

gestion. Il faut cependant admettre une restriction à la rigueur de cette décision. De même que les notaires restent en fonctions jusqu'à ce que la suspension ou la destitution leur aient été notifiées<sup>(1)</sup>, de même le tuteur n'est exclu ou destitué que du jour où il a connaissance de l'exclusion ou de la destitution. S'il est présent à la délibération et s'il y adhère, il cesse immédiatement d'être tuteur. S'il n'est pas présent, il faut que la délibération ou le jugement d'homologation lui soit notifié. Si après cette notification il continuait à gérer, les actes qu'il ferait seraient nuls. Faut-il faire une exception pour les tiers de bonne foi? Nous reviendrons sur cette question.

§ IV. *Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution, quant au conseil de famille et au subrogé tuteur.*

NO 1. DES CAUSES D'EXCUSE.

**537.** La loi impose aux membres du conseil de famille l'obligation de comparaître sous peine d'amende, à moins qu'ils n'aient une excuse légitime (art. 413). Quelles sont ces excuses? Ce sont des empêchements de fait qui ne permettent pas aux membres convoqués d'assister à la délibération. Il se peut que les causes qui dispensent de la tutelle soient aussi une excuse légitime pour les membres du conseil : telle serait une maladie. Mais toute cause qui dispense de la tutelle n'est pas une excuse pour assister au conseil. Et on en conçoit la raison. Un parent, un allié, un ami peut invoquer comme excuse de la tutelle le nombre d'enfants, les tutelles dont il est déjà chargé, les fonctions publiques qu'il doit remplir; mais ces causes ne l'empêchent pas d'assister aux délibérations d'un conseil de famille : c'est là un service que personne ne peut refuser, à moins d'un empêchement de fait que le juge de paix appréciera. Quant au subrogé tuteur, l'article 426 déclare qu'il peut

(1) Loi du 25 ventôse an xi, art. 52.

invoquer les causes d'excuse que la loi accorde au tuteur. L'identité est peut-être trop absolue; comme le subrogé tuteur n'administre pas, ses fonctions sont bien plus faciles que celles du tuteur; mais la loi étant générale, il n'appartient pas à l'interprète d'y introduire des distinctions.

NO 2. DES CAUSES D'INCAPACITÉ.

**538.** Les causes d'incapacité sont communes à la tutelle, à la subrogée tutelle et au conseil de famille (art. 442 et 426). Il a été décidé, par application de ce principe, que le mineur ne pouvait pas siéger au conseil comme mandataire<sup>(1)</sup>. Il est vrai que le mandat peut être donné à un mineur (art. 1990); mais la raison en est que le mandat se donne en général dans l'intérêt du mandant, tandis que, en matière de tutelle, le mandat se donne dans l'intérêt du mineur; or, quand le mandat intéresse, non le mandant, mais un tiers, le mandataire doit être capable. La loi applique ce principe à l'exécuteur testamentaire (art. 1028 et 1029). Par identité de raison, il faut dire que les mineurs et les femmes ne peuvent pas faire partie du conseil comme mandataires.

Nous avons enseigné que les personnes placées sous conseil judiciaire peuvent être tuteurs; par la même raison ils peuvent être membres d'un conseil de famille. La cour de cassation l'a décidé ainsi dans une espèce singulière. Un conseil de famille fut convoqué pour délibérer sur une demande d'interdiction; dans ce conseil siégeaient deux parents pourvus d'un conseil judiciaire. La cour de cassation décida qu'ils étaient capables par cela seul que la loi ne les déclarait pas incapables. Rien de plus juridique<sup>(2)</sup>. Mais aussi rien de plus contraire au bon sens. Il s'agissait de donner un avis sur l'état mental de l'individu dont on provoquait l'interdiction : et on appela au conseil des personnes dont l'état mental était plus ou moins altéré, puis-

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

(2) Arrêt de rejet du 21 novembre 1848 (Daloz, 1848, 1, 230).



qu'il avait fallu leur donner un conseil judiciaire ! Il y a évidemment lacune dans la loi.

