

Chrétien, Philippe-Émile. Faculté de droit de Paris. De l'Usufruit paternel. De l'Action publicienne. Thèse pour le doctorat. L'acte public... sera soutenu le 8 août 1860... par Philippe-Émile Chrétien,.... 1860.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

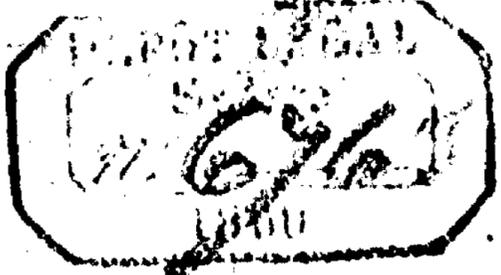
4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

INVENTAIRE
F. 31472





FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DE L'USUFRUIT PATERNEL

DE L'ACTION PUBLICIENNE.

THÈSE
POUR LE DOCTORAT.

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu,

Le 8 Août 1860, à 2 heures,

PAR

Philippe-Émile CHRÉTIEN

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE PARIS.

Président : M. DE VALROGER, Professeur.

Suffragants	{	MM. PELLAT.	}	Professeurs.
		BONNIER.		
		DURANTON.		
		M. DEMANGEAT.		Suppléant.

PARIS

IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE RENOUE ET MAULDE,

RUE DE RIVOLI, 144.

1860

31472

(C)

A MON PÈRE, A MA MÈRE

1911

1912

1913

1914

1915

1916

1917

1918

1919

1920

1921

1922

1923

1924

1925

1926

1927

1928

1929

DROIT ROMAIN

DE LA PUBLICIENNE

(Dig., lib. vi, tit. 2.)

SECTION I^{re}.

Nature et but de la publicienne.

Pour transférer la propriété, le seul consentement ne suffisait pas en droit romain. La tradition même, faite avec la volonté d'aliéner à quelqu'un qui voulait acquérir, ne suffisait pas, au moins d'une manière générale. On faisait à cet égard, dès une époque très-reculée, une distinction notable entre les choses dites *mancipi* et les choses *nec mancipi*. Les choses *mancipi*, entre vifs et de gré à gré, ne pouvaient être transmises que par certaines solennités de la mancipation ou de la cession juridique ; les choses *nec mancipi* pouvaient être aliénées par la simple tradition, pourvu qu'elles fussent corporelles. Lorsqu'une chose *mancipi* avait été reçue du véritable

propriétaire par simple tradition, l'aliénation étant nulle, la position de celui qui avait voulu acquérir n'avait de remède, selon le droit civil, que dans l'usucapion : manière d'acquérir par l'usage, c'est-à-dire par la possession qui devait être continuée pendant un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles. S'il venait à perdre la possession de la chose avant d'avoir usucapé, il ne pouvait, d'après la rigueur des principes, revendiquer la chose passée en d'autres mains ; car l'action réelle du droit civil, la revendication, n'est accordée qu'au propriétaire. Cependant il eût été inique de ne pas protéger, indépendamment de l'usucapion, une acquisition conforme au droit des gens. C'est principalement pour venir au secours de celui qui a perdu la possession dans ces circonstances, que paraît avoir été introduite l'action publicienne, ainsi nommée du préteur Publicius, qui, le premier la proposa dans son édit. A cet effet, le préteur suppose accomplie l'usucapion non encore achevée ; il donne mission au juge d'examiner, non pas si le réclamant, le demandeur, *est* actuellement propriétaire, mais s'il le *serait*, en supposant qu'il eût possédé la chose pendant le temps requis pour l'usucapion. Le juge verra si le demandeur réunit toutes les conditions prescrites pour l'usucapion, sauf le temps dont il lui est fait remise : si oui, il le fera rentrer en possession ; si non, il absoudra le défendeur. Ainsi, le droit prétorien, au moyen d'une action réelle basée sur la fiction de l'usucapion accomplie, assure, par anticipation, à celui qui n'a pas

encore acquis la propriété, la protection à laquelle il n'aurait droit civilement que plus tard, après le délai de l'usucapion expiré.

Voici comment cette action est décrite par Gaius (*Comm.* IV, § 36) : « Datur autem hæc actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo : *Judex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit, quique ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret, et reliqua.* » On voit, par les termes de cette formule, qu'elle est créée à l'imitation de l'action réelle par formule pétitoire du droit civil.

Gaius nous dit que cette action est donnée à celui qui n'a pas encore acquis par usucapion une chose à lui livrée pour une juste cause, et qui, en ayant perdu la possession, demande cette chose. Elle est donc accordée aussi à celui qui a reçu de bonne foi, par tradition de quelqu'un qui n'en était pas propriétaire, une chose, soit *mancipi*, soit *nec mancipi*. Ce possesseur, en effet, à raison de sa bonne foi, aurait pu arriver à la propriété par l'usucapion, comme celui qui a reçu du véritable propriétaire. Il méritait donc également la protection prétorienne. Aussi, la formule que nous venons de rapporter s'adapte-t-elle aux deux cas, celui de la *bonæ fidei possessio*, et celui où, ayant reçu la chose *mancipi* par simple tra-

dition du propriétaire même, on est dit avoir la chose *in bonis*.

D'après ces notions, la publicienne peut être définie, il me semble, une action réelle, fictive, créée par le préteur à l'imitation de l'action civile, pour protéger tous ceux qui, en position d'usucaper, perdaient la possession de la chose avant l'expiration du temps de l'usucapion.

Cependant quelques auteurs pensent que la publicienne ne s'appliquait pas à celui qui avait la chose *in bonis*. Elle se serait appliquée seulement à l'hypothèse de la *bonae fidei possessio*. L'*in bonis* aurait été garanti par une autre action réelle, sur la nature de laquelle ces auteurs sont divisés d'opinion.

Cette autre action réelle serait, suivant les uns, la *formula petitoria*. Celui qui avait le domaine bonitaire, sans avoir aussi le domaine quiritaire, pouvait, dit-on, agir par cette action dont l'*intentio* était : *rem suam esse*, et non : *rem suam esse ex jure Quiritium*. On cite, à l'appui de cette opinion, les expressions de Gaius, qui dit (*Comm. iv, § 92*) : *Petitoria formula haec est, qua actor intendit rem suam esse*. On fait remarquer qu'ici le jurisconsulte n'ajoute pas *ex jure Quiritium*, tandis qu'en parlant ensuite de la procédure *per sponsionem*, il emploie ces termes : *Per sponsionem vero hoc modo agimus ; provocamus adversarium tali sponsione : si homo de quo agitur EX JURE QUIRITIUM MEUS EST, sesterios XXV nummos dare spondes* (*iv, § 93*) ? Il est vrai qu'ailleurs, ajoute-t-on, les mots *ex jure Quiritium* figurent dans la *formula*

petitoria (iv, § 41); mais cette diversité montre que si le demandeur pouvait se prétendre *dominus ex jure Quiritium*, la seule expression essentielle de la formule était *suum esse*.

Ce système serait renversé par son fondement, s'il était établi que dans les actions *in rem*, les expressions *meum*, *tuum*, *suum esse*, même sans l'addition *ex jure Quiritium*, indiquent toujours chez les Romains le *dominium ex jure Quiritium*, et non la propriété désignée par la périphrase *in bonis habere*. Or, nous trouvons la preuve de ce fait dans des passages de plusieurs jurisconsultes, et notamment dans Gaius (iv, § 34). Il s'exprime ainsi à l'égard du *bonorum possessor* : *Quum enim prætorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et NEQUE ID QUOD DEFUNCTI FUIT POTEST INTENDERE SUUM ESSE, etc.* Puisque le successeur qui a obtenu la *bonorum possessio* a les choses héréditaires *in bonis* (Gaius, iii, 80 et 81), s'il ne peut *intendere suum esse id quod defuncti fuit*, c'est donc que l'expression *suum esse* désigne par elle seule et nécessairement le *dominium ex jure Quiritium*. Ce texte prouve donc que celui qui a l'*in bonis* ne peut agir par la *petitoria formula*, parce qu'en disant : *rem suam esse*, il prétendrait avoir la propriété quiritaire. Il montre aussi que Gaius, en définissant (§ 92) la *petitoria formula*, n'avait pas besoin d'ajouter aux mots *rem suam esse* : *ex jure Quiritium*; ces derniers mots sont sous-entendus. Ulpien, l. 6, § 2, *de Confessis*, et Paul, l. 6, § 2, *de rei vindicatione* peuvent

encore être invoqués à l'appui de notre opinion.

D'autres auteurs attribuent à celui qui avait une chose *in bonis* une action réelle fictive, c'est-à-dire l'*actio in rem* du propriétaire, donnée *utiliter*, laquelle reposerait sur une fiction différente de celle qui sert de base à l'action publicienne. Cette fiction consisterait à supposer la mancipation ou la cession juridique accomplie, lorsqu'il y a eu acquisition d'une chose *mancipi* par simple tradition, à supposer la qualité d'héritier existante, quand il s'agit du *bonorum possessor*, du *bonorum emptor*. Mais cette opinion, exacte relativement aux derniers points, n'est favorisée par aucun texte, quant à la fiction de la mancipation ou de la cession juridique. Il me paraît préférable d'admettre dans cette hypothèse la fiction de l'usucapion accomplie. Gaius dit en effet formellement que l'usucapion s'appliquait, et à celui qui, ayant reçu du propriétaire par tradition une chose *mancipi*, avait cette chose *in bonis*, et à celui qui avait reçu une chose de bonne foi de celui qui n'était pas propriétaire. On convient que si le possesseur de bonne foi perdait la possession avant d'avoir pu usucaper, le préteur feignait pour lui l'usucapion accomplie avant la perte de la possession. Comment croire que le préteur refusait le même secours pour rentrer en possession à celui qui avait acquis du propriétaire lui-même ?

Nous avons indiqué le but de la publicienne, le principe qui lui sert de fondement, nous avons fait connaître sa formule : voyons quelles conditions sont

requis pour l'exercice de cette action, qui peut l'intenter, contre qui elle se donne.

SECTION II.

Conditions requises pour l'exercice de l'action publicienne.

Il faut, pour intenter cette action : 1° avoir été possesseur ; 2° l'avoir été en vertu d'une juste cause ; 3° avoir été de bonne foi lors de l'acquisition de la possession ; 4° demander une chose susceptible d'usucapion.

§ I. — DE LA POSSESSION.

J'admets, malgré la controverse qui s'est élevée sur ce point, que la possession est une condition absolument nécessaire pour l'exercice de la publicienne. Cette opinion, enseignée par Cujas, Voet, M. Savigny, paraît être la seule qui s'accorde avec la fiction d'usucapion, qui est le principe de l'action publicienne ; la seule qui soit en harmonie avec la formule de cette action, et avec les expressions employées par le préteur dans son édit. Elle est confirmée par de nombreux textes du Digeste.

La publicienne, ai-je dit, est fondée sur la fiction que l'usucapion commencée est accomplie : *Fingitur rem usucepisse*, dit en effet Gaius (iv, § 36) ; Justinien s'exprime de même : *Inventa est a pretore in qua*

dicit is qui possessionem amisit eam rem se usucepisse (iv, tit. 6, § 4). Or, l'usucapion ne peut pas commencer sans la possession. « *Sine possessione usucapio contingere non potest.* » (L. 25, Dig., de Usurp. et usuc.) Donc la publicienne suppose la possession : elle ne peut exister s'il n'y a eu possession. Comment, en effet, être supposé avoir fini l'usucapion, si on ne l'a pas même commencée? Aussi la formule de la publicienne mentionne-t-elle expressément la possession : « *Si quem hominem Aulus Agerius emit quique ei TRADITUS est, anno POSSEDISSET, etc.* » (Gaius, IV, § 36.) Et le préteur, en promettant sous certaines conditions la publicienne, prouve encore la nécessité de la possession : *Si quis id quod TRADITUR ex justa causa et NONDUM USUCAPTUM petet, iudicium dabo.*

S'il était possible d'agir par la publicienne, même sans avoir possédé, Ulpien aurait-il dit : *Ante traditionem quamvis bonae fidei quis emptor sit, publiciana experiri non poterit?* (L. 7, § 16, De publiciana in rem actione.) Paul, commentant l'édit, aurait-il pu écrire : *Etiam is qui momento possedit, recte hac actione experiretur?* (L. 12, § 7.) Pourquoi enfin tous les textes de notre titre auraient-ils soin de marquer qu'il y a eu possession et qu'elle a été perdue? (Voir, par exemple, l. 6, l. 12 et 13, Pr., l. 17.)

Quels sont donc les arguments que peuvent opposer les partisans de l'opinion contraire? Ils se fondent sur divers textes qui, nous le croyons, peuvent s'interpréter d'une manière conforme aux textes précédents.

Ils invoquent d'abord la loi 1, § 2, dans laquelle

Ulpien se demande : Pourquoi le prêteur a-t-il fait mention de la tradition seulement et de l'usucapion ? Il y a pourtant, ajoute Ulpien, d'assez nombreux moyens de droit par lesquels on obtient la propriété, par exemple le legs. Ulpien, dans le fragment que nous avons, ne répond pas à la question qu'il s'est posée. Suivant les interprètes qui invoquent ce texte, si le prêteur n'a mentionné dans son édit que la tradition et l'usucapion, et n'a ainsi promis expressément la publicienne qu'à celui qui a été en position d'usucaper, c'est qu'il a eu principalement en vue les cas les plus ordinaires ; mais on ne doit pas conclure de là qu'il refusât la publicienne à celui qui avait eu sujet de croire qu'il devenait propriétaire par un autre mode d'acquisition. Il me semble résulter seulement du commentaire d'Ulpien que *la tradition* n'est pas une condition absolument nécessaire pour que le légataire, par exemple, puisse exercer la publicienne. Je suppose que le légataire s'est mis de lui-même en possession avec la volonté de l'héritier. Cette prise de possession ne constitue pas une tradition, tant que l'héritier n'est pas lui-même entré en possession ; mais elle est suffisante pour autoriser la publicienne, parce que le légataire qui possède ainsi peut usucaper : *Si non traditam possessionem ingrediatur sine vitio legatarius, legatæ rei usucapio competit.* (L. 8, Dig., *Pro legato.*) La nécessité de la possession est confirmée par la loi 2, qui continue la l. 1, § 2, et dans laquelle on lit : *Amissa possessione, competit publiciana.* En résumé, si le prêteur n'a pas fait mention

du legs dans son édit, c'est, je crois, parce que le legs à lui seul n'eût pas donné la publicienne.

Au sujet de cette loi 2, nous dirons quelques mots de l'assimilation faite entre le legs et la donation à cause de mort par cette loi et la précédente. Du rapprochement de ces fragments, il semble ressortir que par la donation à cause de mort, comme par le legs *per vindicationem*, le *dominium* est transféré sans tradition. Mais ce sens est difficile à admettre en présence des textes du Digeste et du Code, qui présentent la tradition comme la forme habituelle de cette donation. Je crois que les points de ressemblance auxquels il est fait allusion sont les suivants. Une donation a été faite par tradition, mais sous la condition suspensive du prédécès du donateur. Le décès du donateur arrivant, la propriété, en vertu de la tradition conditionnelle qui a eu lieu, est transférée au donataire, ou, si le donateur n'était pas propriétaire, l'usucapion court au profit de ce donataire, qui peut exercer la publicienne. Le droit à la revendication ou à la publicienne appartient donc, après la mort du donateur, au donataire, comme il appartiendrait au légataire *per vindicationem*. Autre point de ressemblance : La loi Falcidie s'appliquant à la donation à cause de mort comme au legs, le donataire mis en possession de la chose dont une partie est atteinte par le retranchement, ne pourra, ainsi que le légataire, s'il perd la possession, revendiquer par l'action réelle ou par la publicienne que pour la part que lui laisse la Falcidie.

On tire aussi un argument contre la nécessité de la

possession, de la loi 9, § 6, qui donne la publicienne à l'héritier, quoiqu'il n'ait pas possédé lui-même, pour recouvrer la chose achetée, possédée, puis perdue par l'esclave héréditaire. Cette décision de la loi 9 est la conséquence de cette exception admise avec le temps, que l'acquisition de la possession et l'usucapion sont possibles pour les personnes qui ne peuvent pas vouloir, telles que l'hérédité jacente. (L. 44, § 3, *De usurp. et usucap.*, de Papinien.) L'héritier, en acquérant l'hérédité par l'adition, y trouve l'usucapion achevée ou au moins commencée; il peut donc, si l'esclave a perdu la possession, intenter l'action publicienne; le droit à l'action publicienne fait partie de cette hérédité. Le même paragraphe 6 accorde aussi cette action aux municipes, aux habitants d'une ville, à l'esclave desquels une chose a été livrée; c'est qu'on avait fini par admettre que les municipes pouvaient également acquérir la possession et la faculté d'usucaper par leurs esclaves et par leurs administrateurs (l. 2, *De adq. vel amitt. poss.*, d'Ulpian), bien que ces personnes collectives, morales, ne puissent pas avoir une volonté comme une personne réelle.

