

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.

juridique en vertu du jugement d'interdiction. Il est rare que l'interdiction d'une personne aliénée soit prononcée; il y a beaucoup d'aliénés et peu d'interdits. De là la question de savoir si l'incapacité que la loi prononce contre les interdits s'étend aux aliénés non interdits. Ainsi posée, la question doit être décidée négativement, en vertu du principe que nous venons de poser. Zachariæ assimile de plein droit les aliénés aux interdits. C'est changer la loi. Sans doute, le législateur aurait mieux fait de déclarer les aliénés incapables, sauf à décider comment l'aliénation mentale serait prouvée; mais il ne l'a pas fait. Il n'y a donc d'incapacité légale que lorsque l'aliéné est interdit. Est-ce à dire qu'il n'y aura aucun moyen d'écarter légalement un aliéné de la tutelle? Si l'aliénation existe au moment où la tutelle s'ouvre, elle constitue une excuse à titre d'infirmité grave. Si l'excuse n'était pas présentée, le tuteur pourrait immédiatement être révoqué pour cause d'incapacité (1).

515. Une difficulté analogue se présente pour les personnes placées sous conseil judiciaire. N'étant pas déclarées incapables par la loi, elles doivent être considérées comme capables. Ainsi jugé par la cour de cassation (2). Vainement dit-on que c'est un oubli du législateur; en matière d'incapacité, il n'appartient pas à l'interprète de combler la lacune de la loi. L'analogie même nous fait défaut; car la différence est considérable entre l'interdiction et la nomination d'un conseil judiciaire. On nomme un conseil au prodigue; celui qui dissipe son propre patrimoine pourra, à la rigueur, gérer avec intelligence et économie les biens du mineur. Il faudrait donc distinguer, comme le font certains auteurs (3), entre le conseil donné pour prodigalité et le conseil donné pour faiblesse d'esprit. Qui ne voit que ces distinctions constituent une nouvelle loi? et faut-il ajouter que le législateur seul a le pouvoir de faire des lois?

(1) Demolombe, t. VII, p. 280, n° 269. Comparez arrêt de Bruxelles du 1^{er} mars 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 95) et arrêt de la cour de cassation de Belgique du 9 décembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 86).

(2) Arrêt de rejet du 21 novembre 1848 (*Dalloz*, 1848, 1, 230).

(3) Duranton, t. III, n° 503. Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. 1^{er}, p. 417, note 4.

On dira qu'à force d'être logique, nous aboutissons à l'absurde. Convient-il que celui à qui on nomme un conseil pour faiblesse d'esprit soit tuteur? Et en supposant qu'un prodigue puisse administrer sagement le patrimoine du mineur, ne serait-ce pas donner au pupille un funeste exemple, en confiant son éducation à un homme qui jette sa fortune par porte et fenêtres? Il faut donc chercher un moyen légal d'écarter de la tutelle ceux qui sont placés sous conseil. La faiblesse d'esprit et la prodigalité ne sont pas des maladies qui se produisent inopinément pendant le cours de la tutelle, comme la folie ou la fureur; le plus souvent elles sont innées, et si elles sont légalement constatées par la nomination d'un conseil judiciaire, on doit y voir une cause d'*exclusion* de la tutelle (art. 444, n° 2). Il faudra donc appliquer les principes qui régissent l'*exclusion* (n° 523). S'il s'agissait d'un tuteur légal ou testamentaire qui, tout en étant prodigue ou faible d'esprit, n'aurait pas de conseil, il n'y aurait d'autre moyen de l'écarter de la tutelle que de provoquer la nomination d'un conseil judiciaire. Ces voies détournées auxquelles nous recourons pour exclure un incapable de la tutelle ne sont pas sans inconvénient; mais c'est le seul moyen légal de combler la lacune de la loi (1).

■

516. Sont encore incapables, dit l'article 442, les femmes, autres que la mère et les ascendantes. Dans notre droit, les femmes non mariées ont la même capacité que les hommes. Pourquoi donc la loi les déclare-t-elle incapables d'exercer la tutelle? Domat répond que la tutelle demande une autorité, et oblige à des fonctions qu'il serait indécent que la femme exerçât à l'égard d'autres personnes que ses enfants. On peut ajouter que si les femmes sont capables, en vertu de notre droit, de gérer leurs

(1) Demolombe, t. VII, p. 278, n° 468; Valette sur Proudhon, t. II, p. 347, note a; Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 261, n° 191 bis II.

intérêts, elles n'ont guère l'expérience des affaires qui est requise pour exercer la tutelle (1).

