé; il y a des auteurs qui, outre les excuses légales, admettent des excuses de fait. Pour les causes d'incapacité, il n'y a pas de doute; la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour admettre que les incapacités sont de stricte interprétation. En effet, en toute matière, la capacité est la règle et l'incapacité l'exception; il faut donc appliquer aux incapacités le principe qui régit les exceptions: il n'y a pas d'exception, ni par suite d'incapacité sans texte, et les textes qui les établissent sont essentiellement limitatifs; l'interprète ne peut pas les étendre, fût-ce par voie d'analogie. Pas d'incapacité sans texte formel (1). Zachariae est le seul auteur qui enseigne que l'incapacité peut résulter d'une manière virtuelle et nécessaire de l'esprit de la loi (2). Nous préférons nous en tenir au principe tel que la cour de cassation l'a formulé. La loi qui établit l'incapacité doit être prise à la lettre; recourir à l'esprit de la loi pour étendre le texte, c'est créer des incapacités, c'est faire la loi.

N° I. DES CAUSES D'INCAPACITÉ.

514. L'article 442 porte: « Ne peuvent être tuteurs: les mineurs, excepté le père ou la mère. » Nous avons déjà dit quelle est la raison de l'exception, et quelle est la capacité du survivant mineur qui gère la tutelle (n° 375).

Les interdits sont aussi incapables; pour eux, il ne saurait y avoir d'exception, puisqu'ils sont frappés d'incapacité

(1) Arrêt de la cour de cassation du 13 octobre 1807 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 154, 1°). Comparez les auteurs et les arrêts cités dans Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 375, note 12.

(2) Aubry et Rau, 4^e édition, t. 1^{er}, p. 375, et note 12.