

a lieu d'homologuer, la cour doit renvoyer la cause devant le tribunal de première instance, pour qu'il prononce l'homologation (1).

L'homologation est une approbation. Si le tribunal trouve qu'il n'y a pas lieu d'approuver la délibération du conseil, il refusera de l'homologuer, sauf au conseil à modifier son avis. Mais ce n'est pas au tribunal à changer la délibération, en substituant son avis à celui du conseil : ce serait plutôt une annulation qu'une homologation. La cour de Dijon, appelée à homologuer une délibération d'un conseil qui autorisait le tuteur à aliéner des immeubles jusqu'à concurrence d'une somme de 260,000 francs, réduisit d'abord les dettes à 10,000 francs, puis elle ordonna la vente d'autres immeubles que ceux qui avaient été désignés par le tuteur et le conseil de famille; enfin il prescrivit un emprunt de 50,000 francs. Son arrêt fut cassé pour excès de pouvoir. Le droit d'homologuer, dit la cour de cassation, ne permet pas aux tribunaux de se substituer au conseil de famille, et d'ordonner d'office des mesures qui n'ont été ni demandées ni délibérées (2).

Quel est l'effet de l'homologation? Le tribunal qui homologue une délibération l'approuve au fond, et lui donne un caractère exécutoire, mais il ne décide pas que cette délibération est régulière, valable en la forme. Ce n'est, comme le dit la cour de cassation, qu'un acte de surveillance judiciaire prescrite par la loi pour protéger l'intérêt des mineurs et assurer la bonne administration de leurs personnes et de leurs biens. Ainsi l'homologation ne donne pas à la délibération une valeur qu'elle n'a pas par elle-même. La délibération est-elle nulle, elle reste nulle, malgré l'homologation (3). On ne peut pas même dire, avec la cour de Gand, que l'homologation fait présumer l'accomplissement des formalités prescrites par la loi (4). Il

(1) Liège, 5 avril 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 97).

(2) Arrêt de cassation du 9 février 1863 (Dalloz, 1863, 1, 85).

(3) Arrêt de rejet du 17 décembre 1849 (Dalloz, 1850, 1, 76). Comparez arrêts de Turin du 29 juillet 1809 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 560), d'Aix du 3 février 1832 (*ibid.*, n° 180), de Nîmes du 17 mai 1838 (*ibid.*, n° 213).

(4) Gand, 27 mars 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 200, et les observations de l'avocat général Donny, dans le sens de la présomption).

n'y a pas présomption sans texte. On reste donc sous l'empire des principes généraux, en ce qui concerne la nullité des délibérations et la preuve à faire par le demandeur en nullité.

§ V. Du recours contre les délibérations.

NO 1. QUI PEUT ATTAQUER LES DÉLIBÉRATIONS.

465. Toute délibération du conseil de famille peut être attaquée devant les tribunaux, sans distinguer si elle est ou non sujette à homologation, et quand même elle n'aurait été homologuée. Le code civil ne pose pas le principe dans ces termes généraux, mais cela résulte du code de procédure (art. 883 et 885), et de la nature même de l'homologation. C'est dans l'intérêt du mineur que la loi exige l'intervention du conseil de famille; mais elle a dû prévoir que des assemblées composées souvent d'hommes illettrés ou étrangers aux affaires négligeraient les formalités qui doivent protéger le mineur; elle a dû craindre que la rivalité des familles, le conflit d'intérêts et de passions qui agitent ces assemblées, ne tournent au préjudice des mineurs. Elle devait donc ouvrir un recours contre toute délibération du conseil de famille.

La voie à suivre diffère selon que la délibération est ou non sujette à être homologuée. S'il n'y a pas lieu à homologation, ceux qui veulent l'attaquer doivent se pourvoir par action principale ou incidente devant le tribunal de première instance. C'est le droit commun. Si elle est sujette à homologation, ceux qui veulent s'y opposer peuvent le déclarer par acte extrajudiciaire à celui qui est chargé de la poursuivre. Dans ce cas, ils procèdent comme nous venons de le dire (n° 462). S'ils n'ont pas signifié d'opposition, ils peuvent encore intervenir dans l'instance, mais on ne doit plus les appeler en cause; de sorte que s'ils ne sont pas intervenus, et s'ils n'ont pas été appelés, ils ne peuvent ni former opposition, ni interjeter appel; tandis qu'ils le peu-

vent s'ils ont formé opposition, car, dans ce cas, ils sont parties en cause (1).

