

gagé le législateur à ne pas étendre cette garantie au subrogé tuteur : on ne doit pas multiplier inutilement les inscriptions hypothécaires (1). Il en est de même de ceux qui gèrent provisoirement la tutelle en vertu de l'obligation que la loi leur impose (art. 394, 419 et 440) : une gestion de si peu de durée n'exigeait pas une garantie qui, de sa nature, est permanente; la nécessité d'inscrire l'hypothèque et de radier ensuite l'inscription aurait occasionné des frais frustratoires que la loi a sagement évités en se contentant de l'action personnelle contre les administrateurs.

271. Il y a une administration aussi longue et aussi importante que la tutelle, c'est celle du père pendant la durée du mariage. Est-il soumis à l'hypothèque légale? La question est controversée (2); elle n'aurait jamais dû paraître douteuse. Il suffit, pour la décider négativement, que le père administrateur ne soit pas tuteur; et peut-il y avoir une hypothèque légale du chef de tutelle, alors qu'il n'y a point de tutelle? Vainement dit-on qu'il y a même raison de décider, puisque l'administration légale est identique avec la gestion tutélaire. Il y aurait analogie, que l'on ne pourrait en tenir aucun compte, car l'analogie ne suffit point pour étendre une hypothèque légale. Les travaux préparatoires de notre loi hypothécaire fournissent un nouvel argument à l'appui de cette opinion. On avait proposé de soumettre le père administrateur à l'hypothèque légale. Le rapport de la commission du sénat discute la question sous toutes ses faces, et il conclut au rejet de la proposition, par le motif que l'hypothèque que l'on donnerait à un enfant contre son père porterait atteinte à l'autorité, ou du moins à la considération du père; que l'intervention des parents appelés à spécialiser l'hypothèque, à la faire inscrire, pourrait susciter des divisions dans la famille, et qu'enfin l'expérience ne réclamait pas ce changement (3). Ce dernier motif nous paraît déterminant.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 207, note 7. § 264 bis.

(2) Voyez les citations dans Pont, t. I, p. 527 et les notes. Il faut ajouter, dans le sens de la négative. Bruxelles, 22 mai 1819; Liège, 3 mars 1821 et 28 mars 1822 (*Pasicrisie*, 1819, p. 385; 1821, p. 322; 1822, p. 97).

(3) D'Anethan, 2^e Rapport (Parent, p. 480 et suiv.).

Il se peut néanmoins que le mineur ait une hypothèque sur les biens de son père administrateur. Le testateur fait un legs en faveur d'un enfant mineur ayant encore ses père et mère; il ajoute comme condition que le père n'aura l'administration qu'à charge de fournir hypothèque pour la garantie de sa gestion. On peut contester la validité de la condition, puisque l'administration légale et l'hypothèque légale sont d'ordre public. En supposant que la condition soit valable, le père devra constituer une hypothèque sur ses biens; mais cette hypothèque n'est pas légale, elle est conventionnelle (1).

Il s'est présenté un cas dans lequel l'enfant avait une hypothèque légale sur les biens de son père, non de son chef, mais comme héritier d'un autre enfant du même père, qui, né d'une autre mère, s'était trouvé, au prédécès de celle-ci, sous la tutelle légale de son père. Celui-ci ayant une hypothèque légale pour les droits qu'il avait contre son père tuteur, il transmet ces droits, avec l'hypothèque qui y était attachée, à l'enfant placé sous l'administration légale du père commun (2).

§ II. Des créances garanties par l'hypothèque.

272. L'article 47, qui énumère les hypothèques légales, porte que les *droits et créances* auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont *ceux* des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur. Il suit de là que tous les *droits et créances* qu'un *mineur* peut avoir contre son *tuteur* sont garantis par l'hypothèque légale; la nature des créances est déterminée et limitée par les mots *mineur* et *tuteur*; il faut que le mineur soit créancier à titre de pupille et que le tuteur soit débiteur à raison de la tutelle qu'il a gérée. Quels sont les droits qu'un mineur peut avoir contre son tuteur? La loi hypothécaire veut que les créances du mineur soient spécialisées; comme base de cette spécialisa-

(1) Rejet, 30 avril 1833 (Sirey, 1833, I, 466). Aubry et Rau, t. III, p. 206, § 264 bis, note 4.

