

suffisant pour que le juge de paix puisse composer le conseil de parents ou d'alliés pris dans les deux lignes. S'il est formé dans une commune où il n'y a ni parents ni alliés, on ne peut pas appeler une pareille assemblée un conseil de famille. Le conseil de famille est une garantie pour le mineur. Où est la garantie, si le tuteur peut convoquer le conseil là où il lui plaît, là où il n'y aura personne qui prenne en main les intérêts du mineur?

Ces raisons sont puissantes. Néanmoins nous préférons l'opinion contraire. Il ne s'agit pas, qu'on le remarque bien, de déclarer valable toute réunion du conseil de famille formé à la résidence quelconque du tuteur. La question est de savoir s'il y a inexistence ou nullité. Or, précisément parce que la formation du conseil au domicile de la tutelle est une garantie pour le mineur, il faut décider, nous semble-t-il, qu'il y a seulement nullité. En effet, un conseil, bien que formé ailleurs qu'au domicile de la tutelle, peut présenter toutes les garanties possibles au mineur. Il se peut qu'au domicile de la tutelle il n'y ait pas de parents, tandis qu'au domicile du tuteur, où nous supposons que le conseil a été convoqué, il se trouve des membres de la famille. Ne serait-il pas contraire aux intérêts du mineur, en ce cas, que l'on déclarât non existant un conseil composé réellement de parents et d'alliés? Cela prouve que la question de garantie est une question de fait qui ne peut pas être décidée *à priori*; donc l'annulation sauvegardera mieux les intérêts du mineur que le ferait la doctrine de l'inexistence du conseil. Le conseil présente-t-il toutes les garanties que le pupille peut désirer, comme dans l'espèce jugée par la cour de Nancy, les tribunaux maintiendront les délibérations qu'il aura prises: il serait absurde de prononcer une nullité qui ferait tourner au préjudice des mineurs des formes destinées à les protéger. Mais si, comme cela s'est vu, le tuteur convoquait un conseil de famille, tantôt dans telle commune, tantôt dans une autre, dans le but évident de spolier le mineur, en composant le conseil de façon que le mineur n'y trouve aucun protecteur, dans ce cas, les tribunaux n'hésiteraient pas, comme l'a fait la cour de Gand, à prononcer la nullité de tout ce

que le tuteur a fait en vertu de ces délibérations irrégulières (1).

**475.** Nous supposons que le conseil de famille est régulièrement formé, mais les trois quarts des membres convoqués ne se présentent pas; sur six, il n'en vient que quatre. Quatre membres avec le juge de paix forment-ils un conseil? Non, dans tout corps délibérant, il faut le nombre de membres requis par la loi pour qu'il puisse délibérer. S'il délibérait alors qu'il ne serait pas en nombre, la délibération serait viciée dans son essence. Le code Napoléon s'exprime dans des termes qui ne laissent aucun doute: « La présence des trois quarts au moins des membres convoqués sera nécessaire pour que l'assemblée délibère. » Il n'y a donc pas de délibération quand les trois quarts ne sont pas présents (2).

**476.** Les trois quarts sont présents, mais il n'y a pas de majorité absolue. Si l'on admet qu'il faut la majorité absolue pour qu'une décision puisse être prise, l'on doit admettre comme conséquence que si cette majorité n'existe pas, il n'y a pas de décision. C'est le droit commun de tout corps délibérant. Le principe n'est pas douteux. Il n'y a que l'application qui soit douteuse, à raison du silence de la loi sur la majorité requise. Nous avons examiné la question (n° 461).

## II. Des formes non substantielles.

**477.** Nous venons d'énumérer les formes que la doctrine considère comme substantielles. Quand l'une de ces formes fait défaut, on applique les principes qui régissent les actes inexistant; il n'y a pas de conseil de famille, pas de délibération, et toute personne peut toujours se prévaloir de cette inexistence. Les autres formes ne sont pas substantielles: que faut-il décider si l'une de ces formes n'a pas été observée? Le code civil ne prononce pas de nullité; il faut donc appliquer le principe gén-

(1) Gand, 5 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2. 310).

