

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,

celui-ci doit avoir une garantie dès l'instant où la gestion tutélaire commence. Tel est le système de la loi : elle veut que l'hypothèque soit spécialisée lors de la nomination du tuteur, ou avant l'entrée en exercice de toute tutelle (article 49); et elle défend au tuteur de s'ingérer dans la gestion avant que l'inscription soit prise (art. 52). Nous reviendrons plus loin sur l'inscription; pour le moment, il n'est question que de la spécialisation; elle est nécessaire pour que l'inscription puisse être faite, il faut donc que l'hypothèque soit spécialisée le plus tôt possible. Si la tutelle est dative, le conseil doit spécialiser l'hypothèque dans la même séance où il procède à la nomination du tuteur. Telle est la disposition expresse de la loi; mais il peut arriver que l'exécution en soit impossible. Si le tuteur n'est pas sur les lieux, ou s'il propose des excuses, le conseil se trouvera dans l'impossibilité de procéder à la spécialisation, car le tuteur doit être entendu (art. 50) sous peine de nullité. Dans ces cas, il faut une nouvelle réunion du conseil de famille; le juge de paix veillera à ce que l'assemblée fixe sa séance au plus bref délai.

Le plus souvent la tutelle sera légitime, soit celle du survivant des père et mère, soit celle des ascendants : la tutelle peut encore être déferée par le dernier mourant des père et mère. Dans ces cas, la loi veut que le conseil de famille spécialise l'hypothèque du mineur avant l'entrée en exercice du tuteur. Il faut donc qu'il soit convoqué à cet effet. Aux termes de l'article 421 du code Napoléon, le tuteur légitime ou testamentaire doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer un conseil de famille pour la nomination d'un subrogé tuteur. Ce même conseil devra procéder à la spécialisation de l'hypothèque.

284. L'efficacité de l'hypothèque du mineur dépend de la spécialisation; il importe donc d'assurer la convocation du conseil de famille avant l'entrée en gestion du tuteur. Qui convoquera le conseil? La loi hypothécaire garde le silence sur ce point; elle s'en rapporte par cela même au droit commun. Aux termes de l'article 406, le conseil de famille est convoqué sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties

intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Afin d'avertir le juge de paix de la nécessité de convoquer le conseil, la loi ajoute que toute personne pourra lui dénoncer le fait qui donne lieu à l'ouverture de la tutelle. C'est surtout quand il s'agit de spécialiser l'hypothèque légale que le juge de paix doit prendre l'initiative; les tiers peuvent être intéressés à ce que l'inscription ne se fasse point, puisqu'une hypothèque non inscrite ne peut leur être opposée, et sur les parents il ne faut pas compter.

On demande si le procureur du roi peut requérir la convocation du conseil. Le projet de loi lui donnait ce droit, mais la disposition a été retranchée, sans doute parce que l'article 406 paraissait suffisant. Or, le procureur du roi n'est pas compris parmi les personnes qui peuvent demander la convocation du conseil de famille (t. IV, n° 453) (1); et il faut avouer que les officiers du ministère public sont rarement dans le cas de connaître le fait qui leur donnerait le droit d'intervenir; tandis que les juges de paix sont sur les lieux, ou ils sont informés de l'ouverture des tutelles, qui leur donne le droit et leur impose l'obligation d'agir.

285. La loi veut que l'hypothèque soit spécialisée et inscrite avant l'entrée en gestion du tuteur. Malheureusement la loi n'est pas toujours exécutée; le tuteur gère sans qu'il y ait ni spécialisation ni inscription. On demande si ces actes seront valables à l'égard des tiers. La loi ne prononce pas la nullité; l'article 49, qui traite de la spécialisation, dit simplement que le conseil y doit procéder « avant l'entrée en exercice de toute tutelle »; il ne dit pas quelle sera la valeur des actes de gestion du tuteur si l'hypothèque n'est pas spécialisée; il ne défend pas même au tuteur d'agir. L'article 52 contient cette défense dans le cas où le tuteur ne prend pas l'inscription; ce qui suppose que l'hypothèque a été spécialisée : « si le tuteur s'ingère dans la gestion avant que cette formalité ait été remplie, le conseil de famille pourra lui retirer la tutelle. » Ainsi la loi prononce une sanction; ce n'est pas la nullité de l'acte,

(1) Il y a des avis contraires (Timmermans, p. 28, note 55).

c'est la destitution du tuteur, encore est-elle facultative. Il suit de là que les actes de gestion sont valables.

