

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,

Le juge de paix convoque le conseil d'office quand il s'agit de nommer le tuteur ou de le remplacer (art. 406). Les articles 446 et 426 le chargent encore de convoquer le conseil d'office quand il y a lieu de destituer le tuteur. Ces dispositions sont-elles limitatives? Elles prescrivent au juge ce qu'il doit faire, elles ne tracent pas la limite de ce qu'il peut faire. Président-né du conseil, appelé à veiller aux intérêts du mineur, il peut certes convoquer le conseil aussi souvent que les intérêts du mineur l'exigent (1).

La loi indique, dans les divers cas, les personnes qui ont le droit de requérir la convocation du conseil. S'agit-il de la nomination du tuteur, la loi donne ce droit aux parents et aux créanciers du mineur, ainsi qu'à toutes parties intéressées (art. 406). L'article 406 ne nomme pas les alliés; mais en matière de tutelle, les alliés sont, en principe, mis sur la même ligne que les parents (2). Les parents et alliés ne sont pas toujours appelés d'une manière illimitée, comme dans le cas de l'article 406; quand il s'agit de faire destituer le tuteur, la réquisition ne peut être formée que par les parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches. Cette restriction s'explique par la gravité de la mesure sur laquelle le conseil doit délibérer (art. 446). Toutefois, quand le tuteur est sujet à destitution pour n'avoir pas fait nommer de subrogé tuteur, la loi permet de nouveau à tous parents, et par suite à tous alliés, de requérir la convocation du conseil (art. 421). Dans ces mêmes circonstances, les créanciers du mineur et autres parties intéressées peuvent également requérir la convocation du conseil (art. 406 et 421). Par parties intéressées, il faut entendre ceux qui, comme les créanciers, ont un intérêt pécuniaire.

L'article 406 ne mentionne pas le subrogé tuteur parmi les personnes qui peuvent requérir la convocation du conseil,

non sans étonnement, que la permanence du conseil de famille dans sa composition est un principe certain!

(1) Dalloz, au mot *Minorité*, n° 204. En sens contraire, Magnin, t. 1<sup>er</sup>, n° 321.

(2) Demante dit que c'est par inadvertance que l'article 406 ne nomme pas les alliés (t. II, p. 230, n° 153 bis II).

seil, parce qu'il suppose qu'il n'y a pas encore de subrogé tuteur au moment où le conseil de famille est appelé à nommer un tuteur datif. Il en est ainsi quand le survivant des père et mère refuse la tutelle ou s'excuse. D'ordinaire il y aura un subrogé tuteur, parce que la tutelle datative ne vient qu'en dernière ligne. Lorsque la tutelle devient vacante, c'est au subrogé tuteur spécialement que la loi fait un devoir de convoquer le conseil pour la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424). C'est encore lui qui doit convoquer le conseil pour délibérer sur la destitution du tuteur (art. 446).

La loi ne parle pas du tuteur. Il va sans dire qu'il a le droit et le devoir de requérir la convocation du conseil dans tous les cas où il a besoin d'une autorisation en vertu de la loi. Il le peut encore, bien que l'autorisation ne soit pas prescrite par la loi, quand il croit devoir consulter le conseil. Qui veut la fin, veut les moyens.

**453.** La loi ne mentionne pas les officiers du ministère public parmi les personnes qui peuvent requérir la convocation du conseil de famille. Il est de jurisprudence que le ministère public n'a pas ce droit. La cour de cassation a cassé un arrêt de la cour de Paris qui avait ordonné la convocation d'un conseil sur les conclusions du procureur général, et elle a annulé les délibérations qui avaient été prises par suite de cette convocation irrégulière. Cette décision est fondée sur le principe que le ministère public n'a pas le droit d'agir, par voie d'action, en matière civile, excepté dans quelques cas spéciaux déterminés par la loi; de là la cour conclut qu'il est sans pouvoir dans les cas non spécifiés. L'article 46 de la loi du 20 avril 1810 a donné lieu, dans ces dernières années, à de vives discussions. Nous avons admis, en principe, que le ministère public peut agir d'office quand il poursuit l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public (1). D'après cela, il faudrait décider que le ministère public peut demander la convocation du conseil de famille, quand il y a lieu de procéder à la nomination ou à la destitution d'un tu-

