

872. Le subrogé tuteur étant chargé de contrôler l'administration tutélaire, il importe qu'il ne soit pas l'homme du choix du tuteur. Aussi l'article 423, al. 1, dispose-t-il : « *En aucun cas le tuteur ne votera pour la nomination du subrogé tuteur.* »

D'un autre côté, le subrogé tuteur pouvant être appelé à représenter le mineur dans les cas où ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420), il importe qu'il n'y ait pas communauté d'intérêts entre le tuteur et le subrogé tuteur; autrement, quand les intérêts du mineur seraient opposés à ceux du tuteur, ils le seraient également à ceux du subrogé tuteur, et le mineur ne pourrait trouver un représentant impartial de ses intérêts, ni dans son tuteur, ni dans son subrogé tuteur. Pour cela, il faut que le tuteur et le subrogé tuteur n'appartiennent pas à la même ligne de parenté; car les parents de la même ligne ont des intérêts communs. Aussi l'article 423 dispose-t-il dans sa deuxième partie que le subrogé tuteur « *sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point* ». Ainsi, au cas où le tuteur est un parent paternel du mineur, le conseil de famille ne pourra pas nommer subrogé tuteur un autre parent paternel.

Toutefois le législateur en dit ici plus long qu'il ne veut, en disposant que le subrogé tuteur sera pris dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra pas. D'abord il peut y avoir une impossibilité matérielle, au cas où il n'y aurait pas, dans la ligne à laquelle n'appartient point le tuteur, de parent en état de remplir les fonctions de subrogé tuteur. Même dans l'hypothèse où il y en aurait un, il est certain que le conseil de famille pourrait, pour le plus grand intérêt du mineur, nommer un étranger. Il aurait donc fallu se borner à dire que le subrogé tuteur ne pourra pas être pris dans la ligne de parenté à laquelle appartient le tuteur. Si cette règle n'avait pas été observée, la nomination du subrogé tuteur serait nulle.

873. La règle toutefois comporte une exception, que la loi formule en ces termes quelque peu obscurs : « *hors le cas de frères germains* ». Il faut les entendre en ce sens que, lorsque le mineur et son tuteur sont frères germains, le conseil de famille peut choisir pour subrogé tuteur, soit un autre frère germain du mineur, soit un parent de la ligne paternelle ou de la ligne maternelle.

On peut justifier cette explication de la manière suivante. Lorsque le tuteur est un frère germain du mineur, l'application de la règle que le subrogé tuteur ne peut pas être pris dans la ligne de parenté à laquelle appartient le tuteur, conduirait nécessairement à déférer la subrogée tutelle à un étranger, puisque le tuteur appartient aux deux lignes de parenté. Mais, comme d'une part l'intérêt du mineur exige que l'on confie autant que possible la subrogée tutelle à un parent plutôt qu'à un étranger qui sera presque toujours un indifférent, comme d'autre part la subrogée tutelle est avant tout une charge de famille et qu'elle ne doit par conséquent retomber sur des étrangers qu'à défaut de parents, la loi déroge ici à la règle par ces mots « *hors le cas de frères germains* », qui signifient : *hors le cas où le mineur et son tuteur sont frères germains*. La règle cessera donc alors de s'appliquer, c'est-à-dire que le conseil

de famille aura le droit de choisir le subrogé tuteur parmi les parents de la ligne à laquelle le tuteur appartient; ainsi il pourra nommer subrogé tuteur soit un autre frère germain du mineur, ce que tout le monde admet, (car alors les deux lignes de parenté du mineur seront, suivant le vœu de la loi, également représentées à la tutelle et à la subrogée tutelle), soit un parent paternel ou maternel, ce que quelques-uns contestent, parce qu'alors l'équilibre voulu par la loi sera rompu, les deux lignes de parenté du mineur étant représentées à la tutelle et une seule à la subrogée tutelle.

Quoi qu'il en soit sur le point qui précède, l'exception établie par la loi pour le cas de frères germains ne devrait pas être étendue aux autres parents qui appartiennent aux deux lignes. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Il est même douteux qu'on puisse l'étendre, conformément à l'opinion générale, aux maris des sœurs germains du mineur, c'est-à-dire à ses alliés au degré de frères germains.

874. Quand cessent les fonctions du subrogé tuteur. — « *Les fonctions de subrogé tuteur cesseront à la même époque que la tutelle* », dit l'article 425.

