

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 *contra-dictoirement* 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

de la somme pour laquelle inscription sera prise sera nécessairement inexacte. Si l'erreur est tant soit peu considérable, le conseil, quand il sera mieux informé, devra prendre une nouvelle délibération, afin de majorer la somme ou de la diminuer.

299. L'article 49 dit, en second lieu, que le conseil de famille aura égard à la nature des valeurs dont la fortune du mineur se compose, c'est-à-dire que la somme que le conseil fixera variera selon que la fortune du mineur sera mobilière ou immobilière. La raison en est que le tuteur ne peut disposer des biens immeubles de son pupille qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal; s'il n'observe pas ces formalités, les actes qu'il fait sont nuls; l'action en nullité sera déjà une garantie pour le mineur. Il en est autrement des effets mobiliers; dans l'opinion généralement suivie, le tuteur peut en disposer; et quand même on admettrait, comme nous l'avons enseigné, que le tuteur n'a pas le droit de disposition, les tiers possesseurs de bonne foi seraient à l'abri de l'action en revendication, au moins pour les meubles corporels. Nous renvoyons, pour ce qui concerne la difficulté de principe, au titre de la *Tutelle*. Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, il est certain que le tuteur, si on le suppose de mauvaise foi, peut facilement divertir et dilapider la fortune mobilière de son pupille; tandis que si la fortune est immobilière, il ne lui peut causer de dommage que par une mauvaise administration. De là suit que la garantie immobilière doit être plus forte quand la fortune du mineur est mobilière que lorsqu'elle est immobilière.

300. Le conseil de famille doit-il tenir compte des successions auxquelles le mineur est appelé comme héritier présomptif? Non, à notre avis, car ces successions ne sont qu'une espérance; et la loi parle de la *fortune* du mineur, c'est-à-dire des biens qu'il a lors de la spécialisation de l'hypothèque. Le texte même de la loi est inapplicable aux biens futurs, car l'article 49 veut tout ensemble que le conseil ait égard à la fortune et à la *nature* des valeurs dont elle se compose; et comment le conseil peut-il prévoir si le mineur recueillera des meubles ou des immeubles dans les

successions auxquelles il sera appelé? La loi prévoit implicitement l'hypothèque, en permettant au conseil d'exiger une inscription supplémentaire, dans le cas où les garanties données aux mineurs par la première délibération deviendraient insuffisantes (art. 58). Il y a sans doute un danger pour le mineur dans la nécessité de ces délibérations répétées, l'expérience constatant que l'on a déjà beaucoup de peine à obtenir une première délibération; mais la loi ne pouvait éviter ce danger qu'en prescrivant des garanties pour sauvegarder une fortune que le mineur n'a pas encore. Cela aurait abouti à grever les biens du tuteur d'inscriptions pour la sûreté de créances qui n'existent point; ce qui serait contraire aux principes. Nous allons voir que la loi permet de prendre inscription pour les éventualités de la gestion tutélaire, éventualités qui peut-être ne se réaliseront jamais. C'est une dérogation aux principes, et par cela même on ne peut l'étendre par voie d'analogie (1).

301. L'article 49 veut, en troisième lieu, que le conseil de famille ait égard aux éventualités de la responsabilité du tuteur. D'après l'article 450, le tuteur répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. Nous avons dit plus haut (nos 272-274) quelles sont les causes de responsabilité qui donnent au mineur une créance garantie par l'hypothèque légale. C'est un droit essentiellement éventuel; il faut dire plus, les actions du mineur contre le tuteur pour mauvaise gestion sont des exceptions. La loi permet donc de grever les biens du tuteur d'inscriptions pour assurer le paiement de créances que peut-être le mineur n'aura jamais. C'est un mal, puisque ces inscriptions compromettent le crédit du tuteur; mais c'est un mal inévitable. En effet, l'inscription, pour être efficace, doit être antérieure à toute gestion, puisque la responsabilité éventuelle commence avec l'entrée en fonctions du tuteur; il était absolument impossible de prendre inscription au fur et à mesure de la responsabilité que le

(1) Comparez Martou, t. II, p. 375, n° 790. L'auteur dit qu'il serait *inopportun* de stipuler des garanties pour des successions futures. A notre avis, le conseil n'en a pas le droit.

tuteur encourra par des actes de mauvaise administration; il fallait donc que l'inscription précédât la créance pour garantir avec quelque efficacité les droits du mineur.

