

en ce sens par les cours de Bruxelles et de Grenoble; mais les deux cours se divisent sur les conséquences des principes qu'elles admettent. Dans les deux espèces, le subrogé tuteur était parent; comme tel, il avait le droit de poursuivre l'homologation: la poursuite était-elle validée par cette circonstance? La cour de Grenoble a vu une simple erreur dans la qualification de subrogé tuteur prise par le demandeur, erreur qui aurait dû être relevée par le défendeur; tandis que la cour de Bruxelles a annulé la poursuite comme étant faite par une personne sans qualité. Cette dernière décision nous paraît plus conforme à la rigueur des principes. Celui qui agit comme subrogé tuteur n'entend pas agir comme parent; or, comme subrogé tuteur, il n'a pas le droit d'agir, puisqu'il n'est pas encore subrogé tuteur; il fait donc un acte nul (1).

531. Le subrogé tuteur doit-il mettre le tuteur en cause, soit par une assignation, soit par une sommation? L'article 448 ne l'exige pas; et on s'est prévalu du silence de la loi pour décider que le tuteur ne doit pas être mis en cause (2). Mais le silence du code n'est pas décisif en cette matière. Il s'agit de savoir s'il faut appliquer le droit commun, lequel exige que toute personne soit entendue avant d'être frappée d'une peine; or, l'article 447 prouve que le législateur veut s'en rapporter à cette règle de droit naturel; il exige que le tuteur soit entendu par le conseil de famille ou appelé. S'il en est ainsi lors de la délibération du conseil qui prononce la destitution, il en doit être de même, par identité de motifs, lors de l'homologation; car l'homologation et la délibération ne font qu'un seul et même acte. C'est l'opinion généralement suivie (3).

Si le tuteur n'a pas été mis en cause, le jugement d'homologation n'aura aucun effet à son égard; il peut ou y former opposition ou demander par voie d'action directe, dirigée contre le subrogé tuteur, que le tribunal le main-

(1) Bruxelles, 12 novembre 1830 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 381, 1^{re}. Dans la *Pasicrisie* (1830, p. 213), l'arrêt porte la date du 19 novembre); Grenoble, 24 juin 1845 (Dalloz, 1846, 4, 502, n° 10).

(2) Nîmes, 8 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 384).

(3) Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 481, note 11, et les arrêts dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 383.

tienne en la tutelle: l'article 448 lui donne ce droit, et le tuteur peut en user, soit que le subrogé tuteur ne poursuive pas l'homologation, soit qu'il la poursuive sans mettre le tuteur en cause. Cela ne fait aucun doute, dès que l'on admet que le tuteur doit être appelé (1).

Quand le tuteur agit par voie directe, il doit, d'après l'article 448, assigner le subrogé tuteur. L'article 883 du code de procédure prescrit une autre marche; il veut que ceux qui attaquent une délibération du conseil de famille forment leur action contre ceux qui auront été de l'avis de la délibération. On demande si le code de procédure a dérogé au code civil; nous avons examiné la question plus haut (n° 466).

532. L'article 449 porte: « Les parents ou alliés qui auront requis la convocation pourront intervenir dans la cause, qui sera instruite et jugée comme affaire urgente. » On demande si le nouveau tuteur peut intervenir. Nous avons d'avance répondu à la question. Le nouveau tuteur n'est pas tuteur, aussi longtemps que la délibération n'a pas été homologuée; il n'a donc aucune qualité pour intervenir, pas plus que pour agir (2).

533. La délibération qui prononce la destitution peut être attaquée au fond et pour vice de forme. Au fond, l'article 448 le dit: le tuteur destitué peut demander que le tribunal le maintienne en la tutelle. Tel est d'ailleurs le droit commun pour les recours dirigés contre les délibérations du conseil de famille (nos 467, 468) (3). La délibération peut encore être attaquée pour vice de forme. Ici il y a quelque chose de spécial: le tuteur doit être entendu et la délibération doit être motivée. Ces formes n'étant établies que dans l'intérêt du tuteur, lui seul peut invoquer la nullité qui résulterait de l'inobservation de la loi (4).

534. Qui supporte les frais de l'instance? Le code civil ne contient aucune disposition sur ce point; c'est dire que

(1) Orléans, 12 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 60).