466. Qui peut attaquer la délibération? Nous supposons qu'elle n'est pas encore exécutée, et que le but de l'opposant est précisément d'en arrêter l'exécution. C'est le cas prévu par l'article 883 du code de procédure, lequel porte : « Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal. Le tuteur, le subrogé tuteur, même les membres de l'assemblée pourront se pourvoir contre la délibération ; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération, sans qu'il soit nécessaire d'appeler l'assemblée. »

L'article 883 nomme en premier lieu le tuteur ; il suppose naturellement que c'est le tuteur du mineur dont les intérêts font l'objet de la délibération. Il est arrivé qu'il y avait deux tuteurs, nommés l'un par un conseil de famille convoqué au domicile primitif de la tutelle, l'autre par un conseil de famille convoqué au domicile du dernier tuteur. Chacun de ces tuteurs a un titre apparent, et ce titre lui suffit pour attaquer la délibération qui a nommé un autre tuteur. C'est au tribunal à décider lequel des deux a été nommé légalement (2).

L'article 883 donne aux membres de l'assemblée le droit de se pourvoir contre la délibération. Il suppose que les membres opposants ont été convoqués et ont assisté à la réunion du conseil. On reconnaît le même droit à ceux qui n'auraient pas été appelés ; ils peuvent se plaindre précisément de ne l'avoir pas été, et soutenir en conséquence que la composition du conseil est irrégulière et par suite que la délibération est nulle (3). S'ils ont assisté à la délibération et s'ils ont voté pour la résolution qui a été adoptée, pourront-ils néanmoins attaquer la délibération?

(1) Voyez, sur ces détails de procédure, les auteurs cités dans Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 402, note 10.

(2) Arrêt de Gand du 22 mai 1841, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 27 juillet 1843 (*Pasicriste*, 1841, 2, 293, et 1843, 1, 103).

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. VII, p. 210, n^o 339.

La question est controversée, et il y a quelque doute. L'article 883 suppose que celui qui se pourvoit contre la délibération est d'un avis contraire à ceux qui ont voté la résolution, et cela paraît très-rationnel ; peut-on revenir sur son propre fait, se combattre soi-même? Toutefois l'opinion contraire est plus généralement suivie (1). On écarte le texte de l'article 883, parce qu'il n'est pas conçu dans des termes restrictifs, et l'esprit de la loi commande une interprétation extensive. Il s'agit de sauvegarder les intérêts du mineur ; il importe donc d'admettre le recours de tous ceux qui ont qualité pour agir en son nom : tels sont certes les membres du conseil. Il est vrai que l'on ne peut pas, en général, revenir sur son propre fait, mais cet adage suppose que celui qui change d'avis y est personnellement intéressé. Or, le membre du conseil qui attaque la délibération, le fait non dans son intérêt à lui, mais dans l'intérêt du mineur, et il doit toujours en avoir le droit. Ce droit ne peut guère être contesté quand la délibération est attaquée pour vice de forme ; l'assentiment donné à une délibération nulle ne peut valider cette délibération. La jurisprudence est en ce sens (2). Nous croyons qu'il en est de même quand la délibération est attaquée au fond. On permet au tuteur de demander la nullité des actes que lui-même a faits, parce qu'il agit dans l'intérêt du mineur. Il y a identité de raison pour les membres du conseil (3).

467. Le droit d'attaquer les délibérations du conseil appartient-il encore à d'autres personnes que celles qui sont mentionnées dans l'article 883? Ce que nous venons de dire semble préjuger la question. La loi n'est restrictive ni dans son texte, ni dans son esprit. Mais ne faut-il pas du moins exiger que celui qui agit ait un intérêt? On peut dire qu'un intérêt moral suffit, que les parents n'en ont guère d'autre, le véritable intéressé étant le mineur ; qu'il

(1) Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 389, note 2, et les auteurs qui y sont cités.

(2) Liège, 4 janvier 1811 ; Lyon, 15 février 1812 ; Colmar, 27 août 1813 et Angers, 29 mars 1821 (Dalloz, au mot *Minorité*, n^{os} 171, 174, 1^o ; 190, 1^o).

