

verture de la tutelle (art. 108). Il y a ensuite un argument par analogie dans l'article 406. Si la tutelle s'ouvre au domicile du mineur quand la tutelle est dative, elle doit s'ouvrir aussi à son domicile quand elle est légale ou testamentaire ; il y a plus qu'analogie, il y a identité de motifs. Cela est aussi fondé en raison. Le domicile du mineur, quand la tutelle légale s'ouvre, est celui de son père ; le plus souvent les parents et alliés du mineur auront leur résidence là où le père est domicilié ; c'est donc là que l'on pourra former le plus facilement un conseil de famille.

Nous arrivons à cette conséquence que le premier domicile de la tutelle est celui du père du mineur. Nait maintenant la question de savoir si ce domicile restera le même pendant tout le cours de la tutelle, jusqu'à ce que le mineur devienne majeur. Ou le domicile de la tutelle change-t-il avec celui du mineur ? Le domicile du mineur peut changer souvent pendant le cours de la tutelle. C'est un domicile légal. Supposons que la tutelle s'ouvre par le décès de la mère, le domicile du mineur sera celui du père ; le père peut changer de domicile, et à chaque changement de domicile du père, le domicile du mineur changera aussi. S'il y a lieu de convoquer un conseil de famille pendant la tutelle du père, le formera-t-on chaque fois au domicile actuel du mineur, c'est-à-dire du père ? ou le domicile primitif de la tutelle reste-t-il immuable ? Supposons encore que le père survivant vienne à mourir ; il nomme un tuteur testamentaire ayant un domicile différent du sien ; le mineur aura son domicile chez son nouveau tuteur. Est-ce aussi là que se réunira le conseil de famille ? Même question, s'il y a lieu à la tutelle des ascendants. Même question, s'il y a lieu à la tutelle dative. L'article 406 décide, dans ce dernier cas, que le conseil de famille appelé à déférer la tutelle sera formé au domicile du mineur. Mais quel est ce domicile ? est-ce le domicile légal que le mineur a lorsqu'il y a lieu de nommer le tuteur ? ou est-ce le domicile primitif de la tutelle, c'est-à-dire le domicile du père lors de la première ouverture de la tutelle ?

**448.** La question est très-controversée et les motifs

de douter ne manquent pas. On s'accorde généralement à admettre que le domicile de la tutelle est immuable, c'est-à-dire qu'il reste fixé là où la tutelle s'est ouverte lors du décès de l'un des père et mère, quels que soient les changements qu'éprouve le domicile du mineur. Mais, d'accord sur le principe, on est loin de s'accorder sur les conséquences du principe, sur les exceptions qu'il reçoit. S'il y a tant d'incertitude dans la doctrine et dans la jurisprudence, ne serait-ce pas parce que le principe même est faux ? Écoutons d'abord les motifs sur lesquels on fonde le domicile immuable de la tutelle.

C'est un jurisconsulte éminent, Daniels, qui a le premier soutenu ce système devant la cour de cassation. Il invoque l'intérêt du mineur et le danger que présenterait pour lui la mobilité du conseil de famille, s'il variait aussi souvent que le domicile légal du mineur change. Ce motif est répété dans tous les arrêts et par tous les auteurs. Ne convient-il pas que le conseil soit formé là où l'on trouvera les parents les plus proches, les plus affectionnés du mineur ? Si l'on forme le conseil là où le tuteur a son domicile, ne se pourra-t-il pas que l'on n'y trouve pas même de parents ? Ne serait-ce pas là un grand danger pour le mineur ? Le tuteur ne pourrait-il pas déplacer son domicile pour échapper au contrôle de la famille et former un conseil d'indifférents qui sacrifieront les intérêts du mineur ? Même en faisant abstraction de toute fraude, ne faut-il pas qu'il y ait une certaine suite dans la direction et dans la surveillance d'une tutelle ? Conçoit-on une tutelle qui s'ouvre à Lille, se continue à Marseille et voyage ensuite de Strasbourg à Rennes ? On trouve ce motif dans l'arrêt de la cour de cassation rendu sur les conclusions de Daniels : « Il serait souvent contraire aux intérêts des mineurs que la convocation des conseils de famille suivit les divers domiciles que pourraient prendre successivement les tuteurs (1). » Dans l'arrêt de 1819, on lit que si le conseil de famille devait suivre les juges de paix des divers

(1) Arrêt du 29 novembre 1809 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 209, 1°, et les conclusions de Daniels, *ibid.*, n° 213).

domiciles que pourraient prendre successivement les tuteurs, il pourrait en résulter l'inconvénient grave de soustraire les tuteurs à la surveillance naturelle du véritable conseil de famille, et de livrer le mineur à l'arbitraire de conseils étrangers à sa personne et indifférents à ses intérêts, tandis qu'en général ces dangers cessent quand le conseil de famille est convoqué au premier domicile du mineur, qui est son domicile naturel (1). Les auteurs reproduisent les mêmes considérations; il est inutile de les répéter (2).

