

il y a des enfants nés du mariage, alors même que le conjoint vient à mourir; mais quand il n'y a plus ni conjoint ni enfants, toute cause produisant l'alliance vient à cesser: n'est-ce pas le cas de dire que, la cause cessant, l'effet doit cesser? Toutefois, ces motifs ne nous paraissent pas péremptoires. L'effet une fois produit ne cesse pas toujours avec la cause. Ce qui nous paraît décisif, c'est que, dans l'ancien droit, on n'appelait à titre d'alliés que ceux « qui avaient épousé une parente du mineur qui était vivante ou dont il y avait quelque enfant. » Ce sont les termes de Pothier (1), et ils sont d'accord avec un adage dont la forme est un peu brutale, mais qui exprime énergiquement l'esprit du droit ancien: « Morte ma fille, mort mon gendre(2). » Cela est surtout vrai en matière de tutelle. Elle exige l'affection pour le mineur; et où sont les alliés qui conservent cette affection, alors que la mort a rompu tous les liens qui existaient entre les deux familles (3)?

La jurisprudence est contraire (4). Un arrêt de la cour de cassation invoque les articles 283 et 378 du code de procédure, d'après lesquels l'affinité subsiste comme motif de reproche contre les témoins ou de récusation à l'égard des juges, au cas même où le conjoint qui produisait l'affinité serait décédé et n'aurait pas eu de descendants. A cela on peut répondre que l'article 206 du code civil, par contre, considère l'affinité comme dissoute, quand il n'y a plus ni conjoints ni enfants. Cela prouve qu'il n'y a point de système absolu dans cette matière, que la loi considère l'affinité comme existante ou comme éteinte, selon les circonstances. Et quand on appelle les alliés à raison de l'affection qu'ils portent à des orphelins, y a-t-il lieu de regarder l'alliance comme existant encore quand tous les liens légaux sont rompus?

(1) Pothier, *Traité des personnes*, n° 151.

(2) Loysel, *Institutes coutumières*, t. 1<sup>er</sup>, n° 134, p. 166 (éd. de Laboulaye).

(3) C'est l'opinion généralement suivie (Duranton, t. III, p. 451, note. Marcadé, t. II, p. 201, art. 407, n° I. Ducaurroy, t. 1<sup>er</sup>, p. 432, n° 606. Demante, t. II, p. 231, n° 154 bis).

(4) Arrêts de Bruxelles du 11 juin 1812 et de la cour de cassation du 24 février 1825 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 189, 1<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>). Dans le même sens, Valette sur Proudhon, t. II, p. 315, n° II, et Demolombe, t. VII, p. 161, n° 255.

## II. Exceptions.

**437.** L'article 408 fait deux exceptions à la limitation de nombre qu'il établit. La première concerne les frères germains et les maris des sœurs germaines. S'ils sont six, dit l'article 408, ou au delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls; aucun autre parent n'y sera appelé, sauf les ascendants, qui sont compris dans la seconde exception. S'ils sont moins de six, les autres parents ne sont appelés que pour compléter ce nombre. Dans le cas de cette première exception, le conseil de famille peut donc se composer de plus de six membres, tous frères germains, c'est à-dire appartenant aux deux lignes. La loi les appelle tous, parce qu'il n'y a pas de raison d'exclure l'un plutôt que l'autre; et d'ailleurs un conseil de frères germains, quelque nombreux qu'il soit, ne peut être que favorable au mineur à raison du proche lien de parenté qui unit les membres du conseil et le pupille.

On demande si le juge de paix doit appeler au conseil même ceux des frères germains qui demeurent hors de la distance légale de deux myriamètres. La négative résulte du texte de l'article 408; il dit que les frères germains sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent. Ainsi l'exception ne porte que sur le nombre de six parents ou alliés dont se compose en général le conseil; elle ne porte pas sur les lieux où ils doivent être pris. Il n'y avait pas de raison pour faire exception à cette seconde règle: les motifs pour lesquels la loi veut que les membres du conseil soient pris dans la commune où la tutelle s'ouvre, s'appliquent aux frères germains comme à tous les parents. D'ailleurs, si les intérêts du mineur l'exigent, le juge de paix a le droit de les convoquer (1).

Les maris des sœurs germaines sont mis sur la même

(1) C'est l'opinion de tous les auteurs. Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 380, note 10, et les auteurs qu'ils citent.

ligne que les frères germains. Il faut appliquer ici ce que nous venons de dire de l'alliance.