La loi 12, § 1, est aussi invoquée. Celui à qui une hérédité a été restituée en vertu du sénatus-consulte Trébellien, bien qu'il n'ait pas obtenu la possession, peut, dit Paul, user de la publicienne. Mais le jurisconsulte ne fait là que l'application du principe d'après lequel cette action passe à tous les successeurs, soit civils, soit prétoriens (l. 7, § 9); le fidéicommissaire est un successeur prétorien (l. 24, § 1,

Famil. ercisc., et l. 2, § 19, *Pro emptore*). Il s'agit dans cette loi 12 de choses que le défunt était en voie d'usucaper, et pour lesquelles il avait lui-même l'action publicienne. L'usucapion commencée continuant après la mort du possesseur, même pendant que personne ne possède, l'action publicienne a dû passer à l'héritier, qu'il fût lui-même de bonne ou de mauvaise foi.

On se fonde encore sur la loi 15, qui porte que si mon esclave, pendant qu'il est en fuite, achète une chose de quelqu'un qui n'en est pas propriétaire, la publicienne doit me compéter, bien que je n'aie pas obtenu par lui la possession de la chose livrée. Je crois qu'il est seulement question dans cette phrase de la possession entendue dans le sens de *détention corporelle*. Car le maître acquiert la possession civile, même par son esclave fugitif (l. 1, § 14, de Paul, *De adq. vel amitt. poss.*) : *Possessionem autem per servum qui in fuga sit acquiri, sicut per eos quos in provincia habemus, Cassii sententiâ est*. J'ai donc l'action publicienne dans la loi 15, parce que j'ai acquis la possession par l'esclave, quoique, vu l'éloignement, je ne détienne pas encore matériellement la chose mise entre ses mains.

On argumente enfin des mots *non admissus* de la loi 18, § 15, de *Damno infecto*; l'envoyé en possession, par le second décret du préteur, *ex causâ damni infecti*, peut exercer la publicienne, *si non admissus fuerit*. Il peut sembler tout d'abord que Paul accorde cette action à celui qui a été empêché d'entrer dans le

fonds. Mais le jurisconsulte dit que l'envoyé avait commencé à posséder (*ceperat possidere*); d'ailleurs, l'envoyé est en position d'employer l'interdit *unde vi* ou l'action publicienne, et cet interdit exige qu'on ait déjà possédé. Ulpien explique encore (loi 3, § 13 et 14, *de vi*) qu'il faut entendre par *non admissus* celui qui a été empêché non pas d'entrer, mais de rentrer dans le fonds : *Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deiecit utentem et fruentem, aut non admisit, quum ex fundo exisset non usufructus deserendi causa*. Ainsi la loi 18, § 15, loin de nous être défavorable, milite plutôt en faveur de notre opinion.

Si la possession est une condition *sine qua non* de la publicienne, il importe peu qu'on l'ait acquise par soi-même ou par un autre. Mon esclave a-t-il acheté et s'est-il fait livrer une chose, je peux usucaper, et, si je perds la possession, j'ai l'action publicienne, qu'il ait fait cette acquisition pour son pécule (*peculiari nomine*) ou pour moi (*domini nomine*); seulement le point de départ de l'usucapion n'est pas le même dans les deux cas. Lorsque l'esclave a acheté *peculiari nomine*, l'usucapion commence tout de suite, à mon insu, parce qu'alors il est censé posséder par ma volonté, que j'ai manifestée une fois pour toutes quand je lui ai permis d'avoir un pécule : *Quia nostra voluntate servus et filius intelliguntur possidere, qui eis peculium habere permiserimus*. (L. 1, § 5, *de Adq. vel amitt. poss.*) Quand l'esclave a acheté *domini nomine*, l'usucapion ne commence que du moment où j'ai connaissance de l'acquisition. Mon mandataire,

mon gérant d'affaires, mon tuteur, mon curateur ont-ils acheté une chose pour moi et en ont-ils pris possession en mon nom, l'usucapion et partant le droit à la publicienne courent également à mon profit. En cas de mandat ou de gestion d'affaires, l'usucapion commence au moment seulement où j'ai connaissance de l'acquisition; elle court, au contraire, avant que j'en aie eu connaissance au cas de tutelle ou de curatelle, la volonté de mon tuteur ou curateur suppléant la mienne. (L. 7, § 10, de *Public.*)

§ II. — DE LA JUSTE CAUSE.

Une juste cause est un contrat ou un fait, conforme au droit (*justa*), par suite duquel la possession a été reçue ou prise dans le but d'acquérir la propriété; plus brièvement, c'est un fait dénotant l'intention de transférer ou d'acquérir la propriété.

L'action publicienne présupposant une usucapion commencée, et l'usucapion ne pouvant avoir lieu que si le possesseur a une *justa causa possessionis*, il faut, pour intenter la publicienne, une possession fondée sur une *justa causa*.

Toutes les fois que l'on a obtenu la possession d'une chose par suite d'une juste cause qui pouvait faire acquérir la propriété, et qui l'aurait fait acquérir si celui de qui on tient la chose eût été propriétaire, ou si la chose, dans le droit antérieur à Justinien, eût été de nature à être aliénée par la tradition, on a droit à

la publicienne pour recouvrer la chose perdue. (L. 13, pr.) La publicienne n'est donc pas donnée pour toute possession juste, mais pour toute possession fondée sur une juste cause d'acquisition de la propriété. Ainsi, le créancier gagiste qui a la possession proprement dite, qui exerce en son nom les interdits possessoires, n'a pas la publicienne, parce qu'en se faisant transférer la possession, il n'a pas entendu acquérir le droit de propriété, parce qu'il n'est pas dans le cas d'usucaper. De même celui qui a obtenu la concession à précaire ne peut, quoiqu'il ait une possession juste, exercer la publicienne; car il n'est pas entré en possession avec la croyance qu'il était propriétaire. (L. 13, § 1.)

La tradition que l'un des époux ferait à l'autre pour cause de donation ne donnerait pas lieu non plus à la publicienne, parce que la propriété ne se transfère pas entre époux par donation. Au contraire, la tradition faite pour la même cause entre fiancés vaudrait pour la publicienne, les donations entre fiancés n'étant pas interdites. (L. 12, pr.)

Le legs constitue aussi un juste titre lorsque le légataire est entré de bonne foi en possession d'une chose qui lui a été léguée *a non domino*. Le legs *per vindicationem* sert de titre à l'usucapion; le légataire aura donc l'action publicienne.

La donation à cause de mort est une juste cause lorsqu'il y a eu tradition. Toutefois il faut faire une distinction entre la *donatio pura que sub conditione resolvitur*, et la donation conditionnelle; la juste

cause n'existe pas au même moment dans les deux cas. Dans l'hypothèse de la donation immédiate, mais résoluble sous condition, il y a une juste cause qui, par suite de la tradition, produit ses effets immédiatement. Au contraire, dans la donation sous la condition suspensive du prédécès du donateur, le donataire n'étant investi de la propriété qu'à la mort du donateur, la possession, utile pour la publicienne, ne peut commencer pour lui pendant la vie du donateur.

Celui à qui une chose a été livrée à titre de dot et qui ne l'a pas encore usucapée, a la publicienne, que la chose ait été estimée ou non. S'il n'y a pas eu estimation, le mari possède et usucape la chose *pro dote*, et, un cas de restitution arrivant, c'est de la chose même qu'il est débiteur; s'il y a eu estimation, le mari possède et usucape *pro emptore*; il sera débiteur non de la chose, mais du prix.

Ulpien, continuant l'énumération des cas dans lesquels il y a *justa causa traditionis*, mentionne celui où une chose a été livrée en vertu d'un jugement. Ce texte (l. 3, § 1) n'est pas sans difficulté. Quand pourra-t-on dire que *res tradita est ex causa judicati*, qu'il y a *justa causa usucapionis*, et partant lieu à la publicienne?

Envisageons d'abord l'action réelle. Le juge a déclaré que la chose revendiquée est au demandeur; il a ordonné au défendeur de restituer la chose; le défendeur a fait cette restitution: y a-t-il là *justa causa usucapionis*; y a-t-il lieu à l'action publicienne? Il me semble que non. Pour pouvoir exercer cette action,

il faut une juste cause d'acquisition de la propriété, un fait qui mette hors de doute, de la part de celui qui livre la chose, l'intention d'en transférer la propriété en même temps qu'il en transfère la possession. Or, le jugement qui donne gain de cause au revendiquant ne présente pas ce caractère. Le jugement n'est pas translatif, mais déclaratif de propriété; il ne crée pas un titre d'acquisition, il reconnaît l'existence d'un titre préexistant; il n'y a donc pas là une *traditio ex justa causa transferendi domini*. Où serait l'auctor dans un jugement? Serait-ce le juge? Mais il n'a ni l'intention ni le droit de transférer au revendiquant la propriété du défendeur. Serait-ce le défendeur? Il n'a pas l'intention de transférer à son adversaire aucun droit; la restitution s'est peut-être même opérée *manu militari*. Comment pourrait-il d'ailleurs transmettre un droit au demandeur à qui le droit est déclaré appartenir? Le jugement n'ayant pas pour but de conférer au demandeur victorieux un droit nouveau, ce demandeur ne pourra donc, s'il n'était pas réellement propriétaire, comme le juge l'a déclaré, se faire du jugement un titre nouveau à l'usucapion: il ne pourra invoquer que son titre antérieur.

Lorsque le défendeur, faute de restitution, est condamné à l'estimation de la chose, il peut y avoir lieu alors de dire que *res ex causa judicati sit tradita*. Le défendeur, il faut le supposer, a payé avec des écus qui ne lui appartenaient pas, ou a donné une chose en paiement au demandeur, et de son consentement, qui appartenait à un tiers. Le demandeur de bonne foi

usucapera au titre *pro judicato*. — Il en sera de même lorsque le défendeur sera condamné dans les actions personnelles.

Dans quelques actions personnelles de bonne foi, comme l'action *empti*, et dans quelques actions personnelles arbitraires, comme l'action *quod metus causa*, le juge, s'il reconnaissait que le défendeur était tenu de transférer la propriété d'une chose ou au moins de la livrer (*dare* ou *tradere*), lui ordonnait d'exécuter cette obligation, et ne le condamnait qu'au cas où il n'avait pas exécuté l'ordre donné par le juge en vertu de son *arbitrium* ou du pouvoir que lui laissait la mention *ex æquo et bono* des actions de bonne foi. Si, dans cette hypothèse, le défendeur, afin d'empêcher la condamnation, faisait tradition de la chose qu'il était déclaré devoir, le demandeur commençait sans doute à posséder *ex judicati causa*, et il avait droit à la publicienne. Il y avait alors chez le défendeur qui faisait la tradition intention d'accomplir une obligation : il y avait donc *justa causa* pour l'usucapion et la publicienne.

En effet, la tradition faite *solvendi causa*, pour accomplir une obligation, constitue un juste titre (l. 4). Peu importe qu'on ait livré la chose même qui était due ou une autre agréée en remplacement par le créancier (l. 46, *de Usurp. et usucap.*) ; peu importe aussi que la créance ait existé ou non, si l'on a cru à son existence, parce que la tradition en vertu d'une cause que l'on croit vraie suffit pour faire que l'on possède comme sien, *pro suo*, ce qui a été livré, dit

Pomponius (l. 3, *Pro suo*). Toutefois, la tradition faite par le vendeur à l'acheteur dans le but d'accomplir l'obligation contractée par la vente, ne sert à l'usucapion qu'autant qu'une vente a été véritablement contractée (l. 48, *de Usurp. et usucap.*, et l. 2, pr., *Pro emptore*). La croyance qu'il y a eu vente ne suffit que dans des cas exceptionnels. Cette différence dans la règle de droit avait amené une différence dans l'expression : la tradition faite par le vendeur constituait une possession dite *pro emptore* ; la tradition faite par tout autre débiteur constituait la possession et l'usucapion *pro soluto*. La nécessité d'une vente, signalée par les jurisconsultes, tenait peut-être aux termes de l'édit qui mentionnait spécialement la vente (*Prætor ait* : « *Qui bona fide emit* », dit Ulpien sur l'édit, l. 7, § 11), tandis que pour les autres cas il parlait seulement de la tradition faite en vertu d'une juste cause (*quod traditur ex justa causa*, l. 1).

Pour que l'acheteur puisse intenter la publicienne, faut-il qu'il ait payé le prix ou satisfait autrement le vendeur ? L'édit ne parle pas de prix payé, d'où l'on peut tirer la conjecture, dit Gaius, l. 8, que la pensée du préteur ne serait pas qu'on doive examiner si le prix a été payé : *Unde potest conjectura capi, quasi nec sententia prætoris ea sit, ut requiratur an solutum sit pretium*. Mais la manière un peu indécise dont Gaius s'exprime permet de douter que ce fût là la décision à laquelle il s'arrêtât. Cette solution ne paraît pas avoir été celle adoptée par les jurisconsultes classiques. Des textes de Pomponius, Julien, Ulpien, exa-

minant si la publicienne peut être donnée, mentionnent cette circonstance que le prix a été payé, et l'on sait que les jurisconsultes romains ne rapportent pas d'ordinaire des circonstances inutiles dans la position de leurs espèces (Ulp., 72, *de Rei vindic.*; l. 4, § 32, *de Doli mali et metus exceptione*; l. 2, *de Except. rei vend. et trad.*). Le paiement du prix est, en effet, une condition essentielle pour que l'acheteur qui n'a pas obtenu crédit puisse acquérir la propriété de la chose par la tradition qui lui en est faite (Pomp., l. 19, *de Contrah. emptione*; Gaius, l. 53, *eod.*). Ce doit donc être aussi une condition nécessaire pour que l'acheteur puisse acquérir la chose par usucapion, puisque, pour l'usucapion et la publicienne, il faut avoir cru devenir propriétaire (l. 13, § 1, *hoc. tit.*), et l'on ne peut croire que l'on est devenu propriétaire quand on n'a pas payé le prix. L'acheteur qui aurait cette croyance commettrait une erreur de droit qui ne saurait profiter pour l'usucapion : *In jure erranti non procedit usucapio* (l. 32, § 1, *de Usurp. et usucap.*).

La tradition, faite malgré la défense du maître, d'une chose qui avait été vendue de son consentement par son procureur, est une juste cause pour la publicienne, si l'acheteur vient à perdre la possession (l. 14, *hoc. tit.*). Lorsqu'à l'action publicienne le propriétaire opposera l'*exceptio justi dominii* : *Si non ea res possessoris sit ex jure quiritum*, l'acheteur obtiendra du préteur la réplique : *Si non auctor petitoris, ex voluntate possessoris vendidit*. L'acheteur, je le suppose, a payé ou est prêt à payer le prix, ou a obtenu

crédit. Si le maître avait donné mandat de ne pas livrer la chose avant que le prix fût payé, il y aurait lieu à la réplique : *Si non pretium solutum est, nec fides de pretio habita* (l. 1, § 2, de *Except. rei vend. et trad.*).

La vente d'une hérédité constitue une juste cause de possession au point de vue même des objets particuliers de cette hérédité (l. 9, § 3). Le doute venait de ce que, dans la vente d'une hérédité, l'objet de la vente, c'est l'universalité et non chacune des choses héréditaires en particulier; aussi le vendeur n'est-il pas tenu de garantir l'acheteur de l'éviction d'un objet particulier. Mais Nératius a pensé que la publicienne devait compéter au profit de cet acheteur, s'il perdait la possession d'une chose particulière; car, en vendant l'hérédité, l'héritier a vendu tout ce qui lui appartenait comme héritier, il s'est donc obligé de livrer toutes les choses héréditaires; en conséquence, la publicienne peut être donnée pour cette chose perdue, qui n'a pas été *tradita sine causa*.

Le possesseur qui, faute de restituer, est condamné à l'estimation, est réputé avoir acheté la chose (l. 7, § 1, de *Public.*); si donc cette chose appartenait à un autre que le demandeur ou était *res Mancipi*, il en deviendra propriétaire par l'usucapion et aura droit à la publicienne. Mais si la restitution n'a pu se faire parce que le défendeur a perdu la possession par dol, et non pas seulement par sa faute, l'estimation, que le demandeur fixe alors lui-même par le serment *in litem*, n'est plus assimilée à un prix d'achat, mais à une peine; et le défendeur n'obtient ni la ces-

sion de la revendication du demandeur, ni l'action publicienne. (L. 63, de *Rei vindic*, l. 69 et 70.— Voir aussi l. 46 et 47.)

