

» 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 *dativo*.

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

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