

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).

l'hypothèque légale du mineur? L'affirmative est enseignée par les interprètes de la loi hypothécaire (1), et elle ne nous paraît pas douteuse. L'article 883, conçu dans les termes les plus généraux, s'applique à toute délibération du conseil de famille; l'article 50 de la loi hypothécaire n'y déroge point, car prescrire que le conseil motive sa décision, c'est dire que la décision de la majorité soit motivée; cela n'empêche pas de donner les motifs de chacun des membres, c'est une garantie de plus pour le mineur dans l'affaire la plus importante dont le conseil ait à s'occuper; les raisons données par chaque membre serviront à éclairer le tribunal en cas d'opposition.

**288.** L'article 50 prescrit une seconde condition pour la validité de la délibération concernant l'hypothèque légale : le tuteur doit être entendu ou appelé. Sa présence est nécessaire, parce qu'il est partie en cause. La loi veut que l'hypothèque soit spécialisée afin de ménager le crédit du débiteur; il faut donc qu'il puisse discuter les éléments de la spécialisation, prouver, s'il y a lieu, que le conseil fixe à une somme trop élevée le montant du recours que le mineur pourra avoir contre lui, ou que le conseil veut prendre inscription sur plus d'immeubles qu'il n'est nécessaire pour assurer une pleine garantie au mineur. Le tuteur doit encore être entendu dans l'intérêt du pupille; c'est d'ordinaire le plus proche parent; il pourra faire connaître au conseil la fortune du mineur, et lui seul peut donner des renseignements certains sur les immeubles qui devront être frappés d'inscription (2).

La loi n'exige cependant pas que le tuteur soit toujours entendu, elle restreint cette condition au cas prévu par le § 1<sup>er</sup> de l'article 49; le § 2 de cet article permet au conseil de déclarer qu'il ne sera pris aucune inscription sur les biens du tuteur. Dans ce cas, la présence du tuteur est inutile. Alors même que le conseil décide qu'une inscription sera prise, la loi se contente de l'appel du tuteur : celui-ci n'est pas obligé de répondre à cet appel, en ce sens

(1) Martou, t. II, p. 380, n° 800. Cloes, t. II, p. 182, n° 1192.

(2) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 415).

qu'on ne peut pas le contraindre à assister à la délibération du conseil, mais aussi son refus ne peut pas empêcher le conseil de procéder à la spécialisation de l'hypothèque. Tout ce qui résultera de l'absence du tuteur, c'est que le conseil, n'étant pas éclairé par ses observations, pourra prendre une décision qui lui sera préjudiciable; le tuteur a, dans ce cas, le droit d'opposition.

On demande si la délibération est nulle dans le cas où le tuteur n'aurait pas été appelé. Sa présence est surtout requise dans son intérêt, et en ce sens la formalité est substantielle; le tuteur pourra donc demander la nullité de la délibération, en prouvant que le conseil a lésé ses droits en exagérant la garantie hypothécaire, soit quant au montant de la créance éventuelle du mineur, soit quant aux immeubles sur lesquels il a ordonné de prendre inscription. Si le tuteur n'a éprouvé aucun préjudice pour n'avoir pas été entendu, il va de soi qu'il ne pourra pas demander la nullité; c'est le cas de dire avec le vieil adage : pas de nullité sans grief (1).

**289.** La délibération du conseil qui spécialise l'hypothèque doit-elle être homologuée? Non; le code n'exige pas l'homologation, et il est de principe que les délibérations des conseils de famille ne doivent être homologuées que dans les cas déterminés par la loi. Elle la prescrit quand il s'agit de réduire les garanties pour cause d'excès (art. 60); elle ne soumet pas à l'homologation la délibération qui spécialise l'hypothèque. Le législateur a pensé que le droit d'opposition suffit pour sauvegarder les intérêts du mineur, et que, par suite, l'homologation aurait occasionné des frais inutiles; il faut éviter qu'on ne lèse les intérêts du mineur à force de vouloir les garantir (2).

**290.** L'article 51 permet aux parties intéressées de former opposition contre la délibération du conseil de famille qui a spécialisé l'hypothèque légale du mineur. C'est le droit commun; il est de principe que toute délibération du conseil peut être attaquée par la voie de l'opposition (code

(1) Martou, t. II, p. 382, n° 803.