Celui qui a acheté d'un fou, ignorant que son vendeur était en démence, peut usucaper; donc il aura aussi l'action publicienne: telle est la décision de Marcellus et d'Ulpien (l. 7, § 2, de *Public.*). D'après le droit strict, sans doute, celui qui a acheté d'un homme en démence n'a pas de *justa causa possessionis*, car il n'y a pas de contrat sans le consentement des deux parties. Mais on a admis ici que l'acheteur ayant été trompé par les apparences, l'usucapion et la publicienne compétent *utilitatis causa*; l'opinion où l'on est qu'il a existé une juste cause équivaut en effet à l'existence même d'une juste cause quand cette opinion se fonde sur une erreur de fait digne d'excuse. Cette décision de la loi 7 paraît être en opposition avec celle de la loi 2, § 16, *pro emptore*. Peut-être, cependant, pourrait-on les concilier et admettre, avec Accurse, que Paul ne refuse pas la publicienne à l'acheteur, mais que l'acheteur n'a de juste cause de possession *ad usucapionem* que vis-à-vis des tiers; il ne peut agir par la publicienne contre son vendeur, car la vente faite par le fou étant nulle, le prétendu acheteur ne pourrait opposer la réplique *rei venditæ et traditæ* à l'exception *justi dominii*; de même qu'il ne pourrait, dit le jurisconsulte, agir contre ce vendeur en garantie, ni joindre la possession de celui-ci à la sienne, la relation d'auteur à successeur n'ayant pu s'établir en vertu d'une vente nulle.

Si quelqu'un a acheté d'un mineur qu'il ignorait être tel, dit Ulpien (l. 7, § 4, *hoc. tit.*), il a l'action publicienne. Il y a sur la capacité du mineur pubère deux opinions principales. D'après l'une, le mineur ne peut ni s'obliger, ni aliéner sans le consentement de son curateur. D'après l'autre, il peut s'obliger (l. 101, *Dig., de Verb. oblig.*; et l. 43, *de Oblig. et act.*), mais il ne peut aliéner (l. 3, *C., de In integrum restit. minor.*, II, 22). Si nous adoptons la première opinion, nous expliquerions le § 4 en disant : La vente faite par le mineur n'a pas sans doute constitué une juste cause, car le mineur n'ayant pas la capacité de s'obliger, la vente qu'il a faite est nulle ; néanmoins celui qui a traité avec le mineur sans l'assistance de son curateur aura la publicienne, s'il a cru ce mineur majeur, parce qu'une juste cause putative peut produire les effets d'une juste cause véritable. Mais inclinant à l'interprétation qui permet au mineur pubère de s'obliger, sauf *restitutio in integrum*, je dirai : Dans la vente faite par le mineur, il y a une juste cause ; j'ai acheté valablement, car le mineur a pu s'obliger. La tradition, il est vrai, ne m'a pas transféré la propriété, car le mineur n'a pu aliéner, parce que l'administration appartenait, non à lui, mais à son curateur ; mais le pouvoir d'aliéner est suppléé par la bonne foi de celui qui croyait recevoir la chose d'un majeur.

Il y a une juste cause de tradition dans la *noxæ deditio* (l. 5). L'abandon de l'esclave délinquant fait par le possesseur de bonne foi pour se dispenser de

payer la réparation du délit, met celui à qui l'abandon est fait dans la position où était le possesseur défendeur, c'est à dire *in causa usucapiendi*; le nouveau possesseur pourra donc, au cas de perte de la possession, intenter l'action publicienne. La prise de possession, par ordre du préteur, *ductio ex causa noxali*, lorsque le possesseur de bonne foi ne veut pas défendre l'esclave, confère au demandeur le même droit (l. 6).

L'envoi en possession par le second décret du préteur, *ex causa damni infecti*, constitue encore une juste cause de possession. Quand une maison menace ruine et que le propriétaire refuse de donner caution de réparer le dommage que sa chute peut causer à la maison voisine, le préteur, par un premier décret, envoie le propriétaire de celle-ci en possession de l'autre, *custodiæ causa*, et, après un certain temps, il l'autorise par un second décret à posséder *animo domini*: il le met en position de devenir propriétaire par l'usucapion. L'envoyé, en attendant que l'usucapion soit accomplie, a donc l'action publicienne. (L. 15, § 16, de *Damno infecto*, et loi 18, § 15, *eod.*)

Le juge, dans les actions *familix erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum*, a le pouvoir de transférer la propriété de la chose qu'il adjuge à l'un des plaideurs. Mais si une action en partage s'est engagée par erreur sur des fonds appartenant à autrui, comme s'ils étaient communs, l'adjudicataire de bonne foi n'arrivera à la propriété que par l'usucapion (Marcellus, l. 17, de *Usurp. et usucap.*); l'adjudication

est une juste cause de possession qui lui donnera, en attendant l'accomplissement de l'usucapion, droit à la publicienne (l. 7, pr., de *Public*).

Le droit anté-Justinien fournissait probablement un autre cas dans lequel l'adjudication constituait une juste cause de possession : je veux parler du cas où une adjudication avait été prononcée dans un *judicium imperio continens*. D'après le § 47 des *Fragmenta vaticana*, l'usufruit ne pouvait être conféré par adjudication que dans un *judicium legitimum*, c'est à dire dans une instance introduite à Rome ou dans une distance moindre d'un mille, entre citoyens romains, devant un seul juge également citoyen romain (Gaius, Inst. 4, 104). Peut-être cette restriction s'appliquait-elle également à l'acquisition de la propriété ; car Paul nous dit, l. 44, § 1, *Famil. ercisc.*, que le préteur protège les adjudications en donnant des exceptions ou des actions : si l'on a besoin de la protection du préteur, c'est donc que toutes les adjudications ne transfèrent pas la propriété *ex jure quiritium*. Paul ne pouvait pas avoir en vue, comme Marcellus dans la loi 17, l'adjudication de la chose appartenant à un tiers ; le préteur n'aurait pas donné une exception (*si res non sit adjudicata*) contre la revendication de ce tiers dont la chose a été à tort l'objet d'un partage. Ces adjudications, qui ne transfèrent pas le *dominium*, sont sans doute celles prononcées dans un *judicium quod imperio continetur*, dans une instance dont la durée se règle sur la durée de l'*imperium* du magistrat ; le *judex* ne pouvait pas sans

doute alors, plus que le magistrat dont émanait son pouvoir, conférer le *dominium* : il mettait seulement *in bonis* de l'adjudicataire la chose qu'il lui attribuait.

Celui qui a reçu une chose pour quelque cause lucrative a également l'action publicienne, laquelle lui compète même contre le donateur (l. 7, § 3); c'est-à-dire que si le donateur, devenu propriétaire de la chose et rentré en possession, oppose l'exception *justi dominii*, le donataire opposera la réplique *rei donatæ et traditæ*.

Le serment constitue encore une juste cause. Le demandeur, nous dit Ulpien, l. 7, § 7, qui a juré que la chose est sienne, a l'action publicienne; mais l'effet du serment, comme celui de la chose jugée, est renfermé entre les parties : l'action ne peut donc être intentée que contre le défendeur qui a déféré le serment, ou contre ses successeurs. Ulpien, dans un autre texte (l. 11, § 1, *de Jurejurando*), dit que l'action accordée à celui qui a juré que la chose est à lui est une action *in factum*. L'*intentio* étant, non pas *in jus*, mais *in factum*, le juge aura à examiner, non pas le point de droit : si la propriété du fonds est au demandeur, mais le point de fait : si le demandeur a prêté le serment déféré par son adversaire, s'il a juré que la chose était sienne. Cette action, comme l'action primitive *in rem* qu'elle vient remplacer, procure, avec la restitution de la chose, celle des fruits et autres accessoires (l. 11, § 1); c'est sans doute parce qu'elle produit les mêmes résultats que l'action pu-

blicienne, qu'Ulpien lui en a donné le nom dans notre loi 7, § 7.

Il n'est pas toujours besoin, pour avoir la publicienne, de prouver une *justa causa* réelle; une cause putative peut tenir lieu d'une cause véritable: c'est ce qu'admettent du moins plusieurs jurisconsultes romains, lorsque la croyance que l'on a de l'existence d'une *justa causa* qui n'a pas existé se fonde sur une erreur de fait très-excusable, sur une erreur du fait d'autrui: je croyais, par exemple, que l'objet que je possédais avait été acheté par mon auteur ou par mon esclave. *In alieni facti ignorantia tolerabilis error est*, dit Nératius, l. 5, § 1, *Pro suo*; voir aussi l. 3, *Pro suo*; l. 14, *Pro emptore*; l. 9, *Pro legato*. Les lois 27, *de Usurp. et usuc.*, et 1, *Pro donato*, témoignent d'une dissidence entre les jurisconsultes.

L'erreur de droit, au contraire, ne peut servir de fondement à la publicienne. Si je pense qu'un titre non translatif de propriété a cette vertu, et par exemple que la tradition qui m'est faite en exécution d'un louage me transfère la propriété, je n'ai pas droit à l'usucapion ni à la publicienne: *Nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest* (l. 31, pr., *de Usurp. et usuc.*). *In jure erranti non procedit usucapio* (l. 32, § 1, *eod.*).

§ III. — DE LA BONNE FOI.

La bonne foi, c'est-à-dire la croyance où est le possesseur que celui qui lui a livré la chose était proprié-

taire ou avait le pouvoir d'aliéner comme procureur ou tuteur (l. 109, *de Verb. sign.*; Gaius, *Inst.*, II, 43), est la troisième condition exigée pour l'exercice de l'action publicienne (l. 7, § 11, *de Public.*). Mais elle n'est requise que lorsque l'usucapion est invoquée par la personne qui a reçu la chose *a non domino*. La publicienne est en effet fondée sur la fiction de l'usucapion accomplie; or la bonne foi n'est exigée pour l'usucapion que dans le cas où la chose n'a pas été livrée par le propriétaire (Gaius, II, 43): *Etiam earum rerum usucapio nobis competit, quæ non a domino nobis traditæ fuerint, si modo eas bona fide acceperimus, quum crederemus eum qui tradiderit, dominum esse*. Justinien (*Inst.*, liv. 2, tit. VI, pr.) confirme à peu près dans les mêmes termes la nécessité de la prise de possession de bonne foi pour l'accomplissement de l'usucapion.

Plusieurs auteurs ne voient pas deux conditions distinctes dans la *bona fides* et la *justa causa*. Suivant eux, la *justa causa* ne serait qu'un des éléments de la *bona fides*, laquelle consisterait dans l'opinion du possesseur qui croit être devenu propriétaire. Mais la bonne foi n'est pas la croyance que l'on est soi-même propriétaire: c'est, nous venons de citer à l'appui la loi 109, la croyance que celui qui livre a le droit de transférer la propriété, soit comme maître, soit comme fondé de pouvoir; et elle n'est exigée que pour la seconde application de l'usucapion, tandis que la juste cause, qui indique que la tradition a lieu dans l'intention d'aliéner, est une condition des

deux espèces d'usucapion, comme de l'acquisition de la propriété sans le secours de l'usucapion. Les textes mentionnent d'ailleurs la *justa causa* et la *bona fides* comme deux conditions distinctes (l. 7, § 11, et § 16 et 17, *hoc tit.*; Justinien, *Inst., de Usucap.*, pr.). Enfin ce sont deux conditions distinctes, puisque c'est à celui qui invoque l'usucapion à prouver son titre, tandis que sa bonne foi se présume et que c'est à son adversaire à prouver la mauvaise foi.

Si l'on confond les deux conditions, si l'on pense que la bonne foi réunie à la possession durant le temps requis est suffisante pour l'usucapion, le demandeur n'aura à prouver que sa possession, puisque la bonne foi se présume. Selon nous, il aura à prouver, outre sa possession, la juste cause de cette possession: il aura à établir qu'il a acheté la chose et qu'elle lui a été livrée.

La bonne foi n'est requise pour l'usucapion qu'au moment de la prise de possession, époque où l'on serait devenu propriétaire si le vice que l'on ignorait n'eût pas existé; la mauvaise foi qui survient après la prise de possession n'empêche ni l'usucapion, ni la publicienne. Aussi, après avoir succombé dans la revendication et avoir ainsi appris que l'on n'est pas propriétaire, conserve-t-on néanmoins la faculté d'intenter encore l'action publicienne (l. 39, § 1, *de Evictionibus*). Cette règle, qu'il suffit d'avoir été de bonne foi lors de l'acquisition de la possession, souffre plusieurs exceptions.

Au cas de vente, il fallait qu'il y eût bonne foi au

moment de l'achat et au moment de la tradition (l. 7, § 16 et 17, *hoc tit.* ; l. 2, *Pro emptore*). Pourquoi les jurisconsultes ne considéraient-ils pas exclusivement le moment du paiement, comme dans les autres contrats ? Cette différence tient sans doute à ce que l'édit sur la publicienne mentionnait spécialement la *bonæ fidei emptio*, indépendamment de la mention générale de la *traditio ex justa causa*. La formule de l'édit, telle que nous la donne le premier fragment de notre titre, ne contient pas, il est vrai, cette mention de la *bonæ fidei emptio* ; mais la citation des paroles du préteur est incomplète, cela est évident, puisque Ulpien, commentant l'édit, s'exprime ainsi : *Prætor ait* : « *Qui bona fide emit* » (l. 7, § 11), faisant suivre cette citation de son commentaire. C'est peut-être aussi par souvenir des anciennes ventes *per mancipationem* que l'on exigeait la bonne foi au moment de l'achat. A l'origine, la vente était un mode de translation de la propriété, et non un mode d'obligation ; le nom ancien de cette opération, *venum-datio*, indique une mutation effectuée, une dation en vente exécutée. Or, la bonne foi étant de rigueur au moment où l'on veut acquérir la propriété, on a dû l'exiger au moment de la vente ; et lorsque plus tard la tradition fut nécessaire pour rendre l'acheteur propriétaire, on se conforma encore aux principes en exigeant que l'acheteur fût de bonne foi au moment de la tradition.

La nature de la vente, dans le droit primitif, explique peut-être aussi pourquoi les jurisconsultes nous disent qu'il faut que l'achat en vertu duquel se fait la

tradition ait véritablement existé (sauf de rares exceptions), tandis qu'il n'est pas nécessaire que le contrat autre que l'achat, qui motive la tradition, ait réellement eu lieu. La tradition faite par suite de l'ancienne vente ne constituait pas un paiement, puisque la propriété avait été transférée par la mancipation ; la tradition remettait seulement à l'acheteur la possession d'une chose qui lui appartenait déjà. En l'absence d'une vente véritable, il était naturel de dire qu'il n'y avait pas de juste cause pour l'usucapion. Au contraire, la tradition en cas de paiement a pour but le transport de la propriété ; et lorsque vous me faites cette tradition, croyant même devoir, il y a là au moins apparence d'une juste cause, puisqu'il y a intention de transférer la propriété : par faveur pour le possesseur de bonne foi, cette apparence tient lieu de juste cause.

Quoi qu'il en soit, les jurisconsultes énoncent positivement, entre celui qui possède *ex causa emptionis* et celui qui possède *ex alia qualibet causa*, les deux différences dont nous venons de parler. Voici les termes de la loi 2, *Pro emptore*, de Paul : « *Pro emptore possidet qui REVERA EMIT, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere ; sed debet etiam subesse causa emptionis. Si tamen existimans me debere tibi ignoranti tradam, usucapies ; quare ergò, et si putem me vendidisse, et tradam, non capies usu? Scilicet quia in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus ; sic denique, si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si quum traditur mihi, existimem*

illius esse. At in emptione et illud tempus inspicitur quo contrahitur; igitur et BONA FIDE EMISSE debet, et POSSESSIONEM BONA FIDE ADEPTUS ESSE. »

La bonne foi au moment de la prise de possession ne suffit pas non plus pour intenter la publicienne, quand la chose a été reçue à titre gratuit. Il faut, dans l'usucapion *pro donato*, la persistance de la bonne foi pendant tout le temps requis pour l'usucapion; le donataire ne peut donc exercer la publicienne que s'il est encore de bonne foi au moment où il veut l'intenter. Tel est, je crois, le sens de la loi 11, § 3, *hoc tit.*; cette différence entre les acquisitions à titre onéreux et les acquisitions gratuites est confirmée par la paraphrase de l'interprète grec Stéphane, un des commissaires de Justinien pour la composition des *Pandectes*: « Voici, dit-il, la différence entre l'acheteur et le donataire : chez celui qui a reçu en vertu d'une donation, nous exigeons trois conditions : que l'esclave ait conçu et enfanté chez lui, et qu'*au temps de l'action* il ignore que l'esclave a été volée. » Justinien paraît avoir supprimé cette règle spéciale à l'usucapion *pro donato*, par une constitution formant la loi unique, au Code, *de Usucapione transformanda* (VII, 31).

Quelques auteurs exigent d'une manière générale que l'on soit encore de bonne foi au moment où l'on veut intenter la publicienne. Ils s'appuient sur cette loi 11, § 3; mais nous venons de voir, par les paroles du commissaire de Justinien, qu'il s'agit dans ce fragment d'une règle toute spéciale. Ils invoquent aussi

la loi 7, § 17 ; ils rapportent le mot *tunc* au mot *experiri* qui précède, au lieu de le rapporter à l'époque de la tradition, et en concluent que l'acheteur doit être encore de bonne foi lorsqu'il intente l'action. Cette explication, à la simple lecture du texte, paraît forcée, et elle a le grand inconvénient de mettre le jurisconsulte en désaccord avec lui-même. Ulpien a dit en effet, au § 14 de la même loi, que la publicienne se rapporte au temps de l'achat consommé par la tradition, et que le dol qui a eu lieu avant ou depuis n'est pas pris en considération. Si la bonne foi est indifférente après la vente consommée par la tradition, elle n'est donc pas exigée au temps de l'action ? Les Basiliques montrent d'ailleurs qu'Ulpien, § 17, n'a pas en vue l'époque où l'on veut intenter l'action : « Il faut que celui qui reçoit soit de bonne foi et au temps de l'achat et à celui de la tradition (*Basil. XV; 2, 7*).

