

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<sup>er</sup>, nos 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-

mille, moins que qui que ce soit, ne peut renoncer à une garantie que la loi accorde aux incapables, car sa mission est de veiller à ce que cette garantie soit efficace : c'est lui qui spécialise l'hypothèque, et il peut charger un de ses membres d'en requérir l'inscription. Conçoit-on que l'autorité qui est chargée de protéger les incapables les dépouille d'une garantie qu'elle est tenue de réaliser? Il est inutile d'insister, puisque personne n'a songé à soutenir le contraire; si nous en disons un mot, c'est pour rappeler le principe fondamental, quoique élémentaire, qui défend aux particuliers de déroger aux lois d'ordre public; nous dirons plus loin que les auteurs le méconnaissent quand il s'agit de l'hypothèque légale de la femme.

**309.** Autre est la question tranchée par l'article 49 : « Le conseil de famille pourra, d'après les circonstances, déclarer qu'il ne sera pris aucune inscription sur les biens du tuteur. Cette déclaration n'aura d'effet que jusqu'à révocation. » Il y a une différence essentielle entre la déclaration qu'il ne sera pris aucune inscription et la renonciation à l'hypothèque. La renonciation à l'hypothèque entraîne l'extinction (art. 108, 2<sup>e</sup>; code civil, art. 2180); tandis que la déclaration que l'hypothèque ne sera pas inscrite laisse subsister l'hypothèque, laquelle pourra toujours être inscrite, puisque la délibération du conseil est révocable. Toutefois, en fait, la décision qu'aucune inscription ne sera prise équivaudra le plus souvent à une renonciation; les raisons, bonnes ou mauvaises, qui ont engagé le conseil de famille à ne pas spécialiser l'hypothèque subsistant pendant le cours de la tutelle, le conseil ne reviendra pas sur sa première délibération; il en résultera que l'hypothèque, quoique subsistant en théorie, sera inefficace, puisque tous les effets de l'hypothèque dépendent de l'inscription. La faculté que la loi donne au conseil de ne pas prendre inscription est donc très-dangereuse. Pourquoi lui a-t-elle été accordée? et dans quels cas le conseil en doit-il user?

**310.** Le texte donne au conseil le pouvoir de renoncer à l'inscription d'après les circonstances. Cela est très-vague. Quelles sont ces circonstances? La disposition a été propo-

sée par le ministre de la justice; la commission de la chambre l'a adoptée et justifiée en ces termes : « Il peut exister des hypothèses où l'inscription est inutile; par exemple, si le mineur ne possède que des immeubles. D'un autre côté, il est possible que le mineur ait un avoir si peu important, que son intérêt bien entendu exige que l'on dispense d'une mesure entraînant des dépenses inutiles, alors que le tuteur présente, du reste, par sa position et sa moralité, des garanties suffisantes. La commission est d'avis qu'il faut laisser, sur ce point, au conseil de famille une certaine latitude d'appréciation, d'autant plus que sa délibération pourra toujours être déferée au tribunal de première instance. »

Cette explication ne nous paraît pas tout à fait exacte. Est-il vrai que le conseil de famille doit dispenser de l'inscription quand la fortune du mineur est immobilière? Il est certain que la loi ne dit pas cela, elle dit plutôt le contraire. L'article 49 porte que le conseil fixe la somme pour laquelle inscription sera prise, eu égard à la nature des valeurs dont la fortune du mineur se compose, c'est-à-dire selon qu'elle est mobilière ou immobilière (n<sup>o</sup> 299); il doit donc toujours être pris inscription, que la fortune du mineur consiste en immeubles ou en meubles, seulement la somme sera moindre dans la première hypothèse, parce que le préjudice possible est moindre. Il en est de même de l'hypothèque légale de la femme : si elle se marie sans contrat, elle aura une hypothèque pour sa dot immobilière, comme nous le dirons plus loin, quoique le mari ne puisse, pas plus que le tuteur, disposer des immeubles, et que, de plus, il en ait la jouissance; mais il est responsable de son administration, comme le tuteur; et dès qu'il y a responsabilité, il doit y avoir hypothèque (1).