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 629, n° 498.

teur, ou même de prendre des mesures dans l'intérêt du mineur. Mais, à notre avis, le principe reçoit une restriction. Le code règle, jusque dans les moindres détails, tout ce qui concerne la convocation du conseil, il désigne avec un soin minutieux quelles personnes peuvent requérir la convocation; il ne nomme pas le ministère public. Une loi générale, telle que la loi de 1810, peut-elle déroger aux dispositions spéciales du code civil? Nous ne le croyons pas. Il faut dire avec la cour de cassation que l'article 406 n'ayant pas nommé le ministère public parmi les personnes qui ont le droit de requérir la convocation d'un conseil de famille pour la nomination d'un tuteur, son droit se borne à pouvoir dénoncer, comme toute autre personne, au juge de paix le fait qui doit donner lieu à la nomination d'un tuteur. Le ministère public n'ayant pas le droit de requérir, les tribunaux n'ont pas le droit de statuer sur ses réquisitions; de là la nullité des délibérations ordonnées sans droit. Les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence (1).

**454.** L'article 406 ajoute que toute personne pourra *dénoncer* au juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur. Il y a une différence entre le droit de *dénonciation* et le droit de *réquisition*. Le juge de paix est tenu de convoquer le conseil quand il en est requis par ceux qui ont le droit de requérir la convocation. S'il ne le fait pas, les requérants peuvent attaquer son ordonnance par la voie de l'appel, et s'il n'a pas rendu d'ordonnance, ils peuvent le prendre à partie. Tandis que la *dénonciation* a uniquement pour but de porter les faits à la connaissance du juge de paix, sauf à lui à agir comme il l'entend (2).

**455.** La convocation se fait au moyen d'une citation extrajudiciaire qui est notifiée aux membres du conseil de famille. Ces assignations peuvent se donner, soit par le juge de paix, soit par le parent qui a requis la convocation; la loi n'exige pas formellement que les citations se

(1) Arrêt de cassation du 11 août 1818 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 205). Voyez, *ibid.*, les auteurs qui y sont cités.  
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. 1<sup>er</sup>, p. 538.

donnent au nom du juge de paix (1). La citation légale exige l'intervention d'un huissier. Elle peut se faire aussi au moyen d'un simple avertissement ou d'une lettre, même verbalement. Mais les citations extralégales, si elles ont l'avantage de diminuer les frais, ont un inconvénient très-grave; les parents non convoqués légalement pourront attaquer la délibération, car il n'y a pas de conseil sans convocation légale.

La loi fixe le délai dans lequel les parents doivent comparaître : il est de trois jours pour ceux qui résident dans la distance légale de deux myriamètres; au delà de cette distance, le délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres (art. 411). Un délai est nécessaire, d'abord pour donner aux parents le temps de mettre ordre à leurs affaires, puis pour qu'ils puissent prendre des renseignements sur l'objet de la délibération. Il y a ici une lacune dans la loi; elle aurait dû prescrire d'indiquer l'objet de la délibération dans la convocation; on délibère mal quand personne n'est préparé.

**456.** L'article 413 porte : « Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne comparaitra point, encourra une amende qui ne pourra excéder cinquante francs et sera prononcée sans appel par le juge de paix. » La tutelle est une charge que personne, en règle générale, ne peut refuser. Il en doit être de même, à plus forte raison, des fonctions moins pénibles de membre du conseil de famille. Quand il s'agit de la tutelle, la loi établit les excuses que le tuteur peut faire valoir. Elle se montre plus facile pour l'assistance aux délibérations du conseil; le membre qui a une excuse doit la proposer au juge de paix, lequel l'appréciera. S'il y a des membres qui ne se présentent pas et ne donnent pas d'excuse, le juge de paix les condamnera à l'amende sans appel, dit la loi. Toutefois le juge écouterait certes les excuses que le parent absent ferait valoir, s'il a eu des raisons de ne pas les faire connaître avant la réunion. Il va sans dire que l'amende ne peut être prononcée que contre le membre

(1) Aix, 24 août 1809 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 203).

légalement convoqué; car celui qui est convoqué à l'assemblée n'est pas convoqué dans le sens légal du mot; il ne peut donc pas être condamné à l'amende.