Il n'est pas nécessaire que le vendeur ait été aussi de bonne foi ; son dol ne nuirait à l'acheteur qu'autant qu'il rendrait la chose non susceptible d'usucapion, comme cela arriverait si la chose vendue était une chose volée (7, § 11).

Mais la bonne foi du tiers par qui la possession nous est acquise est nécessaire (§ 13). Ainsi la mauvaise foi de l'esclave acheteur nuira au maître même de bonne foi. (L. 2, *Pro emptore*, § 10.) L'usucapion et l'action publicienne ne profitent, au reste, au maître dont l'esclave est de bonne foi qu'autant que lui-même n'est pas de mauvaise foi au moment où doit commencer

la possession *ad Usucapionem*, (*Pro emptore*, l. 2, § 13.) Ce moment est différent suivant que l'esclave a acquis la chose *peculiari nomine* ou *extra causam peculii domini nomine*. Dans le premier cas, l'usucapion commence sur-le-champ au profit du maître, quoiqu'il ignore l'acquisition ; quand, au contraire, la chose a été achetée *nomine domini*, par l'ordre du maître, l'usucapion ne commence qu'au moment où le maître a connaissance de l'achat et de la tradition. Les mêmes règles sont applicables à l'achat fait par le fils de famille.

Quant à celui fait par un procureur, soit mandataire, soit simple gérant d'affaires, l'usucapion et le droit à la publicienne commencent à courir seulement du moment où j'ai connaissance de l'acquisition. (L. 1, C. de *Acquirenda vel retin. poss.* ; Paul, *Sentent.*, 8, 2, § 2.)

L'héritier ou tout autre successeur universel, tel qu'un *bonorum possessor*, prenant la place du défunt, continue la possession de celui qu'il représente ; si donc le défunt a commencé à posséder de mauvaise foi, l'héritier, quoique étant de bonne foi, ne pourra intenter la publicienne. Réciproquement, la bonne foi du défunt profite à l'héritier même de mauvaise foi. (L. 7, § 12.) Mais si la chose achetée par le défunt avait été livrée à son héritier (l. 9, pr.), la publicienne ne compéterait qu'autant qu'ils auraient été de bonne foi l'un et l'autre, puisque la bonne foi doit exister au moment de l'achat et au moment de la tradition. (L. 7, § 17.)

§ IV. — DE L'ABSENCE DE VICES.

Aux conditions déjà énumérées comme nécessaires pour l'exercice de l'action publicienne, il faut ajouter celle-ci : que la chose ne soit entachée d'aucun vice, c'est-à-dire qu'il n'existe aucun obstacle qui la rende non susceptible d'être usucapée. La publicienne étant fondée sur cette fiction, que celui qui est en position d'arriver à l'usucapion y est déjà parvenu, ne pouvait s'appliquer aux choses pour lesquelles l'usucapion est impossible. Ce principe est écrit dans la loi 9, § 5 : « *Hæc actio in his quæ usucapi non possunt locum non habet.* » L'action n'aura donc pas lieu, par exemple, pour les choses mobilières, *mancipi* ou *neo mancipi*, qui ont été volées, ni pour les choses immobilières *mancipi* (les fonds italiques) dont on a pris possession par violence ; de même ne peuvent être l'objet ni de l'usucapion ni de la publicienne, les hommes libres, les choses sacrées, religieuses, et en général les choses qui ne peuvent être aliénées. Toutefois la règle de la loi 9 n'est pas absolue ; il est quelquefois équitable d'admettre la publicienne pour des choses *quæ usucapi non possunt*. (Voir les lois 11, §, 1, et 12, §§ 2 et 3, dont nous parlerons plus loin.) Le principe de la loi 9 ne paraît applicable qu'aux cas où la cause qui met obstacle à l'usucapion est un vice attaché à la chose par une raison d'ordre public.

Examinons les diverses lois qui se rattachent à ce sujet.

Comme l'usucapion, la publicienne ne compète pas

pour les choses qu'une loi ou une constitution défend d'aliéner (l. 12, § 4) : le préteur ne protège en pareil cas personne, afin de ne pas favoriser la violation des lois. Une aliénation prohibée par une loi est, par exemple, celle du fonds dotal, que la loi Julia interdit au mari d'aliéner sans le consentement de la femme. (Gaius, II, 63.) Une aliénation prohibée par une constitution est celle des biens de celui qui s'est rendu coupable du crime de lèse-majesté ou du crime de concussion, pour lesquels l'accusation et la condamnation pouvaient, avoir lieu après la mort du coupable. (Modestinus, l. 20, *de Accusat.*) L'acheteur qui aurait traité de bonne foi avec le mari ou avec le coupable n'aurait pas la publicienne.

Elle ne s'applique pas non plus à l'esclave fugitif, il est réputé s'être volé lui-même à son maître. (L. 9 § 5.)

L'enfant d'une esclave volée ne peut non plus être usucapé même par l'acheteur de bonne foi, quand l'esclave était déjà enceinte lors du vol, ou l'est devenue chez le voleur; le part est alors *res furtiva*, que l'accouchement ait lieu chez le voleur ou chez le possesseur de bonne foi. Mais si l'esclave a conçu et est accouchée chez un possesseur de bonne foi, l'enfant n'est pas furtif; l'acheteur de bonne foi pourra donc l'usucaper, quoiqu'il ne puisse pas usucaper la mère qui est *res furtiva*; il aura donc l'action publicienne. (L. 48, § 5 et 6, *de Furtis.*) Si même cet acheteur perd la possession de l'esclave volée qui a conçu chez lui, il pourra demander par la publicienne l'en-

fant dont elle accouchera chez le nouveau possesseur, bien que lui, demandeur, n'ait pas possédé cet enfant depuis sa naissance ; il a possédé la mère, cela suffit, quoique comme *res furtiva* elle ne puisse pas être l'objet de l'action publicienne. (11, § 2, *hoc tit.*)

Supposons le cas où la conception aurait eu lieu chez l'héritier du voleur, lequel ignorait que l'esclave fût *res furtiva*. Cet héritier, quoique de bonne foi, ne pourra usucaper ; car il succède à tous les inconvénients de la position du voleur : *Vitiorum defuncti successor est*, dit Ulpien, l. 11, § 2 : mais l'acheteur de bonne foi possédera l'enfant utilement pour la publicienne.

L'usucapion du part procède de la même cause qui aurait conduit à usucaper la mère, si elle n'avait pas été *res furtiva* (l. 11, § 4) ; le titre auquel on possède la mère (*pro emptore, pro donato, etc.*) est aussi le titre auquel on possède l'enfant. Ce que nous avons dit du part de l'esclave volée s'applique également au part de ce part (§ 5) : une esclave volée conçoit et enfante une fille chez le voleur ; cette fille ne peut sans doute être usucapée, puisqu'elle est *res furtiva*, comme sa mère ; mais si cette fille conçoit et accouche chez un possesseur de bonne foi, son part pourra être usucapé, bien que la mère ne puisse être l'objet de l'usucapion et de la publicienne.

Ulpien, dans la loi 48, *de Furtis*, § 5 et 6, étend au croît de la bête volée la décision qu'il vient de donner relativement au part de l'esclave. Il faut que les petits des animaux n'aient pas été conçus chez le

voleur pour qu'ils puissent être acquis au possesseur de bonne foi. Paul, au contraire, ne considère pas pour les animaux le moment de la conception : leurs petits sont, comme le lait et la laine, au nombre des fruits, et puisqu'on ne s'inquiète pas pour le lait et la laine, dit-il, du moment où ces produits ont commencé à se former, on ne doit pas considérer non plus l'instant où le fœtus a commencé d'être. Paul s'attache donc uniquement, pour tout ce qui est fruit, au moment de la séparation. (L. 48, § 2, *de Adq. rer. domin.*) Cette opinion, plus en harmonie avec les principes sur l'acquisition des fruits, paraît préférable.

Les deux jurisconsultes sont d'accord en cet autre point, qu'il y a entre les petits des animaux et les enfants des esclaves une différence sur la manière dont ils sont acquis. Le croît de la bête volée appartient au possesseur de bonne foi dès sa naissance, parce que c'est un fruit, et que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens dès le moment de leur séparation de la chose qui les a produits. (L. 48, § 6, *de Furtis*; l. 4, § 10, *de Usurp. et usucap.*) Le part de l'esclave volée, au contraire, ne s'acquiert que par le temps de l'usucapion; car le part n'est pas un fruit, et le possesseur de bonne foi ne gagne que les fruits et non les autres accessoires; aussi, ne rendant pas au propriétaire revendiquant les fruits perçus avant la litiscontestation, il rend les autres accessoires, s'il ne les a pas usucapés.

Les choses du fisc ne peuvent être acquises par l'usage; mais si, avant que les biens vacants, c'est-à-

dire les biens qui composent les successions en déshérence, soient dénoncés au fisco, un acheteur de bonne foi reçoit quelque chose de ces biens, il pourra usucaper, selon le rescrit d'Antonin-le-Pieux; il aura donc la publicienne. (L. 18, de *Usurp. et usucap.*; *Inst. de Justin.*, liv. 2, tit. 6, § 9.)

Il nous reste à parler des cas où l'action publicienne est donnée pour des choses qui ne sont pas susceptibles d'être l'objet d'une véritable tradition ou possession. *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est* (Gaius, l. 43, § 1, de *Acquir. rerum dom.*) : la publicienne semblerait donc, d'après les principes, devoir n'être pas admise. Mais on a considéré que l'exercice de la servitude par celui qui veut l'acquérir, et la tolérance du propriétaire, équivalent à la tradition; et le préteur, trouvant dans celui qui a été mis *ex juxta causa* dans la quasi-possession (l. 3, § 17, de *vi*) de ce droit, toutes les conditions qui conduisent ordinairement à l'usucapion, lui a donné une action réelle confessoire utile, l'action publicienne (l. 11, § 1, *hoc tit.*); comme il avait déjà accordé pour protéger la quasi-possession du droit d'usufruit les interdits utiles. (*Uti possidetis, utrobi, unde vi*, *Frag. Vatic.*, § 90.) L'usufruit ne pouvant pas être constitué par un mode du droit des gens, même sur une chose *nec Mancipi*, celui qui avait reçu tradition d'un usufruit *a domino* avait besoin d'être protégé par la publicienne : *Civili enim actione constitui potest, non traditione quæ juris gentium est.* (Paul, *Vatic.*, fr. 47.) C'était donc dans

une pensée bien équitable que le préteur accordait la publicienne, quoique l'usucapion ne pût pas avoir lieu depuis la loi Scribonia. Mais l'usufruit, comme les servitudes, était susceptible d'une certaine acquisition prétorienne par un long usage.

La loi 12, § 2, nous dit que la publicienne est également accordée pour les fonds vectigals et les autres fonds qui ne peuvent pas être usucapés. On appelle fonds vectigals les terres des cités qui étaient louées à perpétuité ou pour un temps très-long, avec cette clause que tant que le vectigal, la redevance convenue, serait payé pour ces terres, elles ne pourraient être enlevées ni à ceux qui les avaient prises à bail ni à leurs successeurs. (L. 1, *Si ager vectig.*) Les autres fonds dont parle le texte sont sans doute les fonds stipendiaires et tributaires, c'est-à-dire les fonds provinciaux, énumérés souvent avec les fonds vectigals ; ils étaient non susceptibles de propriété privée dans les principes du droit civil, et le domaine en appartenait au peuple romain ou à l'empereur. (Gaius, 2, 7). Ils étaient ainsi nommés, parce que les possesseurs étaient soumis à une redevance annuelle dite *stipendium* dans les provinces du peuple, *tributum* dans les provinces de César. Le § 3 traite des maisons superficiaires, du cas où le maître d'un terrain concède à une personne d'y avoir une maison à elle appartenante. Le préteur accordait au concessionnaire du fonds vectigal et au concessionnaire de la maison superficielle une action réelle utile. Mais il s'agit dans notre loi d'un possesseur qui, de bonne foi, a reçu

tradition de quelqu'un qu'il croyait en droit, comme maître du fonds, de lui faire la concession vectigale ou superficielle ou de lui transmettre comme concessionnaire régulier, le fonds vectigal ou la maison superficielle. Dans ces cas, le prêteur, bien que ces fonds ne soient pas susceptibles d'être usucapés, accorde l'action publicienne, parce que celui qui possède ainsi réunit toutes les conditions ordinaires de l'usucapion, et que, s'il n'y parvient pas, cela tient à la rigueur des principes et non à un vice d'ordre public.

Cujas et Pothier donnent une autre explication de ces textes. Selon ces auteurs, ce ne sont pas seulement les choses susceptibles d'usucapion qui peuvent être demandées par la publicienne : ce sont aussi les choses susceptibles de cette usucapion, *non proprie dicta*, qu'on appelle *præscriptio longi temporis*. Aucun texte ne résout pourtant formellement la question de savoir si le *jus agri vectigalis* et le *jus superficiei* étaient susceptibles de *præscriptio longi temporis*.

SECTION III.

Qui peut intenter la publicienne?

Le prêteur donnait l'action publicienne :

1° A celui qui avait reçu une chose *mancipi* du propriétaire (*a domino*), mais sans mancipation ni autre mode d'acquisition quiritaire, lorsque ce possesseur en position d'acquiescer par l'usucapion venait à perdre

la possession avant d'être *dominus ex jure quiritium* et de pouvoir exercer la *rei vindicatio* civile.

2° A celui qui, ayant reçu une chose *mancipi* ou *nec mancipi a non domino*, en vertu d'une cause translatrice de propriété et de bonne foi, avait commencé d'usucaper, puis avait perdu la possession.

3° A celui qui perdait la possession d'une chose corporelle non susceptible d'être usucapée, comme un fonds vectigal, la superficie d'un terrain, un fonds provincial, ou la quasi-possession des choses incorporelles non susceptibles d'usucapion, comme l'usufruit, les servitudes urbaines et rurales.

4° Au propriétaire qui, ayant perdu la possession de la chose, aimait mieux intenter la publicienne que la *rei vindicatio* civile, parce que la publicienne ne l'obligeait pas, comme la *rei vindicatio*, à prouver le droit de propriété de ses auteurs.

Sous Justinien, la différence entre les choses *mancipi* et *nec mancipi* étant supprimée, le domaine bonitaire se confondant avec le domaine quiritaire, et l'usucapion et la prescription étant fondues ensemble, il ne subsiste plus de ces quatre cas d'application que le deuxième et le quatrième.

Cette proposition, que la publicienne compète au propriétaire lui-même, n'est pas admise par tous les auteurs. Cujas et Pothier y sont contraires. Cujas pense que celui qui est propriétaire, ayant la revendication, étant protégé par le droit civil, n'a pas besoin du secours de la publicienne, et ne peut se servir d'une action que le préteur n'a pas créée pour lui. On

prétend confirmer cette doctrine par divers textes. La loi 1 (*hob tit.*), reproduisant les termes de l'édit, porte : « *Si quis id quod traditur ea justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo* » ; on en conclut que la non-usucapion est une des conditions sous lesquelles le préteur promet l'action publicienne. On invoque le § 1^{er} de la même loi, où Ulpien, commentant l'édit, s'exprime ainsi : « Le préteur dit avec raison : *nondum usucaptum* ; car si la chose est usucapée, on a l'action civile, et on n'a pas besoin de l'action honoraire ; » puis ce texte de Paul (l. 18, *de Pign. et Hypoth.*) : « *Si ab eo qui publicianâ uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accipi, sic tuetur me per servianam prætor quemadmodum debitorem per publicianam.* »

Les arguments sur lesquels se fonde ce système ne me paraissent nullement concluants. Il est bien certain d'abord que le propriétaire a intérêt à pouvoir exercer la publicienne. S'il intentait la *rei vindicatio*, il lui faudrait prouver sa propriété, démontrer comment il l'a acquise. L'acquisition a pu s'opérer par un mode originaire (occupation, spécification) ; mais le plus souvent elle a eu lieu par un mode dérivé (mancipation, cession juridique, tradition, etc.) ; dans ce cas, il lui faudrait établir non-seulement l'acte par lequel il prétend que la propriété lui a été transmise, mais encore un mode légal d'acquisition chez son auteur, puis faire cette preuve pour les auteurs de son auteur, jusqu'à ce qu'il arrivât à un mode d'acquisition originaire. La bienfaisante institution de l'usuca-

pion est venue sans doute faciliter la preuve de la propriété; elle évite les lenteurs et les difficultés de preuves inhérentes à l'action en revendication. Mais le propriétaire peut craindre encore de ne pouvoir prouver que sa possession, ou celle de son auteur, a duré le temps requis pour l'usucapion. Il a donc intérêt à intenter la publicienne, d'après laquelle la preuve lui sera plus facile, puisqu'il lui suffira de démontrer qu'il réunit les conditions de l'usucapion, moins le temps.