Ce texte doit être entendu en ce sens, que les fonctions de subrogé tuteur cessent lorsque le mineur cesse d'être en tutelle, ou en d'autres termes lorsque la tutelle prend fin quant au mineur, *ex parte minoris* : ce qui peut arriver par sa mort, par sa majorité ou par son émancipation. La subrogée tutelle, n'étant qu'un rouage de la tutelle, disparaît nécessairement quand il n'y a plus de tutelle. Mais si la tutelle prenait fin quant au tuteur, *ex parte tutoris*, sans prendre fin quant au mineur, ce qui peut arriver notamment par la mort, par l'absence ou par la destitution du tuteur, les fonctions de subrogé tuteur ne cesseraient pas. La preuve en est dans l'article 424, qui ordonne en pareil cas au subrogé tuteur de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur. C'est le conseil de famille qui nommera ce nouveau tuteur; il peut choisir le subrogé tuteur. Mais celui-ci ne devient pas tuteur de plein droit quand la tutelle est vacante; il doit seulement faire les actes urgents de la tutelle en attendant la nomination du nouveau tuteur. En supposant que le conseil de famille confie la tutelle à un autre qu'au subrogé tuteur, celui-ci conservera ses fonctions s'il n'appartient pas à la même ligne de parenté que le nouveau tuteur. Dans le cas contraire il y aurait lieu de procéder à son remplacement.

Enfin aux termes de l'article 426 : « *Les dispositions contenues dans les sections VI et VII du présent chapitre, s'appliqueront aux subrogés tuteurs.* — Néanmoins le tuteur ne pourra provoquer la destitution du subrogé tuteur, ni voter dans les conseils de famille qui seront convoqués pour cet objet. »

SECTION VI

DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE

875. En principe la tutelle est une charge obligatoire. Il est vrai de dire en ce sens : *Tutela est munus publicum*. Mais, comme toute autre, cette règle a ses exceptions : dans certains cas particuliers la loi admet le tuteur à se faire dispenser de la tutelle; on dit alors qu'il existe une cause d'*excuse* à son profit. D'ailleurs l'excuse constitue un bénéfice pour le tuteur, bénéfice auquel il a le droit de renoncer; s'il y renonce, il gérera la tutelle.

Le législateur dispense en général plus volontiers de la tutelle le tuteur qui n'est pas encore entré en fonctions que celui qui est en exercice. Pour employer les expressions de la loi romaine, notre législateur admet plus facilement l'excuse *a suscipienda tutela* que l'excuse *a suscepta tutela*. C'est ainsi que l'article 433 autorise celui qui a soixante-cinq ans accomplis au moment où la tutelle lui est déferée à la refuser, tandis qu'il n'autorise un tuteur en exercice à se faire décharger de la tutelle qu'à soixante-dix ans. Voyez aussi les articles 436 et 437. Il y en a deux raisons : d'une part il est moins pénible de continuer une gestion que de la commencer, et d'autre part la substitution d'un tuteur à un autre au moment où la tutelle est déferée est moins préjudiciable au mineur que le remplacement d'un tuteur en exercice par un autre tuteur, ce remplacement entraînant nécessairement un changement d'administration presque toujours fatal aux intérêts du mineur.

876. Le législateur nous indique dans cette section six causes d'excuses, auxquelles il y a lieu d'en ajouter une septième prévue par l'article 394 : le sexe. Nous allons les passer en revue.

I. CERTAINES FONCTIONS OU SERVICES PUBLICS. — On lit à ce sujet dans les articles 427 et 428 :

Art. 427. « Sont dispensés de la tutelle : — Les personnes désignées dans les titres III, V, VI, VII, VIII, IX, X et XI de l'acte du 18 mai 1804 » ; ce qui comprend les maréchaux de France, les conseillers d'Etat, les sénateurs et les députés.

« Les présidents et conseillers à la Cour de cassation, le procureur général et les avocats-général en la même Cour ». Ajoutez : les présidents, maîtres des comptes et référendaires et le procureur général à la Cour des comptes (arg., art. 7, L. 16 septembre 1807).

« Les préfets » ; mais non les sous-préfets.

« Tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle s'établit ». Cette cause d'excuse s'applique aux notaires (arg., art. 1^{er} de la loi du 25 ventôse de l'an XI), aux ecclésiastiques desservant des cures ou des succursales et à toutes autres personnes agréées par le chef de l'Etat et exerçant pour les cultes une des fonctions qui exigent résidence (avis du Conseil d'Etat du 20 novembre 1806).