(2) Bordeaux, 19 mars 1875 (Dalloz 1877, 2, 25)

tion, elle indique les causes d'où procèdent les droits du mineur contre son tuteur. C'est d'abord la fortune du mineur : elle constitue le chapitre des recettes dans le compte que le tuteur doit rendre. Le tuteur reçoit les biens qu'il est chargé d'administrer, il touche les revenus et les capitaux qui sont remboursés : voilà ses recettes. Il porte en compte ses dépenses, et il est débiteur du reliquat. Telle est la créance ordinaire du pupille contre son tuteur ; si celui-ci a négligé de comprendre parmi les recettes des sommes qu'il a touchées, le mineur a action, et une hypothèque pour la garantie des droits qu'il est obligé de réclamer en justice. Cette créance procède directement de l'obligation qui incombe au tuteur de rendre compte des biens du mineur dont il a eu la gestion.

L'article 49 veut encore que le conseil de famille ait égard aux éventualités de la responsabilité du tuteur. Aux termes de l'article 450 du code Napoléon, le tuteur doit administrer les biens du mineur en bon père de famille, et il répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. Cette responsabilité s'applique d'abord aux actes que le tuteur a le droit de faire seul sans l'intervention du conseil de famille : donner à bail ou prendre à bail, faire emploi des capitaux et des revenus, poursuivre le recouvrement des créances. Voilà des actes ordinaires de gestion ; le tuteur est responsable s'il cause un préjudice au mineur en gérant mal ; par exemple, il néglige de louer les biens du pupille, ou il les loue à des conditions désavantageuses ; il ne fait pas emploi des revenus, dans les cas où il était tenu de le faire, ou il en fait un emploi préjudiciable au mineur ; il ne poursuit pas les débiteurs, et ceux-ci deviennent ensuite insolubles, ou la créance du mineur s'éteint par la prescription, faute par le tuteur de l'avoir interrompue. Le tuteur ne cesse pas d'être responsable, alors même qu'il agit avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ; dès qu'on peut lui imputer une faute dont il est tenu de répondre, le mineur a action, et toute action naissant d'une faute commise par le tuteur est garantie par l'hypothèque légale. A plus forte raison, le tuteur est-il responsable quand il a

agi irrégulièrement, sans se faire autoriser dans les cas où l'autorisation est requise, ou sans demander l'homologation du tribunal, alors qu'elle est nécessaire. Le mineur a, dans ce cas, deux actions : il peut agir en nullité et il peut réclamer des dommages-intérêts contre le tuteur. Il a le choix ; de ce qu'il pourrait agir en nullité, on ne peut pas induire qu'il n'a pas l'action en dommages-intérêts garantie par son hypothèque légale ; le mineur peut donc maintenir la vente que son tuteur aurait faite sans y être autorisé, et agir contre lui en dommages-intérêts (1). L'action en nullité s'intente contre les tiers ; si, malgré l'annulation, le mineur souffrait un préjudice, il aurait une action contre le tuteur, garantie par l'hypothèque légale, car le préjudice résulte d'une faute que le tuteur a commise dans sa gestion.

273. Tel est le principe. Nous donnerons quelques applications empruntées à la jurisprudence. Le tuteur était débiteur de son pupille avant son entrée en gestion, ou il l'est devenu pendant le cours de la tutelle pour des causes indépendantes de sa gestion. On demande si l'action que le mineur a, de ce chef, contre le tuteur est garantie par l'hypothèque légale ? Oui, si la dette échoit pendant le cours de la tutelle ; en effet, le tuteur a dû, dans ce cas, l'exiger de lui-même ; s'il ne le fait pas, il est responsable, aussi bien que lorsqu'il néglige de poursuivre un tiers, débiteur du pupille. Mais si la dette n'échoit qu'après l'expiration de la tutelle, le pupille n'a qu'une action personnelle ; dans ce cas, la gestion du tuteur est hors de cause, il n'y a aucune faute à lui imputer ; d'un autre côté, le tuteur n'était tenu de porter en compte que l'action du mineur, et cette action, le mineur la conserve ; action purement personnelle, comme celle qu'il aurait contre tout tiers débiteur. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2).

274. Il a été jugé, par application de ces principes, que le tuteur répond sur ses biens de la prescription que les tiers ont acquise pendant le cours de la tutelle (3). Le pre-

(1) Bourges, 28 avril 1838 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1058). Grenoble, 19 juillet 1849 (Dalloz, 1851, 2, 10).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 212, note 20, § 264 bis.