L'application de la loi doit se faire avec une grande circonspection. Il ne faut pas que le conseil de famille prévoie tous les cas possibles de mauvaise gestion; un pareil procédé aboutirait à grever le tuteur d'inscriptions jusqu'à concurrence de toute la fortune du mineur si elle est mobilière, et d'une grande partie des biens immobiliers. Ce n'est pas là ce que veut la loi. En effet, si, dans l'intention du législateur, l'inscription devait nécessairement assurer toute la fortune du mineur, il était inutile de parler des éventualités de la gestion tutélaire; en exigeant que le conseil ait égard à ces éventualités, la loi décide implicitement que l'inscription ne doit être prise que pour une fraction de la fortune du pupille. C'est pour déterminer cette quotité que la loi indique les bases du calcul auquel le conseil doit se livrer. En définitive, il s'agit d'un calcul de probabilités; cela est très-conjectural, mais la certitude en cette matière est impossible.

302. Après avoir fixé la somme pour laquelle il sera pris inscription, le conseil doit désigner les immeubles sur lesquels l'inscription sera requise (art. 49). Dans l'esprit de la loi, le conseil ne doit prendre inscription que sur les immeubles présentant une garantie suffisante pour les droits du mineur, tels qu'il vient de les fixer; il faut donc que la valeur des immeubles réponde au montant de la créance éventuelle du mineur, en tenant compte, en outre, des chances de diminution de valeur, s'il y en a, et des frais d'expropriation. Si la garantie, au point de vue de la spécialité des immeubles, était insuffisante ou excessive, les parties intéressées pourraient former opposition (n° 290).

Les immeubles doivent être désignés conformément aux dispositions de l'article 78 (code civil, art. 2129). Le choix des immeubles ainsi que la spécialisation supposent que le conseil connaît exactement la situation immobilière du tuteur. Il ne peut guère obtenir cette connaissance que par le tuteur; si celui-ci y met du mauvais vouloir, l'exécution de la loi sera entravée. Peut-être serait-il bon de charger

les directeurs de l'enregistrement et les conservateurs des hypothèques de transmettre les renseignements qu'ils possèdent sur la fortune du tuteur dans le cas où le conseil leur en adresserait la demande.

N° 4. DE L'INSCRIPTION.

303. La spécialisation de l'hypothèque légale est le préliminaire nécessaire de l'inscription, puisque le conservateur des hypothèques ne peut inscrire que des hypothèques spécialisées, sur la représentation de l'expédition de la délibération prise en vertu de l'article 49. Cette délibération tient lieu de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque (art. 83; code civil, art. 2148). Pour les hypothèques légales des incapables, il n'y a point d'acte, puisqu'elles existent de plein droit; mais il y a une délibération en ce qui concerne les mineurs, interdits et aliénés; sans cette délibération, aucune inscription ne peut être prise; et il faut une délibération conforme à la loi, c'est-à-dire spécialisant la créance et les immeubles. Il ne suffirait donc pas que la spécialisation fût faite dans les bordereaux et dans l'inscription, l'inscription n'est que la manifestation du droit, c'est le droit rendu public; il faut avant tout que le droit existe, et le droit de prendre inscription n'existe qu'en vertu de la délibération du conseil de famille; de même que pour les hypothèques conventionnelles, le droit d'inscrire n'existe que si l'acte a spécialisé l'hypothèque conformément à la loi. Les tiers intéressés peuvent demander la nullité de l'inscription et sa radiation lorsque le titre en vertu duquel elle a été prise est nul; or, en matière d'hypothèques légales, le titre, c'est l'acte qui spécialise l'hypothèque, puisque la spécialisation seule la rend efficace. Par contre, il ne suffit pas que l'hypothèque soit spécialisée, il faut qu'elle soit inscrite, tous les effets de l'hypothèque dépendant de l'inscription. Ceci est une des grandes difficultés que le législateur belge avait à résoudre, en soumettant l'hypothèque légale du mineur au principe de

publicité. Le créancier est incapable de veiller à ses droits ; il est bien vrai que les incapables peuvent faire les actes conservatoires ; la loi dit que la femme mariée peut requérir l'inscription de son hypothèque légale (art. 64), et il faut en dire autant des mineurs, interdits et aliénés. Mais ce n'est pas là une garantie ; ceux qui ne stipulent pas des hypothèques, à raison de leur incapacité, ne requerront pas non plus l'inscription de l'hypothèque légale. Il faut donc laisser de côté les incapables ; c'est ce que le législateur a fait en déterminant les personnes qui doivent ou peuvent requérir inscription.