Art. 428. « Sont également dispensés de la tutelle les militaires en activité de service, et tous autres citoyens qui remplissent hors du territoire du royaume une mission du Roi. »

L'article 429 ajoute : « Si la mission est non authentique, et contestée, la dispense ne sera prononcée qu'après la représentation faite par le réclamant, du certificat du Ministre dans le département duquel se placera la mission articulée comme excuse. »

Ce n'est que l'application de ce principe que celui qui invoque un fait à l'appui de sa demande doit prouver ce fait, s'il est contesté. *Probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat.*

Aux termes de l'article 430 : « Les citoyens de la qualité exprimée aux articles précédents, qui ont accepté la tutelle postérieurement aux fonctions, services ou missions qui en dispensent, ne seront plus admis à s'en faire décharger pour cette cause. » En acceptant la tutelle à une époque où ils étaient investis d'une fonction dont ils auraient pu se prévaloir pour la refuser, ils sont censés avoir renoncé au bénéfice de l'excuse.

Autre est le cas où la fonction invoquée à titre d'excuse aurait été conférée au tuteur postérieurement à l'acceptation et gestion de la tutelle. On lit à cet égard dans l'article 431 : « Ceux, au contraire, à qui lesdites fonctions, services ou missions auront été conférés postérieurement à l'acceptation et gestion d'une tutelle, pourront, s'ils ne veulent la conserver, faire convoquer dans le mois un conseil de famille, pour y être procédé à leur remplacement. — Si, à l'expiration de ces fonctions, services ou missions, le nouveau tuteur réclame sa décharge, ou que l'ancien redemande la tutelle, elle pourra lui être rendue par le conseil de famille. »

II. LA QUALITÉ D'ÉTRANGER A LA FAMILLE LORSQU'IL EXISTE DANS UN RAYON RAPPROCHÉ UN PARENT OU UN ALLIÉ EN ÉTAT DE GÉRER LA TUTELLE. « Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle » (art. 432).

Si la tutelle est une charge publique, *munus publicum*, elle est avant tout une charge de famille. Il convient donc que les étrangers à la famille n'en soient tenus que subsidiairement.

Remarquez que la qualité d'étranger à la famille est une excuse *a suscipienda tutela*, mais non *a suscepta tutela*, (argument des mots : « ne peut être forcé d'accepter la tutelle »). Un tuteur étranger à la famille ne pourrait donc pas se faire décharger d'une tutelle dont il a commencé la gestion, sur ce fondement qu'un parent ou un allié en état de gérer la tutelle est venu se fixer dans le rayon déterminé par notre article.

La loi dit : *tout citoyen non parent ni allié*. Donc la cause d'excuse qui nous occupe ne peut pas être invoquée par un parent ou un allié. Le parent ou l'allié, qui a été investi par le conseil de famille des fonctions de tuteur, ne peut pas refuser la tutelle parce qu'il existe dans le rayon déterminé par notre article un parent ou un allié plus proche que lui en état de gérer la tutelle. La loi veut que le conseil de famille ait une certaine latitude pour le choix du tuteur.

III. LA VIEILLESSE. — « Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis plus peut refuser d'être tuteur. Celui qui aura été nommé avant cet âge pourra, à soixante-dix ans, se faire décharger de la tutelle » (art. 433).

Le vieillard, qui, ayant soixante-cinq ans accomplis, a néanmoins accepté la tutelle dont il aurait pu se faire excuser, aura le droit de demander à en être déchargé à soixante-dix ans accomplis.

IV. LES INFIRMITÉS GRAVES. — « *Tout individu atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée, est dispensé de la tutelle. — Il pourra même s'en faire décharger, si cette infirmité est survenue depuis sa nomination* » (art. 434).

Les infirmités sont donc une cause d'excuse, non-seulement *a suscipienda*, mais aussi *a suscepta tutela*. Elles doivent être graves, ce qui est une question de fait à apprécier par le conseil de famille juge des excuses.

La loi entend désigner ici sous le nom d'*infirmités* des affections permanentes, telles que la cécité, la surdité..., et non une maladie dont on pourrait prévoir le terme normal.

Celui qui, étant atteint d'une infirmité grave, a néanmoins accepté la tutelle qu'il aurait pu refuser, pourra plus tard s'en faire décharger, si l'infirmité, s'étant aggravée, lui a rendu le fardeau de la tutelle intolérable.

V. LE NOMBRE DES TUTELLES. — « *Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième. — Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants* ».

Deux tutelles, c'est-à-dire deux patrimoines à gérer. L'excuse établie par notre article ne pourrait donc pas être invoqué par celui qui serait tuteur de plusieurs frères, entre lesquels le partage de la succession paternelle ou maternelle n'aurait pas encore été effectué.

On voit par l'alinéa 2 de notre article que la loi considère la qualité de père ou celle d'époux comme valant une tutelle, parce que celui qui est époux ou père pourra être appelé plus tard à être tuteur de ses enfants nés ou à naître. Le législateur compte cette éventualité comme une réalité.

