

» 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^o 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^o 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^o 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^o 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

» mère, ni tuteur élu par ses père et mère, ni ascendants mâles, comme
 » aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se
 » trouvera ou dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, ou
 » valablement excusé, il sera pourvu, par un conseil de famille, à la no-
 » mination d'un tuteur » (art. 405).

Il y a donc lieu à la tutelle déferée par le conseil de famille dans les cas suivants :

1^o Lorsque le survivant des père et mère est décédé sans avoir élu un tuteur, et qu'il n'existe pas à son décès d'ascendants mâles du mineur.

2^o Lorsque le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire ou l'ascendant appelé en première ligne à la tutelle légale se trouve incapable, exclu ou excusé (art. 405), ou bien encore lorsque la mère survivante refuse la tutelle (art. 394); plus simplement lorsque le tuteur légitime ou testamentaire ne peut ou ne veut, pour une cause quelconque, gérer la tutelle qui lui est déferée.

3^o Lorsque les fonctions tutélaires cessent dans la personne du survivant des père et mère par toute autre cause que son décès; comme aussi lorsque le tuteur testamentaire, l'ascendant le plus proche ou le tuteur datif antérieurement désigné vient, après avoir géré la tutelle, à la perdre pour une raison quelconque (arg., art. 405); plus simplement lorsque le tuteur légitime, testamentaire ou datif cesse, par une cause quelconque, d'être tuteur avant que la tutelle ait pris fin quant au mineur (art. 405).

II. Du conseil de famille et de ses attributions.

858. Nous devons l'institution du conseil de famille à notre ancien Droit coutumier. Le conseil de famille est une assemblée composée de parents ou d'alliés du mineur, ou, à défaut, d'amis de son père ou de sa mère, et du juge de paix qui en a la présidence.

Les attributions du conseil de famille sont assez nombreuses. Voici les principales :

1^o Le conseil de famille nomme le tuteur dans les cas exprimés par la loi.

2^o Il nomme dans tous les cas le subrogé tuteur (art. 420).

3^o Il prononce quand il y a lieu l'exclusion ou la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur (art. 446 et 447).

4^o Le conseil de famille forme, pendant tout le cours de la tutelle, une sorte de tribunal privé ou domestique, auquel doivent être soumises les affaires les plus importantes concernant la personne ou les biens du mineur. Ainsi le conseil de famille est appelé à régler le budget de la tutelle (art. 454); son autorisation est nécessaire pour vendre les immeubles du mineur ou les hypothéquer, pour emprunter au nom du mineur (art. 457), pour transiger (art. 467).

Mais le conseil de famille n'a pas le droit de faire exécuter ses décisions. C'est au tuteur qu'appartient le pouvoir exécutif de la tutelle.

Le conseil de famille n'est pas un corps permanent constitué une fois pour toutes lors de l'ouverture de la tutelle et pour toute sa durée. Il y a lieu de le former à nouveau, d'après les règles qui seront ci-après exposées, toutes les fois qu'il est nécessaire de le convoquer. Il peut donc arriver qu'à de courts intervalles la composition du conseil de famille d'un mineur se trouve profondément modifiée, par exemple parce que de proches parents, qui habitaient la commune où doit être formé le conseil de famille, vont se fixer au loin, ou parce que de proches parents qui habitaient au loin viennent se fixer dans cette commune.

859. Où doit être formé le conseil de famille. — Le conseil de famille doit être formé au lieu de l'ouverture de la tutelle (argument de ces mots de l'article 407 : « dans la commune où la tutelle sera ouverte »). Reste à savoir où s'ouvre la tutelle. Il faut répondre : au lieu où le mineur était domicilié lors de l'événement qui a donné ouverture à la tutelle, c'est-à-dire lors de la dissolution du mariage. Or à cette époque le mineur avait le domicile de son père (art. 108). Donc la tutelle s'ouvre dans la commune où était domicilié le père du mineur lors de la dissolution du mariage.

C'est là qu'est situé, comme on le dit dans la doctrine, le *domicile de la tutelle*.

860. Ce domicile doit être considéré comme invariable pendant tout le cours de la tutelle. Le domicile du mineur pourra bien changer, car il est lié à celui de son tuteur dont il suit les vicissitudes (art. 408); mais le domicile de la tutelle ne changera pas pour cela : il demeurera invariablement fixé au lieu où la tutelle s'est ouverte, et c'est là qu'il y aura lieu de réunir le conseil de famille, toutes les fois qu'il sera nécessaire de le convoquer pendant le cours de la tutelle. Ainsi le veut l'article 407, qui dit dans les termes les plus généraux que le conseil de famille sera formé « dans la commune où la tutelle sera ouverte ». L'article 406, il est vrai, paraît s'attacher au *domicile du mineur*; mais entendez par là le domicile qu'avait le mineur lors de l'ouverture de la tutelle; c'est d'ailleurs le seul moyen de mettre d'accord les articles 406 et 407. Ainsi l'exige surtout l'intérêt du mineur; car, si le domicile de la tutelle se déplaçait avec le domicile du mineur, il arriverait souvent que le conseil de famille devrait être formé dans une commune éloignée où le tuteur aurait transporté son domicile, et où on ne trouverait ni parents du mineur ni amis de ses père et mère, de sorte qu'on en serait réduit à former au mineur un simulacre de conseil de famille composé d'indifférents. Il pourrait même arriver que le tuteur déplaçât son domicile pour se soustraire à l'autorité et au contrôle d'un conseil de famille qui lui déplait, parce qu'il se montre vigilant gardien des intérêts du mineur. Ces inconvénients ne peuvent être évités qu'en admettant l'immutabilité du domicile de la tutelle. La jurisprudence est en ce sens. Elle paraît toutefois incliner à considérer la formation du conseil de famille comme pouvant régulièrement avoir lieu dans la commune où le tuteur est domicilié, toutes les fois qu'aucune fraude n'est alléguée, et que d'ailleurs les intérêts du mineur n'ont pas été lésés. Dans la doctrine il y a un grand nombre d'opinions divergentes.

