

ne soient l'application d'un principe. Celle que l'article 423 consacre déroge, au contraire, à un principe, et à un principe d'ordre public. Cela suffit pour qu'il faille rejeter toute extension de la loi. D'ailleurs il n'y a pas même raison. L'exception se fonde sur le lien étroit de parenté qui existe entre le tuteur et son pupille; cela est vrai du frère germain, cela n'est plus vrai au delà du degré de frère germain (1).

§ II. Des fonctions du subrogé tuteur.

427. Le subrogé tuteur est appelé à surveiller le tuteur; c'est sa fonction principale; mais, chose singulière, la loi ne le dit pas d'une manière expresse. Il n'y a cependant pas de doute. C'est à sa diligence que le conseil de famille est convoqué, quand il y a lieu de destituer le tuteur (art. 446). Cela suppose le droit et le devoir de surveiller l'administration de la tutelle. Comment le subrogé tuteur exercera-t-il cette surveillance? La loi ne lui donne qu'un moyen; encore dépend-il de la volonté du conseil de famille: il peut obliger le tuteur à remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil juge à propos de fixer (art. 470). Cette obligation devrait exister de droit, au lieu d'être facultative; car si le subrogé tuteur n'a point ce moyen de contrôle, la surveillance deviendra impossible.

L'article 420 porte que les fonctions du subrogé tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. De là suit qu'en général, le subrogé tuteur n'agit point, il n'est pas tuteur, ni substitut du tuteur; alors même que la tutelle devient vacante, ou qu'elle est abandonnée par absence, le subrogé tuteur ne remplace pas de plein droit le tuteur; il doit, en ce cas, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424). Appelé à surveiller la gestion, il est impossible que lui-même agisse; car que deviendrait alors le contrôle

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 421, note 5.

de la tutelle? Il y a exception quand les intérêts du mineur et du tuteur sont en conflit: la loi dit que, dans ce cas, il agit; c'est donc lui qui gère alors la tutelle pour un acte spécial. Que devient en ce cas la garantie que le mineur trouve dans la subrogée tutelle? Le subrogé tuteur ne peut pas se surveiller lui-même. A vrai dire, la subrogée tutelle est vacante pendant la durée de cet acte; or, la loi veut qu'il y ait toujours un subrogé tuteur; il faudra donc, comme l'a décidé la cour de Paris, nommer un subrogé tuteur *ad hoc* (1). La loi ne connaît pas cette dénomination, mais elle exprime bien le motif et le but de cette subrogée tutelle provisoire.

Il en est de même, pour identité de motifs, si le subrogé tuteur a des intérêts opposés à ceux du mineur. Le subrogé tuteur ne pourrait pas donner sa démission; car ce n'est pas pour toujours qu'il y a opposition d'intérêts entre lui et le mineur, c'est seulement pour un acte particulier et temporaire; il suffit donc de le remplacer provisoirement par un subrogé tuteur *ad hoc* (2).

SECTION IV. — Du conseil de famille.

§ 1^{er}. Des membres du conseil.

428. « Pour parvenir à une bonne organisation des conseils de famille, dit Berlier, il a paru nécessaire de les rendre peu nombreux, de n'y admettre que les plus proches parents de chaque ligne, et d'obvier à l'influence d'une ligne sur l'autre, par l'appel d'un nombre égal de parents pris dans chacune. On appellera donc les trois plus proches parents de chaque ligne. Voilà la limite qu'on a cru devoir adopter; elle portera le conseil de famille au nombre de sept, en y comprenant le juge de paix, qui en sera membre et président, et dont le caractère impartial dirigera les résultats vers le bien et l'utilité du mineur (3). »

(1) Paris, 11 mars 1843 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 305). La cour de Rennes a décidé que la nomination d'un tuteur *ad hoc* n'était pas nécessaire (arrêt du 24 mai 1851, Dalloz, 1856, 5, 470, n° 17).

(2) Liège, 15 janvier 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 210).

(3) Berlier, Exposé des motifs. n° 11 (Loché, t. III, p. 413).