Il est vrai que le préteur, les termes de l'édit le prouvent, n'a pas inventé cette action pour le *dominus ex jure quiritium*; mais il n'a pas non plus institué la *bonorum possessio* pour l'*hæres*, et cependant il ne lui en refusait pas le secours; il admettait à l'usage de ses institutions ceux mêmes que garantissait déjà le droit civil.

Quant aux paroles d'Ulpien: « Si la chose est usucapée, on a l'action civile, et on n'a pas besoin de l'action honoraire », elles ne signifient pas que celui qui a usucapé ne peut plus intenter l'action publicienne; seulement il n'en a pas un besoin absolu, *non desiderat honorariam*; mais s'il trouve dans la publicienne un moyen plus facile d'arriver au but qu'il atteindrait par la revendication, pourquoi ne pourrait-il en user?

Dans la loi 18, de *Pign. et Hypoth.*, le jurisconsulte donne uniquement cette décision, que celui qui, sans être propriétaire, est mis par le préteur *in loco domini* et a la publicienne, peut valablement con-

stituer un droit de gage, parce qu'en effet la possession à juste titre et de bonne foi a, aux yeux du préteur, les avantages de la propriété. Si le jurisconsulte dit du constituant «qu'il pouvait employer la publicienne, parce qu'il n'avait pas le *dominium*,» c'est pour bien marquer l'espèce : le *jus pignoris* a été constitué par une personne qui n'avait pas le *dominium*; le jurisconsulte s'occupe spécialement de l'action servienne, il n'examine pas dans quels cas il y a lieu à l'action publicienne.

La doctrine de Cujas conduit à une conséquence singulière. J'ai acheté un fonds de bonne foi, *a non domino*; j'en perds la possession avant le temps requis pour l'usucapion, j'en obtiendrai la restitution par la publicienne, et je n'aurai à prouver que ceci : que j'ai acheté la chose et qu'il m'en a été fait tradition; si, au contraire, je perds la possession après que l'usucapion m'a rendu propriétaire, alors, selon Cujas, il me faudra prouver, non pas seulement que j'ai reçu le fonds *ex justa causa*, mais encore que je l'ai possédé pendant tout le temps requis pour l'usucapion. Ainsi ma position sera moins favorable après l'usucapion qu'avant. Ce résultat, inadmissible, achève de ruiner, il me semble, le système que nous combattons.

Le propriétaire pourra donc se faire donner l'action publicienne, soit de préférence à la revendication, soit concurremment avec celle-ci sous l'alternative (l. 1, § 4, *Quod legatorum*), soit subsidiairement après avoir intenté sans succès l'action civile. (L. 39, § 1, *de Evict.*)

La publicienne passe aux successeurs civils ou prétoriens de celui à qui elle compétait, quoiqu'ils n'aient jamais eu eux-mêmes la possession, et sans qu'il y ait à considérer s'ils sont de bonne ou de mauvaise foi. (7, § 9, et 12, § 1^{er}.)

SECTION IV.

Contre qui est donnée l'action publicienne?

La publicienne peut être intentée contre tout possesseur de la chose, même contre le véritable propriétaire (l. 17, *h. tit.*), sauf au défendeur à faire modifier la formule par une exception.

Le demandeur l'emporte, aux termes de la formule, même contre le propriétaire *ex jure quiritium*, puisque le juge est uniquement chargé d'examiner si le demandeur *serait* propriétaire en supposant qu'il eût possédé la chose pendant un an ou deux ans, question qui peut être résolue affirmativement, quel que soit le possesseur actuel. *Si quem hominem Aulus Agerius emit, quique ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure quiritium esse oporteret, neque is homo arbitrio tuo restituetur, quanti ea res erit N. Negidium A. Agerio condemna, etc.* Mais l'équité, et par conséquent la destination même de la publicienne, veut que le propriétaire rentré en possession de sa chose puisse paralyser cette action, en opposant une exception fondée sur ce que le domaine de la chose est à lui. Cette exception *justi domini*, ainsi conçue : *Si ea res pos-*

essoris non sit, étant insérée dans la formule, il ne suffira plus au juge, pour ordonner au défendeur de restituer la chose et le condamner à défaut de restitution, de reconnaître que la chose *appartiendrait* au demandeur si sa possession eût duré le temps requis pour l'usucapion; il lui faudra reconnaître encore qu'elle n'appartient pas actuellement au défendeur qui la possède.

On peut s'étonner d'abord que le propriétaire, pour se défendre contre la revendication, n'ait pas besoin d'une exception, et qu'il en ait besoin pour se défendre contre l'action publicienne. La bizarrerie n'est qu'apparente. Le juge devant toujours se renfermer dans la question qui lui est soumise par la formule, une exception est nécessaire au défendeur quand ses moyens de défense ne consistent pas à contredire directement la prétention du demandeur, à nier ce qu'il affirme. Dans la revendication, le possesseur propriétaire, qui se défend en alléguant son *dominium*, combat directement l'*intentio* : *Si paret rem petitoris ex jure quiritium esse*; il n'a donc que faire d'une exception. Mais le défendeur à la publicienne, lorsqu'il allègue son *dominium*, ne contredit pas directement l'*intentio*; de ce que la propriété de la chose est actuellement au défendeur, il ne s'ensuit pas qu'elle ne serait pas au demandeur s'il l'avait possédée pendant le temps requis pour l'usucapion. Le possesseur propriétaire actionné par la publicienne a donc besoin de faire insérer par le préteur dans la formule une exception qui donne au juge le pouvoir d'examiner la

question de propriété *actuelle* : seconde condition dont la condamnation dépendra, c'est-à-dire que le juge ne devra alors donner gain de cause au demandeur après qu'il aura établi le bien fondé de son *intentio*, qu'autant que le défendeur ne pourra prouver le droit de propriété qu'il prétend avoir.

Cette exception *justi dominii* sera parfois paralysée par une réplique du demandeur. Il peut y avoir dol de la part du défendeur à se prévaloir de sa qualité de propriétaire : il a, par exemple, vendu et livré une chose *mancipi* à son adversaire. L'équité veut que le *dominus ex jure quiritium* ne puisse pas alors évincer celui-là même à qui il doit garantie de l'éviction. Dans ce cas, à l'exception *si non ea res possessoris sit*, le demandeur opposera la réplique : *At si non eam rem possessor vendiderit et tradiderit*. Le plus souvent le demandeur à qui la tradition aura été faite *a domino* l'emportera par cette réplique *rei venditæ* (ou *donatæ*) *et traditæ*, ou par la réplique *doli mali*. Cependant les circonstances peuvent fournir une duplique triomphante au propriétaire défendeur, comme dans l'hypothèse d'une donation faite en violation de la loi Cincia (*si non contra legem Cinciam donatum est*). D'autre part, celui qui a reçu de bonne foi une chose *mancipi* ou *nec Mancipi a non domino*, peut, en certains cas, opposer une réplique victorieuse à l'exception *justi dominii*; ce pourra être la *replicatio rei venditæ et traditæ*, ou *doli mali*, si le vendeur a succédé au propriétaire, ou réciproquement (72, *de Rei vindic.*), ou bien quelque autre réplique.

Car si, en général, l'exception *justi dominii* doit faire triompher le propriétaire en cas de tradition faite *a non domino*, il en doit être autrement lorsque ce triomphe serait la violation d'un droit.

Examinons les sept cas dans lesquels la publicienne peut prévaloir contre le propriétaire, selon l'énumération de Cujas, *Comment. ad h. t.*, t. VII, p. 341 et 342.

Premier cas (l. 63, *de rei vindic.*). Le possesseur de bonne foi, à partir de la *litiscontestatio*, est tenu de l'obligation de conserver soigneusement la chose, l. 36, § 1^{er}; il est donc responsable du dol ou de la faute qui lui ferait perdre la possession. Mais la faute entraîne contre lui des conséquences moins graves que le dol. S'il perd la possession par faute seulement, il ne sera condamné qu'à la juste valeur de la chose, telle que le juge lui-même l'estimera, tandis que s'il y avait dol, il serait condamné à payer les dommages-intérêts fixés par la déclaration assermentée du demandeur (l. 68). Secondement, s'il est en faute (63) et non coupable de dol (69, 70), il pourra se faire céder l'action réelle du demandeur, afin de pouvoir, en exerçant cette action au nom du propriétaire, se procurer la chose dont il a payé le prix, et en acquérir, par cette possession, la propriété (47). Dans le cas où il oublierait d'exiger cette cession, le prêteur viendra à son secours en lui donnant la publicienne, qu'il intentera en son nom personnel, car la somme à laquelle il a été condamné étant considérée comme le prix d'un achat (l. 1 et 3,

Pro emptore), il peut invoquer une *justa causa*, qui est venue donner à sa possession antérieure le caractère qu'elle doit avoir pour fonder la publicienne, et il triomphera par cette action, même contre le véritable propriétaire rentré en possession de sa chose. Vainement celui-ci opposera l'exception *justi domini* : il sera repoussé par la *replicatio doli mali*, car il y aurait dol de la part du propriétaire à vouloir retenir une chose dont il a reçu le prix.

Ce propriétaire ne serait même pas admis facilement à restituer l'argent qu'il a reçu en vertu de la sentence, afin de garder la chose ; le condamné, en effet, pouvait ne pas retrouver la chose ; en payant pour satisfaire à la sentence du juge, il était exposé à subir la mauvaise chance, la bonne doit lui profiter.

Deuxième cas (l. 72, de rei vindic.; l. 2, de except. rei vendit. et trad., et l. 4, § 32, de doli mali et metus exceptione). Vous avez acheté de bonne foi de Titius le fonds de Sempronius ; ce fonds vous a été livré et vous avez payé le prix ; vous êtes en position d'acquérir la propriété par l'usucapion, et si vous perdez la possession, vous avez droit à la publicienne. Postérieurement à la vente que Titius vous a faite, il devient héritier de Sempronius, et partant propriétaire du fonds, qu'il vend ensuite à Mævius, à qui il en transfère la propriété (supposons-le d'abord), par la mancipation ou la cession juridique. Bien que Mævius soit propriétaire, vous l'emporterez sur lui. Si, ayant perdu la possession, vous intétez la publi-

cienne contre lui et qu'il vous oppose l'exception *justi dominii*, vous vous défendrez par cette réplique : *At si non eam rem Mævii auctor petitori vendiderit et tradiderit*. Titius, en effet, n'a pas pu transférer à Mævius un droit plus efficace que celui qu'il conservait. Or, Titius, quoique *dominus ex jure quiritium* lors de la seconde vente, n'avait plus la chose *in bonis*, son droit de propriété, s'il l'avait fait valoir contre le premier acheteur, pouvant être paralysé par l'exception ou la réplique de garantie appartenant à celui-ci.

Si Mævius est devenu non pas propriétaire, mais possesseur par la tradition (il faut supposer que Titius avait repris la possession par suite de la négligence du premier acheteur), la même raison vous fera triompher dans l'action publicienne que vous intenterez contre lui, ou qu'il viendra à intenter contre vous.

Troisième cas (l. 14, hoc tit.). J'ai donné mandat à mon procureur de vendre une chose, il l'a vendue ; puis je lui ai défendu de la livrer, il l'a livrée néanmoins pour remplir l'obligation qu'il avait contractée par la vente. L'acheteur de bonne foi, qui a payé son prix, n'est pas devenu propriétaire, parce que la tradition a été faite contre la volonté du *dominus* ; mais il a été mis en position d'usucaper, et, s'il perd la possession de la chose, il aura la publicienne. Si, rentré en possession, je lui oppose l'exception tirée de mon droit de propriété, il me répondra victorieusement par la réplique : *Si non auctor petitoris ex voluntate possessoris vendidit*. L'acheteur serait égale-

ment protégé contre moi, propriétaire, dans le cas où il posséderait et où j'intenterais contre lui la revendication. Il se ferait alors donner par le préteur l'exception : *Si non auctor meus ex voluntate tua vendidit.*

Quatrième cas (l. 57, *Mandati*, de Papinien). Voici l'espèce : Un marchand d'esclaves, avant de partir en province, donne mandat à un homme en qui il a confiance de vendre les esclaves qu'il laisse à Rome. Avant que le marchand ne soit de retour, le procureur décède; ses héritiers, ignorant que la mort du mandataire éteint le mandat, remplissent la commission que leur auteur a acceptée, et vendent peu avantageusement les esclaves. Dans ces circonstances, les héritiers du mandataire n'ayant pas eu l'intention de s'approprier le prix, les esclaves vendus ne sont pas *res furtivæ*, et les acheteurs peuvent les acquérir par usucapion. Après qu'ils les ont possédés un an, le marchand, de retour, mécontent du marché, veut intenter la publicienne contre ces acheteurs propriétaires; peut-il le faire utilement? Oui, répond Papinien. Les acheteurs sans doute voudront opposer l'exception *justi dominii*; mais elle n'est accordée au propriétaire qu'en connaissance de cause. Or, ici, elle ne devra pas l'être : l'équité veut que le marchand d'esclaves obtienne la restitution *in integrum* contre l'usucapion de ses adversaires; car il a été absent, et il ne faut pas que celui qui avait choisi un bon mandataire soit victime de l'erreur ou de l'impéritie des héritiers. Le préteur ne donnera donc pas aux défen-

d'urs l'exception *justi dominii*, ou, si les faits qui motivent la restitution ne sont pas constants, en accordant l'exception, il donnera une *replicatio in factum* au demandeur.

J'ai adopté la leçon qui admet que le texte original portait: *non inutiliter acturum*. Cette correction, proposée par Cujas, suivie par Pothier, est en harmonie avec le passage correspondant des basiliques et avec le reste du texte de Papinien. Si l'on admettait les mots : *non utiliter*, quel serait le sens de ce membre de phrase : *neque oporteat eum qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno*? Quelle serait la portée de ces autres termes : *Quum exceptio justi dominii causa cognita detur*?

Cinquième cas (l. 18, § 15, *de damno infecto*). Propriétaire d'une maison qui menace ruine, vous refusez de me donner caution de réparer le dommage que sa chute peut causer à ma maison. Le préteur m'envoie par un premier décret en possession de votre maison, et, au bout d'un certain temps, il m'autorise à posséder *animo domini*. Le préteur ne peut me rendre propriétaire *ex jure quiritium*; mais il me met en position de le devenir par usucapion. Et, si la possession m'échappe, j'aurai l'action publicienne, même contre vous *dominus*; j'opposerai à votre exception *justi dominii* la *replicatio doli mali*.

Sixième cas (l. 28), *de noxalibus actionibus*. J'ai intenté contre vous une action noxale pour le délit d'un esclave que vous possédiez de bonne foi. Vous m'en avez fait l'abandon. Pendant que je pos-

sède, le propriétaire revendique contre moi; je le repousserai par l'exception de *dol* s'il ne m'offre pas l'estimation du dommage, car il y aurait *dol* de la part du maître qui revendique à vouloir se faire mettre en possession sans indemniser celui qui a souffert du délit. Si je perds la possession de l'esclave, j'intenterai utilement contre le propriétaire lui-même la publicienne; contre son exception de propriété, j'emploierai la réplique de *dol*.

L'usucapion et la publicienne me compètent ici, quoique je sache que ce possesseur qui me livre la chose n'est pas propriétaire; mais cette connaissance ne me rend pas de mauvaise foi, parce que je sais en même temps que ce possesseur peut me transférer son droit tel qu'il l'a, et, par conséquent, l'aptitude à acquérir par usucapion. En effet, le possesseur de bonne foi étant passible de l'action noxale, il fallait bien qu'il pût faire un abandon utile au demandeur; il eût été inique de l'obliger à payer la réparation du délit sans possibilité d'abandon.

Septième cas (l. 24), de except. rei judicatæ.
J'ai acheté une chose *a non domino*; le propriétaire intentant contre moi la *rei vindicatio*, il est jugé que la propriété n'appartient pas au demandeur. Je perds ensuite la chose et j'intente la publicienne contre le propriétaire rentré en possession. A l'exception *justi dominii*, je répondrai victorieusement par la réplique *rei judicatæ*; l'autorité de la chose jugée ne permet pas que le défendeur puisse remettre la question de propriété en discussion.

Nous avons parlé de la publicienne intentée contre le propriétaire ; supposons maintenant qu'elle est intentée contre un possesseur qui lui-même est en voie d'usucaper. Il peut se faire que deux acheteurs successifs (l. 9, § 4, h. tit.) aient traité de bonne foi *a non domino*, et qu'ils aient tous deux été mis en possession l'un après l'autre ; lequel devra triompher ? Celui qui a été mis en possession le premier ou celui qui est actuellement en possession ?

Je crois qu'il faut distinguer si les deux acheteurs ont traité avec le même vendeur non-propriétaire ou avec deux vendeurs également non-propriétaires. Dans le premier, cas celui-là sera préféré qui aura été mis en possession le premier ; on préférera dans le second cas celui qui est en possession actuellement.

