

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^{er}, p. 382, note 2.

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

commune même. Les parents ne pourraient pas se plaindre, en ce cas, que le juge de paix leur préfère des amis, puisqu'il en a le droit. S'il n'y a pas de parents sur les lieux, le juge de paix peut et doit même former le conseil d'amis, puisque c'est la seule voie légale d'arriver à la composition d'un conseil. C'est ce qui s'est fait en Belgique pour le descendant d'un roi, le petit-fils de Gustave-Adolphe III, dont le père fut déclaré déchu du trône de Suède (1). Il en serait encore ainsi s'il y avait des parents sur les lieux, mais que, par leur état de santé, ils fussent incapables de siéger (2). Quand il y a des parents capables sur les lieux, le juge n'a plus de pouvoir discrétionnaire; il est, au contraire, lié par le texte, et il doit appeler les parents (1).

Il y a encore un autre cas dans lequel le juge de paix a un pouvoir discrétionnaire. S'il n'y a pas de parents, il peut choisir des amis. Il lui appartient d'apprécier si les personnes qu'il appelle au conseil ont eu avec le père ou la mère du mineur des relations habituelles d'amitié. C'est une appréciation très-délicate et qui par sa nature même échappe à tout contrôle (4). Il a été jugé, avec raison, que si le juge de paix ne trouve pas de personnes qui aient eu avec les père et mère des relations habituelles d'amitié, il peut se contenter de personnes connaissant la famille : c'est nécessité, et la nécessité fait loi (3).

Quand nous disons que le juge de paix forme le conseil et qu'il a même, en certains cas, un pouvoir discrétionnaire, cela n'implique pas que ce magistrat soit tenu de prendre l'initiative du choix, et de désigner les parents, alliés ou amis qui doivent former le conseil. Ils peuvent lui être présentés, et il suffit qu'il les agrée. Cela a été jugé, et il n'y a aucun doute sur ce point (6).

(1) Liège, 22 juin 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 147).

(2) Douai, 4 juillet 1855 (Dalloz, 1857, 2, 47).

(3) Arrêt de cassation du 19 août 1850 (Dalloz, 1850, 1, 281).

(4) Douai, 13 février 1844 (Dalloz, 1845, 2, 152).

(5) Bordeaux, 17 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 2, 95).

(6) Colmar, 14 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 84, 3°); Bruxelles, 29 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 282) et 13 août 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 188).

446. Hors des cas que nous venons d'énumérer, le pouvoir du juge de paix n'est pas discrétionnaire. L'article 407 l'assujettit à des règles; s'il ne les observe pas, les délibérations prises par un conseil de famille composé irrégulièrement peuvent être attaquées, et la nullité en peut être prononcée, comme nous le dirons plus loin. On demande si la formation même du conseil, avant toute délibération, peut être attaquée. Il y a un premier point qui est évident, c'est que, aussi longtemps que le conseil n'est pas constitué, tout recours est impossible. Le juge de paix est libre de modifier la composition qu'il a faite, jusqu'au jour où le conseil se constitue. Il a d'abord appelé des amis, ignorant qu'il y eût des parents; il peut revenir sur ce qu'il a fait et convoquer les parents. Il a choisi, à titre d'amis, des personnes qui n'avaient pas avec les père et mère des relations habituelles d'amitié; il peut en choisir d'autres, sans que ceux qu'il avait d'abord choisis aient le droit de réclamer (1).

La liste est dressée, le conseil de famille est convoqué. Peut-il y avoir un recours contre la formation de la liste avant toute délibération? Il y a sur ce point deux décisions contradictoires rendues par la cour de Bruxelles. Elle a jugé que les parents que le juge de paix n'avait pas appelés pouvaient réclamer et porter leur réclamation devant le conseil (2). Il a été jugé, par contre, que c'était au juge de paix à statuer sur les oppositions que des parents feraient contre la formation du conseil; que si ces difficultés devaient de prime abord être soumises aux tribunaux, il dépendrait des opposants d'arrêter les délibérations, et cela au grand préjudice du mineur (3). Il nous semble que la question doit être décidée par la distinction qui sert de base à la théorie des nullités en cette matière. Nous dirons plus loin qu'il y a des conditions de forme requises pour l'existence même d'un conseil de famille; la qualité des membres qui le composent n'est pas considérée comme une

(1) Aix, 3 août 1838 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 199, 1°).