(2) Jugement du tribunal de Bruxelles, du 2 juin 1855 (*Belgique judiciaire*, t. XIII, p. 932). Martou, t. II, p. 382, n° 803 bis.

de proc., art. 883). L'opposition devait surtout être admise dans une matière où il est à craindre, comme le disait le ministre de la justice, que le conseil ne sacrifie les intérêts du mineur à la crainte de blesser le tuteur; il se pourrait aussi que le conseil donnât dans l'excès contraire, par esprit d'hostilité contre le tuteur; il fallait donc, dans tous les cas, le contrôle d'une autorité supérieure et impartiale de son essence (1). C'est par la voie de l'opposition que le recours s'exerce, et non par la voie de l'appel, parce que les décisions du conseil de famille ne sont pas des jugements. Cette voie de procéder permet un nouveau recours, l'appel contre le jugement qui est rendu sur l'opposition.

L'article 51 indique les motifs pour lesquels on peut former opposition, c'est l'insuffisance des garanties ou l'excès; dans le premier cas, l'opposition a pour objet de les augmenter, et dans l'autre, de les faire réduire. Il se peut aussi que le conseil de famille, usant de la faculté que lui donne l'article 49, décide qu'il n'y a pas lieu de prendre inscription sur les biens du tuteur; il va sans dire qu'il peut être formé opposition contre cette délibération; l'opposition est de droit commun, et il n'y a pas de décision plus dangereuse pour le mineur que celle qui lui enlève toute garantie; et, comme nous le dirons plus loin, c'est précisément ce parti que les conseils de famille sont le plus disposés à prendre.

**291.** Qui peut former opposition? L'article 51 énumère les personnes intéressées qui ont le droit de former opposition contre la délibération du conseil qui a spécialisé l'hypothèque. C'est d'abord le tuteur: il a intérêt et droit d'attaquer la décision si elle a donné au mineur une garantie excessive; une pareille décision viole l'esprit de la loi, car, en ordonnant de spécialiser l'hypothèque, la loi a eu pour objet de proportionner la garantie hypothécaire à l'intérêt réel du mineur. L'opposition du tuteur tendant à faire réduire les garanties déterminées par le conseil de famille, la demande doit être formée contre le subrogé tuteur; c'est l'application du principe établi par l'article 420

(1) Séance du 7 février 1851 (Parent, p. 319 et suiv.).

du code Napoléon, aux termes duquel les fonctions du subrogé tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur.

Le tuteur pourra-t-il faire opposition si, lors de la délibération, il avait adhéré à la décision qui a été prise? On enseigne la négative, et avec raison. Ce n'est pas que la spécialisation soit un contrat et qu'il faille le consentement du tuteur pour y procéder: la loi dit que le conseil spécialise et que le tuteur sera entendu. Le tuteur doit donc contester, s'il y a intérêt; s'il approuve, il ne peut plus revenir sur son fait. Son adhésion pourrait même être tacite; il en est ainsi de toute manifestation de volonté (1). Quand y aura-t-il acquiescement tacite? C'est une difficulté de fait, que les juges décident d'après les circonstances de la cause.

**292.** L'article 51 donne encore le droit de former opposition au subrogé tuteur, ainsi qu'à tout membre du conseil de famille. Leur opposition a naturellement pour objet d'augmenter les garanties que le conseil a déterminées au profit du mineur, si elles leur paraissent insuffisantes; à plus forte raison pourront-ils attaquer la délibération par laquelle le conseil a déclaré qu'il ne sera pris aucune inscription sur les biens du tuteur. L'opposition est formée contre le tuteur; c'est lui qui est partie intéressée, puisque la demande tend à aggraver sa situation hypothécaire.

Faut-il appliquer au subrogé tuteur et aux membres du conseil ce que nous avons dit du tuteur qui a acquiescé à la délibération (n° 291)? Il est de jurisprudence que les membres du conseil ne sont pas liés par l'avis qu'ils ont donné dans la délibération (2); ils n'agissent point en leur nom, ni dans leur intérêt, comme le tuteur qui est partie en cause; leur devoir est de garantir les droits du mineur; s'ils se sont trompés et si, mieux éclairés, ils veulent revenir d'une erreur qui serait préjudiciable au mineur, la loi doit leur en offrir le moyen; aussi dit-elle en termes absolus que tout membre du conseil peut former opposition.