La loi ne distinguant pas, il y a lieu de décider :

a). Que la qualité de père devrait être considérée comme équivalente à une tutelle alors même que tous les enfants seraient majeurs. D'ailleurs le père peut être appelé à être tuteur de ces enfants au cas où ils seraient plus tard frappés d'interdiction.

b). Que la qualité d'époux pourrait être invoquée comme équivalente à une tutelle, même par celui dont la femme est d'un âge trop avancé pour pouvoir lui donner des enfants.

VI. LE NOMBRE DES ENFANTS. — « *Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants. — Les enfants morts en activité de service dans les armées du Roi seront tous jours comptés pour opérer cette dispense. — Les autres enfants morts ne seront comptés qu'autant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants* » (art. 438).

Cinq enfants légitimes. Donc les enfants naturels ne comptent pas.

Les enfants simplement conçus ne comptent pas non plus suivant l'opinion générale. En effet la fiction que l'enfant conçu est considérée comme déjà né, n'est éta-

blie que dans l'intérêt de l'enfant. *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. Or l'intérêt de l'enfant à naître est ici tout à fait hors de cause.

Aux termes de l'article 437 : « *La survenance d'enfants pendant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer* ».

VII. LE SEXE. — Cette cause d'excuse est prévue par l'article 394 déjà expliqué, qui permet à la mère de refuser la tutelle que l'article 390 lui défère de plein droit. Cette cause d'excuse semble devoir être étendue par analogie aux *ascendants*, qui seraient nommées tutrices par le conseil de famille ainsi que le permet l'article 442-3°

877. Telles sont les excuses légales. Il y a aussi les excuses dites *de fait* ; elles sont fondées sur des causes non prévues par la loi, par exemple l'ignorance du tuteur. Quelle est la valeur de ces excuses ?

D'après la jurisprudence, qui est approuvée sur ce point par la majorité des auteurs, le conseil de famille, juge des excuses, aurait un pouvoir discrétionnaire pour les admettre ou les rejeter, tandis qu'il est obligé d'admettre toute excuse légale dont l'existence est prouvée.

878. Du délai accordé au tuteur pour proposer ses excuses.

« *Si le tuteur nommé est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il devra sur-le-champ, et sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure, proposer ses excuses, sur lesquelles le conseil de famille délibérera* » (art. 438).

« *Si le tuteur nommé n'a pas assisté à la délibération qui lui a déféré la tutelle, il pourra faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur ses excuses. — Ses diligences à ce sujet devront avoir lieu dans le délai de trois jours, à partir de la notification qui lui aura été faite de sa nomination ; lequel délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle : passé ce délai, il sera non recevable* » (art. 439).

Passé ce délai, il sera non recevable. La loi considère en pareil cas le tuteur comme ayant tacitement renoncé au bénéfice de l'excuse, et c'est pourquoi elle le déclare déchu du droit de s'en prévaloir.

D'après une opinion fort accréditée, la même déchéance devrait être appliquée par voie d'analogie au tuteur légitime ou au tuteur testamentaire, qui a laissé passer sans proposer ses excuses le délai d'un mois à dater du jour où il a eu connaissance de l'événement qui l'a investi de la tutelle. — Mais on étend ainsi au tuteur légitime et au tuteur testamentaire une déchéance, que nos articles ne prononcent que contre le tuteur datif. Or il est constant que les dispositions qui établissent des déchéances n'admettent pas l'interprétation extensive. Nous préférons dire que, dans le silence de la loi, il y aura lieu d'appliquer le Droit commun au tuteur légitime et au tuteur testamentaire, et que par suite le conseil de famille aura toute latitude pour apprécier, d'après les circonstances, si la conduite du tuteur implique une renonciation tacite au bénéfice de l'excuse.

879. Voies de recours. — « *Si ses excuses sont rejetées, il pourra se pourvoir devant les tribunaux pour les faire admettre, mais il sera, pendant le litige, tenu d'administrer provisoirement* » (art. 440).

C'est devant le tribunal de première instance que le tuteur devra se pourvoir, sauf l'appel (art. 839, Pr.).

Quelle que soit la décision qui terminera définitivement le débat, elle aura un effet rétroactif au jour où le tuteur a été investi de la tutelle. De là il résulte que, si le tuteur réussit en définitive à faire admettre ses excuses, il sera censé n'avoir jamais été tuteur; par suite la gestion intérimaire qu'il aura accomplie en exécution de notre article, ne sera pas considérée comme une tutelle, et elle n'entraînera contre lui ni l'hypothèque légale de l'article 2121 ni les incapacités dont la loi frappe les tuteurs.