**539.** L'article 442 déclare incapables de siéger au conseil de famille ceux qui ont avec le mineur un procès dans lequel l'état ou la fortune du mineur sont compromis. Faut-il faire de cette disposition une règle générale, et admettre que ne peuvent faire partie du conseil ceux qui sont intéressés dans la délibération qui lui est soumise ? Zachariæ pose ce principe, et Demolombe l'approuve parce qu'il est fondé en raison (1). Mais suffit-il qu'une cause d'incapacité soit rationnelle pour qu'on doive l'admettre ? La question seule implique une hérésie juridique. Les incapacités ne sont-elles pas de stricte interprétation ? Peut-on les étendre par voie d'analogie ? Nous n'insistons pas, puisque nous avons déjà examiné la question en ce qui concerne la tutelle (n° 513).

A vrai dire, il s'agit non d'incapacité, mais de récusation, et la différence est grande (2). L'incapacité est un défaut de qualité ; l'incapable ne peut faire partie d'aucun conseil tant que l'incapacité subsiste ; tandis que l'opposition d'intérêts ne concerne qu'une délibération particulière. Il y a des cas dans lesquels la loi elle-même prononce une récusation. L'article 423 dit que le tuteur ne peut voter pour la nomination du subrogé tuteur ; l'article 495 porte que ceux qui provoquent l'interdiction ne peuvent faire partie du conseil de famille. Hors de ces cas de récusation légale, la récusation doit être provoquée, et comme c'est le juge de paix qui compose le conseil, c'est aussi lui qui décidera si la récusation doit être admise.

On demande si la délibération serait valable dans le cas où le membre du conseil qui avait des intérêts opposés n'a pas été récusé, ou ne s'est pas abstenu. La cour de Caen a jugé que la délibération était nulle, bien que la récusation n'eût pas été demandée. Elle se fonde sur l'intérêt du

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. I<sup>er</sup>, p. 393. Demolombe, t. VII, p. 308, n° 516. Il y a un arrêt en ce sens d'Aix, 3 février 1832 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 180).

(2) C'est la remarque des traducteurs de Zachariæ, Massé et Vergé, p. 393, note 25.

mineur : la délibération du conseil de famille, qui doit être une garantie pour lui, deviendrait un danger et un piège, si ceux qui ont des intérêts contraires à ceux du pupille y étaient appelés (1). Sans doute, le législateur aurait dû tenir compte de l'opposition d'intérêts pour en faire une cause légale de récusation ; mais, dans le silence de la loi, on ne peut décider que la délibération est nulle par cela seul que l'opposition d'intérêts existe. Puisqu'il n'y a pas de loi, nous restons sous l'empire des principes généraux. La délibération pourra être attaquée, et elle sera annulée s'il est prouvé qu'à raison de cette opposition d'intérêts, la décision du conseil est nuisible au mineur (2).

**540.** Il y a beaucoup d'incertitude sur ces questions dans la doctrine et dans la jurisprudence. On demande si le tuteur peut siéger au conseil de famille. La cour de Bruxelles a décidé que lorsqu'un membre du conseil est nommé tuteur, il ne peut plus être membre du conseil ; elle a annulé, en conséquence, une délibération à laquelle le tuteur avait pris part (3). Il y a d'excellentes raisons, en théorie, à l'appui de cette opinion. Le conseil de famille est appelé à contrôler la gestion de la tutelle : conçoit-on que le tuteur se contrôle lui-même ? Mais cet argument s'adresse au législateur ; les meilleures raisons du monde ne suffisent pas pour établir une incapacité. Aussi les auteurs s'accordent-ils à enseigner que le tuteur reste membre du conseil de famille ; le texte même du code le suppose. L'article 423 dit que le tuteur ne peut voter pour la nomination du subrogé tuteur ; l'article 426 ajoute qu'il ne peut voter dans les conseils de famille qui délibèrent sur la destitution du subrogé tuteur. Ces dispositions n'auraient pas de sens si le tuteur ne faisait pas partie du conseil. Il y a plus : elles n'auraient également pas de sens si le tuteur ne pouvait jamais voter, alors qu'il est intéressé dans la délibération, car il y est toujours intéressé. Tout ce que l'on pourrait dire, c'est que le tuteur ne peut pas prendre part à la délibération, quand il a des intérêts opposés à ceux

(1) Caen, 29 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 291).

(2) Bordeaux, 9 juillet 1845 (Dalloz, 1845, 4, 323).

(3) Bruxelles, 25 mars 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 67).



du mineur dans l'affaire qui est soumise au conseil (1). Ceci rentre dans la question générale que nous venons de traiter.