L'antériorité de tradition est prise en considération lorsque les deux acheteurs ont reçu la chose du même vendeur, parce que le vendeur, après avoir fait la tradition à l'acheteur Primus, ne peut pas, en livrant ensuite la chose à Secundus, mettre celui-ci dans une position plus avantageuse que celle où il est lui-même. Or, après avoir fait la tradition à Primus et l'avoir mis en position d'usucaper, il ne pourrait pas exercer contre lui la publicienne qu'il aurait lui-même comme acheteur de bonne foi : il serait repoussé par l'exception de garantie (*rei venditæ et traditæ*). Secundus ne pourra donc utilement intenter la publicienne contre le premier acheteur qui aura recouvré la possession. De même, Primus l'emportera si, ayant perdu la possession, il agit contre Secundus ;

à l'exception de Secundus fondée sur ce qu'il possède de bonne foi et est en voie d'usucaper, Primus pourra répliquer que Secundus ne peut avoir une condition meilleure que celle de son auteur, à qui lui, Primus, pourrait opposer l'exception de garantie.

Lorsque chaque acheteur a son vendeur distinct, celui des vendeurs qui livre le premier ne peut amoindrir en rien l'effet de la tradition faite par le second vendeur qui n'est pas son ayant cause; les deux acheteurs ont une position égale. Celui donc qui exercera contre l'autre la publicienne ne pourra triompher, et le possesseur l'emportera, car *in pari causa melior est causa possidentis*.

Telle est la distinction faite par Julien, de l'école des Sabinien, et par Ulpien (l. 9, § 4, *h. tit*); Paul donne une décision semblable. (l. 14, *Qui potiores in pignore*.) Le Proculien Nératius, au contraire (l. 31, § 2, *De action. empti*), donne toujours gain de cause à celui qui le premier a reçu tradition de la chose. Mais on ne voit pas sur quelle raison il appuie cette préférence donnée à l'antériorité de tradition, dans le cas où les acheteurs ont traité avec deux vendeurs différents, dont aucun n'était propriétaire; aussi son sentiment paraît-il n'avoir pas prévalu. Ce serait donc par inadvertance de Tribonien que le texte de Nératius aurait été conservé dans les Pandectes,

DROIT FRANÇAIS

DE L'USUFRUIT PATERNEL

PRÉLIMINAIRES.

JUSTIFICATION DU DROIT ACCORDÉ AUX PÈRE ET MÈRE. — SES ORIGINES.

Notre Code civil donne au père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère, la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans.

Il était juste d'indemniser les parents, autant qu'il était possible, des soins, dépenses et peines que leur impose l'éducation des enfants. Il était utile aussi de prévenir les difficultés qu'eût pu faire naître l'obligation de rendre des comptes, qui eussent été compliqués, pour des revenus et fruits perçus pendant un grand nombre d'années. Par l'usufruit paternel,

la famille entière se ressentira de la fortune d'un de ses membres; l'égalité ne sera pas rompue dans la maison entre les frères et sœurs, qui partageront le même bien-être. La jouissance des biens des enfants présente encore cet avantage : attribuée au survivant, elle lui permet de vivre dans la même aisance dont il jouissait auparavant, lui épargnant ainsi un changement brusque dans ses habitudes, d'autant plus fâcheux qu'il aurait lieu à l'époque même où l'époux est déjà dans l'affliction par la perte de son conjoint. L'enfant propriétaire n'éprouvera pas par là un grand préjudice; car le droit attribué aux père et mère n'entame en rien son capital, et porte sur des biens dont la destination naturelle est d'être consommés au fur et à mesure qu'ils sont produits. On peut ajouter que si des économies ont été faites sur les revenus, l'enfant les retrouvera sans doute un jour dans la succession de ses père et mère.

Cette jouissance est une faveur attachée à la paternité légitime; elle n'est accordée aux père et mère naturels, sur les biens de leurs enfants légalement reconnus, qu'à dater du moment où ces enfants ont été légitimés par un mariage subséquent (art. 383, C. Nap.).

L'utilité, la moralité de cet attribut de la puissance paternelle indiquées, recherchons-en l'origine : la connaissance des sources où le législateur a puisé nous aidera à mieux comprendre l'esprit de la loi.

Est-ce le droit romain qui a inspiré l'usufruit paternel aux rédacteurs du Code Napoléon, et n'est-il

autre chose que l'usufruit du pécule adventice, créé en faveur du père de famille par les constitutions impériales ? Faut-il, au contraire, en voir le principe dans notre droit national, dans les dispositions de nos pays coutumiers concernant les droits dits de *garde* ou de *bail* ? Ou ne faut-il pas plutôt reconnaître que cette institution a deux sources : d'une part, cet usufruit du pécule adventice qui, jusqu'aux décrets de nos assemblées révolutionnaires, se maintint en France dans les pays de droit écrit ; d'autre part, le droit de garde, institution qui conférait également un usufruit légal sur les biens des enfants ?

Nous retracerons, pour l'examen de cette question, les principes du droit romain et ceux du droit coutumier.

Droit romain.

Dans l'ancien droit romain, qui reconnaissait au chef de famille, père ou ascendant paternel, un pouvoir absolu, le droit de vie et de mort sur ses enfants, tout ce que le fils acquérait était acquis au chef, maître et propriétaire de ses enfants, si âgés qu'ils fussent.

Cette sorte de despotisme se conserva dans presque toute son énergie pendant la république. Les mœurs avaient sans doute fini par adoucir les rigueurs du droit, mais nous voyons encore parfois au dernier siècle de la république la toute-puissance du père de famille : Salluste rapporte que Fulvius mit à

mort son fils, qui avait pris part à la conjuration de Catilina ; avant Fulvius, Cassius avait fait mourir son fils, dont l'éloquence agitait la république. (Val. Max.)

L'empire apporta des restrictions successives à la puissance paternelle, relativement à la personne et aux biens de l'enfant. La faculté de simple correction remplaça ce pouvoir sans limite, et les fils de famille purent avoir un patrimoine particulier, *bona peculiaritaria*.

Dans la suite, on distingua quatre espèces de pécules. Le pécule *profectice* comprenait les biens provenant *ex re patris* dont le chef de famille abandonnait précairement, par tolérance, l'administration et la jouissance à son fils. Le père, resté plein et entier propriétaire, acquérait ce qui était acquis au fils à l'occasion de ce pécule. Mais le fils jouissait en maître de ce qu'il acquérait dans l'armée (pécule *castrense*). Le père n'avait non plus ni la propriété ni l'usufruit du pécule *quasi-castrense*, c'est-à-dire des biens reçus du prince ou acquis dans l'exercice de certaines fonctions civiles ou ecclésiastiques. Le pécule *adventice* se composait, d'après la constitution de Constantin, des biens recueillis par les fils de famille dans la succession de leur mère. Étendu par les successeurs de Constantin aux biens qui auraient été laissés au fils par un ascendant maternel, ou par son époux, il comprend, sous Justinien, tout ce qui advient au fils sans provenir du père, et sans lui être acquis à l'occasion du service militaire ou d'une fonction publique. Le fils en était propriétaire,

le père usufruitier. Ainsi, l'ancienne maxime : Tout ce qui est acquis au fils est acquis au père, *quidquid acquiritur filio, acquiritur patri*, se trouve réduite à l'usufruit du pécule adventice.

Cette distinction des pécules fut observée jusqu'à la Révolution dans une partie considérable de la France. La législation du Bas-Empire, modifiée par des usages locaux et par la jurisprudence des Parlements, régissait en effet nos provinces méridionales, nos pays de droit écrit; tandis que des coutumes formaient la loi des provinces septentrionales, dites pays coutumiers (1). Cette différence tient à ce que le Midi, conquis plus tôt que le Nord par les armées romaines, soumis plus longtemps à la domination impériale, avait été pénétré par les principes romains, et que la partie septentrionale s'était imbue davantage, par suite de l'établissement des Francs, des principes germains et féodaux.

Le père de famille avait la pleine et libre administration des biens soumis à sa jouissance; il n'avait point à rendre compte de sa gestion : *Rerum habeat parens plenissimam potestatem.... et gubernatio earum rerum sit penitus impunita.* (L. 6, § 2, C., de Bonis quæ liberis, lib. VI, tit. 61.) Il exerçait les actions en justice, tant en demandant qu'en défendant; mais il devait obtenir le consentement de son fils, s'il était présent et majeur. (L. 8, § 3, h. tit.) Il ne pouvait

(1) La ligne séparative des deux classes de pays s'abaissait à l'Ouest jusqu'à la Saintonge, et se relevait à l'Est jusqu'au Mâconnais; de l'Est à l'Ouest, la ligne était très-brisée.

aliéner, à moins qu'il ne fût dans un pressant besoin ou que les biens ne fussent dispendieux à conserver; il ne pouvait non plus les hypothéquer. (L. 8, § 5) Le fils, quoique propriétaire, ne pouvait aliéner, même par testament, cela est dit dans la même loi, ni donner son bien en gage, ni le grever d'hypothèques.

Les dépenses pour entretien et conservation des biens, les frais des procès, les legs annuels, les charges usufruituaires, étaient supportées par le père. L'obligation de nourrir et entretenir les enfants lui incombait sans doute, mais elle ne résultait point du droit d'usufruit : il est tenu, dit la loi 8, § 5 (*de Bonis quæ liberis*), *non propter hæreditates, sed propter naturam ipsam et leges*.

Il pouvait se faire que le fils répudiât l'hérédité à lui dévolue : le père acquérait alors et l'usufruit et la nue-propriété.

L'usufruit appartenant au *pater familias* n'était pas, dans sa durée, limité à l'époque où le fils atteignait tel ou tel âge. Attribut de la puissance paternelle que le père pouvait conserver jusqu'à sa mort, il durait autant que cette puissance. Il est même un cas où il survivait au pouvoir paternel, c'est celui de l'émancipation. Dans la crainte que des considérations pécuniaires ne missent une entrave aux émancipations, Constantin avait accordé aux ascendants, à titre de dédommagement, d'indemnité du sacrifice qu'ils font, la propriété du tiers des biens dont avant l'émancipation ils avaient la jouissance. Justinien remplaça ce tiers en propriété par une moitié en usufruit.

Certains biens formant ce que les commentateurs ont appelé le pécule adventice irrégulier, étaient soustraits à l'usufruit. Tels étaient, par exemple, les biens donnés à l'enfant sous la condition que le père n'en aurait pas la jouissance, et ceux provenant d'une hérédité dont le père refuse de faire adition et qui est acceptée par le fils. (L. 8, in pr., C., de *Bonis quæ lib.*)

Droit coutumier.

Dans la plupart des pays coutumiers, la puissance paternelle avait un caractère si différent de la *patria potestas* des Romains, que, pour mieux marquer le contraste, on disait : *Puissance paternelle n'a lieu*. Dans ces provinces, l'autorité paternelle n'était qu'un droit de garde et de protection, modelé sur le *mundium* germanique, pouvoir protecteur du roi sur ses fidèles, du mari sur sa femme, du père sur ses enfants. Cette puissance n'était pas par elle-même la source de droits utiles. Si les père et mère avaient, en certains cas, la jouissance des biens personnels de leurs enfants mineurs, ce droit était seulement la conséquence du droit de *bail* ou de *garde*, d'origine féodale, et qui était attribué aussi aux autres ascendants et quelquefois même aux collatéraux.

Il est nécessaire de consacrer quelques pages à l'étude de cette institution. Nous allons voir la garde attribuée d'abord aux seigneurs, puis aux parents; dans une troisième période, elle est une prérogative de la noblesse : de féodale, elle devient nobiliaire.

Première période : garde dans le droit féodal ; son origine, sa nature. — Droits et obligations du gardien.

Dans les commencements de la féodalité, les concessions de bénéfices étaient personnelles, temporaires, viagères ; les fiefs devinrent enfin transmissibles et héréditaires. En dédommagement de ce sacrifice fait par le suzerain, le nouveau vassal devait payer des droits de mutation droits de quint et de relief ; il avait aussi à remplir le service militaire, qui était de l'essence du régime féodal. Mais au cas de minorité du vassal, ce service étant impossible, le seigneur, au lieu d'investir son vassal, prenait le fief en sa garde, et en percevait tous les revenus tant que durait l'incapacité de l'héritier. Telle est l'origine de la *garde seigneuriale*, appelée quelquefois *garde noble* dans la coutume de Normandie, *bail* dans la coutume de Bretagne (1).

Cette garde ne s'appliquait qu'aux fiefs nobles, que la coutume de Normandie appelle *fiefs de haubert*, ou *membres de haubert* jusqu'à un huitième (2). Ils tombaient en garde, et dans le cas où l'héritier était mineur, et lorsque l'héritière majeure était mariée à un mineur.

Le gardien avait le droit de prendre *les exploits et yssues* du fief, de faire les fruits siens jusqu'à ce

(1) Bail dérive peut-être de *basulus*, gouverneur.

(2) Les membres de haubert, au-dessous d'un huitième, étaient considérés comme terres roturières.

que l'héritier mineur ou le mari de l'héritière eût atteint l'âge de vingt ans. Mais, en compensation de cette jouissance, le seigneur était privé de ses droits de mutation. Et même, par cela seul qu'il y avait garde, bien qu'elle ne fût pas fructuaire, il ne pouvait prétendre aucun droit de quint ou de relief; c'est ce qui avait lieu dans le cas de garde royale: le seigneur ne pouvait alors percevoir les fruits du fief qui était dans sa mouvance, et il ne pouvait exiger néanmoins aucun droit pour mutation.

Incapable de disposer en aucune façon des biens du mineur, le gardien devait les entretenir pour les lui restituer à sa majorité dans l'état où ils étaient à la mort du dernier vassal. Responsable du dommage causé par sa faute, il pouvait même être déchu de son droit. Il était tenu, en second lieu, des arrérages des rentes assises sur les héritages soumis à la garde, qui venaient à échoir pendant ladite garde. Mais, en règle générale, le seigneur n'était tenu d'aucune obligation, soit à l'égard des biens autres que le fief qu'il avait en sa garde, soit à l'égard de la personne du vassal; il y avait donc lieu à la nomination d'un tuteur.

Dans trois cas cependant le seigneur avait la garde de la personne du mineur :

1° Lorsque le tuteur et les autres parents du mineur y consentaient;

2° Quand le mineur n'avait pas d'autre bien que celui dont le seigneur reprenait la jouissance; le seigneur était alors obligé de trouver « vivre advenant

« et ce qui mestier lui est selon son aage et la valeur du
« fief. » Si le vassal avait plusieurs fiefs tenus de dif-
férents seigneurs, les suzerains contribuait à la
« nourriture, entretènement et instruction d'iceluy,
« chacun pour la quote-part de leurs fiefs et au marc
« la livre. »

3^o Dans le cas de *garde royale*. Lorsque le mineur était vassal direct du prince, la garde comprenait, outre le fief immédiat, tous les autres biens et même la personne du mineur. Cette théorie de la garde royale prit naissance en Normandie dès l'origine de la féodalité. Développée dans le *grant coustumier* au xiii^e siècle, elle fut reproduite dans la rédaction officielle des coutumes, au xvi^e siècle, et ne fut abolie que par la loi des 15-28 mars 1790 (tit. 1, art. 12). Cette garde, établie au profit du duc de Normandie, de ducale devint royale sous Philippe-Auguste, qui réunit à la couronne le duché de Normandie.

Une autre différence entre la garde seigneuriale et la garde royale, était celle-ci : la garde du seigneur cessait lorsque le vassal avait atteint l'âge de vingt ans ; la garde royale se prolongeait jusqu'à vingt-un ans.

La garde de la personne, d'une part, obligeait le seigneur à pourvoir aux besoins du vassal ; d'autre part, lui donnait le droit de consentir à son mariage. Toutefois, ce droit était moins étendu au cas où c'était une fille qui était en garde. Le mariage de cette héritière mineure avec un majeur devant faire cesser la garde, il était à craindre que, pour prolonger sa jouis-

sance, le seigneur ne refusât son consentement; la coutume y avait pourvu : « Si le seigneur étant requis contredit le mariage, ou refuse de donner son conseil et licence, il peut estre appelé en justice pour en dire les causes, et, après la permission de justice, la fille aura délivrance de son fief. » (Cout. de Normandie, art. 231.)

Deuxième période : la garde passe du seigneur aux parents du mineur. — En quoi consiste le bail proprement dit. — Droits et obligations qui en découlent.

La garde seigneuriale était la source d'obligations quelquefois fort onéreuses; elle avait, de plus, pour effet de priver le seigneur de ses droits de mutation. Aussi, cette première forme du droit de garde ou de bail, usitée à l'origine dans toute la France féodale, disparut-elle avec le temps à peu près partout. Les seigneurs firent avec leurs vassaux des conventions par lesquelles ils renonçaient à prix d'argent à leur droit de bail.

Le plus ancien traité de ce genre qui soit connu est celui que signa, en 1278, le duc de Bretagne, Jean-le-Roux; il abandonnait son droit de bail, moyennant le droit qu'il aurait de prendre, à la mort de chacun de ses vassaux, les revenus d'une année de tous les biens laissés par le vassal, soit que l'héritier fût majeur ou mineur. Ces espèces de conventions aléatoires de rachat se multiplièrent; la garde sei-

gneuriale fut remplacée par la garde des parents, beaucoup plus favorable aux mineurs.