(3) Massé et Vergé, traduction de Zachariæ, t. 1^{er}, p. 401, note 4.

faut donc ouvrir l'action à tous ceux que la loi charge de veiller aux intérêts du pupille. Tels sont les parents et alliés, alors même qu'ils n'auraient pas dû être appelés au conseil (1). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Dijon (2). La question est douteuse, à raison du principe qu'il n'y a pas d'action sans intérêt; il est vrai que le législateur accorde parfois le droit d'agir pour un intérêt moral, mais ne faut-il pas un texte pour cela? D'après la rigueur du droit, nous croyons qu'on doit le décider ainsi.

La même question se présente pour le ministère public. Peut-il demander la nullité d'une délibération prise par un conseil de famille en matière de tutelle? Nous avons répondu d'avance à la question, en refusant au ministère public le droit de provoquer la convocation du conseil de famille, parce qu'il n'a pas le droit d'agir en cette matière par voie d'action directe et principale. Vainement invoquerait-on l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, qui lui permet de poursuivre d'office l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public; il y a une disposition spéciale, celle de l'article 883, qui ne comprend pas le ministère public (3). Par la même raison, il faut décider qu'il ne peut pas interjeter appel des jugements qui homologuent des délibérations des conseils de famille (4).

Le juge de paix pourrait-il se pourvoir contre une délibération du conseil? Il y a un motif de douter. L'article 883 donne ce droit aux membres de l'assemblée, et le juge de paix en est membre-né. Toutefois on admet le contraire. Le juge de paix doit rester en dehors de ces débats irritants, afin de conserver son rôle et son influence de modérateur. Si on lui permettait d'agir, il faudrait aussi permettre de diriger l'action contre lui : ce qui est inadmissible (5).

468. Contre qui l'action doit-elle être intentée? L'ar-

(1) Liège, 25 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 472) et Colmar, 14 février 1840 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 252).

(2) Dijon, 13 janvier 1858 (Daloz, 1860, 2, 179).

(3) Orléans, 23 février 1837 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 254).

(4) Arrêt de la cour de cassation du 27 frimaire an XIII (Daloz, au mot *Ministère public*, n° 144, 1°).

(5) Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 389, note 4 et p. 390, note 7.

ticle 883 répond que la demande est formée contre les membres qui auront été de l'avis de la délibération. Il n'y a pas à distinguer, comme on l'a proposé, si la délibération est attaquée au fond ou pour vice de forme. Ce serait introduire dans la loi une distinction qui n'y est pas; d'ailleurs la distinction n'a pas de raison d'être; attaquer une délibération pour vice de forme, n'est-ce pas demander qu'elle ne produise aucun effet au fond (1)?

Faut-il suivre la voie tracée par l'article 883, quand le conseil de famille a prononcé la destitution du tuteur? L'article 448 du code civil veut qu'en ce cas, le tuteur qui réclame assigne le subrogé tuteur. Nous croyons que c'est le code civil qui doit recevoir son application; l'article 448 contient une disposition spéciale, et il est de principe que les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales. Il y a aussi une raison particulière qui justifie l'article 448; le code a voulu que les parents appelés à délibérer sur la destitution du tuteur eussent pleine liberté de voter; et ils n'auraient plus cette liberté s'ils pouvaient craindre d'être engagés dans un procès par suite de leur vote (2).

Les auteurs s'accordent à enseigner que l'article 883 ne permet pas de diriger l'action contre le juge de paix. Il est plus que simple membre du conseil, il est magistrat; c'est à raison de sa mission de magistrat conciliateur que la loi l'a chargé de présider le conseil de famille. De là suit qu'il ne peut être mis en cause, à moins qu'il n'y ait lieu à la prise à partie (3). Il ne faudrait pas conclure de là que les délibérations du conseil de famille sont des jugements et qu'en cas de recours, le tribunal en connaît comme juge d'appel. Le conseil remplit des fonctions de juridiction gracieuse; les tribunaux seuls ont une juridiction contentieuse. Lors donc qu'une délibération du conseil est attaquée, le tribunal en connaît comme juge de première instance (4).

(1) Zachariæ fait la distinction. Voyez, en sens contraire, les traducteurs Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 403, note 13.

(2) Liège, 17 mars 1831 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 385). Les auteurs sont très-divisés (voyez Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 403, note 15).

(3) Arrêt de cassation du 29 juillet 1812 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 257, et les auteurs qui y sont cités).

(4) Rennes, 13 août 1818 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 260).

N° 2. DU RECOURS AU FOND.