**438.** Il résulte du double lien qui unit les frères germains au mineur, qu'ils peuvent être comptés indifféremment dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle. Un conseil de famille est composé de deux frères germains, d'un parent paternel et de trois parents maternels, le juge de paix ayant compris les frères germains parmi les parents paternels, comme il en avait le droit. On a prétendu qu'il aurait dû prendre un parent de plus dans la ligne paternelle et un de moins dans la ligne maternelle, en comptant l'un des frères germains dans cette dernière ligne. Sans doute, il l'aurait pu faire; mais il n'y était pas tenu, puisque les frères germains appartiennent aux deux lignes. La cour de cassation l'a jugé ainsi et cela ne fait aucun doute (1).

Faut-il décider la même chose quant aux enfants de frères germains? Nous répondons affirmativement avec la cour de cassation; quand un parent appartient aux deux lignes, le juge de paix a le droit de le compter indifféremment dans l'une ou dans l'autre (2). On objecte que les exceptions ne peuvent pas être étendues d'un cas à un autre (3). L'objection porte à faux. En quoi l'article 408 déroge-t-il aux règles qui sont établies pour la composition du conseil? Uniquement en ce qui concerne le nombre des membres. Cette exception-là est certes, comme toute exception, d'interprétation rigoureuse. Ainsi les enfants de frères germains ne pourraient pas être appelés au delà de six. Mais en décidant implicitement que les frères germains, s'ils sont moins de six, peuvent être comptés dans l'une ou l'autre ligne, la loi, loin de déroger à un principe quelconque, ne fait qu'appliquer la règle du double lien de parenté, et cette règle reçoit naturellement son application dans tous les cas où il y a double lien.

(1) Arrêt de la cour de cassation du 10 août 1815 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 185).

(2) Arrêt du 26 juillet 1810 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 186). C'est l'opinion généralement suivie (Aubry et Rau, t. Ier, p. 379, note 6).

(3) Arrêt de Colmar du 14 juillet 1836 (Daloz, au mot *Interdiction* n° 84, 3°), approuvé par Daloz (au mot *Minorité*, n° 187).

**439.** L'article 408 fait une seconde exception à la règle sur la limitation du nombre; il appelle au conseil, avec les frères germains, les *veuves d'ascendants* et les *ascendants valablement excusés*, s'il y en a. Quant aux femmes qui, sans être ascendantes, seraient demeurées veuves des ascendants qu'elles auraient épousés en secondes noces, elles ne sont jamais appelées au conseil. La belle-mère même ne serait pas appelée au conseil, puisque l'article 442 exclut les femmes du conseil, à l'exception de la mère et des ascendantes, à plus forte raison la veuve d'ascendant qui n'est ascendante que par alliance est-elle exclue (1).

La loi appelle encore au conseil les ascendants valablement excusés. Est-ce à dire qu'il n'y faille pas appeler les ascendants qui n'ont pas été dans le cas de s'excuser parce qu'ils ne devaient pas être tuteurs? Non, certes. Quand c'est le survivant des père et mère qui est tuteur, ou quand le dernier mourant a nommé un tuteur testamentaire, il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants, il ne peut donc être question de les excuser. Si, dans ce cas, on convoque un conseil de famille, les ascendants y doivent être appelés, bien qu'ils ne soient pas excusés: ils y sont appelés d'abord parce qu'ils sont les plus proches parents du mineur; ils y sont appelés ensuite en vertu de l'article 408, comme nous le dirons à l'instant. Il peut encore se faire qu'il y ait des ascendants non excusés, quand le conseil de famille nomme le tuteur. Lorsque le survivant des père et mère refuse la tutelle ou s'excuse, lorsque le tuteur testamentaire s'excuse ou est exclu, la tutelle ne passe pas aux ascendants; il n'y en aura donc pas qui soient valablement excusés, ce qui n'empêchera certes pas de les appeler au conseil. Pourquoi donc le code semble-t-il n'appeler les ascendants que lorsqu'ils sont *valablement excusés*? Ces mots doivent être retranchés parce qu'ils peuvent induire en erreur. On s'explique cette négligence de rédaction. Les auteurs du code ne parlent de la composition du conseil de famille qu'à propos de la nomination du tuteur datif; or, dans le cours régulier des choses, la tutelle

(1) Duranton t. III, p. 452, note 2, suivi par tous les auteurs.

dativité n'a lieu qu'à défaut de la tutelle des ascendants; si donc il y a des ascendants alors que le conseil nomme un tuteur, c'est que ces ascendants se seront excusés (1).