(3) Pau, 19 août 1850 (Dalloz, 1851, 2, 9).

mier devoir du tuteur est de conserver les biens du mineur; il doit donc interrompre la prescription qui court à son préjudice; s'il ne le fait pas, il est responsable, et toute action en responsabilité est garantie par l'hypothèque légale. Il en est de même dans le cas où le tuteur néglige d'accepter une donation faite au mineur, ou de la faire transcrire; l'article 942 dit que les mineurs ont un recours contre le tuteur, s'il y échet. La cour de cassation a confirmé un arrêt qui avait admis l'exercice de l'hypothèque légale de ce chef, bien que la donation fût faite par le tuteur lui-même; nous avons dit ailleurs les difficultés qui se présentent, dans ce cas, sur le point de savoir si le tuteur est responsable (t. XII. nos 261-263); dès qu'on admet la responsabilité, l'hypothèque légale en est la conséquence nécessaire.

275. L'hypothèque existe sur les biens du père tuteur; cela est d'évidence. Mais le père est non-seulement administrateur, il est aussi usufruitier; le droit de jouissance que la loi lui accorde modifie-t-il la responsabilité qui lui incombe et, par suite, l'exercice de l'hypothèque légale? La négative est de jurisprudence (1), et elle ne nous paraît pas contestable. Le *droit* de jouir comme usufruitier n'empêche pas l'*obligation* que le père a d'administrer en bon père de famille; donc, dès qu'il cause un dommage à ses enfants par une mauvaise gestion, il est responsable sur ses biens, sans qu'il puisse opposer qu'il a le droit de jouir; son droit de jouissance même est limité, puisque tout usufruitier doit jouir en bon père de famille; et, dans l'espèce, son droit est encore plus restreint par l'obligation qui lui est imposée d'administrer, sous peine d'être responsable de sa mauvaise gestion. Quant au point de savoir s'il y a mauvaise gestion et de quelle faute le tuteur répond, nous renvoyons au titre de la *Tutelle* et à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur la théorie des fautes.

276. La question de savoir si les deniers sont pupillaires a donné lieu à une difficulté de droit. Des immeubles

(1) Bruxelles, 10 mai 1809 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1009); Bourges, 6 mars 1855 (Daloz, 1855, 2, 300).

dépendants de la communauté qui avait existé entre les père et mère étaient indivis entre le père survivant et son fils; l'indivision ne cessa que par une licitation intervenue après la majorité de l'enfant. Celui-ci avait-il une hypothèque légale pour la garantie du prix de licitation? Non, car sa part dans le prix ne constituait pas une créance pupillaire, le droit de l'enfant ayant pris naissance après sa majorité. Dans l'intérêt de l'enfant, on disait que la licitation équivalait au partage, et que le partage rétroagissait au jour où l'indivision avait commencé. La cour de Rennes répond que c'est faire une fausse application de l'article 883; si le partage est déclaratif de propriété, il n'en résulte pas que le prix de licitation soit dû à une époque où l'indivision subsistait: il ne peut pas y avoir de créance de prix alors qu'il n'y a point de vente, et le père ne peut pas porter en compte à son fils un prix qui n'est pas dû à celui-ci (1).

277. L'hypothèque légale garantit les accessoires de la créance aussi bien que le capital. Parmi les accessoires sont compris les intérêts échus pendant la tutelle, mais avec la restriction qui résulte de l'article 87, sur laquelle nous reviendrons en traitant de l'inscription hypothécaire (2). Les frais du compte sont à la charge du mineur; il n'en est pas de même des frais des incidents élevés dans l'instance en reddition de compte et sur lesquels le tuteur succombe: quoique l'instance soit postérieure à la tutelle, le mineur doit obtenir sans frais ce qu'il a réclamé contre son tuteur, puisque le jugement ne fait que déclarer son droit (3). En ce sens, les frais sont un accessoire de la créance principale.

278. Que faut-il décider des intérêts qui courent depuis la majorité? La cour de Gand a jugé que l'hypothèque légale ne s'étendait pas à ces intérêts (4). C'est une application du principe que nous avons établi, au titre de la

(1) Rennes, 31 mars 1841 (Daloz, au mot *Succession*, n° 2111).

(2) Bourges, 28 avril 1838 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1058).