Pourquoi le législateur veut-il que le conseil soit peu nombreux? Il y a un vieil adage (1), fruit de l'expérience, qui dit que quand un grand nombre de personnes sont chargées d'administrer, chacune s'en rapporte à l'autre, et qu'en définitive aucune ne fait rien. La responsabilité morale est la seule garantie qu'offre un conseil de parents : il ne faut pas trop la diviser, sinon elle devient nulle. On s'est arrêté au nombre de six pour deux raisons : d'abord, on a un nombre impair, en y comprenant le juge de paix, ce qui permet d'ordinaire d'obtenir une majorité absolue : ensuite, on doit compter sur des absences; il fallait donc un certain nombre de parents pour représenter chaque ligne (art. 407).

429. Quelles sont les qualités requises pour être membre du conseil de famille? Il faut être mâle, parce que, dit-on, il s'agit de concourir à la dation de la tutelle, qui est un office civil et viril (2). N'est-il pas plus vrai de dire que l'on exclut les femmes parce qu'elles n'ont pas, en général, l'expérience des affaires? La mère et les ascendantes veuves sont exceptées (art. 442, 408). Elles peuvent être tutrices à raison de l'affection qu'elles portent au mineur. Dès lors il fallait aussi leur permettre de siéger au conseil.

Les membres du conseil doivent être majeurs; les mineurs sont incapables de se diriger eux-mêmes et de gérer leurs affaires : comment pourraient-ils donner des avis sur le gouvernement de la personne des pupilles et sur la gestion de leurs intérêts? Les père et mère sont exceptés (art. 442). Capables d'être tuteurs à raison de l'affection naturelle qu'ils ont pour leurs enfants, ils sont par cela même capables de faire partie du conseil.

Les membres du conseil doivent être parents parce que la parenté est un gage d'affection; et c'est sur l'affection de la famille, comme sur celle du tuteur pour les orphelins, que la loi compte pour l'accomplissement de fonctions souvent difficiles et toujours désagréables. On donne en-

(1) * *Quod plures tangit, neminem angit.* *

(2) Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 306.

core une autre raison, c'est que les parents étant appelés à succéder au mineur, il est juste qu'ils soient tenus de veiller à ses intérêts (1). Cela est vrai en ce sens que la tutelle et le conseil de famille imposent une charge établie dans l'intérêt de la famille, et qui partant doit peser de préférence sur la famille. Mais le droit de successibilité n'est pas le principe dominant; car ce ne sont pas nécessairement les plus proches parents qui doivent être tuteurs ou membres du conseil de famille. Malheur aux orphelins si leurs parents ne les soignent que parce qu'ils sont leurs héritiers éventuels! Le juge de paix, qui compose le conseil, y appellera, non les parents les plus intéressés, mais les plus affectueux. A défaut de parents, le juge de paix choisira des personnes qui ont eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art. 409). Cette disposition révèle l'esprit de la loi. La tutelle et les institutions qui s'y rattachent sont toutes d'affection et de bienfaisance.

La loi met les alliés sur la même ligne que les parents (art. 407), par des motifs analogues à ceux que nous venons d'exposer.

NO I. DU JUGE DE PAIX.

430. Le juge de paix est membre-né du conseil de famille, et il en est en même temps le président (art. 407, 416). Il n'y a pas de corps délibérant sans président; il n'y a donc pas de conseil de famille sans juge de paix. S'il est empêché de le présider, il doit se faire remplacer par son suppléant. Le tribunal n'aurait pas le droit de commettre un de ses membres pour exercer ces fonctions (2). Il ne suffit pas que le juge de paix préside, il faut aussi qu'il prenne part à la délibération; car, comme le dit l'orateur du gouvernement, c'est sur sa prudence, son expérience des affaires, son esprit de conciliation que le législateur a compté pour mener à bien des délibérations où les

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 160, n° 252.

(2) Jugé implicitement ainsi par arrêt de Bordeaux du 6 messidor an XII (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 78, 2°).

passions et les intérêts opposés jouent souvent un grand rôle. Si le juge de paix ne prenait pas part à la délibération, c'est comme s'il n'y assistait pas, et sans juge de paix, il n'y a pas de conseil de famille. Nous verrons plus loin les conséquences importantes qui dérivent de ce principe.