Enfin aux termes de l'article 441 : « *S'il parvient à se faire exempter de la tutelle, ceux qui auront rejeté l'excuse pourront être condamnés aux frais de l'instance. — S'il succombe, il sera condamné lui-même.* »

SECTION VII

DE L'INCAPACITÉ, DES EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE LA TUTELLE

880. Les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle s'appliquent aussi à la subrogée tutelle (arg., art. 426, al. 1).

D'un autre côté, la loi traite ici accidentellement des causes qui interdisent l'entrée dans le conseil de famille. Elles sont à peu près les mêmes que les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle.

L'incapacité d'être tuteur diffère profondément de l'excuse. Cette dernière suppose l'aptitude à être tuteur : celui au profit duquel existe une cause d'excuse peut être tuteur s'il le veut; il lui suffit pour cela de renoncer au bénéfice de l'excuse. Au contraire l'incapable ne peut pas être tuteur alors même qu'il le voudrait, parce qu'il n'a pas l'aptitude requise pour remplir cette fonction.

Il ne faut pas confondre non plus l'incapacité avec l'exclusion ou la destitution. L'incapacité est fondée sur des causes étrangères à la volonté de l'incapable, telles que la minorité, le sexe, l'interdiction; elle ne saurait donc rien avoir de déshonorant pour lui. L'exclusion et la destitution ont au contraire pour causes des faits personnels plus ou moins répréhensibles, tels que l'inconduite notoire, une gestion infidèle. L'exclusion ou la destitution porte donc toujours une atteinte plus ou moins grave à l'honneur et à la considération du tuteur.

L'exclusion et la destitution, qui se ressemblent au point de vue de la note d'infamie qu'elles infligent au tuteur, se ressemblent aussi, ou plutôt s'identifient au point de vue de leurs causes : il résulte en effet des articles 446 et 447 que les causes d'exclusion et les causes de destitution sont les mêmes. Elles diffèrent en ce que l'exclusion est une mesure *préventive*, tandis que la destitution est une mesure *répressive*; on exclut le tuteur qui n'a pas encore commencé à gérer la tutelle laquelle il est appelé, on destitue un tuteur en exercice.

I. Des causes d'incapacité.

881. La Cour de cassation a raison d'établir en principe : qu'il n'y a pas d'autres incapacités d'être tuteur ou subrogé tuteur que celles qui résultent d'un texte formel de loi. Ici comme ailleurs, la capacité est la règle générale, l'incapacité l'exception et il n'y a pas d'exception sans texte. On peut ajouter que les dispositions de la loi, qui édictent les incapacités d'être tuteur, doivent, comme toutes celles qui dérogent au Droit commun, être interprétées d'une manière restrictive.

Les causes d'incapacité, soit en ce qui concerne la tutelle, soit en ce qui concerne l'entrée au conseil de famille, sont énumérées par l'article 442, ainsi conçu : « *Ne peuvent être tuteurs, ni membres des conseils de famille : 1° les mineurs, excepté le père ou la mère; — 2° les interdits; — 3° les femmes, autres que la mère et les ascendantes; — 4° tous ceux qui ont ou dont les père ou 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.* »

En tout, quatre causes d'incapacité. Etudions-les.

Sont incapables :

1° *Les mineurs, excepté le père ou la mère.* Celui qui est incapable à raison de son âge de se défendre et de se protéger lui-même, ne pouvait pas être appelé à défendre et à protéger un autre incapable. L'exception établie au profit du père et de la mère se justifie facilement : leur affection pour le mineur suppléera à l'inexpérience de leur âge. *Nullus est affectus qui vincat paternum aut maternum.*

2° *Les interdits.* La loi veut parler ici des interdits judiciairement; elle atteint les interdits légalement par une autre disposition, celle de l'article 443. Les interdits judiciairement sont incapables d'être tuteurs, parce qu'ils ne sont pas *compotes mentis*.

3° « *Les femmes, autres que la mère et les ascendantes.* » *Tutela est virile munus.* Les femmes ont en général peu d'expérience des affaires; on ne devait donc pas en principe leur confier la gestion des affaires d'autrui. L'exception établie au profit de la mère et des ascendantes se justifie d'elle-même : leur affection pour le mineur suppléera à leur inexpérience.

Remarquez que la mère, quand elle est appelée à la tutelle, est tutrice de droit (art. 390). Les ascendantes au contraire ne sont jamais tutrices de droit (arg., art. 402-404 et de ces mots de l'article 405 : sans ascendants mâles); mais elles peuvent être nommées tutrices par le conseil de famille.

4° « *Tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de*