Un juge de paix avait condamné à l'amende deux parents qui s'étaient rendus à la convocation, mais avaient refusé de délibérer, parce que, selon eux, le conseil était irrégulièrement composé. La décision du juge de paix fut cassée, et avec raison; on ne peut pas appliquer de peine par analogie, car il n'y a point de peine sans loi pénale (1).

**457.** Les membres du conseil peuvent se faire représenter par un mandataire spécial (art. 412). Cette disposition est exceptionnelle; en général, celui qui fait partie d'un corps délibérant doit y assister en personne, car la fonction qu'il est appelé à remplir est essentiellement personnelle. Il en est ainsi surtout des membres du conseil de famille: la loi veut qu'on les prenne parmi les parents les plus proches, les plus affectionnés pour le mineur: est-ce qu'on transporte l'affection, l'intérêt moral par voie de procuration? Les membres du conseil étant pris régulièrement sur les lieux, il y avait une raison de plus d'exiger leur présence. C'est par équité, par indulgence que le code déroge à la rigueur des principes.

Le code n'exige pas que la procuration soit authentique, il veut qu'elle soit spéciale. Cela ne veut pas dire que le mandant prescrive au mandataire ce qu'il doit dire et faire; le mandat ne peut pas être impératif, parce qu'un pareil mandat serait en opposition avec le but de la délibération; c'est dans la discussion que se forment les avis; dès lors il faut que tous les membres jouissent d'une entière liberté (2).

L'article 412 ajoute que le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne. C'est une conséquence de la personnalité de la fonction que le mandataire doit remplir. S'il ne s'agissait que de donner un vote, un seul

(1) Arrêt de cassation du 10 décembre 1828 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 220).

(2) Metz, 24 brumaire an XIII (Daloz, au mot *Minorité*, n° 163, 1°). Un arrêt de Paris du 26 avril 1851 se borne à décider que la procuration ne doit pas énoncer l'opinion que le mandataire devra émettre (Daloz, 1852, 2, 174).

mandataire pourrait à la rigueur voter pour tous les membres du conseil, mais il faut délibérer avant de voter, et l'on ne conçoit pas qu'un seul et même membre émette un avis différent, en se combattant en quelque sorte lui-même. De là suit qu'un membre présent ne peut pas en même temps être mandataire d'un membre absent, car il aurait deux personnages à jouer, tout comme un mandataire qui représenterait deux parents (1).

Puisque le mandataire tient la place d'un membre du conseil, il s'ensuit que celui qui est incapable d'être membre du conseil est incapable, par cela même, d'être mandataire. Cela a été jugé ainsi pour le mineur (2). Il est vrai que le mineur émancipé peut être mandataire (art. 1990); mais cela suppose un mandat donné uniquement dans l'intérêt du mandant; tandis que dans les délibérations du conseil il s'agit essentiellement des intérêts du mineur. La femme peut aussi être mandataire, et cependant elle ne pourrait certes pas représenter un membre du conseil, puisque la loi la déclare incapable de siéger au conseil de famille (art. 442).

**458.** Si un membre du conseil ne comparait pas, et que son excuse soit admise, c'est au juge de paix à décider s'il convient d'attendre ce membre absent ou de le remplacer. Il pourra en conséquence ajourner l'assemblée ou la proroger. L'article 414 ajoute que le juge de paix a ce droit dans tous les cas où l'intérêt du mineur semblera l'exiger. *Ajourner* l'assemblée, c'est renvoyer la délibération sans en fixer le jour (3); la *proroger*, c'est remettre ou continuer la délibération à jour fixé. Dans le premier cas, il faut une nouvelle convocation, en observant les délais; dans le second, il n'en est pas besoin pour les membres présents; le fait de la prorogation les avertit suffisamment (4). Cette disposition déroge au droit commun, d'après lequel ce sont les corps délibérants eux-mêmes qui

(1) Turin, 20 février 1807 (Daloz, au mot *Interdiction*, n° 256, 7°).

(2) Orléans, 12 janvier 1850 (Daloz, 1850, 2, 60).

(3) D'après le Dictionnaire de l'Académie, *ajourner* veut dire renvoyer à un certain jour ou à un jour indéterminé; et *proroger* signifie remettre la délibération à un certain jour.