431. Le juge de paix est un juge. Est-ce comme juge qu'il préside le conseil de famille? et exerce-t-il une juridiction en prenant part à ses délibérations? S'il siégeait comme juge, il faudrait lui appliquer le principe que le juge ne peut connaître deux fois de la même chose; de sorte que si une délibération du conseil était annulée, le juge de paix qui a présidé la première réunion ne pourrait plus présider la seconde. Le tribunal de Paris l'a décidé ainsi (1); mais l'erreur est évidente. C'est bien à raison des fonctions de conciliateur qu'il remplit habituellement, que la loi l'a choisi pour présider le conseil de famille; mais le président du conseil n'est pas un juge, pas plus que le conseil n'est un tribunal. Le même conseil, composé identiquement des mêmes membres, peut être appelé à plusieurs reprises à donner un avis sur la même affaire; ce qui est permis aux membres du conseil, l'est aussi au juge de paix, qui est membre-né du conseil (2).

N° 2. DES PARENTS ET ALLIÉS.

I. Règles générales.

432. Les six membres qui composent le conseil de famille sont choisis par le juge de paix parmi les parents ou alliés qui habitent la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans la distance de deux myriamètres. Nous disons *qui habitent*: l'article 407 se sert d'une expression plus générale encore: *pris dans la commune*. Il est vrai que l'on trouve le mot *domiciliés* dans les articles 409 et 410, qui sont une suite de l'article 407. Mais il n'en faut pas conclure que l'on doive, en cette matière, s'en tenir au domicile

(1) Jugement du tribunal de la Seine (Daloz, au mot *Minorité*, n° 241).
(2) Zachariæ, traduction de Vergé et Massé, t. I^{er}, p. 389, et note 3.

de droit, tel qu'il est défini par l'article 102. La loi ne s'attache pas toujours au domicile légal; elle préfère parfois la résidence, quand il y a des raisons de la préférer. Or, pour la composition du conseil, il fallait évidemment s'en tenir à la résidence, parce qu'il importe que les parents appelés à y siéger ne soient pas obligés de se déplacer; et étant sur les lieux, ils ont une connaissance plus certaine des faits et des circonstances qu'ils doivent savoir pour délibérer. Aussi les articles 409 et 410 se servent-ils de l'expression: *sur les lieux*; ce qui prouve que dans la pensée du législateur le mot *domiciliés*, qui se trouve dans l'article 407, n'a pas d'autre sens. L'interprétation contraire conduirait à cette conséquence absurde, qu'il faudrait nommer membre du conseil un parent qui aurait son domicile de droit dans la commune où s'ouvre la tutelle, mais qui habiterait à cent lieues de distance (1).

433. Le code trace des règles au juge de paix pour le choix des membres qui se trouvent sur les lieux. Trois membres doivent être pris dans la ligne paternelle du mineur et trois dans la ligne maternelle (art. 407). Cette règle est essentielle. C'est la famille du mineur qui est appelée à veiller à ses intérêts; or, la famille se compose de parents des deux lignes; leurs intérêts sont souvent divisés, leurs vues différentes; il importe donc que chacune des deux lignes soit représentée par un nombre égal de membres. De là suit que s'il n'y a pas trois parents ou alliés d'une ligne sur les lieux, le juge de paix ne peut pas prendre des parents ou alliés de l'autre ligne: ce ne serait plus là un conseil de famille, car il ne représenterait qu'une moitié de la famille (2).

Dans chaque ligne, le juge de paix doit suivre l'ordre de proximité. Ceci est moins essentiel. S'il y a plus de parents qu'il n'en faut pour composer le conseil, le juge de paix choisira le plus proche en degré, puisque la loi le veut; mais si ce parent ne convient pas, tandis qu'il y en a un plus éloigné en degré qui convient mieux, évidem-

(1) C'est l'opinion générale (Demolombe, t. VII, p. 174, n° 177).
(2) Magnin, *Traité des minorités*, t. I^{er}, n° 330.

ment le juge de paix devra prendre celui-ci. C'est l'intérêt du mineur qui doit avant tout être pris en considération, c'est dans cet intérêt que le juge de paix doit agir et appliquer la loi (1).