(1) Martou, t. II, p. 383, n° 806.

(2) Voyez la jurisprudence dans Martou, t. II, p. 384, n° 803.

**293.** Le juge de paix peut-il former opposition? Au titre de la *Tutelle*, nous avons décidé la question négativement en termes généraux. Pour les délibérations du conseil de famille sur la spécialisation de l'hypothèque légale, il y a un texte spécial. L'article 51 donne à *tout membre* du conseil le droit de former opposition. Or, le juge de paix est membre en vertu de la loi; il est donc compris dans le texte, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Dans notre opinion, l'intervention active du juge de paix est la garantie la plus forte du mineur, et trop souvent la seule; il ne faut donc pas restreindre ses pouvoirs. Cette considération l'emporte sur celle que nous avons fait valoir, au titre de la *Tutelle*, d'après les auteurs français. Le juge de paix doit sans doute rester étranger aux passions qui agitent le conseil de famille; mais quand la majorité ne sauvegarde pas les droits du mineur, il ne doit pas hésiter à prendre parti pour lui. Telle est aussi l'interprétation que M. d'Anethan, le rapporteur de la commission du sénat, a donnée à la loi (1); la doctrine et la jurisprudence belge l'ont consacrée (2).

**294.** L'opposition doit être formée dans la huitaine (art. 51). C'est un très-bref délai; la loi veut que la garantie du mineur soit fixée le plus tôt possible; cela est surtout nécessaire si elle est insuffisante; et si elle est excessive, il importe au tuteur que la réduction se fasse de suite, car son crédit souffre de l'inscription qui sera prise sur ses biens en vertu de la délibération du conseil. L'opposition, d'après l'article 51, n'est pas suspensive; la loi ne pouvait pas admettre la suspension, puisqu'il en serait résulté que le tuteur n'aurait pu exercer la tutelle, toute gestion lui étant défendue tant que l'hypothèque n'est pas inscrite (art. 52).

Le délai de huitaine court à partir de la délibération. On le compte comme tous les délais, c'est-à-dire que les huit jours doivent être complets; on ne compte donc pas dans le délai le jour où la délibération a été prise; c'est le

(1) Parent, p. 505.

(2) Martou, t. II, n° 808, p. 384. Comparez les jugements cités par Timmermans, p. 25, note 47.

droit commun : le *dies a quo* n'est pas compris dans le délai et le *dies ad quem*, ou le dernier jour du délai, appartient en entier à la partie intéressée pour procéder à l'acte qui doit être fait dans un délai déterminé. Nous aurons l'occasion de revenir sur le principe en traitant du renouvellement de l'inscription hypothécaire.

On demande si le délai de huitaine est applicable au tuteur dûment appelé qui n'a pas assisté à la délibération. Le silence de la loi décide la question; l'article 51, qui détermine la durée du délai, mentionne le tuteur, et le met sur la même ligne que le subrogé tuteur et les membres du conseil de famille. Il n'y avait aucune raison de faire une exception en sa faveur; il a été appelé; s'il ne s'est pas rendu à la convocation, la plus simple prudence lui commande de s'informer de la décision qui aura été prise. C'est en ce sens que la loi a été expliquée, lors de la discussion, par le rapporteur et par le ministre de la justice. Le tuteur, dit M. Lelièvre, qui a été appelé est réputé avoir connaissance de la délibération du conseil de famille; dès lors le délai court contre lui. L'intérêt des mineurs exige nécessairement cette mesure. D'un autre côté, la loi l'informe qu'il n'a qu'un délai de huit jours pour former opposition; partant, il n'y avait pas de raison pour prolonger le délai (1).

**295.** L'article 51, § 3, porte : « Le tribunal statuera comme en *matière urgente*. » Cette dernière expression, dit M. Lelièvre dans son rapport à la chambre, indique clairement qu'il s'agit d'une affaire sommaire. C'est l'application de l'article 884 du code de procédure, aux termes duquel l'opposition contre les délibérations du conseil de famille est jugée sommairement. Les matières sommaires, dit l'article 405, sont jugées à l'audience, après les délais de la citation échus, sur un simple acte, sans autres procédures ni formalités. Nous n'entrons pas dans les détails qui ne sont pas de notre compétence.