A quels parents profita cette renonciation ? On distingue à cet égard trois systèmes dans les lois féodales.

Les Assises de Jérusalem attribuent le bail ou la garde *du fief* au survivant des père et mère, et, à leur défaut, au plus proche parent de la ligne d'où procède le fief. D'après les règles de l'ancien droit de garde, le seigneur pouvait avoir, en même temps que la garde du fief, celle de la personne du mineur. Il y a ici, au contraire, incompatibilité absolue entre la qualité de bail et la qualité de gardien de la personne; cette garde *de la personne* appartient au plus proche des parents à qui le fief ne peut jamais échoir : « Et ce fu establi por ce que l'eir fust gardé de damage et de périll, et le bail de honte et de péchié (1). »

Ce principe d'incompatibilité reçoit toutefois exception dans le cas où l'héritier mineur a son père ou sa mère. L'affection paternelle d'une part, et de l'autre, l'impossibilité pour le père ou la mère de recueillir le fief, ôtant à la règle sa raison d'être, le bail et la garde se trouvent alors réunis.

Philippe de Beaumanoir, dans ses Coutumes de Beauvoisis, nous indique un autre système. Le bail et la garde appartiennent tous deux au plus proche

(1) Assises de la Haute-Cour, livre de Jean d'Ibelin, chap. 170. — Notre loi du 30 juin 1838, sur les aliénés, contient une décision exprimant la même défiance. Le curateur qui peut être nommé à la personne de l'individu placé dans un établissement d'aliénés doit être choisi en dehors de ses héritiers présomptifs. (Art. 38.)

parent de la ligne d'où provient le fief, à l'héritier présumé. Dans le système précédent, il y a incompatibilité de plein droit entre la qualité de bail et celle de gardien; ici elle pourra seulement être prononcée, quand les circonstances l'exigeront, lorsqu'il y aura danger pour le mineur à être remis à son héritier présumé : « Li cas est, dit Beaumanoir, quant malvese
« renommée laborait contre li, et quant on set qu'il
« a été accusés de cas de crieme duquel il ne se deli-
« vrera pas à s'onnor, car male coze serait con laissast
« enfans a celi qui est mal renommés par son vilain
« fet. » (Cout. de Beauvoisis, chap. 21, n° 14.)

Enfin, un autre coutumier du XIII^e siècle, *li Droict et lis coustumes de Champaigne et de Brie*, ne fait plus aucune mention de l'incompatibilité de la qualité de bail et de celle de gardien. Le survivant des père et mère, ou l'aîné des enfants, qui est majeur, sont seuls appelés expressément à exercer le droit de garde. Mais cette vocation fut étendue à tous les parents en ligne directe ascendante et en ligne collatérale; et l'on ne recherchait point l'origine du fief.

Il pouvait se faire que personne ne se présentât pour user de ce droit de garde. On retombait alors dans la garde seigneuriale. Le seigneur percevait les fruits, mais sans être tenu de payer les dettes. Aucune obligation ne lui était imposée, à moins que l'enfant n'eût pas d'autre bien que le fief; car le seigneur, au cas « où il n'ia nul vilenage des quix li
« enfant puisse être soutenu, doit lor livrer vesture
« et pasture. » (Cout. de Beauvoisis, chap. 15, n° 17.)

Cette charge était imposée au seigneur, même lorsque le mineur n'avait pas de fief.

Quels droits et quelles obligations découlaient du bail ? Le bail ou baillistre devenait propriétaire des meubles appartenant au mineur ou qui lui arrivaient pendant la durée du bail : *Res mobilis, res vilis*. Il faut toutefois excepter de ce gain ce qui « lor serait « donné ou laissié en testament d'autrui ». (Cout. de Beauvoisis, chap. 14, n° 30.) Quant au fief, il en acquérait *toz les espolis*, c'est-à-dire tous les fruits. On considérait uniquement le fait de la perception pour déterminer quels fruits étaient siens, la première année et la dernière.

L'héritier du vassal, à raison de son fief, pouvait avoir lui-même des vassaux, obligés comme tels à fournir un *ronci de service* ou cheval de guerre ; cette espèce de prestation n'était due par le vassal qu'une fois en sa vie : ne constituant pas un revenu périodique, elle n'appartenait pas au baillistre. — Le bail pouvait affermer les terres, et ce louage était obligatoire pour l'héritier s'il était fait sans fraude ; de même le fief peut être engagé par le bail pour tout le temps que doit durer son droit.

Les obligations avaient cinq objets :

Le bail ne pouvait régulièrement prendre possession avant d'avoir fait hommage au seigneur de qui relevait le fief ; il devenait par là temporairement son vassal, et comme tel devait faire le rachat du fief : « *Quicumque tenet ballum debet facere rachatum,* » moyennant l'abandon des revenus d'une année. A dé-

faut d'hommage, le seigneur reprenait le fief jusqu'à la majorité de l'héritier. Cette obligation du rachat n'était pas imposée au survivant des père et mère ; mais dans le cas où la mère venait à se remarier, le second mari était tenu d'acquitter ce droit.

La jouissance accordée au bail étant temporaire, il doit entretenir les biens qu'il devra plus tard restituer ; il est chargé aussi de veiller à la conservation des héritages vilains du mineur, dont il a ordinairement l'administration.

Une obligation plus importante est celle qui astreint le bail au paiement de toutes les dettes du mineur : *Qui bail prend, quitte le rend*. C'est là une compensation du droit de propriété qui lui est accordé sur les meubles, du droit d'usufruit qui lui est reconnu sur le fief. Le paiement de toutes les dettes du mineur peut être une charge très-onéreuse ; mais nul n'est contraint à prendre bail, de même que nul n'est héritier qui ne veut. Si l'acceptation du bail est nécessaire, elle peut être tacite ; une fois faite, elle est irrévocable, et elle produit une sorte de novation du droit des créanciers, qui ne peuvent plus poursuivre que le bailleur. Dans quatre cas, cependant, que nous indique Beaumanoir, les créanciers peuvent agir contre l'héritier devenu majeur. Ces cas sont : celui où le bail est devenu insolvable avant d'avoir payé les dettes ; celui où il a commis un délit entraînant la perte du fief ; le cas où le créancier a été absent pendant toute la minorité de l'héritier ; celui enfin où la dette n'est exigible qu'après la cessation du bail : dans cette dernière

hypothèse, un recours est accordé à l'héritier contre son ancien baillistre.

L'entretien de l'enfant est aussi à la charge du bail, et sans qu'il y ait à distinguer si le bail ou gardien du fief est ou non en même temps gardien de la personne. Il est même tenu sur ses biens personnels, si les revenus du fief ne suffisent pas « au vivre ne à la vesture de l'héritier » ; il ne peut toucher aux revenus des héritages vilains dont il a l'administration.

Enfin certaines garanties peuvent être exigées du bail, suivant les cas, pour l'exécution de ces diverses obligations ; et notamment pour le paiement des dettes, dans l'hypothèse unique où « le bail maint hors du « pais ou hors de la castellerie, là ù li bay siet et il « n'a point d'héritage en ledite castellerie qui soit « soufisans as detes paier qu'il doit par le reson du « bail, et il en veut porter les levées du bail. » (Cout. de Beauvoisis, chap. 18, n° 24.) Et pour le mariage de l'héritier, quand le bail avait la garde de sa personne : « Por ce que maint mariage porraient estre « fet qui ne seraient pas convenables de chix ou « de celes qui sont en autrui bail ou en autrui « garde, il est resons que cil qui en a le bail ou le « garde face bonne seurté as amis prochains de l'un « costé ou de l'autre qu'il ne le mariera pas sans lor « conseil ; et s'il ne veut faire le seurté, la garde des « enfants li doibt estre ostée et les doibt on mettre « en la garde d'aucun prodrome ou d'aucune prode « femme du lignage qui cetté seurté voille fere. » (Chap. 18, n° 30, 31.)

Le bail était véritablement un tuteur dans les pays où il avait la garde de la personne et celle de tous les héritages du mineur, comme cela avait lieu en Beauvoisis ; l'héritier ne pouvait alors faire aucun acte valable *sans l'auctorité du bail* ; il aurait pu faire annuler, une fois majeur, les actes faits sans cette autorisation qui auraient constitué pour lui une lésion.

Jusqu'à quand dure le bail ? Il finit lorsqu'arrive la majorité de l'enfant ou de l'aîné des enfants. Celui-ci prend alors le bail de ses frères et sœurs *sous aagiés* : En général, l'âge de la majorité est fixé à quinze ans pour les mâles, à douze ans pour les femmes. L'héritier parvenu à sa majorité peut, s'il le veut, rester en garde ; mais cette prolongation de bail ne doit pas être faite dans un but frauduleux, pour *apeticier le droit du seigneur*, c'est-à-dire pour le frustrer du droit de rachat.

La demoiselle majeure qui, après avoir fait hommage au seigneur, épousait un mineur, retombait en garde ; s'il en était parfois autrement, c'était *par débbonnèreté*, non par droit. Le bail avait donc intérêt, pour prolonger sa jouissance, à marier l'héritière avec un mineur ; ce mariage pouvant n'être pas convenable, il fut permis aux parents de l'héritière de s'adresser à la justice, laquelle pouvait prononcer la déchéance de la garde de la personne ou obliger le bail à fournir des sûretés.

Dans les pays où aucun âge n'était fixé comme donnant à l'héritière le droit de faire hommage de son

fief, le mariage de cette héritière était une cause de cessation du bail.

La forfaiture ou contravention grave aux obligations résultant de l'hommage, faisait aussi cesser le bail. Le seigneur reprenait le fief, mais sans être assujetti aux charges ordinaires du bail.

— Le droit de bail dont nous venons de parler suppose l'existence d'un fief. Dans le cas où le mineur n'a pas de terre féodale, le mot *garde* désigne spécialement la position de celui qui est chargé de l'administration des biens du mineur et à qui est confiée aussi habituellement la surveillance de sa personne. Cette garde appartient au plus proche parent. Toutefois le seigneur peut écarter celui qui serait incapable ou indigne. Si aucun parent ne peut ou ne veut se charger de ces fonctions, la garde est seigneuriale ; mais il y a lieu de nommer un tuteur, le seigneur ne pouvant se charger d'administrer les intérêts de tous les enfants qui ne sont pas sous la garde de leurs parents.

A la différence du droit de bail, la garde ne confère, du moins en général, aucun droit utile au gardien. Mais le gardien n'est pas, comme le bail, chargé des dettes du mineur. S'il est tenu de conserver les biens en bon état, il a droit de porter en compte les dépenses qu'il a dû faire ; il n'a pas non plus à mettre du sien pour pourvoir à l'entretien de l'enfant.

Un émolument pouvait être attribué au gardien sur les biens du mineur, lorsqu'une société tacite ou *compagnie* se formait par la mise en commun des choses appartenant au mineur et de celles appartenant au gar-

dien. La masse commune, augmentée ou diminuée pendant la garde, se partageait par moitié.

La garde cessait à la majorité, qui était fixée à un âge moins avancé en matière non féodale que dans le droit féodal pur.

Troisième période: transformation du droit de bail en droit de garde noble. — Le droit, de purement réel devient personnel, et de féodal nobiliaire.

L'origine du droit de bail le rendait applicable seulement aux fiefs. *Bail si est de fé.* Cependant, avec le temps, cette idée se transforma, si bien que « déjà antérieurement à la rédaction officielle des coutumes, les règles dont l'application autrefois supposait avant tout l'existence d'un fief, c'est-à-dire d'une tenure noble, s'appliquaient en raison de la noblesse des personnes, abstraction faite de la qualité des biens. C'est ainsi que la *garde noble*, prérogative accordée à la noblesse du sang, a remplacé le droit de bail, prérogative attachée à la noblesse de la terre. L'institution, telle que la féodalité l'avait organisée, a subsisté presque tout entière, mais, de purement réelle qu'elle était d'abord, elle est devenue personnelle. » (1)

Cependant des tempéraments, des restrictions furent apportés aux droits du gardien sur les biens des mineurs; le nombre des personnes appelées diminua, on se montra particulièrement soupçonneux à l'égard des collatéraux; on s'efforça d'empêcher les abus qui fai-

(1) M. Demangeat, *Revue de Droit français et étranger*, 1857.

saient appeler la garde : *deprædatio bonorum pupilli*.

Voici les règles qui régissaient la garde noble dans la plupart des coutumes.

Elle n'est déférée qu'aux nobles, et sur des mineurs nobles (Pothier, *Traité de la garde noble et bourgeoise*, nos 32, 33 et 34). Elle appartient au survivant des père et mère ; au défaut ou refus du survivant, elle est déférée aux aïeuls et aïeules ; certaines coutumes y admettent aussi les collatéraux. Parmi ces coutumes, les unes préfèrent le plus proche parent du côté d'où procède l'héritage ; les autres appellent le plus proche collatéral sans tenir compte de l'origine du bien ; le frère aîné des mineurs est quelquefois seul appelé.

La coutume de Paris défère la garde à l'aïeul ou aïeule des mineurs indistinctement, que cet aïeul soit du côté du survivant, ou qu'il soit du côté du prédécédé. Que s'il s'en trouve tant du côté du survivant que du côté du prédécédé, Pothier se demande s'ils concourront ou s'il y aura lieu à quelque préférence ; il paraît admettre, comme Duplessis et Ferrière, que la garde noble leur doit être déférée concurremment ; de même que, selon le droit romain, la loi des Douze Tables ayant appelé à la tutelle le plus proche parent, *proximus agnatus*, elle était déférée à tous ceux qui étaient au même degré. La coutume d'Orléans, à défaut du survivant des père et mère, ne déférait la garde qu'à l'aïeul ou aïeule du côté du décédé. Mais elle la déférait non seulement à l'aïeul et à l'aïeule, mais aussi aux autres ascendants. (Article 26.)

Il ne peut y avoir qu'une garde noble des mêmes

mineurs ; un degré ne peut venir que lorsque le degré précédent n'a pas recueilli : si donc le survivant des père et mère, après avoir exercé le droit auquel il était appelé, vient à mourir avant la majorité de celui qu'il avait en garde, l'aïeul n'a pas de droit sur le mineur qui est définitivement sorti de garde. Ce principe que la garde ne se réitère pas est fondé sur ce que la garde est préjudiciable aux mineurs.

Le gardien devait être civilement capable d'administrer sa propre fortune ; celui qui avait été interdit pour démence ou pour prodigalité était donc exclu de la garde. C'est là une règle qui vient du droit féodal ; et elle y était fondée : car le bail n'avait la jouissance du fief qu'à la charge de rendre le service militaire et d'administrer tous les héritages. Elle s'est maintenue dans la jurisprudence coutumière, et cependant un assez grand nombre de coutumes distinguaient la garde et la tutelle (1).—L'ascendant mineur n'était pas exclu de la garde ; son mariage l'avait émancipé. Mais le collatéral, pour être gardien, devait être âgé de vingt-cinq ans.

Certaines coutumes assimilent celui qui a vocation à la garde à un *heres extraneus* ; comme autrefois en matière de bail féodal, c'est l'acceptation seule qui le constitue gardien ; elle est expresse ou tacite ; cependant, à Paris, elle doit être faite en jugement. La coutume d'Orléans applique, au contraire, les principes

(1) Aujourd'hui l'interdiction du père ou de la mère ne ferait obstacle qu'au droit d'administration ou de tutelle, et non au droit de jouissance légale.

de la saisine héréditaire ; elle défère la garde de plein droit, sauf au gardien la faculté de renoncer.

Le survivant peut-il accepter la garde noble à l'égard de l'un de ses enfants, et y renoncer à l'égard des autres ? Pothier répond affirmativement. Aucun principe, en effet, ne s'y oppose ; il y a autant de droits de garde qu'il y a d'enfants. Lemaitre, Renusson repoussent cette décision ; ils refusent au survivant la faculté de faire une distinction qui, si elle n'est pas contraire à un principe de droit, est contraire au moins à la bienséance, en ce qu'elle révèle un calcul d'avarice.

Celui dont la mort donne ouverture à la garde ne peut pas défendre par son testament que la garde soit déferée au survivant ou à celui qui a la vocation de la loi : *Nemo potest testamento cavere ne leges locum habeant*, dit Pothier (*Garde noble et bourgeoise*, n° 48) ; et il ajoute que le survivant peut au contraire être privé de la garde par suite d'une clause insérée au contrat de mariage : une pareille renonciation doit être valable, dit-il, puisqu'on peut bien par contrat de mariage renoncer à une succession future (1). Le survivant peut être privé de la garde par le fait d'un tiers, lorsque l'aïeul offre d'accepter la garde sans profit et que le survivant ne veut pas se contenter de cette sorte de tutelle légitime. (Coutumes de Chauny, Laon.)

(1) Aux termes de l'art. 387, Code Nép., le prémourant des père et mère peut, par son testament, priver de la jouissance légale de ses biens son conjoint survivant. D'autre part, aux termes de l'art. 1388, le droit de jouissance légale, attribut de la puissance paternelle, ne peut subir aucune modification en vertu des clauses du contrat de mariage.