**449.** Il est presque téméraire de combattre un principe qui paraît admis par tout le monde. Mais quand on y regarde de près, l'on voit que chacun a son système et que le prétendu principe est modifié à chaque instant. Cela nous met à l'aise, d'autant plus que notre avis concorde au fond avec la jurisprudence de la cour de cassation. Nous nions qu'il y ait un domicile de la tutelle; nous soutenons que le conseil de famille est toujours formé au domicile du mineur. Rappelons d'abord que ce dernier principe est admis par la doctrine et par la jurisprudence quand il s'agit de la première ouverture de la tutelle; lors du décès de l'un des père et mère, la tutelle s'ouvre au domicile du mineur, c'est-à-dire au domicile du père prédécédé ou survivant. Ce principe n'est lui-même, comme nous l'avons dit, que l'application à la tutelle du principe général qui régit le domicile. Le domicile primitif de la tutelle étant attaché au domicile du mineur, il en faut conclure que le domicile de la tutelle change avec le domicile du mineur. C'est une conséquence logique du principe que nous venons de rappeler. La loi ne connaît pas de domicile immuable; le domicile est, au contraire, changeant de sa nature;

(1) Arrêt de cassation du 23 mars 1819 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 209, 2°). Voyez, dans le même sens, les arrêts d'Aix du 7 mars 1846 (Dalloz, 1846, 2, 171), de Nîmes du 2 mars 1848 (Dalloz, 1848, 2, 58) et de Nancy du 1<sup>er</sup> juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 234). Les cours de Belgique admettent le même principe : Bruxelles, 8 mai 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 115), 14 novembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 286) et 2 août 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 158); Gand, 22 mai 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 293), 5 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 310) et cour de cassation, 27 janvier 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 1, 103).

(2) Toullier, t. II, n° 1114. Duranton, t. III, n° 453 Valette sur Proudhon, t. II, p. 313. Marcadé, t. II, p. 204, art. 410, n° III. Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 376. Demolombe, t. VII, p. 146, nos 241 et suiv.

pour qu'il en fût autrement du domicile de la tutelle, il faudrait un texte, car ce serait une exception à une règle générale. Où est le texte qui déclare le domicile de la tutelle immuable? Nous le cherchons vainement; il n'y a pas même de texte qui détermine le domicile primitif de la tutelle; c'est par application d'un principe général qu'on le fixe au domicile du mineur, c'est-à-dire du père; eh bien, ce même principe nous oblige aussi à déclarer le domicile variable.

Vainement oppose-t-on les inconvénients, les dangers qui résultent des changements continuels dans la composition du conseil de famille; tout cela serait vrai, qu'il ne nous est pas permis de déroger à un principe et de créer des exceptions par voie d'interprétation. Mais les dangers et les inconvénients sont-ils réellement aussi grands qu'on le dit? Le code répond à l'objection. Si le tuteur transporte son domicile ailleurs pour échapper à la surveillance des parents les plus proches, ceux-ci n'auront qu'à prévenir le juge de paix du nouveau domicile, et ce magistrat aura soin de faire usage du pouvoir que lui donnent les articles 409 et 410 : il convoquera les parents les plus proches à quelque distance qu'ils soient domiciliés, comme il en a toujours le droit. Objectera-t-on les frais qui en résulteront et qui seront supportés par le mineur? Si, comme on le suppose, le tuteur est de mauvaise foi, le juge mettra les frais à sa charge. Est-il de bonne foi, on rentre dans le droit commun. L'intérêt du mineur décidera; s'il exige que les parents les plus proches soient appelés, ils le seront; la considération des frais n'a pas arrêté le législateur, et ne doit pas arrêter le juge de paix. Quant à la tutelle que Daniels faisait voyager d'un bout de la France à l'autre et jusqu'aux colonies, il est évident que c'est là une rare exception, si toutefois elle s'est jamais présentée. Ce sont des hypothèses créées à plaisir, et si nous voulions nous lancer dans le champ des hypothèses, il nous serait facile d'en formuler plus d'une où le principe de l'immuabilité du domicile se trouverait aussi en défaut (1). Cela ne

(1) Voyez l'exemple donné par Marcadé, t. II, p. 205, art. 410, n° II.

prouve-t-il pas qu'il faut laisser de côté les faits accidentels et s'en tenir aux principes?