Les travaux préparatoires confirment cette interprétation, bien qu'ils laissent un léger doute. D'après le projet soumis à la chambre, les actes faits par le tuteur étaient nuls à l'égard des tiers; la commission spéciale dit que le tuteur est sans qualité tant qu'il n'a pas donné au mineur les garanties légales de la fidélité de sa gestion. Cette disposition disparut par suite d'un changement de rédaction proposé par le ministre de la justice. Cela paraît décisif. Voici le motif de douter. Le rapporteur de la commission, en se ralliant aux amendements du ministre, déclara que ces changements ne concernaient que la rédaction, que la loi restait la même. De là on conclut que le système proposé par la commission doit recevoir son application. Cela nous paraît inadmissible. Les paroles du rapporteur ne peuvent pas tenir lieu d'une disposition qui n'existe point et qui, loin d'avoir été adoptée, a été retranchée (1). On peut regretter qu'elle l'ait été : c'eût été la sanction la plus énergique du système de spécialité et de publicité introduit par la loi nouvelle.

NO 2. DE LA DÉLIBÉRATION DU CONSEIL DE FAMILLE.

286. L'article 50 porte : « La délibération du conseil de famille sera motivée. » En règle générale, le conseil ne doit pas motiver ses décisions, alors même qu'elles doivent être homologuées. Pourquoi la loi fait-elle exception quand il s'agit de la spécialisation de l'hypothèque? La commission spéciale répond « qu'il importe que le conseil de famille ne se détermine qu'après mûr examen et en pleine connaissance de cause. » Nous dirons plus loin que les conseils de famille sont trop enclins à décider qu'il ne sera pris aucune inscription. Il pourrait aussi arriver qu'un conseil se montrât trop rigoureux pour le tuteur, en exigeant une garantie excessive. Dans toute hypothèse, il est

(1) Martou, t. II, p. 366, n° 799. En sens contraire, Cloes, t. II, p. 169, nos 1174 et 1175.

bon que le conseil soit forcé de motiver sa délibération; on recule devant une mauvaise décision quand on est obligé de la motiver, et il faut ajouter : quand on sait qu'une autorité supérieure a le pouvoir de la contrôler. Or, les délibérations sur la spécialisation sont sujettes à opposition; c'est une raison de plus pour exiger que les délibérations soient motivées; le rapporteur de la chambre en a fait la remarque (1).

La délibération doit-elle être motivée sous peine de nullité? L'affirmative n'est point douteuse. C'est le cas d'appliquer le principe des nullités virtuelles. Il y a nullité virtuelle, en vertu de l'intention du législateur, quand une formalité est substantielle; et, dans l'espèce, la loi veut que la délibération soit motivée, par exception au droit commun, afin d'assurer la conservation des droits du mineur; or, toute disposition qui tend à ce but doit être considérée comme substantielle. Reste à savoir quel est le caractère de la nullité. Elle est établie dans l'intérêt du mineur surtout et aussi dans l'intérêt du tuteur; eux seuls peuvent donc s'en prévaloir, et ils doivent le faire, en formant opposition contre la délibération. Si la délibération n'est pas attaquée, elle devient irrévocable; et, dans ce cas, il ne peut plus être question d'en demander la nullité pour défaut de motifs (2).

Suffit-il que le conseil donne des motifs quelconques pour que sa délibération soit valable? Non, certes; si la loi veut que la décision soit motivée, c'est précisément pour que le conseil ne se décide que par des raisons sérieuses. Le tribunal, en cas d'opposition, pourra donc annuler la délibération, si elle n'est pas suffisamment motivée (3).

287. L'article 883 du code de procédure 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. » Cette disposition est-elle applicable à la délibération qui spécialise

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 23). Lelièvre, Rapport (Parent, p. 133).

(2) Martou, t. II, p. 379, nos 797 et 798. Cloes, t. II, p. 183, n° 1195.

(3) Liège, 12 juillet 1871 (*Pasicriste*, 1871, 2, 370).