Le seul cas dans lequel le conseil de famille doit user de la faculté que lui donne l'article 49, c'est quand la fortune du mineur est très-modique, et que, du reste, le tuteur présente des garanties personnelles qui rendent inutile la garantie hypothécaire. Même ainsi limitée, la faculté de

(1) Comparez Martou, t. II, p. 373, n<sup>o</sup> 788.

dispenser de l'inscription est dangereuse. Les conseils de famille en ont abusé; dans les premières années qui ont suivi la publication de la loi, la clause de renonciation était presque de style; et, ainsi interprétée, la loi méritait d'être critiquée, comme elle le fut par un magistrat allemand (1). Le législateur n'est pas responsable de la mauvaise application que les conseils de famille font d'une disposition très-rationnelle: la garantie peut être inutile, dès lors l'inscription devient frustratoire. Mais c'est dépasser la loi et la violer que de décider, comme on le fait, qu'il n'y a pas lieu de prendre inscription parce que la fortune du mineur est immobilière et que le tuteur présente des garanties suffisantes par sa position. Quand un conseil prend une délibération pareille, le devoir du juge de paix est de former opposition, et le devoir des tribunaux est d'exécuter la loi.

311. Bien moins encore le conseil de famille peut-il dispenser le tuteur de fournir hypothèque, par le motif « que le tuteur inspire toute confiance ». Les conseils de famille pensent que l'hypothèque légale est une mesure de défiance, et que la crainte qui la motive est très-déplacée quand le tuteur, par son honorabilité et sa fortune, inspire une confiance entière. C'est très-mal raisonner. La loi ne se contente pas des garanties morales qui pourraient donner lieu à d'amères déceptions; elle veut une sûreté réelle, immobilière, dès que le mineur a des intérêts à sauvegarder. Dans l'espèce où cette délibération a été prise, les mineurs avaient une fortune relativement considérable, et la solvabilité de la mère tutrice était exposée à toutes les chances du commerce. La délibération a été annulée (2). Chose singulière! la circonstance que le tuteur était commerçant a été invoquée par un autre conseil de famille pour décider qu'il n'y avait pas lieu de prendre inscription sur ses biens. « Attendu que le tuteur doit inspirer une confiance absolue, et qu'une inscription hypothécaire ne pourrait que nuire à l'intérêt de ses enfants en ébranlant son crédit. » Sans

(1) Voyez les détails dans Timmermans, p. 13 et suiv. Comparez Cloes, t. II, p. 175, n° 1183.

(2) Jugement du tribunal de Namur, du 21 décembre 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 165).

doute l'hypothèque légale diminue le crédit du tuteur. Cela n'a pas arrêté le législateur; il a cherché à concilier les intérêts du tuteur avec les intérêts du mineur en ordonnant la spécialisation; aller plus loin, c'est dépasser la loi et la violer. La délibération a également été annulée (1). Nous préférons ces décisions, quoique sévères, à un arrêt de la cour de Liège. Un conseil de famille dispensa le père tuteur de toute garantie, en se fondant sur sa solvabilité et son honorabilité bien connues. Sur l'opposition du juge de paix, le tribunal maintint la décision. Appel du juge de paix, auquel se joignit le procureur du roi. La cour de Liège reconnaît que la décision du conseil de famille n'était pas suffisamment motivée. Il fallait dire plus: telle qu'elle était motivée, elle constituait une violation de la loi, car si le motif banal invoqué par le conseil suffisait pour renoncer à l'inscription, il n'y aurait plus d'hypothèque légale. Pour s'éclairer, la cour entendit le tuteur en chambre du conseil; l'arrêt porte que les explications du tuteur fournissaient la preuve de la sincérité de la déclaration faite par le conseil. Eh, qu'importe? Est-ce que par hasard la loi n'établit une garantie réelle qu'à défaut d'une garantie personnelle? C'est, au contraire, parce qu'elle ne tient aucun compte des garanties personnelles qu'elle veut une sûreté réelle. La cour ajoute qu'il résultait des mêmes explications que le tuteur avait sérieusement le projet d'acquiescer, au nom de sa pupille, des valeurs immobilières, et d'employer, à cet effet, les deniers propres de la mineure jusqu'à concurrence d'une somme de 500,000 à 600,000 fr. Si la cour entend décider qu'il n'y a pas lieu de prendre inscription quand la fortune mobilière est employée en immeubles, elle se trompe (n° 310); la loi dit implicitement le contraire (2). Et, dans l'espèce, il n'y avait même qu'un projet d'acquisition. La fortune de la mineure était donc mobilière lors de la délibération; partant, le conseil avait le devoir, à tous égards, de prendre inscription; le juge de paix avait bien apprécié la situation en formant opposi-

(1) Jugement du tribunal de Namur, du 19 juillet 1876 (*Pasicrisie*, 1876, 3, 346).

