

rend nuls et de nul effet; l'arrêt ne dit pas que l'intérêt du mineur ait été lésé par cette irrégularité; à s'en tenir aux termes de la décision, elle implique qu'il y a nullité de droit; plus que cela, inexistence du conseil (1). Cela est inadmissible. L'allié a qualité pour siéger au conseil; il peut même convenir mieux que le parent du même degré. Vainement la cour dit-elle que le procès-verbal ne donne aucune raison pour laquelle l'allié avait été choisi au lieu du parent; aucun texte n'oblige le juge de paix à motiver les choix qu'il fait. Supposons même qu'il n'ait eu aucune raison, il y aurait irrégularité, mais toute irrégularité constitue-t-elle une nullité? Non, et bien moins encore entraîne-t-elle l'inexistence du conseil. Il n'y aurait nullité que si l'irrégularité lésait l'intérêt du mineur, ou si elle était l'effet d'un dol.

485. L'irrégularité est plus grave quand des amis ont été appelés au conseil, alors qu'il y avait des parents sur les lieux. Il y a des cours qui ont considéré cette irrégularité comme substantielle et d'ordre public, et à première vue on serait tenté de le croire. Peut-on dire qu'il y ait un conseil de famille, alors que les membres de la famille n'y siègent pas (2)? Mais cette considération n'est pas décisive. Pourquoi la loi appelle-t-elle les parents au conseil? Parce qu'elle suppose qu'ils sont affectionnés pour le mineur et qu'ils soigneront ses intérêts mieux que ne le feraient des étrangers. Mais qui oserait dire que cette présomption soit toujours l'expression de la vérité? Un ami dévoué ne doit-il pas être préféré à un parent indifférent? La loi elle-même permet au juge de paix de prendre des amis sur les lieux, bien qu'il y ait des parents au delà de la distance de deux myriamètres (art. 409). Cela est décisif, nous semble-t-il, contre l'opinion qui considère la présence des parents comme une règle d'ordre public. C'est plutôt par des considérations de fait que la question doit se décider. Donc nous rentrons dans le principe général qui domine cette matière, l'intérêt du mineur. La jurisprudence se pro-

(1) Bruxelles, 24 novembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 76).

(2) Paris, 26 pluviôse an XI et Angers, 29 mars 1821 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 196, 1°).

nonce en ce sens (1). Elle invoque encore d'autres raisons de fait qu'il nous semble difficile d'admettre. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que la mère tutrice n'a pas le droit d'attaquer comme irrégulière la composition d'un conseil de famille dont elle-même a indiqué les membres au juge de paix. Dans un autre arrêt, on lit que la composition, bien qu'irrégulière, ne peut être critiquée, le juge de paix ignorant l'existence des parents qu'il n'a pas appelés (2). Ces considérations valideraient-elles une délibération prise par un conseil irrégulièrement composé, s'il était prouvé que ces irrégularités ont lésé les intérêts du mineur? Non, certes, et la cour de cassation elle-même ne dit pas cela; donc la bonne foi du juge de paix et le consentement de celui qui provoque la convocation du conseil de famille ne peuvent pas influencer sur la question de validité ou de nullité du conseil; il faut les laisser de côté pour s'attacher exclusivement à l'intérêt du mineur.

486. L'appel des amis a donné lieu à une difficulté très-sérieuse. D'après l'article 409, les amis ne peuvent faire partie du conseil que sous deux conditions établies par la loi: il faut d'abord qu'ils aient eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du défunt: il faut ensuite qu'ils soient pris dans la commune où s'ouvre la tutelle. Est-ce là une disposition substantielle, en ce sens qu'en dehors de l'une de ces conditions il n'y a plus d'amis comme il n'y aurait pas d'électeurs s'ils ne réunissaient les conditions d'éligibilité? La cour de cassation l'a jugé ainsi. Un arrêt de Paris avait déclaré la composition du conseil valable, quoique irrégulière, en se fondant sur ce qu'il n'y avait eu ni dol ni connivence dans l'omission des parents. La cour suprême cassa cette décision; tout en reconnaissant que les règles sur la composition du conseil de famille n'avaient pas pour sanction nécessaire et absolue la peine de nullité, elle décida que le pouvoir des tribunaux ne

(1) Aix, 19 mars 1835 (Daloz, au mot *Interdiction*, n° 78) et 7 mars 1846 (Daloz, 1846, 2, 171).