(2) Bruxelles, 18 mai 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 264).

(3) Bruxelles, 22 juin 1827 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 169, et *Pasicrisie* 1827, p. 226).

condition essentielle; elle donne seulement lieu à nullité quand l'intérêt du mineur est compromis par la délibération. Si l'on admet cette doctrine, il faut décider que la composition irrégulière du conseil ne peut donner lieu à une plainte avant toute délibération; car on ne peut pas savoir d'avance si cette irrégularité nuira au mineur; et à quoi bon entamer des procès, susciter des lenteurs, entraver les délibérations, alors que les délibérations seront le plus souvent à l'abri de toute action en nullité? Ce serait nuire au mineur, à force de vouloir garantir ses intérêts. Aussi nos textes ne parlent-ils que des délibérations, aucune loi n'ouvre un recours contre la formation de la liste avant toute délibération.

N° 2. DU DOMICILE DE LA TUTELLE.

447. On entend par domicile de la tutelle, la commune où s'ouvre la tutelle. Quelle est cette commune? Il importe beaucoup de le déterminer. En effet, c'est le juge de paix du domicile où s'ouvre la tutelle qui forme le conseil de famille, et il le forme régulièrement de parents, d'alliés ou d'amis pris dans la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans la distance de deux myriamètres (art. 407). La composition du conseil dépend donc du lieu où la tutelle s'ouvre, ou de ce qu'on appelle le domicile de la tutelle. Or, cette composition est une chose essentielle pour garantir les intérêts du mineur. Il importe que le conseil soit composé de proches parents ou alliés, ou d'amis dévoués. Pour que ce but soit atteint, il faut que le conseil soit formé dans la commune où réside la famille du mineur. Nous allons voir comment la loi, la doctrine et la jurisprudence ont résolu ce problème difficile.

Nous n'avons qu'une seule disposition sur la matière, celle de l'article 406. Après avoir dit (art. 405) dans quel cas il y a lieu à la nomination du tuteur par le conseil de famille, le code ajoute (art. 406) : « Ce conseil sera convoqué par le juge de paix du domicile du mineur. » Puis vient l'article 407, qui décide que les parents ou alliés dont

se compose le conseil de famille seront pris dans la commune où la tutelle sera ouverte et dans la distance de deux myriamètres. L'article 409 dit la même chose des amis. Dans ces articles, il n'est question que de la tutelle dative. Tout ce qui en résulte, c'est donc que la tutelle dative s'ouvre au domicile du mineur, et que c'est là que l'on forme le conseil de famille. Quel est ce domicile? Telle est la question capitale. Avant de l'examiner, il nous faut voir où s'ouvrent les autres tutelles.

Dans la tutelle légale, dans la tutelle testamentaire et dans la tutelle des ascendants, le conseil de famille n'intervient pas pour nommer le tuteur; il est nommé par la loi ou par le dernier mourant des père et mère. Toutefois, ces divers tuteurs doivent faire convoquer un conseil de famille avant leur entrée en gestion; ce conseil a à s'occuper des affaires les plus importantes : c'est lui qui nomme le subrogé tuteur, c'est lui qui spécialise l'hypothèque légale du mineur et qui veille à ce qu'elle soit inscrite, c'est lui qui règle le budget de la tutelle. Il importe donc de déterminer la commune où ce conseil sera formé, c'est-à-dire le domicile de la tutelle. Quel est ce domicile? Nous n'avons pas de texte; l'article 406 concerne la tutelle dative. L'article 407, quoique placé dans la section de la tutelle dative, est applicable à toute tutelle; mais tout ce qu'il dit, c'est que les parents ou alliés dont le conseil de famille se compose seront pris dans la commune où la tutelle s'ouvre; il ne dit pas quelle est cette commune quand la tutelle est légale ou testamentaire. L'article 421, aux termes duquel le tuteur légal ou testamentaire doit faire convoquer le conseil de famille pour la nomination d'un subrogé tuteur, renvoie à la section IV pour la composition du conseil, mais ne dit pas où ce conseil doit être formé. Tout le monde admet que lorsque le survivant des père et mère est tuteur, le conseil de famille est formé à son domicile, qui est aussi le domicile du mineur. Cela résulte d'abord de ce principe général que tous les actes juridiques qui intéressent une personne se font à son domicile; donc la tutelle doit aussi s'ouvrir au domicile du mineur, et ce domicile est celui de son père lors de l'ou-