La loi excepte la mère et les ascendantes. Elles ont sur leurs enfants une autorité naturelle, et la nature leur impose le devoir de soigner les intérêts de ceux auxquels ils ont donné la vie. La loi compte surtout sur l'affection du tuteur : à ce titre, personne n'est plus digne d'être appelé à la tutelle que la mère et les ascendantes.

La mère n'est tutrice que quand elle est veuve ; si elle se remarie, elle doit être maintenue dans la tutelle par le conseil de famille. En est-il de même des ascendantes ? Le texte ne décide pas la question. M. Demolombe croit qu'il y a lieu d'appliquer par analogie aux aïeules ce que la loi dit de la mère (2). En réalité, l'analogie n'existe pas. La mère est tutrice de droit, tandis que les ascendantes ne le sont pas ; le conseil peut les nommer tutrices ; et la loi n'établit aucune limite, aucune restriction à son choix. C'est dire que le conseil de famille appréciera. S'il nommait tutrice une aïeule qui n'est pas veuve, nous ne voyons pas sur quel texte on s'appuierait pour attaquer cette nomination.

III

517. Enfin la loi déclare incapables tous ceux qui ont ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis (art. 442, n° 4). La loi ne veut pas placer le tuteur entre son devoir et son intérêt.

La disposition que nous venons de transcrire est-elle restrictive ? ou peut-on l'appliquer par analogie à des cas non prévus par la lettre de la loi ? Si l'on admet le principe consacré par la cour de cassation pour les incapacités en général, la question ne peut pas même être posée ; il faut décider, et sans hésiter, que cette quatrième cause d'incapacité

(1) Domat, *Les lois civiles*, livre I, titre I, section VII, § 3. Valette sur Proudhon, t. II, p. 344, note.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 281, n° 472.

pacité doit être interprétée restrictivement aussi bien que les trois premières. C'est surtout pour cette quatrième incapacité que la difficulté se présente. Nous cherchons en vain une raison pour l'application analogique. Dès qu'on s'écarte du texte, on tombe dans l'arbitraire le plus absolu. On invoque l'esprit de la loi pour décider qu'il y a incapacité lorsque le procès existe entre le mineur et les enfants ou le conjoint du tuteur, lorsqu'il existe entre le mineur et une personne dont le tuteur est l'héritier présomptif. Pourquoi s'arrêter à ces deux espèces ? Si c'est l'esprit de la loi qui décide, il faut dire que dans tous les cas où les intérêts du tuteur sont en conflit avec son devoir, il y aura incapacité. Où s'arrêtera-t-on ? N'est-ce pas précisément pour empêcher cet arbitraire que la loi a défini le cas où l'opposition d'intérêt est assez grave pour qu'il en résulte une incapacité. Le législateur seul est juge de cette gravité : permettre au juge de trancher la difficulté, c'est lui permettre de faire la loi (1).

Il a été jugé par la cour de Liège qu'il n'y a pas d'incapacité quand le mineur a un procès avec le beau-frère du tuteur (2). Un tribunal avait déclaré incapable de gérer la tutelle un individu qui n'avait aucun procès avec le mineur, par la seule raison qu'un procès paraissait imminent. La cour de Pau réforma cette décision : elle dit très bien que le tribunal avait créé une incapacité nouvelle qui n'est point dans la loi ; qu'il n'y a pas lieu à procéder par voie d'analogie, parce qu'il est de principe que les exceptions sont de droit étroit (3).

Si le procès survenait pendant la durée de la tutelle, il y aurait lieu de procéder à la nomination d'un nouveau tuteur ; bien entendu si le procès présentait le caractère défini par l'article 442 : il faut que l'état du mineur soit compromis, sa fortune, ou une partie notable de ses biens.

(1) Demolombe (t. VII, p. 284, n° 247), Marcadé (t. II, p. 229, art. 442, n° 4) et Demante (t. II, p. 263, n°s 193 bis I, II et III) considèrent la loi comme restrictive. La plupart des auteurs la considèrent comme énonciative (Daloz, au mot *Minorité*, n° 353. Il faut ajouter Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 374 et note 9).