(3) Pau, 19 août 1850 (Daloz, 1851, 2, 5).

(4) Gand, 3 février 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 178). En sens contraire, quant aux intérêts, Gand, 29 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 137).

Tutelle, en ce qui concerne les frais de gestion postérieur à la tutelle. Le principe est très-controversé (t. V, nos 117-119); mais l'application au régime hypothécaire ne saurait être douteuse, d'après les principes nouveaux qui régissent l'hypothèque légale. Celle-ci est soumise à l'inscription, et l'inscription ne peut être prise que pour les deniers pupillaires et pour garantir la responsabilité du tuteur. Or, quand la tutelle a pris fin, il n'y a plus ni deniers pupillaires, ni responsabilité du tuteur; il y a une nouvelle créance distincte de celle pour laquelle inscription a été prise; or, l'inscription ne conserve que les créances pour lesquelles elle a été prise (1).

§ III. Des biens grevés de l'hypothèque. Spécialisation.

279. L'hypothèque des mineurs et interdits grève tous les biens du tuteur présents et à venir (n° 257), mais elle doit être spécialisée par le conseil de famille avant d'être inscrite. La délibération qui spécialise l'hypothèque a-t-elle pour effet de la rendre conventionnelle? Ainsi posée, la question n'a point de sens. Ce qui caractérise l'hypothèque légale, c'est qu'elle existe en vertu de la loi, c'est-à-dire de plein droit, et sans qu'il faille le consentement, ni du créancier, ni du débiteur; cela exclut toute idée de convention (n° 189). Cependant les auteurs, et la loi elle-même quand il s'agit de l'hypothèque légale de la femme, se servent d'expressions dont on pourrait induire qu'ils considèrent l'hypothèque comme conventionnelle, par suite de la spécialisation qui en doit être faite. Ainsi l'on dit que le conseil de famille *prend* hypothèque, ou que l'hypothèque est *constituée* par lui; la loi dit que la femme *stipule* une hypothèque par son contrat de mariage (art. 64 et 66). Toutes ces expressions sont inexactes. Quand la loi accorde une hypothèque, il ne s'agit plus de la *prendre*, elle existe de plein droit; le conseil de famille ne la *constitue* pas, il la spécialise; la femme ne *stipule* pas d'hypothèque,

(1) Comparez Martou, t. II, p. 368, n° 785.

car la stipulation implique une convention, et l'hypothèque est établie par la loi, sans convention aucune. Ce qui est vrai, c'est que l'hypothèque légale ne devient efficace que par l'inscription, et elle ne peut être inscrite qu'après avoir été spécialisée; mais cette spécialisation ne change pas la nature de l'hypothèque, elle reste ce qu'elle est de son essence, légale. Conçoit-on qu'une hypothèque soit tout ensemble légale et conventionnelle, alors que l'hypothèque est légale, en ce sens qu'elle existe sans convention?

280. Nous insistons sur l'exactitude du langage, parce qu'il est rare que le langage inexact ne conduise à des idées inexactes. Ainsi un interprète de la loi belge va jusqu'à dire que l'hypothèque légale du mineur est conventionnelle, parce que le tuteur y consent, soit expressément, soit tacitement (1). L'erreur est palpable. Il n'est pas vrai que le tuteur consent à l'hypothèque, puisqu'elle existe de plein droit en vertu de la loi. Il n'est pas même vrai qu'il consent à la spécialisation. C'est le conseil de famille qui spécialise l'hypothèque du mineur, la loi dit seulement que le tuteur doit être *entendu* ou *appelé*. Que le tuteur réponde à l'appel ou non, qu'il le veuille ou qu'il ne le veuille pas, le conseil de famille spécialisera l'hypothèque, parce que la loi lui en fait une obligation. Alors même que le tuteur est entendu, il ne consent pas; ce qui le prouve, c'est qu'après avoir été entendu, il peut former opposition à la délibération (art. 50 et 51); et, malgré son opposition, le tribunal peut maintenir la délibération du conseil de famille. Ainsi, bien loin que l'hypothèque soit conventionnelle, la spécialisation ne l'est même pas. Il y a plus: alors même que l'hypothèque serait spécialisée par convention, comme cela se fait pour l'hypothèque de la femme à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, l'hypothèque n'en reste pas moins légale, car les conventions des parties ne peuvent pas modifier l'essence d'un droit qui est d'ordre public.