469. L'application des principes que nous venons de poser souffre de grandes difficultés. C'est pour les simplifier que nous distinguons si le recours contre une délibération a pour objet le fond de la décision ou s'il est fondé sur un vice de forme. La distinction résulte de la nature des choses. Il est vrai que les formes ont un rapport intime avec le fond, car elles sont établies pour la garantie du mineur; si les formes ne sont pas observées, on doit présumer que les intérêts du mineur n'ont pas été sauvegardés, le mineur n'ayant pas joui de la protection que la loi a voulu lui assurer. Par contre, les formes peuvent avoir été observées, mais le conseil s'est trompé, il a pris une délibération contraire aux intérêts du mineur. Dans l'un et l'autre cas, il doit y avoir recours contre les délibérations du conseil. Mais le recours est régi par des principes différents, selon que l'on attaque le fond ou la forme. S'agit-il de formes, il faut voir quelles sont les formes qui n'ont pas été observées, quelle est leur importance. S'agit-il du fond, il n'y a plus à distinguer : l'intérêt du mineur demande que toute délibération du conseil puisse être attaquée. Tel est en effet le principe posé par l'article 883 du code de procédure.

Le texte paraît limiter le droit d'attaquer les délibérations du conseil au cas où ces délibérations ne sont pas unanimes. Dans le premier alinéa, il est dit que toutes les fois que les délibérations ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres est mentionné au procès-verbal. Puis vient un second alinéa qui permet au tuteur, au subrogé tuteur et même aux membres de se pourvoir contre la délibération. Ce second alinéa est-il une dépendance du premier? c'est-à-dire n'ouvre-t-il le recours que dans le cas où les délibérations ne sont pas unanimes? Le texte laisse quelque doute. Il est certain que le second alinéa suppose qu'il n'y a pas eu unanimité, car il ajoute que la demande sera formée contre les membres qui auront été d'avis de la délibération. Toutefois nous croyons que les délibéra-

tions même unanimes peuvent être attaquées. L'intérêt du mineur le demande. Une délibération unanime peut le léser aussi bien qu'une délibération où les avis ont été partagés; il faut donc qu'un recours soit ouvert. Le texte n'est pas contraire; il suppose, à la vérité, qu'il y a partage, mais il ne fait pas de la diversité d'avis une condition du recours. On pourrait objecter que les membres du conseil ayant tous voté pour la délibération, ne peuvent plus revenir sur leur vote. Nous avons déjà répondu à l'objection (n° 466). La doctrine se prononce en faveur du recours. La jurisprudence est encore incertaine (1).

L'article 883 ne distingue pas si la délibération est sujette ou non à homologation. Quand il y a lieu à homologation, le droit d'opposition ne souffre aucun doute (n° 464). Si la délibération ne doit pas être homologuée, il y a une raison de plus d'ouvrir un recours devant les tribunaux, car le mineur n'a pas, en ce cas, la garantie d'un nouvel examen par le tribunal (2).

Il n'y a qu'une exception à la règle établie par l'article 883; elle résulte de la règle même. Le code de procédure parle d'un recours contre les délibérations du conseil; cela suppose qu'il s'agit d'une délibération véritable, c'est-à-dire d'une décision prise par le conseil. Si le conseil a été simplement consulté par le président d'un tribunal jugeant en référé, l'avis qu'il donnera n'est pas une délibération, car il n'emporte aucune exécution; le président en tiendra compte ou non; dès lors il ne peut être question d'un recours (3).

470. Y a-t-il des exceptions résultant de la nature des délibérations? La question même, nous semble-t-il, im-

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 402, note 7. Delvincourt, t. I^{er}, p. 279. Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 390, note 8. Bruxelles, 6 mai 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 187). La cour de Toulouse (arrêt du 22 février 1854) semble décider le contraire; l'arrêt se fonde, en effet, sur ce que la délibération contre laquelle le tuteur s'était pourvu n'avait pas été prise à l'unanimité (Daloz, 1854, 2, 240). La plupart des arrêts supposent également qu'il n'y a lieu à recours que lorsque la délibération n'est pas unanime.

(2) La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (Aubry et Rau, t. I^{er}, p. 390, note 9). Voyez, en sens contraire, Grenoble, 18 janvier 1854 (Daloz, 1854, 2, 55). L'arrêt n'est pas motivé.

(3) Paris, 22 mars 1824 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 248).