(2) Liège, 12 juillet 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 370).

tion et *ul* interjetant appel, et la cour aurait dû maintenir force à la loi.

**312.** L'article 49 dit que la déclaration du conseil portant qu'il n'y a pas lieu de prendre inscription est toujours révocable. Il en est ainsi de toute délibération sur l'hypothèque légale du mineur. D'une part, le montant de la somme pour laquelle inscription sera prise dépend de la fortune du mineur et de la nature des valeurs dont elle se compose; or, la fortune du mineur peut augmenter et parfois aussi diminuer, et la nature des biens peut également changer : de mobilière qu'elle était, la fortune peut devenir immobilière; et quand les éléments d'après lesquels se détermine l'étendue de la garantie hypothécaire viennent à se modifier, l'hypothèque aussi doit se modifier. La loi prévoit deux hypothèses, celle où les garanties deviennent insuffisantes et celle où elles deviennent excessives. Dans l'un et l'autre cas, il y a lieu à revenir sur la délibération primitive, mais les conditions diffèrent.

**313.** « Dans le cas où les garanties données aux mineurs seraient devenues insuffisantes, le conseil de famille pourra exiger ou une augmentation de la somme que devait garantir l'hypothèque, ou l'extension de cette hypothèque à d'autres immeubles » (art. 58). Si la loi dit que le conseil de famille pourra exiger un supplément d'hypothèque, cela ne veut pas dire que ce soit une faculté pour lui : c'est une obligation, à moins que l'on ne se trouve dans des circonstances qui permettent de renoncer à une inscription supplémentaire (n° 310); le conseil a une charge, c'est de veiller toujours aux intérêts du mineur. Le supplément d'hypothèque peut consister dans une augmentation de la somme pour laquelle inscription a été prise; cela suffira si les immeubles ne sont pas grevés pour toute leur valeur. Si les inscriptions absorbaient la valeur des immeubles, le conseil devrait prendre une inscription nouvelle sur d'autres immeubles du tuteur.

La loi suppose que l'inscription primitive devient insuffisante par suite d'une augmentation de fortune du mineur. L'insuffisance peut provenir aussi de la perte ou de la dégradation des immeubles sur lesquels inscription a été

prise. Dans ce cas, la somme reste la même, mais il y a lieu de prendre inscription sur d'autres immeubles du tuteur. C'est en vue de cette éventualité que l'article 58 admet une alternative; dans l'une des hypothèses, il faut augmenter la somme, tandis que dans l'autre, la somme restant identique, il faut prendre inscription sur de nouveaux immeubles.

Il y a encore une cause d'insuffisance que la loi ne prévoit point et qui doit se présenter souvent. Le conseil de famille spécialise l'hypothèque à un moment où il n'a pas une connaissance exacte de la fortune du mineur; l'appréciation qu'il en fera sera nécessairement conjecturale; il y aura, par suite, insuffisance ou excès de la garantie qu'il stipule, et, par suite, l'inscription devra être modifiée (n° 298).

Quand il y a lieu d'étendre l'inscription à d'autres immeubles, le conseil peut se trouver arrêté par une impossibilité. Si le tuteur ne possède pas d'autres immeubles, ou s'il n'en possède que d'une valeur jugée insuffisante, il sera impossible de prendre une inscription supplémentaire. Cette garantie sera remplacée par le dépôt des capitaux du mineur à la caisse des dépôts et consignations. Nous avons dit, au titre de la *Tutelle*, que tel est le droit commun, d'après la loi nouvelle, dans le cas où le tuteur ne possède pas d'immeubles, ou n'en possède pas qui soient suffisants pour répondre de la totalité de la gestion (art. 55-57).

**314.** Il y a encore une hypothèse dans laquelle l'inscription est insuffisante dès le principe, c'est lorsque le tuteur ne possédait pas des immeubles suffisants; et quand il n'en possédait point, le conseil n'a pas pu spécialiser l'hypothèque. Si, dans ces cas, il survient des immeubles au tuteur pendant le cours de la tutelle, la loi veut que l'on procède comme il est dit aux articles 49 et suivants, c'est-à-dire que le conseil de famille devra être convoqué pour spécialiser l'hypothèque et pour veiller à ce qu'une inscription soit prise sur les biens que le tuteur a acquis, soit une inscription première, soit une inscription supplémentaire.

Dans l'esprit de la loi, le mineur doit avoir une garantie réelle; dès qu'il est possible de la réaliser, le conseil de fa-