(2) Arrêts de rejet du 3 mars 1856 et du 1^{er} avril 1856 (Daloz, 1856, 1, 291, 290). Comparez arrêts de Gand du 22 mai 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 293), de Bruxelles du 27 janvier 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 103) et du 6 juillet 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 269).

saurait aller jusqu'à conférer à des étrangers, en dehors des conditions d'aptitude légalement déterminées, une mission que la loi attribue aux membres de la famille (1).

Cette décision nous paraît d'une rigueur excessive. Nous n'hésitons pas à dire qu'elle viole l'esprit de la loi. Sans doute, le premier venu n'est pas un ami, mais un ami cesse-t-il d'être un ami quand il demeure hors de la distance légale de deux myriamètres? Quoi! il y a une personne qui habite la campagne, c'était l'ami de cœur du père défunt; personne ne s'intéresse plus aux orphelins que lui; et on défendra au juge de paix de l'appeler au conseil! Pour le coup, Pascal aurait raison de se moquer de nos lois et de notre justice : ami en deçà de deux myriamètres, indifférent au delà! La résidence dans la commune où s'ouvre la tutelle est exigée moins dans l'intérêt du mineur que dans celui des personnes non parentes ni alliées que le juge de paix voudrait appeler au conseil, c'est une espèce d'excuse que la loi leur donne, il est impossible que ce soit une incapacité dont la loi les frappe. Les cours d'appel se sont prononcées en ce sens (2).

La question est plus délicate pour l'autre condition exigée par la loi. On suppose que les personnes que le juge de paix appelle à titre d'amis n'aient pas eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. Leur présence viciera-t-elle la composition du conseil? Si l'on répond oui avec la cour de cassation, il faut aller jusqu'à dire que le vice est substantiel, en ce sens que ces prétendus amis n'ayant pas l'aptitude légale pour siéger, sont incapables, et ne comptent par conséquent pas pour faire nombre, d'où suivrait que le conseil de famille n'aurait pas d'existence légale. Nous croyons que cette interprétation est inadmissible. La question de savoir qui est ami est évidemment une question de fait, dont l'application appartient au juge de paix; il suffit donc qu'il ait désigné des étrangers à titre d'amis pour qu'ils soient capables de siéger; sauf à voir si la présence de ces étrangers a causé un

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

(2) Bruxelles, 29 décembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 282); Lyon, 14 juillet 1853 (Dalloz, 1854, 2, 33); Douai, 4 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 2, 47).

préjudice au mineur. Ceci est encore une question de fait. Nous supposons que le père défunt n'ait pas eu d'amis; et si l'on veut s'en tenir à la réalité des choses, notre supposition sera le plus souvent la vérité. Que fera le juge de paix s'il n'y a pas de parents? Dans le système de la cour de cassation, la composition du conseil de famille deviendrait impossible. Il faut donc permettre au juge de paix de choisir des personnes qui ne sont pas précisément des amis. En définitive, nous restons sous l'empire du principe général : pas de nullité, à moins que l'intérêt du mineur ne le demande (1). La cour de cassation elle-même a reculé devant l'application rigoureuse du principe qu'elle a posé dans son arrêt de 1850. Une personne fut appelée au conseil à titre d'ami, et on reconnut ensuite qu'elle n'avait pas eu de relations d'amitié avec le père du défunt. La cour de Nîmes valida la délibération, en se fondant sur ce qu'il y avait eu simple erreur, sans dol ni fraude. C'est précisément ce motif que la cour de cassation avait repoussé en 1850. Elle l'admit en 1858 (2). Eh! qu'importe la bonne foi? qu'importe encore que ce prétendu ami ait été désigné par la mère tutrice? S'il n'a pas l'aptitude légale, est-ce que la désignation de la mère peut la lui donner? est-ce que le consentement des particuliers peut modifier des lois d'ordre public?

NO 4. DU DROIT DES TIERS D'ATTAQUER LES DÉLIBÉRATIONS DU CONSEIL.

487. Les tiers ont-ils le droit d'attaquer les délibérations du conseil de famille? Il y a beaucoup d'incertitude sur cette question dans la doctrine et dans la jurisprudence. Nous croyons qu'il faut distinguer, si la délibération est attaquée au fond ou à raison d'un vice de forme. S'agit-il du fond de la délibération, on reste sous l'empire du droit commun. Le conseil de famille ne peut certes pas léser les droits des tiers; et s'il les lésait, les tiers auraient la faculté de maintenir leurs droits en attaquant la délibé-

(1) Arrêt précité de Douai du 4 juillet 1855.