281. L'auteur que nous nous permettons de critiquer compare le conseil de famille à un notaire qui reçoit un

(1) Cloes, *Commentaire*. t. II. p. 173 notes, p. 186. et *passim*.

contrat d'hypothèque (1). C'est une conséquence de la première erreur et une erreur nouvelle. Le notaire intervient pour donner l'authenticité à la convention qui constitue l'hypothèque; tandis que le conseil de famille intervient pour spécialiser l'hypothèque, en remplissant une mission que la loi lui confie. On ne peut assimiler l'hypothèque légale spécialisée par le conseil à une hypothèque conventionnelle qui, pour exister, doit être reçue dans la forme authentique. Quand un droit existe en vertu de la loi, il ne s'agit plus de formes; l'hypothèque légale n'est pas un acte solennel, cela est contradictoire dans les termes: la solennité de l'hypothèque tient à la manifestation authentique du consentement, et l'hypothèque légale existe sans consentement. Il n'y a aucune analogie entre le rôle du notaire et celui du conseil de famille. Le notaire n'est pas appelé à spécialiser, il rédige les conventions des parties; ce sont celles-ci qui doivent indiquer le montant de la créance pour la sûreté de laquelle l'hypothèque est constituée, et déterminer les biens qui sont frappés de l'hypothèque. La mission du conseil de famille est tout autre; il agit comme autorité investie d'un pouvoir, pouvoir qui est aussi une charge, comme le sont tous les pouvoirs exercés dans un intérêt public. En effet, le conseil de famille n'intervient pas seulement dans l'intérêt du mineur, pour donner de l'efficacité à son hypothèque, il intervient aussi dans l'intérêt des tiers et, partant, dans un intérêt social; car c'est dans l'intérêt de la société que la loi a établi les principes de spécialité et de publicité, et c'est aussi dans un intérêt social que les hypothèques légales doivent être spécialisées et rendues publiques.

Ces notions sont de théorie, mais la théorie gouverne la pratique, et l'on n'est jamais sûr qu'une erreur sur les principes les plus élémentaires ne conduise pas à une erreur dans l'application de la loi; nous en avons donné bien des exemples dans le cours de notre travail.

(1) Cloes, *Commentaire*, t. II, p. 293 et *passim*.

NO 1. PAR QUI ET QUAND L'HYPOTHÈQUE LÉGALE EST-ELLE SPÉCIALISÉE?

282. C'est le conseil de famille qui est appelé à spécialiser l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et, par suite, de l'aliéné. Dans le système du code Napoléon, le conseil de famille est chargé de veiller aux intérêts du mineur; et comme la spécialisation se fait dans son intérêt, il a paru naturel de charger le conseil du soin de sauvegarder les droits des mineurs. Le tribunal intervient également, soit sur l'opposition formée contre les délibérations du conseil de famille (art. 51), soit pour les homologuer (art. 60); il exerce encore une surveillance sur l'action des conseils de famille et des juges de paix qui les président. Cette intervention de la justice pour la conservation des droits appartenant aux mineurs est un élément essentiel de notre système hypothécaire. A notre avis, c'est la seule garantie réelle qui assure l'efficacité de l'hypothèque que la loi donne aux incapables. Il ne faut pas compter sur les conseils de famille: l'ignorance, d'une part, et, d'autre part, une coupable indifférence paralysent leur action. A la vérité, ils sont présidés par un magistrat, mais il est à craindre que les juges de paix aussi n'apportent pas à l'exercice de leurs fonctions le zèle qui est nécessaire pour éclairer les familles et pour stimuler leur activité. Le législateur a donc fait sagement en plaçant les conseils et les juges de paix sous la direction des tribunaux. C'est au gouvernement de veiller à ce que cette surveillance devienne une réalité. La publicité serait un moyen puissant pour atteindre ce but. Il se fait chaque année une enquête sur l'exécution de la loi: qu'on rende cette enquête publique; qu'on signale les tribunaux qui ne remplissent pas leurs devoirs, et qu'au besoin on recoure au pouvoir disciplinaire des cours d'appel.

283. L'hypothèque légale des mineurs ne produit d'effet que si elle est inscrite, et c'est l'inscription qui détermine son rang. Il importe donc que l'inscription se fasse avant que le tuteur entre en gestion; car, dès qu'il gère, il peut compromettre les intérêts du pupille, et, par conséquent,