(2) Angers, 29 mars 1821 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 196, 1^{re}).

(3) Liège, 7 juillet 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 432).

(4) Arrêt de la cour de cassation du 14 juin 1842 (Dalloz, au mot *Intervention*, n° 244, 1^{re}).

nous restons sous l'empire du droit commun. Celui qui succombe est condamné aux frais. Si c'est le tuteur, il n'y a aucun doute; si c'est le subrogé tuteur, il sera aussi condamné aux frais, bien entendu comme représentant du mineur; c'est dans l'intérêt du pupille que le procès se fait, c'est donc lui qui doit supporter les frais. On a soutenu que les membres du conseil de famille qui ont voté pour la destitution peuvent être condamnés aux frais et aux dommages-intérêts, quand même ils ne seraient pas en cause. Cela est inadmissible. Le tribunal ne peut condamner aux frais et aux dommages-intérêts que la partie qui succombe; or, les membres du conseil ne sont parties dans l'instance d'homologation que lorsqu'ils interviennent, comme l'article 449 leur en donne le droit. On objecte l'article 441, qui permet au tribunal de condamner aux frais ceux qui ont rejeté l'excuse proposée par le tuteur. La réponse est facile et péremptoire : dans le cas de l'article 441, l'instance est formée contre les membres du conseil qui ont rejeté l'excuse, tandis que dans le cas de l'article 448, l'action est intentée contre le subrogé tuteur, et celui-ci, bien qu'il agisse au nom du conseil de famille, n'a aucune qualité pour représenter individuellement les membres du conseil qui ont voté pour la destitution (1).

N° 3. EFFET DE L'EXCLUSION ET DE LA DESTITUTION.

535. L'article 445 dit que tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle ne pourra être membre d'un conseil de famille. La loi ne dit pas que le tuteur exclu ou destitué ne pourra être appelé à une autre tutelle; de là on conclut que l'exclusion ou la destitution n'emporte pas de droit exclusion d'une nouvelle tutelle. Il ne faut pas, dit Demante, ajouter à la rigueur de la loi (2). Il admet néanmoins, et cela est évident, que si la cause qui a fait

(1) Demolomb t. VII, p. 299, n° 505. Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 482, note 13. En sens contraire, Duranton, t. III, n° 515, et Zachariæ, t. I^{er}, § 120 et note 14 (p. 456 de la traduction de Massé et Vergé).

(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 266, n° 196 bis IV.

exclure le tuteur d'une première tutelle subsiste, elle doit écartier d'une nouvelle tutelle. Telle est la condamnation à une peine afflictive ou infamante, d'après l'article 443, avec la restriction qu'y apporte le code pénal : le condamné peut être appelé à la tutelle de ses enfants par le conseil de famille. Si l'interdiction du droit de tutelle n'est que temporaire, il est certain que, la cause cessant, l'effet cesse également. Restent les causes d'exclusion établies par l'article 444. Si le tuteur a été destitué pour incapacité ou infidélité, il est par cela même exclu d'une nouvelle tutelle; sur ce point, l'article 444 est formel. La question ne se présente donc que pour l'inconduite notoire. Si un tuteur est exclu ou destitué pour inconduite notoire, pourra-t-il être appelé à une autre tutelle? Nous ne le croyons pas. L'inconduite notoire, une fois constatée par une exclusion ou une destitution, est une cause permanente d'exclusion pour toute tutelle, de même que l'incapacité et l'infidélité. Sans doute l'homme, même d'une inconduite notoire, peut se corriger; mais n'en est-il pas de même du forçat libéré, n'en est-il pas de même du tuteur infidèle ou incapable? C'est la flétrissure dont il a été l'objet qui exclut le tuteur de toute nouvelle tutelle, parce que la loi ne peut avoir confiance en un homme qui a été exclu ou destitué pour inconduite, incapacité ou infidélité. Voilà pourquoi elle le déclare indigne d'être membre d'un conseil de famille. Conçoit-on que celui qui ne peut être membre d'un conseil de famille, parce qu'il a été exclu ou destitué d'une tutelle, puisse être tuteur? Le bon sens repousse cette distinction aussi bien que le texte (1).