**440.** Nous disons que les ascendants sont appelés au conseil, de droit, au même titre que les frères germains. La question est très-controversée. A notre avis, le texte et l'esprit de la loi ne laissent aucun doute. L'article 408 dit que si les frères germains sont six ou au delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls avec les ascendants excusés et les ascendantes veuves. Donc s'il y a six frères germains et deux ascendants, le conseil se composera de huit membres. A cela on oppose le premier alinéa de l'article 408, aux termes duquel les frères germains sont *seuls* exceptés de la limitation de nombre posée par la loi. L'objection n'a pas grande valeur, puisque le deuxième alinéa y répond en décidant que les frères germains composeront le conseil *seuls*, s'ils sont plus de six, mais *avec* les ascendants. Si le premier alinéa ne parle que des frères germains, c'est qu'il suppose qu'il n'y a pas d'ascendants. S'il y en a, le second alinéa veut qu'ils y soient appelés. Et pourquoi n'y siègeraient-ils pas? Ne sont-ils pas les parents les plus proches, les plus affectionnés du mineur? Que l'on interroge le cœur humain, et il répondra que les ascendants l'emportent sur les frères germains. Par la même raison, les ascendants doivent être membres du conseil quand il n'y a pas de frères germains. La jurisprudence est en ce sens, et la plupart des auteurs partagent cet avis (2).

Il y a une opinion contraire. On dit que les ascendants ne sont pas membres du conseil, qu'ils n'y sont appelés que par respect pour leur titre, par déférence, comme membres honoraires (3). Nous croyons inutile de discuter cette théorie, qui est purement imaginaire, qui n'a aucun appui

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 310, note. C'est l'opinion de tous les auteurs.

(2) Colmar, 27 avril 1813 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 190) et Toulouse, 5 juin 1829 (*ibid.*, n° 498). Voyez les auteurs cités au n° 190. Ajoutez Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> édition, p. 380, note 11.

(3) C'est l'opinion de Toullier et de Marcadé. Demolombe la réfute complètement (t. VII, p. 166, n° 263).

ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi; elle fait la loi et elle la fait très-mal. Quoi! on appelle au conseil, comme membres de droit, des parents du douzième degré, des alliés, des étrangers, et on n'y appellerait pas la mère, le grand-père du mineur! Il faudrait un texte plus que formel pour admettre une pareille anomalie, nous allions dire une pareille absurdité. Gardons-nous de l'imputer au législateur, alors qu'il n'a pas dit un mot d'où l'on puisse induire qu'il y a des membres honoraires, et que ces membres honoraires seraient précisément les parents les plus proches, les plus affectionnés du mineur!

## N° 3. DES AMIS.

**441.** S'il n'y a pas, dans la distance légale de deux myriamètres, des parents ou alliés en nombre suffisant, le juge de paix peut appeler au conseil des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art. 409). La loi veut que les relations aient été *habituelles*, et avec raison. On prodigue trop le nom d'ami; l'amitié ne naît pas comme l'amour, d'instinct et à première vue; elle demande une longue intimité, et ce ne seront que les vrais amis qui s'intéresseront aux enfants de leurs amis prédécédés. C'est le sens de la définition que nous trouvons dans le Digeste : « Amicos appellare debemus, non levi notitia conjunctos, sed quibus fuerint jura cum patrefamilias, honestis familiaritatis quæsitæ rationibus (1). » Le juge de paix doit toujours se rappeler cette définition, quand il est dans la nécessité de choisir des amis pour compléter le conseil. Il n'y aurait plus aucune garantie pour le mineur, si le juge de paix appelait des indifférents au conseil sous le titre d'amis, alors que ses plus graves intérêts et le bonheur de toute sa vie peuvent être compromis. Car le conseil de famille ne règle pas seulement des intérêts pécuniaires, il intervient dans l'éducation, il consent au mariage; il prend donc avec le tuteur la place des père et mère (2).

(1) L. 223, § 1, de V. S. (L. 16).

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire*, t. I<sup>er</sup>, p. 435, n° 609.