(2) Aubry et Rau, t. 1<sup>er</sup>, p. 392, et note 19, les auteurs et arrêts qui y sont cités.



ral que la jurisprudence ainsi que les auteurs suivent en matière de nullité, c'est-à-dire examiner s'il y a nullité virtuelle. On admet qu'il y a nullité virtuelle quand, à raison de l'importance d'une forme prescrite par la loi, la volonté tacite du législateur est que la violation de la loi soit sanctionnée par la nullité (1). Ce principe, étant général, doit être appliqué aux délibérations des conseils de famille. Il subit cependant une modification importante. En général, c'est à raison de la nature d'une disposition légale que l'interprète décide si son inobservation doit ou ne doit pas entraîner la nullité. Il n'en est pas de même des règles que le code prescrit pour la composition du conseil de famille. On ne peut pas décider *à priori* que telles de ces règles ont une importance plus grande que les autres; toutes ne sont qu'un moyen pour atteindre le but que le législateur a eu en vue. Ce but est évident, c'est l'intérêt du mineur. Or, il se peut que telle forme que l'on devrait, en théorie, considérer comme étant d'une importance majeure, n'ait pas été observée, et que néanmoins l'intérêt du mineur n'en ait pas souffert. Annulera-t-on la délibération en ce cas? Ce serait prononcer une nullité contre l'intention du législateur; or, les nullités virtuelles se fondent précisément sur cette intention, elles n'ont pas d'autre base. Il faut donc conclure que c'est l'intérêt du mineur qui décidera si la délibération doit ou ne doit pas être annulée à raison d'une irrégularité de forme, quand cette forme n'est pas substantielle, en ce sens qu'elle doit être remplie pour que le conseil existe. Le principe, ainsi formulé, est admis par la doctrine (2) et par la jurisprudence. La cour de cassation a décidé « que les règles tracées par les articles 407 et 409 ne sont pas prescrites à peine de nullité; qu'il appartient aux tribunaux de rechercher et d'apprécier les circonstances qui ont pu être la cause de la déviation de ces règles dans la composition du conseil de famille; que, s'ils reconnaissent que la famille, soit du côté paternel, soit du côté maternel, a été réellement

(1) Voyez le tome I<sup>er</sup> de mes *Principes*, p. 80, n<sup>o</sup> 45.

(2) Toullier, t. II, n<sup>o</sup> 1119. Demolombe, t. VII, n<sup>o</sup> 332. Aubry et Rau, t. I<sup>er</sup>, p. 392, note 21. Marcadé, t. II, p. 207, art. 410, n<sup>o</sup> IV.

représentée, et que la personne qu'il y avait lieu de pourvoir d'un tuteur ait trouvé dans ce conseil la garantie que la loi avait voulu lui assurer, ils doivent maintenir sa composition et la délibération qu'il a prise (1). » Ajoutons avec la cour de Liège « que les prescriptions de la loi, en ce qui concerne la composition des conseils de famille, sont toutes dans l'intérêt des mineurs, et que ce serait aller directement contre leur intérêt que de prononcer la nullité alors que l'on n'allègue ni dol, ni fraude, ni lésion dont le mineur aurait été la victime (2). »

478. La jurisprudence admet une exception au principe qu'elle suit en matière de nullité des délibérations prises par un conseil de famille irrégulièrement composé. S'il y a eu fraude ou dol, c'est-à-dire si un tuteur ou un membre du conseil a écarté du conseil des parents qui auraient dû y être appelés, cette fraude vicie la composition du conseil, sans qu'il soit besoin de prouver que les intérêts du mineur ont été lésés. A vrai dire, l'exception n'est que l'application du principe. Le principe veut qu'il y ait nullité dès que l'intérêt du mineur est lésé; en général, la lésion ne résulte pas de la seule inobservation de la loi; mais si c'est par dol que la loi n'a pas été observée, il y a par cela même lésion, car le dol implique que le mineur n'a pas joui des garanties que la loi a voulu lui assurer (3). Le préjudice résulte du dol même. Ainsi il a été jugé que la délibération d'un conseil de famille est nulle quand le mari d'une sœur germaine n'y a pas été appelé, et qu'il n'y a pas été appelé parce qu'on prévoyait que son avis serait contraire à la délibération que l'on se proposait de prendre (4). Il est arrivé que ceux qui demandaient la convocation d'un conseil de famille laissèrent ignorer au juge de paix qu'il y a sur les lieux des parents, afin de les écarter

(1) Arrêt de rejet du 1<sup>er</sup> avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 291). Nous ne citons que les arrêts les plus récents, et ceux qui ont posé le principe en termes formels. Voyez Lyon, 14 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 33); Rouen, 9 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 106); Douai, 4 juillet 1855 (Dalloz, 1857, 2, 47).

(2) Liège, 9 mars 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 257).

(3) Demolombe, t. VII, p. 202, n<sup>o</sup> 330.

