

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*

ses biens sont compromis. » Il y a en pareil cas une telle opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur, que la loi craint de ne pas trouver dans le tuteur un représentant impartial des intérêts du mineur, non-seulement pour le procès dont il s'agit, mais pour tous les autres actes de la tutelle. De là l'incapacité dont la loi le frappe.

II. Des causes d'exclusion et de destitution de la tutelle.

882. Les causes d'exclusion de la tutelle sont les mêmes que les causes de destitution. Elles sont énumérées limitativement par les articles 443 et 444, ainsi conçus : « *La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'exclusion de la tutelle. Elle emporte de même la destitution, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déferée* » (art. 443). « *Sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice : — 1° les gens d'une inconduite notoire ; — 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité* » (art. 444).

Il y a donc trois causes d'exclusion ou de destitution :

1° *La condamnation à une peine afflictive ou infamante.* Celui qui a été flétri par une condamnation aussi grave est indigne de gérer une tutelle. Aussi la loi dit-elle qu'il sera de plein droit exclu de toute tutelle, et que, s'il gérait une tutelle lors de sa condamnation, il en sera de plein droit destitué.

La disposition de l'article 443 a été modifiée en deux sens différents par le Code pénal. Voyez les articles 34-4° et 42-6° de ce Code.

2° *Inconduite notoire.* Cette expression fait allusion au désordre des mœurs. Il est difficile d'admettre avec plusieurs auteurs qu'elle comprend en outre le désordre dans les affaires ; la mauvaise gestion n'est pas une inconduite. La loi, ainsi qu'on va le voir à l'instant même, considère bien la mauvaise gestion comme constituant une cause d'exclusion de la tutelle, mais seulement quand elle est le fruit de l'incapacité. — Pour être une cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle, l'inconduite doit être notoire. La notoriété est une circonstance aggravante de l'inconduite, parce qu'elle suppose l'absence de toute pudeur.

3° *Gestion attestant l'incapacité ou l'infidélité.* Quand un homme a déjà fait preuve d'incapacité ou d'infidélité dans la gestion de ses affaires ou de celles d'autrui, il serait dangereux de lui confier une tutelle. Et si c'est dans la gestion même de la tutelle dont il est chargé qu'il s'est montré incapable ou infidèle, il convient de lui retirer cette tutelle.

Dans les deux cas prévus par l'article 444 : inconduite notoire, gestion attestant l'incapacité ou l'infidélité, l'exclusion ou la destitution du tuteur n'a pas lieu de plein droit, car il y a nécessairement place à une appréciation. Il faudra donc que l'exclusion soit prononcée. Par qui ? par le conseil de famille, juge de Droit commun en toutes ces matières.

On lit à ce sujet dans l'article 446 : « *Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou d'office par le juge de paix. — Celui-ci ne pourra se dispenser de faire cette convocation, quand elle sera formellement requise par un ou plusieurs parents et alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches* ».

Et l'article 447 ajoute : « *Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur* ».

En général les délibérations du conseil de famille ne doivent pas être motivées. La loi déroge ici à cette règle, afin que, si le tuteur interjette appel, comme il en a le droit, de la décision du conseil de famille qui l'a exclu ou destitué, le tribunal puisse apprécier si cette décision était fondée.

Le conseil de famille ne peut pas prononcer l'exclusion ou la destitution du tuteur sans l'avoir préalablement entendu ou appelé. Le tuteur doit être mis à même de se défendre. *Nemo inauditus condemnatur.*

« *Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions. — S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel. — Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle* » (art. 448). « *Les parents ou alliés qui auront requis la convocation pourront intervenir dans la cause, qui sera instruite et jugée comme affaire urgente* » (art. 449).

III. De l'exclusion du conseil de famille.

883. « *Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle ne pourra être membre d'un conseil de famille* » (art. 445).

La loi ne dit pas que les causes d'exclusion du conseil de famille sont les mêmes que les causes d'exclusion de la tutelle ; elle dit, ce qui est tout à fait différent, que celui qui a été exclu ou destitué d'une tutelle ne peut être membre d'un conseil de famille. L'entrée du conseil de famille est donc interdite, non à ceux chez lesquels existe une cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle, mais à ceux qui ont été effectivement exclus ou destitués d'une tutelle. Et toutefois, comme la condamnation à une peine infamante opère de plein droit l'exclusion de toute tutelle, on doit en conclure qu'elle entraînerait de plein droit aussi l'exclusion de tout conseil de famille.