Nous demandons un texte; il en faut un pour que l'on puisse admettre une exception. Pour en trouver un, Daniels a dû recourir au droit romain. Or, les Romains ne savaient pas ce que c'était qu'un conseil de famille, ni par conséquent un domicile de la tutelle, tel que nous l'entendons aujourd'hui. Que disent les lois romaines? Que le tuteur, en acceptant la tutelle, se soumet à la juridiction du lieu où elle lui a été déferée (1). Le code de procédure dit aussi que le tuteur sera poursuivi, pour la reddition de son compte, devant le juge du lieu où la tutelle a été déferée (art. 527). Qu'est-ce que cela a de commun avec la question de savoir où se réunira le conseil de famille quand le domicile du mineur change?

**450.** Notre opinion, quoique, en apparence, contraire à celle que la cour de cassation a consacrée, n'en est pas aussi éloignée qu'on le pourrait croire à première vue. La difficulté se présente dans deux hypothèses. D'abord quand il y a lieu à un changement de tutelle. Il s'agit de remplacer un tuteur décédé. Où le conseil de famille devra-t-il être convoqué? Nous disons : au domicile du mineur. La cour de cassation dit : au domicile primitif de la tutelle. En apparence, les deux décisions sont différentes. En réalité, elles concordent, au moins le plus souvent. Supposons un tuteur testamentaire venant à décéder; il sera remplacé par un tuteur datif. Le conseil de famille, dans notre opinion, doit se réunir au domicile du mineur. Mais quel est ce domicile? Le mineur a un domicile d'origine, celui de son père; quand le père tuteur est remplacé par un tuteur testamentaire, le domicile d'origine est remplacé par le domicile du nouveau tuteur; mais si ce tuteur vient à mourir, le nouveau domicile cesse à l'instant où le tuteur meurt, car la tutelle étant détruite, tous les liens, tous les rapports légaux qui existaient entre le mineur et son tuteur se trouvent rompus. Quel sera donc le domicile du mineur, en attendant qu'il ait un nouveau tuteur? La

(1) L. 45, D., *de judic.* (V, 1). L. 1, C., *ubi de ratiociniis* (111, 21).

cour de cassation dit que le mineur reprend son domicile naturel, c'est-à-dire celui de son père; et, en effet, il n'y en a pas d'autre qu'on puisse lui attribuer; donc c'est au domicile du père, lors de l'ouverture première de la tutelle, que le conseil de famille se réunira; or, c'est aussi là le domicile de la tutelle. Sur ce point, notre opinion concorde donc avec la jurisprudence de la cour de cassation (1).

Toutefois il y a un cas où les deux opinions ne concordent plus. Le père survivant exerce la tutelle; il meurt; il y a lieu de nommer un tuteur datif; où le conseil de famille se réunira-t-il? Dans notre opinion, au dernier domicile du père; ce domicile subsiste, puisqu'il tient lieu du domicile d'origine du mineur; en effet, le domicile que le père a, en mourant, est le domicile d'origine de l'enfant mineur. Dans le système de l'immutabilité du domicile, il faudrait, au contraire, décider que le conseil de famille se réunira au domicile que le père avait lorsque la tutelle s'est ouverte par le décès de la mère, car c'est là le domicile de la tutelle. Laquelle des deux opinions est la plus conforme aux principes? La prétendue immutabilité du domicile de la tutelle n'a aucun appui dans les textes; c'est une théorie que l'on a introduite dans le code, en dérogeant aux principes qui régissent le domicile; tandis que notre opinion est l'application rigoureuse de ces principes. Cela décide la question. Ce qui témoigne pour notre opinion, c'est que la cour de cassation elle-même y est revenue, en admettant une exception à la doctrine qu'elle avait consacrée par ses premiers arrêts. Elle a décidé que lorsque la tutelle s'ouvrait par la mort de la mère survivante et tutrice, le conseil de famille devait se tenir à ce domicile. Les demandeurs en cassation s'appuyaient sur le système de la cour, tel qu'il résultait des arrêts de 1809 et de 1819; logiquement la cour de cassation aurait dû admettre que le domicile du père prédécédé déterminait irrévocablement le lieu de l'ouverture de la tutelle et de la convocation du

(1) Voyez l'arrêt précité de la cour de cassation du 23 mars 1819 et les observations du conseiller rapporteur Mesnard, lors de l'arrêt de 1846, dont nous allons parler (Daloz, 1846, 1, 131).

conseil de famille ; tandis qu'elle se fonda sur le domicile du mineur, qui, dans l'espèce, était celui du dernier décédé de ses père et mère (1).