(4) Lyon, 13 mars 1845 (Dalloz, 1846, 2, 186) et 14 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 33).



de l'assemblée, en les remplaçant par des amis; la cour d'Orléans annula la délibération. Elle dit très-bien que la fraude vicie tous les actes juridiques où elle intervient, qu'elle est donc par elle seule une cause de nullité (1). La fraude, dit la cour de Montpellier, fait toujours exception. Un conseil de famille nomma tuteur le cousin issu de germain du mineur; on avait eu soin de ne pas l'appeler à l'assemblée, composée de parents plus proches, lesquels s'étaient entendus pour se décharger de la tutelle. La délibération fut annulée, et l'arrêt maintenu sur le pourvoi en cassation (2).

**479.** L'application du principe n'est pas sans difficulté, parce qu'il est parfois difficile de distinguer la forme substantielle qui entraîne l'inexistence de l'acte et les formes qui entraînent la nullité. Nous avons enseigné que le conseil doit être formé au domicile de la tutelle, qui, d'après notre opinion, est celui du mineur. Si l'on admet que le conseil doit toujours être réuni au domicile où la tutelle s'est ouverte par le prédécès de l'un des père et mère, que décidera-t-on si le conseil est réuni ailleurs? Nous venons d'examiner la question (n° 474). Elle est douteuse; les incertitudes de la jurisprudence doivent être imputées au législateur, les principes mêmes étant incertains; et l'on conçoit que les tribunaux décident en fait plutôt qu'en droit, alors que le droit est douteux.

**480.** La formation de la liste est régulière; tous les parents qui s'y trouvent sont convoqués, mais le délai des distances prescrit par l'article 411 n'a pas été observé. Y aura-t-il nullité de droit? La cour de Caen a jugé en ce sens (3). Au premier abord, cette décision paraît être en contradiction ouverte avec le principe admis par la jurisprudence. Il y a toutefois un motif de douter. Nous avons

(1) Orléans, 14 novembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 72). Le principe que le dol vicie les délibérations du conseil est formulé dans un grand nombre d'arrêts; nous croyons inutile de les citer, puisque le principe n'est pas douteux. La jurisprudence des cours de Belgique est conforme : Liège, 12 août 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 216) et Bruxelles, 12 août 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 356).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 1<sup>er</sup> février 1825 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 177).

(3) Caen, 30 août 1847 (Dalloz, 1848, 2, 179).

enseigné que si l'un des membres n'était pas convoqué, le nombre n'étant plus de six, il n'y aurait pas de conseil (n° 473). Ne doit-on pas dire qu'un membre convoqué irrégulièrement n'est réellement pas convoqué? C'est peut-être cette considération qui a déterminé la cour de Caen. Mais n'est-ce pas pousser la rigueur trop loin? N'y a-t-il pas, dans l'espèce, une question de fait à examiner? Le membre convoqué irrégulièrement a-t-il reçu la citation, dès lors il est convoqué, et il peut se présenter à l'assemblée; or, dès que les six membres convoqués ont le droit de siéger, peut-on dire qu'il n'y a pas de conseil? N'est-ce pas plutôt une de ces irrégularités qui n'entraînent la nullité que si l'intérêt du mineur a été lésé? C'est notre avis. Il en serait autrement si la convocation était faite à l'amiable, car ce n'est pas là une convocation, et par suite il n'y a pas de conseil, si les membres non convoqués ne se présentent pas.

Autre est la question de savoir si la délibération serait nulle dans le cas où les membres convoqués par lettres missives et sans observation du délai se réunissent néanmoins; la convocation a eu lieu le matin et la réunion à midi. En droit, la question n'est pas douteuse. Dès que les parents qui doivent composer le conseil s'assemblent, la délibération est valable, peu importe comment ils ont été convoqués, et peu importe qu'ils se soient réunis sans délai aucun. Ainsi jugé par la cour de cassation (1). En fait, la délibération du conseil était scandaleuse; il avait consenti à un mariage dont la jeune fille ne voulait à aucun prix, et dont elle demanda vainement la nullité. Cela prouve combien l'intervention des tribunaux est nécessaire.