Il y a moins de difficulté pour le subrogé tuteur. Il peut être membre du conseil de famille et voter même sur les mesures qu'il propose. Ainsi il peut voter sur la destitution du tuteur qu'il est chargé de provoquer. C'est le droit commun ; dans toute assemblée délibérante, les auteurs d'une proposition votent sur son adoption. On ne peut pas dire que le subrogé tuteur se contrôle lui-même en prenant part à la délibération, car ce n'est jamais lui qui gère ; quand il provoque la destitution du tuteur, c'est dans l'intérêt du mineur qu'il agit. La jurisprudence est en ce sens, et il n'y a aucun doute (2). Que si le subrogé tuteur a un intérêt personnel dans une délibération, intérêt opposé à celui du mineur, on rentre dans la question générale de la récusation (3).

Quand le subrogé tuteur est appelé à intervenir, et que ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur, il y a lieu de nommer un subrogé tuteur *ad hoc*. Le subrogé tuteur peut-il voter pour cette nomination ? La cour de Grenoble a très-bien jugé qu'aucune loi ne s'opposait à ce qu'il prît part au vote ; que du reste la délibération ayant été prise à l'unanimité, il n'y avait pas lieu de l'annuler, l'unanimité prouvant que les intérêts du mineur avaient été complètement sauvegardés (4).

Ce que nous venons de dire du tuteur et du subrogé tuteur reçoit son application aux membres du conseil de famille. Il a été jugé que ceux qui provoquent la destitution du tuteur peuvent prendre part à la délibération ; la cour de cassation en donne une raison décisive, c'est qu'aucune loi ne les exclut du conseil et ne leur défend de voter (5).

(1) C'est l'opinion de Demante, t. II, p. 249, n° 173 bis I. Comparez Marcadé, t. II, p. 219, article 423, n° II.

(2) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Minorité*, n° 372.

(3) La cour de Liège a jugé que le subrogé tuteur ne peut pas siéger quand il est intéressé dans la délibération (arrêt du 13 février 1822, *Pasicrisie*, 1822, p. 61).

(4) Grenoble, 11 janvier 1864 (Dalloz, 1865, 2, 57).

(5) Arrêt de rejet du 12 mai 1830 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 356).

N° 3. DES CAUSES D'EXCLUSION ET DE DESTITUTION.

**541.** Aux termes de l'article 445, ceux qui ont été exclus d'une tutelle ne peuvent être membres d'un conseil de famille. Cette disposition s'applique sans difficulté aucune, quand un jugement criminel ou correctionnel prononce l'interdiction du droit de tutelle, car ces jugements privent en même temps le condamné du droit d'être membre d'un conseil de famille (n° 522). Il n'y a pas de doute non plus lorsqu'un tuteur a été exclu par le conseil de famille, ou par le tribunal, pour inconduite notoire, incapacité ou infidélité ; c'est ce que suppose l'article 445 : exclu ou destitué de la tutelle, le tuteur est exclu par suite de tout conseil de famille. La flétrissure qui lui a été infligée explique cette indignité. Mais que faut-il décider s'il n'y a aucune délibération prononçant l'exclusion ou la destitution ? Dans ce cas, l'article 445 ne peut plus être appliqué, et par conséquent il n'y aura pas lieu à l'exclusion du conseil de famille, ni pour inconduite notoire, ni pour incapacité, ni pour infidélité. En effet, l'article 446 exclut de la tutelle les gens d'une inconduite notoire, il ne les exclut pas du conseil de famille : il en est de même de ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité ; pour que l'inconduite, l'incapacité ou l'infidélité excluent une personne du conseil de famille, il faut qu'elle ait été exclue ou destituée de la tutelle pour l'une de ces causes (art. 445). Dans l'opinion que nous avons enseignée sur le sens de l'article 444, n° 2, la question ne peut pas même être posée, puisque, à notre avis, il faut aussi une sentence du conseil ou du tribunal pour qu'il y ait lieu à exclusion de la tutelle, du chef d'incapacité et d'infidélité. La question ne peut donc se présenter que pour l'inconduite notoire, et le texte des articles 444 et 445 la décide. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Le législateur permet d'exclure de la tutelle les gens d'une inconduite notoire, parce que l'intérêt du mineur domine toute autre considération. Il ne permet pas d'exclure du conseil de famille les parents ou alliés d'une inconduite notoire, parce



que l'intérêt du mineur est moindre, tandis qu'il y a un grave inconvénient à scruter la vie privée des citoyens, à faire une enquête sur leur conduite. D'ailleurs, en fait, l'intérêt du mineur peut être sauvegardé : le juge de paix, étant chargé de composer le conseil de famille, pourra écarter les personnes dont l'inconduite serait notoire. Et si par hasard il appelait au conseil un parent ou allié d'une mauvaise conduite, les tribunaux pourraient toujours annuler la délibération, si les intérêts du mineur avaient été lésés (1).