861. De la composition du conseil de famille. — Il y a normalement sept membres dans un conseil de famille, savoir : six parents ou alliés du mineur, plus le juge de paix président de l'assemblée. Sept membres, nombre impair, ce qui rendra le partage plus difficile, mais non impossible, ainsi qu'on le verra plus loin. Le juge de paix doit prendre part aux délibérations du conseil et voter ; la loi lui reconnaît même une autorité plus grande qu'aux autres membres puisqu'elle lui donne voix prépondérante en cas de partage (art. 416).

C'est le juge de paix qui est chargé de la formation du conseil de famille, c'est-à-dire de la désignation des personnes qui doivent le composer. Les articles 407 et suivants déterminent les règles à suivre pour procéder à cette opération.

Aux termes de l'article 407 : « *Le conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés, pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte, que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne. — Le parent sera préféré à l'allié du même degré; et, parmi les parents de même degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins.* »

Moitié du côté paternel, moitié du côté maternel. Les deux lignes de parenté du mineur auront ainsi une représentation égale dans le conseil de famille.

Pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans le rayon de deux myriamètres. En prenant les parents qui se trouvent à une plus grande distance, on les aurait obligés à des voyages coûteux dont les frais seraient retombés en définitive à la charge du mineur dans l'intérêt duquel ils sont faits.

Ce motif prouve que, pour déterminer quels sont les parents ou alliés situés dans le rayon légal, il faut avoir égard à leur résidence plutôt qu'à leur domicile. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui paraît résulter des termes de l'article 407 qui parle de parents ou d'alliés « pris... dans la commune... », et de l'article 409 qui suppose le cas où les parents ou alliés de l'une ou l'autre ligne seraient « en nombre insuffisant sur les lieux ». Il est vrai que ce même article, dans sa deuxième partie, semble avoir égard au domicile... « domiciliés à de plus grandes distances » ; même langage dans l'article 410 qui dit : « ...à quelque distance qu'ils soient domiciliés... ». Mais rien ne prouve que le législateur ait pris ici le mot domicile dans son sens technique : il est plus vraisemblable qu'il l'a employé comme synonyme de résidence, ainsi qu'il l'a fait ailleurs.

862. Dans quelques cas particuliers indiqués par l'article 408, le conseil de famille peut comprendre plus de six parents ou alliés : « *Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont seules exceptés de la limitation de nombre posé en l'article précédent. — S'ils sont six, ou au-delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls, avec les veuves d'ascendants et les ascendants*

valablement excusés, s'il y en a. — S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil. »

Les frères germains du mineur sont ceux qui ont le même père et la même mère que lui, par opposition aux frères consanguins qui ont le même père et une mère différente, et aux frères utérins qui ont la même mère et un père différent (*supra*, n° 396).

En vertu du privilège du double lien qui les unit au mineur, la loi a voulu que ses frères germains (et aussi les maris de ses sœurs germaines ou beaux-frères germains) fussent tous appelés, s'ils sont majeurs bien entendu, à faire partie du conseil de famille, alors même qu'ils seraient au nombre de plus de six, contrairement à la règle formulée par l'article 407.

Une exception analogue a été admise en ce qui concerne les ascendants, et les ascendantes veuves, qui doivent être appelés au conseil de famille avec les frères et beaux-frères germains, quel que soit d'ailleurs le nombre de ceux-ci, et quel que soit le chiffre auquel leur présence doit porter le nombre des membres du conseil de famille.

Au surplus il y a deux inexactitudes à relever dans l'article 408.

D'abord la loi a tort de ne parler que des ascendants valablement excusés ; il est clair qu'il y aurait lieu d'admettre aussi au conseil de famille les ascendants, qui n'ont pas eu à se faire excuser de la tutelle parce qu'ils n'y étaient pas appelés : ce qui peut arriver dans le cas où la tutelle est gérée par le survivant des père et mère ou par le tuteur du choix du dernier mourant. Peut-être la loi n'a-t-elle parlé que des ascendants valablement excusés par opposition aux ascendants exclus ou destitués de la tutelle, lesquels ne pourraient faire partie du conseil de famille (art. 445).

D'autre part les expressions de la loi trahissent certainement sa pensée, quand elle appelle à faire partie du conseil de famille « les veuves d'ascendants », expressions qui comprendraient, s'il fallait les prendre à la lettre, la deuxième femme d'un ascendant décédé, qui n'est pas parente du mineur, mais seulement alliée de celui-ci. Il aurait fallu dire « les ascendantes veuves ». L'historique de la confection de la loi ne laisse aucun doute sur ce point.

863. Aux termes de l'article 409 : « *Lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux ou dans la distance désignée par l'article 407, le juge de paix appellera soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur.* »

De l'une ou de l'autre ligne. Le juge de paix ne pourrait pas compléter le contingent d'une ligne avec des parents ou des alliés empruntés à l'autre ligne, car l'équilibre voulu par la loi serait ainsi détruit. Ainsi, dans la zone fixée par l'article 407, il n'y a que deux parents ou alliés paternels du mineur, mais on y trouve un grand nombre de parents maternels. Pour compléter le contingent de la ligne paternelle le juge de paix ne pourra pas appeler un parent maternel ; il devra prendre, soit un parent paternel en dehors de la zone légale, soit dans la commune même un ami du père ou de la mère du mineur.