**481.** La loi veut que le juge de paix, en choisissant les parents qui formeront le conseil, suive l'ordre de proximité de degré. S'il écarte de proches parents pour prendre des parents plus éloignés, y aura-t-il nullité de droit? Il est certain qu'il ne s'agit pas ici d'une condition requise pour l'existence même du conseil. La proximité de degré est une garantie pour le mineur, mais cette garantie ne repose que sur une probabilité : c'est une présomption d'affec-

(1) Arrêt de rejet du 22 juillet 1807 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 556).



tion et par suite une raison de préférence. Mais si la présomption est en opposition avec la réalité des choses, faudra-t-il néanmoins que le juge de paix prenne les parents les plus proches quoiqu'ils soient les moins dignes? Ce serait tourner la garantie contre le mineur, et appliquer à son préjudice une règle qui a été établie en sa faveur. Il se peut aussi que le juge de paix ne connaisse pas les plus proches parents; il prend ceux qu'il connaît; la composition est irrégulière. Y aura-t-il nullité? Si les intérêts du mineur n'ont pas été lésés, il n'y a aucune raison pour annuler la délibération (1). Les tribunaux ont donc, en ce cas, un pouvoir discrétionnaire comme dans toutes les questions de fait: la cour de cassation maintient les arrêts qui décident que la délibération, bien qu'émanée d'un conseil irrégulièrement formé, n'a causé aucun préjudice au mineur (2). Il y a des arrêts qui maintiennent ou qui annulent les délibérations prises par des conseils irréguliers (3). Ce sont des décisions qui se justifient sans doute par les circonstances de la cause, mais qui n'ont aucune valeur doctrinale. On ne peut pas en induire qu'il n'y a jamais nullité, ni qu'il y a toujours nullité, ce serait dépasser la pensée des cours; en tous cas, une pareille doctrine serait inadmissible.

**482.** Il y a un vice plus grave, c'est quand les membres du conseil n'appartiennent pas par moitié à chacune des deux lignes: le juge de paix prend quatre parents de la ligne paternelle et deux de la ligne maternelle. La cour de Liège a jugé que le conseil ainsi composé était vicié dans son essence, partant nul, et que toutes ses délibérations étaient également nulles (4). Est-ce à dire qu'il y ait nullité de droit?

(1) Bruxelles, 15 mars 1806; Turin, 10 avril 1811; Riom, 25 novembre 1828 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 175, 1° et 2°). Ces arrêts maintiennent la délibération, sans même invoquer l'intérêt du mineur. Comparez arrêts de Liège du 6 mai 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 264), du 13 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 216) et du 19 janvier 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 332).

(2) Arrêt du 30 avril 1834 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 209, 4° Rennes, 2 février 1835 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 175, 3°); Paris, 13 octobre 1836 (Daloz, *ibid.*, n° 175, 6°); Rouen, 30 mars 1844 (Daloz, *ibid.*, n° 322, 2°).

(3) Lyon, 15 février 1812 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 174) et Rouen, 7 avril 1827 (Daloz, *ibid.*, n° 206).

4) Liège, 4 janvier 1811 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 171).

Les termes de l'arrêt impliquent qu'il y a nullité par cela seul que la disposition de l'article 407 a été violée. Il nous semble que c'est méconnaître le principe de la nullité virtuelle. La loi ne prononçant pas la nullité, il faut voir quelle est la pensée du législateur. Il a voulu garantir l'intérêt du mineur, il a craint que si les deux branches de la famille n'étaient pas également représentées, cet intérêt ne fût compromis. Mais peut-on dire que l'intérêt du mineur soit nécessairement lésé quand il y a quatre parents paternels et deux parents maternels? Non, certes; car il se peut qu'il n'y ait aucune opposition d'intérêts entre les deux branches, que les parents soient unanimes, ou que du moins la délibération ne cause aucun préjudice au mineur: pourquoi, en ce cas, annulerait-on la délibération?

**483.** L'article 408 veut que les frères germains et les maris des sœurs soient tous appelés au conseil. Un conseil de famille fut composé de six frères germains; on omit d'y appeler le mari d'une sœur germaine. La cour de Lyon déclara le conseil illégalement composé, et elle annula la délibération; mais l'arrêt ajoute que c'est à dessein que l'on n'avait pas convoqué le mari de la sœur germaine, parce qu'on avait lieu de croire que son avis serait contraire à la délibération que les frères germains allaient prendre (1). Il y avait donc une espèce de fraude, ce qui suffisait pour vicer la délibération. L'irrégularité seule n'aurait pas été une cause de nullité, à moins qu'il ne fût constaté que l'intérêt du mineur avait été lésé. Il faut appliquer ici *a fortiori* ce que nous venons de dire de la violation de l'article 407, car l'irrégularité résultant de la violation de l'article 408 est bien moins grave.

**484.** Un allié a été appelé au conseil, de préférence à un parent du même degré, tandis que la loi veut que le parent soit préféré à l'allié (art. 407). La cour de Bruxelles a décidé que cette condition est substantielle pour l'existence des conseils de famille, et que son inobservation les

(1) Lyon, 13 mars 1845 (Daloz, 1846, 2, 186). Comparez arrêt de Gand du 5 mars 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 86).