**542.** Dans l'application de l'article 445, il ne faut pas perdre de vue que les causes qui excluent du conseil de famille sont de stricte interprétation, aussi bien que les causes qui excluent de la tutelle. Il n'y a pas d'exclusion sans texte. Si un tuteur menacé de destitution donne sa démission, et que le conseil l'accepte, sera-t-il censé destitué dans le sens de l'article 445? Non, certes : quelle que soit la cause de la démission, on ne peut pas la mettre sur la même ligne que la destitution ; donc l'article 445 n'est plus applicable ; or, il n'y a pas d'exclusion sans texte (2).

Le tuteur est destitué pour s'être ingéré dans la tutelle avant d'avoir fait nommer un subrogé tuteur (art. 421). Sera-t-il aussi exclu du conseil de famille? On dit qu'il n'y aura pas exclusion, parce que l'article 421 ne se sert pas du mot de *destitution* ; il porte que la tutelle *sera retirée* au tuteur ; or, l'article 445 ne déclare le tuteur exclu du conseil de famille que s'il a été destitué (3). C'est pousser trop loin, nous semble-t-il, le principe de l'interprétation restrictive. Il y a réellement destitution dans le cas de l'article 421, puisque la tutelle est retirée au tuteur pour cause de dol.

La mère tutrice se remarie sans convoquer le conseil de famille ; elle perd la tutelle de plein droit (art. 395). Cette *perte* est-elle une *destitution* dans le sens de l'article 445?

(1) Arrêt de cassation du 13 octobre 1807 (Daloz, au mot *Interdiction*, n° 154, 1°). Valette sur Proudhon, t. II, p. 308, suivi par tous les auteurs.

(2) Besançon, 26 août 1808 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 369, 1°).

(3) Demante, t. II, p. 266, n° 196 bis III. En sens contraire, Ducaurroy, *Commentaire*, t. I<sup>er</sup>, p. 457, n° 636.

Ici il faut appliquer le principe de l'interprétation restrictive. C'est en vertu de la loi que la mère perd la tutelle ; or, la destitution implique qu'une sentence est prononcée contre le tuteur coupable. Y a-t-il réellement un coupable dans l'espèce? Le plus souvent il y a simple négligence, ignorance, et alors même que la mère ne convoque pas le conseil sciemment, à dessein, c'est pour ne pas exposer l'union qu'elle contracte aux critiques de la famille. Car, il importe de le remarquer, si la mère est tenue de s'adresser au conseil pour être maintenue dans la tutelle, ce n'est pas pour un fait qui lui est personnel, ce n'est pas qu'elle soit indigne de la conserver, c'est à cause de son nouveau mari. Quant à elle, il n'y a aucune cause d'indignité, on ne peut donc pas dire qu'il y ait destitution. La question est cependant controversée (1) ; à notre avis, elle n'est pas douteuse.

**543.** Que faut-il décider si un parent, incapable ou exclu, prend part à la délibération? Il a été jugé que la délibération est viciée par sa présence, et partant nulle (2). Cela nous paraît trop absolu. La loi ne prononce pas la nullité de ce chef ; nous restons donc sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire de la nullité virtuelle. Le tribunal décidera, d'après les circonstances, si la présence d'un incapable a porté préjudice au mineur. C'est l'intérêt du mineur qui est décisif en cette matière.

(1) La jurisprudence des cours de Belgique est conforme à notre opinion. Arrêts de Bruxelles du 30 mai 1810 (Daloz, au mot *Minorité*, n° 367, 5°), du 28 juin 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 24) et de Liège du 29 juin 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 413). C'est l'opinion de la plupart des auteurs (Daloz, *ibid.*). Voyez, en sens contraire, un arrêt d'Aix du 7 mars 1846 (Daloz, 1846, 2, 171) et Delvincourt, t. I<sup>er</sup>, p. 277, note 8.

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