(2) Arrêt de rejet du 19 juillet 1858 (Dalloz, 1859, 1, 13).

ration qui y a porté atteinte. Il ne peut pas y avoir de doute sur le principe ; reste à savoir qui sont ces tiers dont le conseil peut léser les droits. Il n'y a que les tuteurs qui soient dans le cas d'être lésés par une délibération du conseil de famille. Le code civil prévoit la difficulté, et la décide naturellement en faveur du tuteur. Le tuteur nommé par le conseil de famille propose des excuses qui ne sont pas admises ; il peut réclamer contre la décision du conseil (art. 440). Il est destitué ou exclu sans cause légitime : il pourra se pourvoir contre la délibération qui le lèse dans son honneur (art. 448). Le conseil admet les excuses du tuteur qu'il a nommé et en élit un autre ; celui-ci peut réclamer et soutenir que le tuteur excusé n'était pas excusable, et que par suite la première nomination doit être maintenue. Sur ce point, il n'y a pas de texte formel, mais les principes suffisent pour décider la question en faveur du tuteur ; il a intérêt à réclamer, il a donc action, et il a un droit à faire valoir, car il ne peut être appelé à la tutelle que si la première nomination tombe ; or, cette nomination doit être maintenue si le tuteur nommé n'était pas excusable (1).

Il en est de même dans tous les cas où le tuteur en exercice prétend qu'une délibération du conseil de famille lèse ses droits. La loi détermine les attributions du tuteur, et elle définit l'intervention du conseil de famille. Si le conseil dépasse les limites de sa compétence en empiétant sur les pouvoirs du tuteur, celui-ci peut certainement réclamer. Il le peut même dans les cas où il est obligé de s'adresser au conseil, si le conseil prend une délibération qui lèse ses intérêts. Le tuteur demande au conseil la faculté de s'aider d'un administrateur salarié ; si le conseil refuse, le tuteur pourra réclamer (2).

488. Les tiers peuvent-ils aussi attaquer les délibérations du conseil de famille pour vice de formes ? Il faut distinguer si le vice de forme est substantiel, en ce sens qu'il affecte l'existence même du conseil, ou si le vice pro-

(1) Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 422, note 6.

(2) Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 394 de la 4^e édition.

duit une simple irrégularité qui, d'après les circonstances, peut donner lieu à la nullité de la délibération. Quand il manque à la délibération une condition requise pour l'existence même du conseil, il faut décider, par application des principes qui régissent les actes inexistantes (1), que toute personne intéressée peut opposer la non-existence du conseil et par suite de la délibération qu'il a prise. En théorie, cela ne fait pas de doute, dès que l'on admet la doctrine des actes non existants. Mais l'application reste douteuse, parce que la loi ne détermine pas les conditions requises pour l'existence du conseil et de ses délibérations. Il a été jugé que la formation du conseil au domicile de la tutelle est une condition substantielle sans laquelle il n'y a point de conseil. Dans cette opinion, il faut décider aussi que les tiers peuvent se prévaloir de cette non-existence. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi (2). Un tiers est poursuivi par le tuteur en payement d'une dette. Le défendeur soutient que le demandeur n'est pas tuteur et n'a aucune qualité d'exiger le payement de ce qui est dû au mineur. Il est certain qu'il pourrait opposer cette exception s'il était poursuivi par un premier venu, qui prendrait, sans droit aucun, la qualité de tuteur. Or, dans la doctrine des actes inexistantes, le tuteur nommé par un conseil qui n'aurait pas d'existence légale serait un premier venu. Nous devons ajouter que la cour de Bruxelles ne se fonde pas sur la doctrine des actes inexistantes ; elle reconnaît, en toute hypothèse, aux tiers le droit d'opposer la nullité des délibérations prises par le conseil. Ainsi entendue, l'opinion consacrée par la cour est inadmissible, comme nous allons le dire à l'instant. Si l'on admet que le conseil de famille, quoique formé ailleurs qu'au domicile de la tutelle, a une existence légale et qu'il peut prendre des délibérations, il faut décider que les tiers ne peuvent pas opposer l'irrégularité qui en résulte (3).

489. En effet, s'il s'agit d'une simple irrégularité, la

(1) Voyez, plus haut, n° 471, p. 590.

(2) Arrêt du 8 mai 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 116).

