

mariage. Cette différence s'explique d'ailleurs aisément. La loi devait se montrer moins rigoureuse pour le mari cotuteur de droit, qui gère en vertu d'un titre régulier, que pour le mari cotuteur de fait, qui a un titre irrégulier, ou qui, pour mieux dire, n'a pas de titre. Enfin cette différence était déjà admise dans notre ancien Droit, ainsi que l'atteste Domat. — Malgré ces raisons qui ont entraîné la jurisprudence et la majorité des auteurs, une minorité, respectable par la qualité plus encore que par le nombre de ses adhérents, soutient que le mari, cotuteur de fait, n'est tenu que de la gestion postérieure au mariage, de même que le mari cotuteur de droit. Mais l'argument, qu'on tire en faveur de cette solution des travaux préparatoires, est loin d'être concluant, et celui qu'on emprunte au texte de la loi l'est encore moins. L'article 395, dit-on, ne déclare pas le mari cotuteur de fait responsable de toutes les suites de la tutelle indistinctement, mais seulement des suites de la tutelle *indûment conservée*; or la tutelle indûment conservée, c'est seulement la tutelle postérieure au mariage; donc le mari n'est responsable que des suites de cette gestion. On peut répondre : la tutelle que la femme a conservée indûment, c'est celle qu'elle avait avant le mariage; or le législateur déclare la femme responsable de toutes les suites de cette tutelle sans distinction; donc il est responsable de la gestion antérieure au mariage comme de la gestion postérieure.

848. Lorsque la mère a perdu la tutelle pour n'avoir pas fait la convocation exigée par l'article 395, le conseil de famille doit nommer un autre tuteur pour la remplacer. Il a été jugé à tort qu'il y avait lieu en pareil cas à la tutelle des ascendants; une simple lecture des articles 402 et 403 suffit à démontrer qu'il n'y a lieu à cette tutelle qu'après le décès des père et mère.

* Le conseil de famille pourrait-il nommer tutrice la mère elle-même qui a perdu la tutelle? Pourquoi pas? Il est vrai que 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 », ce qui entraîne *a fortiori* l'incapacité d'être tuteur (arg., art. 442). Mais d'abord il n'y a pas ici exclusion ni destitution de la mère dans le sens propre de ces expressions; la loi dit seulement que la mère « perd la tutelle » (art. 395). Y eût-il exclusion ou destitution, l'article 445 n'en serait pas plus applicable; car il n'est écrit qu'en vue des causes d'exclusion ou de destitution réglées par les articles précédents. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Mais si l'on admet cette solution, il paraît conforme au vœu de la loi de décider que le conseil de famille, en nommant tutrice la mère déchuë de la tutelle, devra lui donner pour cotuteur le nouveau mari; car dans l'idée du législateur la cotutelle du mari paraît inséparable de la tutelle de la femme.

SECTION II

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE PÈRE OU PAR LA MÈRE

849. « Le droit individuel de choisir un tuteur parent ou même étranger n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère » (art. 397).

Le droit individuel. En principe, la nomination du tuteur, quand il n'est pas désigné de plein droit par la loi, n'appartient qu'à une assemblée connue sous le nom de conseil de famille. Par exception à cette règle la loi accorde, sous certaines conditions, au père ou à la mère le droit *individuel* de choisir un tuteur à ses enfants.

Au dernier mourant des père et mère. La loi ne dit pas au *survivant*.

Elle a voulu indiquer par cette expression singulière en apparence, et qu'elle n'emploie nulle part ailleurs, que le survivant des père et mère ne peut choisir un tuteur à ses enfants que pour après son décès. La loi suppose que le survivant des père et mère est tuteur de ses enfants, et elle lui permet de désigner pour après sa mort son successeur quant à la tutelle. La disposition, par laquelle le survivant des père et mère défère la tutelle, a donc de l'analogie avec une disposition testamentaire (toutes les dispositions testamentaires sont faites pour après le décès), et voilà pourquoi la doctrine donne à la tutelle qui nous occupe le nom de *tutelle testamentaire*.

De ce principe que le droit de nommer un tuteur testamentaire n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère découlent deux conséquences :

1° Le droit de nommer ce tuteur n'appartiendrait en aucun cas au premier mourant des père et mère ;

2° Le survivant des père et mère qui, par une cause quelconque : refus, excuse, incapacité, exclusion ou destitution, ne gère pas la tutelle, ne peut pas nommer le tuteur qui le remplacera, sa vie durant. Il ne pourrait même pas nommer un tuteur pour après son décès; car d'une part il destituerait ainsi le tuteur qui est en exercice à cette époque, ce que la loi ne lui donne pas le droit de faire, et d'autre part il ne peut pas déléguer un pouvoir qui ne lui appartient pas.

851. Aux termes de l'article 399 : « La mère remariée, et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut leur choisir un tuteur. » Outre que la mère, n'étant pas tutrice lors de son décès, ne peut pas déléguer un pouvoir qu'elle n'a pas, il y a ici un motif de suspicion légitime contre elle, parce que le conseil de famille l'a écartée de la tutelle.

C'est seulement à ses enfants du premier lit que la mère ne peut, d'après notre article, choisir un tuteur. Elle pourrait donc en choisir un à ses enfants du second lit, dont elle gèrerait la tutelle après le décès de son deuxième mari.

« Lorsque la mère remariée, et maintenue dans la tutelle, aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille » (art. 400).