(2) Liège, 31 décembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2. 35).

(3) Arrêt du 21 juin 1823 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 352, 1^o).

C'est au juge à apprécier si le procès compromet ou non ces intérêts (1).

N° 2. EFFET DE L'INCAPACITÉ.

518. La loi ne dit pas par qui l'incapacité sera prononcée. C'est qu'en général les causes d'incapacité ne donnent pas lieu à contestation : il en est ainsi de la minorité, de l'interdiction, de la qualité de femme. Toutefois, si l'on prétendait et si l'on contestait qu'un aliéné non interdit est frappé d'incapacité, ou une personne placée sous conseil, la contestation devrait être vidée; par qui le sera-t-elle? De même, s'il y a un procès entre le mineur et le tuteur; on nie que l'état du mineur soit compromis, ou une partie notable de ses biens; ou le procès existe entre le mineur et d'autres personnes que celles qui sont énumérées par la loi. Dans tous ces cas, il y a débat. C'est naturellement le conseil de famille qui décidera, sauf recours devant le tribunal. La loi donne au conseil de famille le droit de statuer sur les excuses et de prononcer l'exclusion ou la destitution : c'est donc le conseil qui, en principe, est compétent pour tout ce qui concerne l'organisation de la tutelle. Ce principe doit recevoir son application aux causes d'incapacité aussi bien qu'aux causes d'excuse, d'exclusion et de destitution (2).

§ III. Des causes d'exclusion et de destitution

519. L'article 444 porte : « Sont aussi *exclus* de la tutelle et même *destituables*, s'ils sont en exercice : 1° les gens d'une conduite notoire; 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité. » L'article 443 fait la même distinction : « La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'*exclusion* de la tutelle. Elle emporte de même la *destitution*, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déferée. » Par *exclusion*, la loi

(1) Nîmes, 2 mars 1848 (Daloz, 1848, 2, 58).

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 296, nos 496, 497.

entend donc que le tuteur est écarté de la tutelle, qu'il est empêché de la gérer; la *destitution* suppose que le tuteur est en exercice. L'*exclusion* ne peut guère s'appliquer qu'à la tutelle légale ou testamentaire; s'il s'agit de la tutelle dative, le conseil ne nommerait certes pas une personne d'une conduite notoire, infidèle ou incapable; mais le tuteur légal ou testamentaire peut se présenter pour gérer la tutelle; le conseil de famille doit, en ce cas, prononcer son *exclusion*, s'il se trouve dans un des cas prévus par l'article 444. A vrai dire, l'exclusion est aussi une destitution, car il y a un tuteur en vertu de la loi ou d'un testament; l'exclure, c'est le révoquer (1).

On demande s'il y a une différence entre les causes d'exclusion ou de destitution et les causes d'incapacité. L'incapable est aussi *exclu* de la tutelle; il l'est parce qu'il lui manque une qualité requise pour être tuteur. On peut dire également que les causes d'exclusion impliquent l'absence d'une qualité que le tuteur doit avoir : ne faut-il pas qu'il soit un homme rangé, probe, un bon père de famille, d'une conduite irréprochable? S'il n'a pas ces qualités, il est incapable de remplir les devoirs que la tutelle impose, et, comme tel, exclu de la tutelle. En ce sens, l'incapacité et l'exclusion se confondent : elles ne diffèrent que par les motifs qui les ont fait établir. L'incapacité n'a rien de déshonorant, elle n'affecte ni l'honneur, ni les mœurs, ni l'intelligence du tuteur; tandis que les causes d'exclusion impliquent un déshonneur, l'improbité, l'immoralité, le désordre, ou un manque d'intelligence qui, bien que n'étant pas déshonorant, est cependant une cause de déconsidération.

520. Le principe d'interprétation est le même pour les causes d'exclusion et pour les causes d'incapacité : elles sont de stricte interprétation. Pour les causes d'exclusion ou de destitution, il y a un motif de plus de les interpréter restrictivement, c'est qu'elles sont déshonorantes. C'est une espèce de flétrissure que la loi attache à l'inconduite et au désordre; or, le législateur seul a le droit de flétrir et de punir; l'interprète ne peut donc pas, en cette matière, dé-

(1) Proudhon, t. II, p. 348; Duranton, t. III, p. 490, n° 500.