De là nous concluons que le tuteur destitué ne peut pas être réintégré dans la tutelle, car ce serait l'appeler à une tutelle, et la destitution l'exclut de toute tutelle. La jurisprudence est cependant hésitante sur cette question (2).

536. Le tuteur exclu n'est pas tuteur, et le tuteur destitué cesse de l'être du moment de sa destitution. Dès lors le tuteur exclu ou destitué ne peut faire aucun acte de

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 304, n° 510.

(2) Voyez les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Minorité*, n°s 365 et 366.

gestion. Il faut cependant admettre une restriction à la rigueur de cette décision. De même que les notaires restent en fonctions jusqu'à ce que la suspension ou la destitution leur aient été notifiées⁽¹⁾, de même le tuteur n'est exclu ou destitué que du jour où il a connaissance de l'exclusion ou de la destitution. S'il est présent à la délibération et s'il y adhère, il cesse immédiatement d'être tuteur. S'il n'est pas présent, il faut que la délibération ou le jugement d'homologation lui soit notifié. Si après cette notification il continuait à gérer, les actes qu'il ferait seraient nuls. Faut-il faire une exception pour les tiers de bonne foi? Nous reviendrons sur cette question.

§ IV. *Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution, quant au conseil de famille et au subrogé tuteur.*

NO 1. DES CAUSES D'EXCUSE.

537. La loi impose aux membres du conseil de famille l'obligation de comparaître sous peine d'amende, à moins qu'ils n'aient une excuse légitime (art. 413). Quelles sont ces excuses? Ce sont des empêchements de fait qui ne permettent pas aux membres convoqués d'assister à la délibération. Il se peut que les causes qui dispensent de la tutelle soient aussi une excuse légitime pour les membres du conseil : telle serait une maladie. Mais toute cause qui dispense de la tutelle n'est pas une excuse pour assister au conseil. Et on en conçoit la raison. Un parent, un allié, un ami peut invoquer comme excuse de la tutelle le nombre d'enfants, les tutelles dont il est déjà chargé, les fonctions publiques qu'il doit remplir; mais ces causes ne l'empêchent pas d'assister aux délibérations d'un conseil de famille : c'est là un service que personne ne peut refuser, à moins d'un empêchement de fait que le juge de paix appréciera. Quant au subrogé tuteur, l'article 426 déclare qu'il peut

(1) Loi du 25 ventôse an xi, art. 52.

invoquer les causes d'excuse que la loi accorde au tuteur. L'identité est peut-être trop absolue; comme le subrogé tuteur n'administre pas, ses fonctions sont bien plus faciles que celles du tuteur; mais la loi étant générale, il n'appartient pas à l'interprète d'y introduire des distinctions.

NO 2. DES CAUSES D'INCAPACITÉ.

538. Les causes d'incapacité sont communes à la tutelle, à la subrogée tutelle et au conseil de famille (art. 442 et 426). Il a été décidé, par application de ce principe, que le mineur ne pouvait pas siéger au conseil comme mandataire⁽¹⁾. Il est vrai que le mandat peut être donné à un mineur (art. 1990); mais la raison en est que le mandat se donne en général dans l'intérêt du mandant, tandis que, en matière de tutelle, le mandat se donne dans l'intérêt du mineur; or, quand le mandat intéresse, non le mandant, mais un tiers, le mandataire doit être capable. La loi applique ce principe à l'exécuteur testamentaire (art. 1028 et 1029). Par identité de raison, il faut dire que les mineurs et les femmes ne peuvent pas faire partie du conseil comme mandataires.

Nous avons enseigné que les personnes placées sous conseil judiciaire peuvent être tuteurs; par la même raison ils peuvent être membres d'un conseil de famille. La cour de cassation l'a décidé ainsi dans une espèce singulière. Un conseil de famille fut convoqué pour délibérer sur une demande d'interdiction; dans ce conseil siégeaient deux parents pourvus d'un conseil judiciaire. La cour de cassation décida qu'ils étaient capables par cela seul que la loi ne les déclarait pas incapables. Rien de plus juridique⁽²⁾. Mais aussi rien de plus contraire au bon sens. Il s'agissait de donner un avis sur l'état mental de l'individu dont on provoquait l'interdiction : et on appela au conseil des personnes dont l'état mental était plus ou moins altéré, puis-

(1) Orléans, 12 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 60).

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