**442.** L'article 409 donne au juge de paix le choix, en cas d'insuffisance de parents ou alliés présents, d'appeler soit des parents demeurant hors de la distance légale, soit des amis. Il suit de là que c'est à lui de décider si des amis présents seront préférés aux parents qui ne sont pas sur les lieux. Les parents ne pourraient pas demander à siéger au conseil, car la loi ne leur accorde aucun droit, elle leur impose une charge et ce ne sont pas ceux qui doivent remplir une charge qui peuvent décider qu'ils ont titre et capacité pour la remplir (1). On a jugé le contraire, on a considéré la parenté comme donnant un titre, un droit, et l'éloignement comme une espèce de dispense, à laquelle les parents peuvent renoncer (2). Cela est contraire au texte de la loi; elle donne un droit au juge de paix, non aux parents. L'esprit de la loi est que l'on prenne comme membres du conseil ceux qui ont le plus d'affection pour le mineur. C'est au juge de paix à apprécier si les amis présents doivent être préférés aux parents éloignés du lieu où s'ouvre la tutelle.

**443.** Les amis sont pris régulièrement dans la commune même, dit l'article 409. Il en est de même des parents et des alliés (art. 407); pour les amis, il y a encore une raison plus forte que pour les membres de la famille; on ne peut pas demander à des étrangers qu'ils se déplacent et négligent leurs propres affaires pour celles du mineur. Est-ce à dire que le juge de paix ne puisse pas appeler au conseil des amis qui demeurent hors de la commune? La cour de Bruxelles a décidé avec raison qu'il a ce droit (3). Il peut y avoir nécessité, lorsqu'il n'y a pas sur les lieux des personnes dévouées aux intérêts du mineur; s'il y a hors de la distance légale des amis capables et disposés à se charger d'une mission peu agréable, tandis que sur les lieux il n'y a que des indifférents, il serait absurde de limiter le choix du juge de paix au territoire de la commune (4).

(1) Paris, 28 février 1814 (Daloz, au mot *Interdiction*, n° 88, 2°).

(2) Besançon, 26 août 1808 et Rouen, 29 novembre 1816 (Daloz, au mot *Minorité*, nos 195 et 193, 1°).

(3) Bruxelles, 29 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 282). Dans le même sens, Lyon, 14 juillet 1853 (Daloz, 1854, 2, 33).

(4) En sens contraire, arrêt de cassation du 19 avril 1850 (Daloz, 1850, 1, 281).

## § II. De la formation du conseil de famille.

### N° I. POUVOIR DU JUGE DE PAIX.

**444.** La loi n'a pas pu elle-même désigner d'une manière exacte et invariable quels sont les parents, alliés ou amis qui composeront le conseil. S'agit-il de parents ou d'alliés, elle trace des règles générales (art. 407), mais il faut quelqu'un qui applique ces règles et qui, dans cette application, jouisse d'une certaine latitude; l'application mathématique ne se conçoit pas. Le parent le plus proche peut être incapable, il convient de lui préférer un allié: entre parents du même degré, le plus âgé peut convenir moins que le plus jeune: qui fera le choix? L'article 407 ne le dit pas, mais les articles 409 et 410, qui complètent l'article 407, disent que c'est le juge de paix. Rien de plus naturel: lui seul est désintéressé, tandis que les parents et alliés, les amis mêmes sont divisés par des intérêts opposés, ou ils ont leurs prédilections et leurs passions. Cela n'empêche pas les parents et les alliés de donner au juge de paix les renseignements qui lui sont nécessaires pour faire ses choix en connaissance de cause, car le juge de paix ne peut pas connaître toutes les familles; mais c'est le juge de paix qui choisit et forme le conseil. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point (1). Il a été jugé que ce n'est pas au parent qui provoque la convocation du conseil, de former le conseil, que ce pouvoir n'appartient qu'au juge de paix (2).

**445.** Le pouvoir du juge de paix est-il un pouvoir discrétionnaire? Il y a des cas dans lesquels la loi elle-même donne au juge de paix un pouvoir illimité, en ce sens qu'il ne peut devenir l'objet d'un recours. Quand les parents ou alliés se trouvent en nombre insuffisant sur les lieux, le juge de paix peut appeler soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit des amis dans la

(1) Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 382, note 2.

(2) Besançon, 9 avril 1808 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 199, 2°).