(3) La cour de Riom l'a jugé ainsi dans un cas où le juge de paix était incompetent. (Arrêt du 10 juillet 1846, *Dalloz*, 1846, 2, 180).

délibération n'est pas nulle de droit, à raison du vice de forme; il y a seulement nullité virtuelle. Or, cette nullité se fonde sur l'intérêt du mineur. De quel droit les tiers se prévaudraient-ils d'une nullité qui n'a pas été établie en leur faveur? Ils sont sans qualité et même sans intérêt. La cour de Bruxelles a admis un débiteur poursuivi par le tuteur à opposer la composition irrégulière du conseil de famille qui l'avait nommé (1). Si la loi veut que les parents les plus proches soient appelés au conseil, c'est uniquement dans l'intérêt du mineur; les tiers débiteurs ont-ils intérêt à agir au nom du mineur? Non; ils n'ont pas davantage intérêt à agir en leur nom propre; car ils peuvent payer valablement entre les mains du tuteur, tant que sa nomination n'est pas annulée. L'opinion admise par la cour de Bruxelles conduit à tourner contre le mineur une garantie que la loi n'a établie que dans son intérêt; ses débiteurs, au lieu de payer ce qu'ils lui doivent, attaqueront la nomination du tuteur, et si elle est annulée, il faudra procéder à une nouvelle nomination; de là des lenteurs, des frais, des inconvénients, le tout au préjudice du mineur, et cela en vertu d'une disposition qui a voulu sauvegarder ses intérêts. Cela est inadmissible.

Il n'y a qu'un seul cas dans lequel les tiers auraient droit et intérêt à opposer l'irrégularité d'une délibération viciée dans la forme. Le tuteur intente une action immobilière en vertu d'une autorisation irrégulière. Le défendeur peut opposer cette irrégularité. En effet, s'il ne l'opposait pas et s'il obtenait gain de cause, le mineur pourrait demander la nullité du jugement en se fondant sur ce que le tuteur n'avait pas été autorisé valablement à agir. Le défendeur a intérêt à se mettre à l'abri de cette action en nullité; dès lors il doit avoir le droit d'opposer l'exception de nullité; le tribunal décidera si l'autorisation est valable. Cette exception résulte de la position même des parties; l'intérêt du mineur s'identifie dans ce cas avec celui du tiers; car le mineur aussi bien que le tiers est intéressé à

(1) Bruxelles, 20 mars 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 369). En sens contraire, Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 394 et note 30.

prévenir de nouveaux procès. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1).

NO 5. DES ACTES FAITS EN VERTU DE DÉLIBÉRATIONS IRRÉGULIÈRES.

490. Le tuteur renonce à une succession en vertu d'une délibération du conseil de famille; il aliène un immeuble du mineur en vertu d'une autorisation homologuée par le tribunal. On demande si le mineur peut attaquer ces actes. Il faut distinguer: si toutes les formes ont été observées, l'acte fait par le tuteur est inattaquable; le mineur ne pourrait l'attaquer qu'au fond, en soutenant qu'il est lésé; or, il est de principe que le mineur ne peut agir en rescision pour cause de lésion contre les actes que le tuteur a faits dans la limite de son pouvoir, et en remplissant les formalités prescrites par la loi. Nous poserons ce principe plus loin et nous y reviendrons au titre des *Obligations*.

Si les formalités légales n'ont pas été observées, y a-t-il lieu à l'action en nullité pour vice de formes? Quand c'est une forme substantielle, il n'y a pas de doute. C'est l'application du droit commun. La délibération est, dans ce cas, considérée comme non avenue, et toute personne intéressée peut se prévaloir de la non-existence du conseil, et par suite de tout ce qui a été fait. Mais la question est douteuse quand il s'agit d'une simple irrégularité. Nous croyons que, dans le silence de la loi, il faut décider la question en faveur du mineur. C'est pour sauvegarder ses intérêts que la loi prescrit des règles pour la composition du conseil et pour ses délibérations. Ces formes ont-elles été observées, le mineur ne peut pas attaquer l'acte fait par le tuteur, parce qu'il a joui de la protection que la loi veut lui donner. Par contre, si ces formes n'ont pas été observées, il n'a pas joui de la protection légale; il faut donc qu'il ait le droit de se plaindre et d'attaquer les actes faits en vertu de délibérations irrégulières. A quoi lui servirait

(1) Aubry et Rau, t. 1^{er}, p. 395 et note 31. Bruxelles, 26 juillet 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 218, et Dalloz, au mot *Minorité*, n° 253).