**296.** L'article 51 ajoute que le tribunal statue « après

(1) Séance de la chambre, du 26 février 1851 (Parent, p. 386). Martou, t. II, p. 385, n° 812. En sens contraire, Beckers, *Des hypothèques légales*, p. 65, n° 46.

avoir entendu le procureur du roi et contradictoirement avec lui. » Le ministère public doit toujours être entendu en matière de tutelle; mais, d'après le droit commun, il n'est pas partie dans les affaires civiles; l'article 51 déroge à ce principe en disposant que le tribunal statue *contradictoirement* avec le procureur du roi; c'est dire qu'il est partie principale, aussi bien que l'opposant et celui contre lequel l'opposition est dirigée (1). Cela prouve l'importance que la loi attache à la spécialisation de l'hypothèque légale; elle n'intéresse pas seulement le mineur et le tuteur, l'intérêt public est engagé dans le débat, car c'est dans l'intérêt public que la loi a soumis l'hypothèque légale aux principes de spécialité et de publicité, mais elle a voulu aussi sauvegarder les droits des mineurs; il s'agit donc de concilier des intérêts divers et souvent opposés; voilà pourquoi le ministère public, qui est l'organe de la société, est partie dans le débat.

Il suit de là que le ministère public peut, de même que les autres parties, interjeter appel (code de proc., art. 889) et se pourvoir en cassation. Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique en ce sens, et la question n'est pas douteuse. Quand la cause est simplement communicable, le ministère public a épuisé sa mission en prenant la parole soit pour contredire les conclusions des parties, soit pour les appuyer; tandis que, dans les cas où il est partie en cause, il peut agir d'office et introduire, comme partie principale et contradicteur légal du tuteur, les demandes qu'il juge utiles dans l'intérêt des incapables. La conséquence de ce principe est évidente en ce qui concerne le droit d'appel; et, quant au pourvoi en cassation, le ministère public a le droit de le former, non-seulement dans l'intérêt de la loi, ce qui est de droit commun, mais aussi dans l'intérêt du mineur, dont il est le représentant et le protecteur légal (2).

(1) Martou, t. II, p. 388, n° 815. Cloes, t. II, p. 190, n° 1208.

(2) Cassation, 19 mars 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 1, 92).

N° 3. SPÉCIALISATION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

**297.** L'hypothèque légale du mineur doit être spécialisée. Il faut donc appliquer le principe de la spécialité tel que la loi l'établit pour l'hypothèque conventionnelle. Aux termes de l'article 78 (code civil, art. 2129), il n'y a d'hypothèque valable que celle qui déclare *spécialement* la nature et la situation de chacun des immeubles que le débiteur consent à hypothéquer pour la garantie de la créance; et l'article 80 (code civil, art. 2132) porte que l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est déterminée dans l'acte. L'hypothèque doit donc être spéciale quant à la créance et quant aux biens qui sont affectés à son acquittement. Il est très-facile de spécialiser l'hypothèque conventionnelle, puisque la créance est régulièrement liquide, et quand elle ne l'est pas, la liquidation peut se faire d'après des bases certaines. Il n'en est pas de même de l'hypothèque légale du mineur. Elle doit être spécialisée avant l'entrée en gestion du tuteur, à une époque où l'on ne connaît ni le chiffre exact de la fortune du mineur, ni la créance qu'il pourra avoir, de ce chef et à raison de la gestion tutélaire, contre son tuteur. Comment, dans ces circonstances, peut-on déterminer la somme pour laquelle inscription sera prise? Et si cette somme est indéterminable, par cela même il devient impossible de déterminer les immeubles. Nous allons dire comment la loi belge a résolu la difficulté.

**298.** L'article 49 porte que le conseil de famille fixera la somme pour laquelle inscription sera prise eu égard à la fortune des mineurs. Il est certain que la garantie hypothécaire doit être proportionnée à la fortune de l'incapable qu'il s'agit de sauvegarder. Mais comment le conseil de famille connaîtra-t-il le chiffre de cette fortune? Il délibère à un moment où le tuteur n'est pas encore entré en fonctions; il n'y a pas d'inventaire; le conseil devra donc s'en rapporter à la connaissance plus ou moins imparfaite que ses membres et le tuteur ont des biens du mineur. Cela est d'un vague extrême, et, par suite, la fixation