La nomination d'un tuteur faite par la mère remariée et maintenue dans la tutelle est valable, alors même que son choix ne serait pas confirmé par le conseil de famille. Elle est valable, en ce sens qu'elle exclut dans tous les cas la tutelle légitime des ascendants (arg., art. 402); le conseil de famille, qui ne confirme pas le choix de la mère, devra donc nommer un autre tuteur; s'il y a un ascendant, il ne sera pas tuteur de droit. Au contraire la nomination faite par la mère remariée et non maintenue dans la tutelle est nulle (arg., art. 399), et par suite elle ne fait pas obstacle à la tutelle légitime des ascendants. Telle est selon nous la signification des articles 399 et 400.

852. En quelle forme se fait la nomination du tuteur testamentaire? « Ce droit, dit l'article 398, ne peut être exercé que dans les formes pres-

» crites par l'article 392 et sous les exceptions et modifications ci-après. »

853. Enfin aux termes de l'article 401 : « *Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger.* » On ne voit guère l'utilité de ce texte, qui ne fait qu'appliquer le Droit commun au tuteur testamentaire.

SECTION III

DE LA TUTELLE DES ASCENDANTS

854. La tutelle des ascendants est une tutelle légitime; elle est en effet déferée de plein droit par la loi.

Quatre conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à la tutelle légitime des ascendants. Il faut :

1° Que le père et la mère du mineur soient tous les deux décédés. D'après l'article 402 en effet, il n'y a lieu à cette tutelle que « lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant des père et mère... » Or ce n'est qu'après le décès du survivant des père et mère que cette condition peut se trouver remplie (Cpr., art. 394 et 405).

2° Qu'il n'ait pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant des père et mère (art. 402, al. 1). Et remarquez que le seul fait d'une nomination de tuteur valablement faite par le dernier mourant, suffit pour écarter la tutelle légitime des ascendants, alors même que le tuteur testamentaire pour une cause quelconque ne générerait pas la tutelle, par exemple parce qu'il s'en est fait excuser. Les ascendants deviennent suspects aux yeux du législateur, par cela seul que le dernier mourant les a écartés de la tutelle.

3° Qu'il n'y ait pas un tuteur datif en exercice au moment du décès du dernier mourant des père et mère. Ainsi le père survivant s'est fait excuser de la tutelle, et il a été nommé un autre tuteur à sa place par le conseil de famille (art. 405); puis le père meurt. Il n'y aura pas lieu à la tutelle des ascendants, parce que le mineur se trouve déjà pourvu d'un autre tuteur. Comprendrait-on que la loi ordonnât la nomination d'un tuteur datif à la place du père ou de la mère qui ne peut ou ne veut gérer la tutelle, pour le faire remplacer plus tard par les ascendants? Il eût été bien plus simple d'appeler de suite ces derniers.

4° Enfin il n'y a pas lieu à la tutelle qui nous occupe si l'ascendant, auquel la tutelle est déferée en première ligne, ne peut ou ne veut la gérer. Ainsi l'aïeul paternel appelé à la tutelle s'en fait excuser; il y aura lieu de nommer un tuteur datif pour le remplacer; la tutelle ne passera pas de droit à un autre ascendant. C'est ce qui résulte par argument de l'article 405.

855. A quels ascendants la tutelle est déferée. — Ce point est réglé par les articles 402, 403 et 404 ainsi conçus :

Art. 402. « *Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à son aïeul paternel; à défaut de celui-ci, à son aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré.* »

Art. 403. « *Si, à défaut de l'aïeul paternel et de l'aïeul maternel du mineur, la concurrence se trouvait établie entre deux ascendants du degré supérieur qui appartenissent tous deux à la ligne paternelle du mineur, la tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur.* »

Art. 404. « *Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de famille, qui ne pourra néanmoins que choisir l'un de ces deux ascendants.* »

On voit que :

A. Entre deux ascendants inégaux en degré, la loi préfère l'ascendant le plus proche. Ainsi l'aïeul maternel sera tuteur par préférence au bisaïeul paternel.

B. Si le concours s'établit entre deux ascendants du même degré, alors il faut distinguer :

a). Sont-ce deux aïeuls? La tutelle appartiendra à l'aïeul paternel.

b). Si ce sont deux bisaïeuls, alors il faut sous-distinguer. Appartiennent-ils tous les deux à la ligne paternelle? La tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur, c'est-à-dire à celui des deux dont le mineur porte le nom. Il fallait bien choisir; la loi a considéré sans doute que la communauté de nom fortifie le lien qui existe entre le mineur et le bisaïeul; elle espère que ce bisaïeul aura plus de sollicitude pour l'enfant auquel il a transmis son nom en même temps que son sang. Si les deux bisaïeuls appartiennent tous les deux à la ligne maternelle, alors le mineur ne porte le nom d'aucun d'eux, et la loi laisse au conseil de famille le soin de décider lequel des deux sera tuteur.

Observation. — Les ascendantes autres que la mère ne sont jamais tutrices de plein droit en vertu des dispositions de la loi. Elles devaient l'être d'après le projet; mais il fut modifié sur ce point. Berlier va nous en dire la raison. « Il eût été dangereux d'admettre de plein droit comme tutrices des personnes, en qui la faiblesse du sexe est jointe à la faiblesse de l'âge. C'est au conseil de famille ou au dernier mourant des père et mère à nommer l'ascendante qui est en état de porter le lourd fardeau de la tutelle. » On voit que, si les ascendantes ne sont jamais tutrices de plein droit, elles peuvent être nommées tutrices. C'est en effet ce qui résulte de l'article 442, al. 4.

SECTION IV

DE LA TUTELLE DÉFERÉE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE

856. Dans le langage de la doctrine, on désigne souvent la tutelle déferée par le conseil de famille sous le nom de *tutelle dative*.

I. *Dans quels cas il y a lieu à la tutelle dative.*

857. « *Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père ni*