La cour de cassation a admis une autre exception, bien plus grave, à la doctrine consacrée par sa première jurisprudence. En 1846, elle a jugé que lorsque la tutelle est définitivement organisée, le conseil de famille doit être convoqué au domicile du tuteur, quand même ce domicile ne serait pas celui de l'ouverture primitive de la tutelle. La cour abandonne donc le principe du domicile immuable pour toutes les délibérations qui doivent avoir lieu pendant le cours d'une tutelle. Elle ajoute cependant une restriction à cette décision : « Pourvu que les intérêts du mineur n'en puissent éprouver aucun préjudice. » Elle-même avait invoqué, dans ses premiers arrêts, l'intérêt du mineur, pour établir le principe de l'immutabilité du domicile. De là la réserve que fait l'arrêt de 1846 (2). Le conseiller rapporteur Mesnard dit que l'intérêt du mineur demande d'ordinaire que le conseil soit convoqué au domicile du tuteur ; que de cette manière on peut obtenir de suite une autorisation, au lieu de la demander au loin et en subissant de longs retards. Après tout, les tribunaux pourront apprécier la délibération du conseil de famille, et l'annuler si les intérêts du mineur n'ont pas été suffisamment ménagés.

Les auteurs critiquent vivement cette jurisprudence ; elle manque de netteté et de fermeté, dit Demolombe ; Dalloz va jusqu'à la qualifier de déplorable (3). A notre avis, la cour suprême est revenue aux vrais principes en s'attachant au domicile du mineur. C'est le seul motif juridique de décider. Il est vrai que la cour est en contradiction avec elle-même. Après avoir établi le principe de l'immutabilité du domicile de la tutelle, elle l'a déclaré ensuite variable. Il fallait, au contraire, poser comme principe qu'il n'y a pas de domicile de la tutelle, qu'il y a seulement un domi-

(1) Arrêt du 10 août 1825 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 210). Comparez un arrêt de Metz du 7 mars 1867 (Dalloz, 1867, 2, 60).

(2) Arrêt de rejet du 4 mai 1846 (Dalloz, 1846, 2, 129).

(3) Demolombe, t. VII, n° 251. Dalloz, au mot *Minorité*, n° 214.

cile du mineur, lequel détermine le lieu où s'ouvre la tutelle et le lieu où le conseil de famille se réunit. Les auteurs sont divisés comme la jurisprudence (1).

**451.** Il ne faut pas confondre la question de l'immutabilité du conseil de famille avec celle de la permanence de ce conseil. Régulièrement ce sera le même juge de paix qui convoquera le conseil, dans la même commune, pendant toute la durée de la tutelle. Mais doit-il convoquer les mêmes membres ? La permanence du conseil serait, en un sens, avantageuse au mineur ; elle donnerait de la suite et de l'unité à la direction des intérêts moraux et pécuniaires dont le conseil est chargé. Mais avant de voir si la permanence est utile, il faut voir si elle est légale. Or, il suffit d'ouvrir le code pour se convaincre que le conseil n'est pas un corps permanent. Les règles mêmes que la loi établit pour la composition du conseil de famille prouvent qu'il est dans le cas de varier d'une réunion à l'autre. Le juge de paix doit appeler au conseil les parents les plus proches qui se trouvent sur les lieux. Si l'un des parents convoqués quitte la commune, si un parent plus proche s'y établit, le juge de paix sera forcé de tenir compte de ces changements, il devra convoquer pour une nouvelle délibération le parent le plus proche qui sera sur les lieux, et il ne pourra plus convoquer le parent moins proche qui demeure hors de la distance légale (art. 407-410). Telle est aussi l'opinion commune, et elle n'est pas douteuse, bien qu'il y ait un arrêt en sens contraire (2).

### § III. Convocation du conseil.

**452.** Le conseil de famille est convoqué, soit en vertu d'une ordonnance, soit en vertu d'une autorisation émanée du juge de paix. Ce magistrat peut ordonner ou autoriser la convocation, soit d'office, soit sur réquisition.

(1) Demolombe, t. VII, p. 174, n° 278. Ducaurroy, *Commentaire*, t. I<sup>er</sup>, p. 436, n° 609.

(2) Arrêt de Rouen du 9 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 106). On y lit,