304. « L'inscription sera prise par le tuteur en vertu de la délibération du conseil de famille » (art. 52). Il peut paraître singulier que le débiteur soit tenu de prendre inscription contre lui-même et au profit du créancier ; mais ce débiteur est le tuteur, et le créancier est son pupille ; or, le tuteur a pour mission de sauvegarder tous les droits du mineur, alors même que ces droits doivent être exercés contre lui. C'est ainsi qu'il est tenu d'exiger de lui-même ce qu'il doit à son pupille ; et, par la même raison, il doit faire inscrire l'hypothèque légale, telle qu'elle a été spécialisée par le conseil de famille.

Toutefois l'obligation, quelque impérieuse qu'elle soit, ne serait pas une garantie contre le tuteur négligent ou de mauvaise foi. La loi la sanctionne par une peine : « Si le tuteur s'ingère dans la gestion avant que cette formalité ait été remplie, le conseil de famille, convoqué soit sur la réquisition des parents ou autres parties intéressées, soit d'office par le juge de paix, pourra lui retirer la tutelle. » La peine est facultative ; le conseil peut donc ne pas prononcer la destitution, il appréciera les circonstances. Faut-il qu'il y ait dol, comme l'exige l'article 421 dans un cas analogue, ou suffit-il qu'il y ait négligence ? La loi donne un pouvoir discrétionnaire au conseil de famille. Il ne doit pas attendre qu'il y ait un préjudice causé au mineur par le défaut d'inscription, car, dans ce cas, la destitution serait une mesure tardive. La loi a pour objet non-seulement de punir le tuteur, mais aussi de sauvegarder les intérêts du mineur, en remplaçant un tuteur négligent par un tuteur

capable et zélé (1). Mais une chose est singulière, c'est que ceux qui prononcent la destitution du tuteur sont aussi coupables que le tuteur lui-même, car il tenait aux membres du conseil et au juge de paix de convoquer le conseil, de spécialiser l'hypothèque légale du mineur et de la faire inscrire sans l'intervention du tuteur. Aussi ne faut-il pas trop compter sur cette sanction de la loi.

305. « Le subrogé tuteur est tenu, sous sa responsabilité personnelle, de veiller à ce que l'inscription soit valablement prise sur les biens du tuteur, ou de la prendre lui-même » (art. 52). Il est de principe que le subrogé tuteur doit agir pour les intérêts du mineur lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur (code civil, art. 420) ; et tel est bien le cas de l'inscription de l'hypothèque légale, le tuteur étant intéressé à ce que ses biens ne soient pas grevés d'inscriptions hypothécaires ; tandis que le mineur reste sans garantie quand l'hypothèque n'est pas inscrite. La loi déclare le subrogé tuteur responsable du défaut d'inscription ; il l'est envers le mineur, qui n'a point d'action hypothécaire contre son tuteur quand son hypothèque n'est pas inscrite, et l'action personnelle peut être inefficace : le subrogé tuteur n'ayant pas satisfait à l'obligation que la loi lui impose, répond du préjudice qui en résulte pour le mineur dans l'intérêt duquel il devait agir. Il suit de là que le mineur, avant d'exercer cette action en responsabilité contre le subrogé tuteur, doit poursuivre le tuteur, car c'est seulement dans le cas où le tuteur est insolvable que le défaut de garantie hypothécaire cause un préjudice au pupille ; et l'insolvabilité doit être constatée par des poursuites légales et la saisie des biens.

306. « Le conseil de famille pourra spécialement commettre l'un de ses membres ou toute autre personne pour requérir l'inscription » (art. 53). Celui qui est chargé de ce soin sera-t-il responsable s'il ne le fait point ? L'affirmative n'est point douteuse, puisqu'il s'agit d'un mandat, et tout mandataire répond de l'inexécution de ce qu'il s'était

(1) Voyez, en sens divers, Martou, t. II, p. 391, n° 822 ; Cloes, t. II, p. 195, n° 1218, et Beckers, p. 73, n° 55.

obligé de faire. Il faut naturellement que le mandat soit accepté, puisqu'il se forme par concours de consentement. Il en est même ainsi des membres du conseil, car ils ne sont pas tenus de prendre inscription en vertu de la loi; ils n'y sont tenus qu'en vertu de la *commission* que le conseil leur donne, c'est-à-dire en vertu d'un mandat.