S'il y a un parent et un allié du même degré, dit l'article 407, le parent sera préféré, bien entendu s'il est capable. S'il y a des parents du même degré, le plus âgé est préféré, toujours avec cette réserve que le juge de paix a un pouvoir d'appréciation. Nous reviendrons sur ce point.

434. La loi veut que régulièrement les membres du conseil soient pris sur les lieux, quand même il y aurait des parents ou alliés plus proches hors de la distance légale de deux myriamètres. Nous en avons déjà dit une raison. Il y en a encore d'autres. Plus les parents sont éloignés, plus le déplacement devient difficile; or, la loi ne veut pas aggraver une charge qui par elle-même est déjà assez lourde. De plus, les déplacements donnent lieu à des dépenses, et ces frais retombent naturellement sur le mineur. Toutefois l'intérêt du mineur l'emporte sur toutes ces considérations. L'article 410 donne au juge de paix le droit d'appeler au conseil, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de même degré, quand même il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés pour former le conseil. La loi ajoute, ce qui allait sans dire, qu'en ce cas, il doit retrancher quelques-uns des parents ou alliés présents, puisque le nombre ne peut pas excéder, en général, celui de six.

L'article 410 donne au juge de paix un droit; il ne lui impose pas une obligation. C'est à lui à apprécier s'il convient ou non d'appeler au conseil des parents ou alliés qui demeurent hors de la distance légale de deux myriamètres. Les parents les plus proches ne peuvent pas se prévaloir de cette disposition et forcer le juge de paix à les convoquer (2). Ils ne le pourraient pas, alors même qu'ils offriraient de supporter les frais de déplacement (1). Il y a un intérêt moral qui domine l'intérêt pécuniaire, et c'est le juge de paix qui a mission de l'apprécier.

(1) C'est ce que dit le tribunal de Paris dans le jugement que nous avons cité plus haut.

(2) Rouen, 29 novembre 1816 et Rennes, 30 juillet 1833 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 193, 1° et 2°). Les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence.

raient de supporter les frais de déplacement (1). Il y a un intérêt moral qui domine l'intérêt pécuniaire, et c'est le juge de paix qui a mission de l'apprécier.

435. Il se peut qu'il n'y ait pas sur les lieux des parents ou alliés en nombre suffisant pour composer le conseil de famille. Dans ce cas, dit l'article 409, 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. Nous reviendrons sur les membres du conseil appelés à titre d'amis. Constatons seulement que le juge de paix peut appeler des amis, alors qu'il y a des parents plus proches hors de la distance légale. Cela prouve que le législateur ne s'est pas décidé par la considération de successibilité, qu'il s'est plutôt décidé par l'intérêt que les membres du conseil portent au mineur. On a même soutenu devant les tribunaux que la qualité d'héritier présomptif était une cause d'incapacité, en ce sens du moins que le juge de paix ne devrait pas appeler au conseil, surtout en matière d'interdiction, les parents qui, en qualité d'héritiers présomptifs, seraient placés entre leur intérêt et leur devoir. Il est évident que cette opinion est inadmissible; elle est repoussée par le texte même du code, qui, appelant au conseil les parents les plus proches, y appelle nécessairement les héritiers présomptifs (2).

436. On suit les mêmes règles pour les alliés (art. 407, 409, 410). Mais on demande si l'alliance subsiste lorsque l'époux qui la produisait est mort sans laisser de descendants issus de son mariage. La question est controversée et il y a quelque doute. En théorie, on peut soutenir que l'alliance une fois formée subsiste comme la parenté, quels que soient les événements ultérieurs. Il y a cependant une différence. La parenté dérive du sang, elle est par conséquent à l'abri de toutes les éventualités; tandis que l'alliance est un lien légal, factice, que le mariage crée, qui se perpétue, quand

(1) Liège, 21 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 472).

(2) Bruxelles, 29 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 282).