(4) Durantou, *Cours de droit français*, t. III, p. 450, n° 457, note 2.

s'ajournent à jour fixe ou indéterminé. La loi donne ce pouvoir au juge de paix, parce que lui seul est désintéressé dans les débats; il serait à craindre que la majorité ne voulût profiter de l'absence d'un parent pour emporter la délibération; souvent il arrive que les deux familles qui composent le conseil sont divisées d'intérêts ou de passions; le juge de paix exercera un pouvoir modérateur.

#### § IV. *Délibération.*

**459.** L'assemblée se tient de plein droit chez le juge de paix (art. 415), par une raison de convenance et de dignité. Toutefois la loi lui permet de désigner un autre local, tel que la salle de la justice de paix ou la demeure de l'un des membres du conseil. Les séances du conseil ne sont pas publiques. D'après l'article 8 du code de procédure, les audiences de la justice de paix sont publiques, et notre Constitution a fait de la publicité un principe de droit public non-seulement pour les tribunaux (art. 96), mais pour tous les corps politiques, les deux Chambres (art. 33), les conseils provinciaux et les conseils communaux (art. 108, n° 3). La publicité est l'âme des gouvernements libres, mais elle suppose que les assemblées délibèrent sur des intérêts généraux, tandis que les conseils de famille règlent exclusivement des intérêts privés. Mais si la délibération n'intéresse pas les tiers, il n'en est pas de même des décisions; ceux qui traitent avec le tuteur ont certes intérêt à les connaître. Toutefois la loi ne prescrit et n'autorise même aucune publicité. C'est une lacune. Il a été jugé que le dépôt des minutes des actes émanés des conseils de famille au greffe de la justice de paix a lieu dans l'intérêt des familles, et non pour livrer au public le secret des délibérations; que par suite le greffier n'est pas obligé de donner à tout requérant expédition de ces délibérations (1); il faut ajouter qu'il n'y est pas même autorisé.

(1) Arrêt de rejet de la cour de cassation du 30 décembre 1840 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 259).

**460.** L'article 415 porte que la présence des trois quarts au moins des membres *convoqués* est nécessaire pour que le conseil puisse délibérer. C'est sur la proposition de la section de législation du Tribunal que l'on a ajouté le mot *convoqués*, afin de marquer que le juge de paix n'est point compté dans le calcul des trois quarts; comme, régulièrement, le conseil se compose de six membres, il faudra cinq membres, outre le juge de paix, pour que l'assemblée puisse délibérer. Le Tribunal voulait qu'il y eût toujours au moins trois parents de l'une des deux lignes pour que le conseil pût délibérer (1).

Quand les trois quarts sont présents, le conseil peut délibérer. Peu importe que quelques membres refusent, par un motif quelconque, de prendre part à la délibération. La loi exige seulement la présence, et avec raison. Si elle avait prescrit que les trois quarts prissent part à la délibération, la minorité aurait pu empêcher toute décision, ce qui eût compromis les intérêts du mineur (2).

**461.** Le code ne dit pas quelle majorité est requise pour les décisions; il se borne à donner au juge de paix voix prépondérante, en cas de partage. On admet généralement qu'il faut la majorité absolue, c'est-à-dire la moitié des voix plus une (3). Telle est la règle pour toute assemblée délibérante, et elle résulte de la nature des choses. Quand le conseil se compose de six membres, et que deux voix se prononcent pour un avis et les quatre autres pour des avis différents, on ne dira certes pas que les deux voix forment la majorité, car l'avis qui a pour lui deux voix a quatre voix contre lui. De là suit qu'il faut la moitié des voix plus une, pour que l'on puisse dire qu'il y a majorité. Parfois les lois se contentent de la majorité relative; mais comme le code n'établit pas d'exception pareille pour les délibérations du conseil de famille, il faut s'en tenir à la règle générale. La jurisprudence française est en ce sens (4).

(1) Observations du Tribunal, n° 13 (Loché, t. III, p. 405).

(2) Bruxelles, 15 mars 1806 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 175, 1°).

(3) Voyez les auteurs cités par Daloz, au mot *Minorité*, n° 228; il faut ajouter Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> édition, p. 384, note 14.

(4) Metz, 16 février 1812 (Daloz, au mot *Interdiction*, n° 158) et Aix, 10 mars 1840 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 228).