Martou conseille de charger le greffier de prendre inscription, et il regrette que la loi ne l'ait point fait; un autre interprète de la loi belge objecte qu'il y a bien des greffiers incapables. On peut demander pourquoi le législateur n'a pas imposé cette obligation au juge de paix, comme il le fait pour l'hypothèque légale de la femme (art. 70). C'est sur ce magistrat, en définitive, que repose l'exécution de la loi en ce qui concerne l'hypothèque légale du mineur; lui seul connaît la loi et l'importance de la garantie hypothécaire pour le mineur; c'est lui qui convoque le conseil, le plus souvent d'office; c'est lui qui veille à ce que l'hypothèque soit régulièrement spécialisée, car il faut pour cela quelques connaissances juridiques: n'était-il pas désigné aussi pour prendre l'inscription? Pour cela il faut également l'intelligence de la loi et la pratique des affaires; car c'est sur les bordereaux remis au conservateur que celui-ci rédige l'inscription, de sorte que l'irrégularité des bordereaux peut entraîner la nullité de l'inscription hypothécaire. N'était-il pas naturel de confier ces soins au magistrat qui préside le conseil de famille?

307. La loi impose aux greffiers des justices de paix une obligation dans le but d'assurer l'exécution de la loi: « Ils ne peuvent, sous peine de responsabilité personnelle et de destitution, s'il y a lieu, délivrer aucune expédition des délibérations des conseils de famille, à l'exception de celles qui sont relatives aux nominations de tuteurs ou de subrogés tuteurs, ou qui déterminent l'hypothèque, avant qu'il leur ait été dûment justifié que l'inscription a été prise contre le tuteur, pour la somme et sur les immeubles désignés par le conseil de famille » (art. 54). On pourrait croire que cette disposition amènera forcément l'inscription de l'hypothèque, puisque la tutelle ne peut fonctionner si le greffier ne délivre pas expédition des délibérations du

conseil de famille; en réalité, cette garantie sera le plus souvent inefficace. D'abord elle suppose qu'il y a des délibérations dont le tuteur doit avoir une expédition. Or, il y a bien des tutelles dans le cours desquelles le conseil de famille n'est pas appelé à délibérer, ou ne prend pas de délibération dont le tuteur doive avoir une expédition; en effet, il s'agit de délibérations qui autorisent le tuteur à faire des actes dépassant l'administration, et il se peut qu'aucun de ces actes ne se présente. Puis le préjudice que le défaut d'inscription cause au mineur peut être consommé au moment où le conseil prend des délibérations: si à ce moment le tuteur a hypothéqué ses biens, ou s'il les a aliénés, à quoi servira le refus du greffier de délivrer expédition? A opérer une inscription tardive et inefficace.

La loi déclare le greffier responsable; il faut appliquer à cette responsabilité ce que nous avons dit de celle du subrogé tuteur (n° 305). Quant à la destitution, c'est une menace qui s'accomplira rarement; on ne destitue pas un fonctionnaire pour négligence, il faudrait qu'il y eût dol pour que le gouvernement se décidât à frapper le coupable.

L'article 63 impose encore au greffier une autre obligation, bien plus importante et dont l'exécution sérieuse serait la meilleure garantie pour les mineurs. Nous y reviendrons.

N° 5. DES DÉLIBÉRATIONS QUE LE CONSEIL DE FAMILLE PEUT PRENDRE EN CE QUI CONCERNE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DU MINEUR.

308. Le conseil de famille peut-il renoncer à l'hypothèque légale du mineur? Ainsi posée, la question n'a pas de sens, car elle implique une hérésie. C'est la loi qui donne au mineur une hypothèque à raison de son incapacité. En ce sens, l'hypothèque est d'ordre public, dans le sens propre de cette expression, car les lois d'ordre public sont celles qui concernent l'état et la capacité des personnes (t. I^{er}, n^{os} 47-49); or, il est de principe que les particuliers ne peuvent pas déroger aux lois d'ordre public. Cela décide notre question, si question il y a. Le conseil de fa-