Droits et obligations du gardien. — L'émolument du gardien était plus ou moins considérable, suivant les coutumes. Le système le plus généralement suivi était celui qui donnait au gardien la jouissance de tous les immeubles et l'administration des meubles; c'était celui de la Coutume de Paris, art. 267. La coutume d'Orléans donnait au gardien la jouissance de tous les héritages et la propriété des meubles, art. 25. Mais l'usage avait excepté de ce gain la légitime du mineur et les meubles les plus importants, tels que les actions en emploi ou en reprise de deniers stipulés propres, que l'époux prédécédé avait contre la communauté. — Certaines coutumes n'accordaient au gardien un droit de jouissance que sur les tenures nobles.

Le droit de garde était-il restreint aux biens recueillis par le mineur lors de l'ouverture de la garde? S'étendait-il aux biens qui advenaient plus tard au mineur? La plupart des coutumes ne se prononçaient pas formellement, et la question était très-controversée. Dumoulin étendait le droit du gardien à tous les biens du mineur; et c'était avec raison, il nous semble: car les textes sont conçus dans les termes les plus généraux, art. 267 de la coutume de Paris, art. 25 de la coutume d'Orléans. Néanmoins, l'usage avait prévalu de borner le droit de garde, qui était considéré comme odieux.

Le gardien n'est pas nécessairement tuteur du mineur. La coutume d'Orléans déférait bien de plein droit la tutelle au gardien noble; mais, d'après la coutume de Paris, la tutelle pouvait seulement lui

être déférée. Le gardien, comme tel, a l'administration des biens soumis à son usufruit. Dans les coutumes où il a la jouissance des meubles, comme cette jouissance ne doit pas diminuer le fonds, il est obligé de faire faire la vente des meubles, et l'usufruit se réduit à jouir du prix d'iceux. Si les meubles ne tombent pas en garde, leur administration n'appartient au gardien qu'autant qu'il est en même temps tuteur de l'enfant. C'est au gardien qu'appartient le soin de la personne du mineur, la direction de son éducation.

Quant aux obligations résultant du droit de garde, elles sont les mêmes en partie que celles attachées anciennement au droit de bail. Dans la majorité des coutumes, le gardien ne doit pas l'hommage au suzerain du fief échu au mineur : « Le seigneur féodal est « tenu de bailler souffrance aux enfants ou à leur tu-
« teur, jusques à ce qu'ils, ou l'un d'eux, soient en
« âge pour faire ladite foi ou hommage. (Cout. de
« Paris, art. 41.) » Secondement, il n'est plus obligé de payer un droit de relief pour la mutation opérée à son profit; mais il est tenu des droits de relief qui peuvent être dus par l'héritier, à raison de l'acquisition que fait celui-ci.

Comme le bail, le gardien doit veiller à la conservation des biens dont il a la jouissance; les frais qu'il a dû faire pour l'entretien des biens restent à sa charge. Quelques coutumes lui font supporter aussi les frais de tous les procès relatifs aux biens des mineurs. Sous l'empire des coutumes qui ne se prononcent pas, faut-il donner la même décision? Pothier adopte l'affirmative

en se fondant sur ce que ces frais sont d'entretien et de conservation des biens; Duplessis et Bourjon mettent à sa charge les dépenses des procès relatifs à la jouissance, et ne l'astreignent qu'à faire l'avance pour les procès relatifs à la propriété. (Voir Code Nap., art. 613.)

Le gardien doit nourrir, alimenter et entretenir les mineurs selon leur état et qualité. (Art. 267 de la Coutume de Paris.)

On lui imposait, en outre, le paiement des dettes et charges mobilières qui pèseraient sur le mineur en qualité d'héritier, s'il n'était pas en garde : *Qui garde prend, quitte la rend*. Cette obligation, dans les coutumes où l'on accordait au gardien la propriété des meubles, était la conséquence logique du principe : Là où va l'actif mobilier, là va le passif mobilier. Mais sous l'empire de la coutume de Paris, notamment, qui lui refusait la propriété des meubles, il y avait inconséquence dans un pareil système. Cependant cette décision n'avait rien d'inique, puisque l'acceptation de la garde était volontaire. La plupart des coutumes avaient adopté cette règle, sans doute par un pur souvenir de celle suivie en matière de bail, et sans prendre garde qu'autrefois cette obligation avait son principe dans un droit corrélatif. Au reste, les dettes mobilières n'étaient pas, à cette époque, aussi considérables qu'elles pourraient l'être aujourd'hui; le prêt à intérêt était alors prohibé; les rentes foncières, les rentes constituées étaient classées généralement parmi les immeubles.

Le bail féodal opérant novation de l'obligation du mineur, qui se trouvait libéré à l'égard de ses créanciers; il n'en est pas de même de la garde: l'acceptation produit cet effet, que les créanciers ont deux débiteurs au lieu d'un, quoique le gardien soit seul tenu définitivement.

Le gardien devait supporter les frais funéraires de la personne dont la mort avait donné ouverture à la garde: car si ces frais ne sont pas des dettes du défunt, ce sont du moins des dettes de la succession.

Celui qui a valablement accepté la garde ne peut se décharger de ses obligations; et il n'est pas tenu seulement jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille. La plupart des coutumes, notamment celles de Paris et d'Orléans, le considèrent comme tenu de supporter ces dettes *ultra vires*.

Une autre obligation du gardien était de faire inventaire des biens soumis à la garde. Dans le silence des coutumes, on admettait que la confection de l'inventaire devait avoir lieu dans les trois mois, à partir de la mort du *de cuius*; on se fondait, par analogie, sur l'ordonnance de 1667, qui accordait trois mois à la veuve et à l'héritier. Si le gardien laissait expirer ce délai, suivant plusieurs auteurs, il n'avait plus droit à l'émolument de la garde qu'à partir de la confection de l'inventaire. Mais ce système rigoureux était repoussé par Dumoulin et par la jurisprudence: *Hoc omisso*, dit Dumoulin, *non desinit facere fructus suos, quia inventarium nihil commune habet cum fructibus*. On ne doit pas établir des peines, ajoute Pothier, que la

loi n'a pas prononcées. Les mineurs ont la faculté de demander au gardien, quand il est leur père ou leur mère, la continuation de la communauté dans laquelle se confond l'émolument de la garde; s'ils ne jugent pas à propos de la demander, le juge, après le temps de la garde, estimera la valeur de ce qui doit être restitué au mineur sur des enquêtes de commune renommée.

Dans les coutumes où la garde devait être acceptée en jugement ou au greffe, cette acceptation dans un acte authentique avait pour effet de frapper les biens du gardien d'une hypothèque générale. Quelques coutumes l'astreignaient à fournir caution: la coutume d'Orléans, par exemple, qui exigeait cette garantie de la gardienne qui se remariait ainsi que de son nouveau mari.

La garde noble finissait par les modes suivants :

1° L'âge de l'enfant. A Paris, la majorité est fixée à vingt ans pour les mâles, à quinze ans pour les filles; à Orléans, à vingt ans et un jour pour les mâles, à quatorze ans et un jour pour les filles. La garde cesse plus tôt pour les filles, parce qu'elles peuvent se marier plus jeunes; comme le mariage fait sortir la fille de garde, il eût été à craindre que, pour prolonger son droit, le gardien ne se refusât à un mariage convenable.

2° L'émancipation expresse, résultant de lettres du prince, entérinées devant le juge, du consentement du gardien.

3° Le mariage de la mineure. C'est la consécration

du principe du droit féodal pur ; peu importe que le mari soit lui-même mineur : la *débonnèreté* dont parle Beaumanoir est devenue le droit. — Le mariage du mineur ne fait cesser la garde que dans les coutumes où le mariage produit une émancipation tacite.

4° Le second mariage du gardien, dans certaines coutumes du moins. (Art. 268, C. de Paris.)

5° La mort naturelle ou civile du mineur ou du gardien.

6° La perte de la noblesse.

7° L'inexécution des obligations imposées au gardien. Il y aura lieu à destitution de la garde, s'il se rend coupable de malversation, s'il ne fournit pas aux mineurs les aliments ou les choses nécessaires à leur éducation. La débauche publique de la mère est aussi une cause de destitution.

— Nous avons jusqu'ici parlé du droit de garde considéré comme un privilège de la noblesse. Mais à côté de la garde noble, il existait, à Paris et à Calais notamment, une garde aussi avec émoluments, une garde bourgeoise, et ce privilège était la conséquence de l'espèce de noblesse attribuée à la bourgeoisie de ces villes. Des lettres patentes de Charles V consacèrent, en 1371, le privilège des bourgeois de Paris, et il fut confirmé par Charles VI, en 1390. On trouve à ce sujet, dans le Grand Coutumier, fol. 87, les lignes suivantes : « Par l'usage et coutume notoire, en la
« ville et banlieue de Paris, le survivant des deux ma-
« riés, tant soient-ils gens de poeste, a la garde de
« leurs enfants et fait les fruits siens des héritages en

« les nourrissants, tout ainsi comme il est accoutumé
« entre nobles ; et pour raison de la noblesse des sus-
« dits et à cause d'icelle noblesse, tous bourgeois de
« la dite ville sont en la sauvegarde du roy. »

Malgré les termes : *comme il est accoutumé entre nobles*, la garde bourgeoise n'était pas tout à fait assimilée à la garde noble. Elle était plus favorable aux intérêts des mineurs. Le survivant des père et mère y était seul appelé. Elle n'avait lieu que sur les impubères, et finissait, en conséquence, à quatorze ans pour les mâles, à douze ans pour les filles. Le gardien bourgeois était obligé de donner caution.

Enfin, certaines coutumes accordaient le droit de garde, sans exiger la noblesse, ni même la bourgeoisie : telles étaient les coutumes de Berry, de Montfort-l'Amaury. Au contraire, la coutume de Châlons ne reconnaît ni la garde noble ni la garde bourgeoise ; elle veut que les mineurs soient pourvus de tuteurs ou curateurs.

— Après cette exposition des principes admis dans nos pays coutumiers, et l'énoncé des règles des pays de droit écrit, on peut dire que l'usufruit paternel du Code Napoléon n'a pas une origine unique ; que les rédacteurs de 1804 ont puisé et dans la législation romaine et dans le droit coutumier, donnant ainsi satisfaction aux pays de coutumes et à ceux de droit écrit, autant que le permettait l'uniformité de législation qu'on voulait établir.

L'usufruit du pécule adventice était attaché à la puissance paternelle ; il s'ouvrait dès que l'enfant avait des

biens. Il en est de même de notre usufruit paternel.

L'usufruit portant sur les biens adventices était universel : c'était là le principe ; la loi romaine y apportait des exceptions. Notre usufruit est universel aussi, et nos rédacteurs ont emprunté au droit romain quelques exceptions à cette règle.

Mais ils ont, en général, donné la préférence aux dispositions de notre droit national. C'est grâce à l'influence du droit coutumier que la jouissance légale appartient au père, par préférence à l'aïeul ; qu'elle est dévolue à la mère, après la dissolution du mariage : heureuse dérogation au droit romain que celle qui appelle aussi la mère à la jouissance des biens de ses enfants ! Comme le dit M. Réal, le législateur devait établir un droit égal, là où la nature avait établi une égalité de peines, de soins et d'affections ; cette équitable disposition répare l'injustice de bien des siècles.

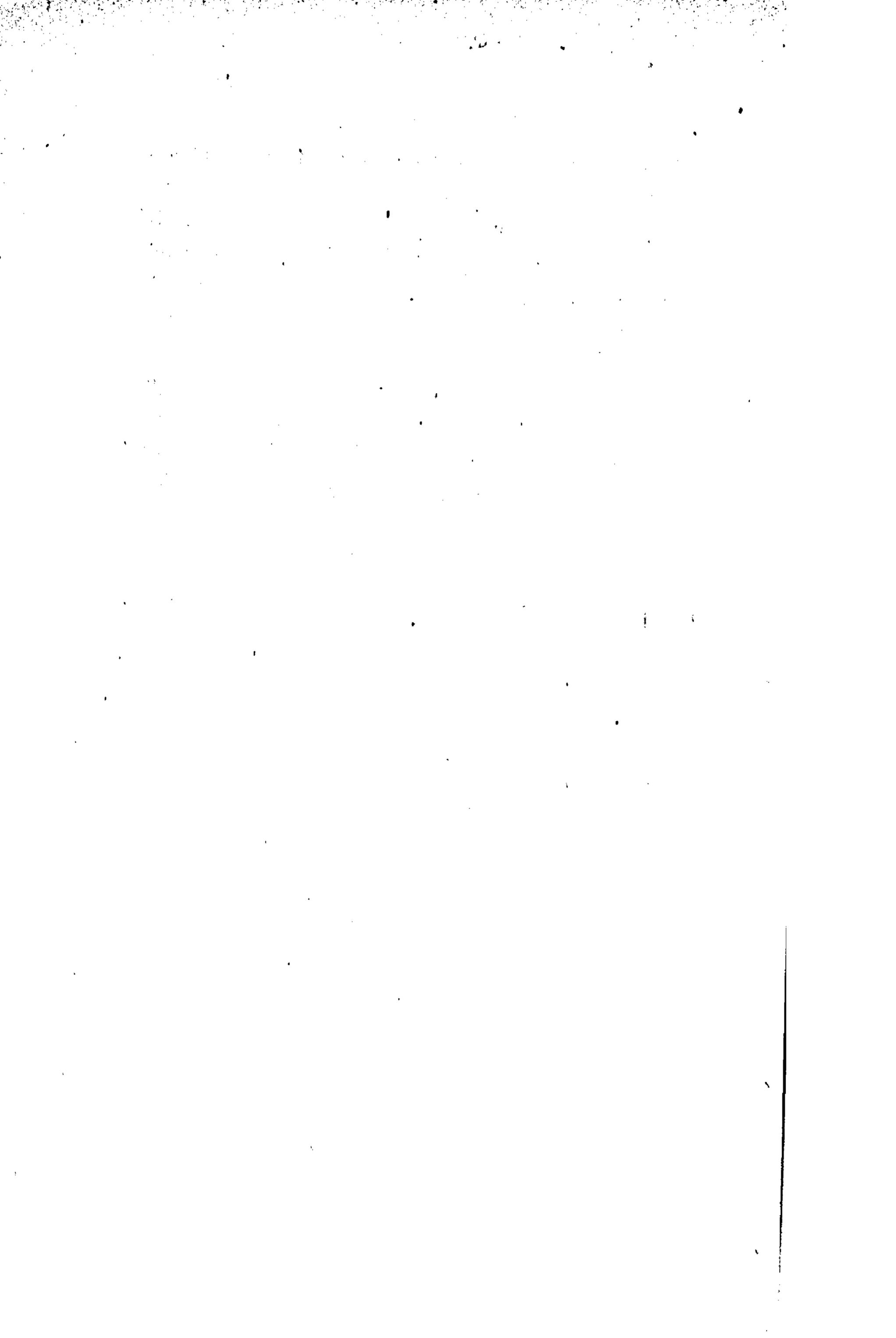
S'il était utile et juste de reconnaître un droit d'usufruit aux père et mère, l'intérêt légitime de l'enfant propriétaire voulait qu'on ne donnât pas à cette jouissance une trop longue durée. Le droit d'usufruit attaché à la garde cessait lorsque l'enfant avait atteint un certain âge : sur ce point encore, nos rédacteurs, s'écartant du droit romain, ont admis le principe coutumier.

L'émancipation de l'enfant, en droit romain, ne faisait pas perdre au père de famille tout droit sur les biens adventices. Dans nos coutumes, elle éteignait entièrement le droit de jouissance, et c'est cette dernière législation qui est devenue la nôtre.

En étudiant les dispositions du Code Napoléon, nous

verrons que les charges de l'usufruit légal ont aussi une origine coutumière.

Les principes de la garde bourgeoise ont été suivis de préférence à ceux qui régissaient la garde noble. C'est ainsi que l'usufruit est déféré seulement aux père et mère, tandis que la garde noble était déférée, au défaut ou refus des père et mère, aux autres ascendants, parfois même aux collatéraux. Le gardien noble acquérait, en certaines coutumes, la propriété des biens mobiliers du mineur; le Code Napoléon n'accorde jamais aux père et mère que la jouissance des biens.



CODE NAPOLEÓN

USUFRUIT PATERNEL

Nous avons étudié dans ses origines le droit des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs; nous pouvons examiner maintenant les dispositions du Code. A qui l'usufruit légal appartient-il? Quels sont les biens qu'il comprend? Quels droits confère-t-il? Quelles sont les charges de cette jouissance? Comment doit-elle et peut-elle cesser?

SECTION I^{re}.

A qui l'Usufruit paternel est-il accordé? — De la Renonciation.

L'article 384, au titre de la puissance paternelle, est conçu en ces termes :

« Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. »

Ainsi, l'usufruit légal est un attribut de la puissance paternelle; il n'existe plus au profit des ascendants du degré supérieur, qui ne sont jamais investis de la puis-

sance paternelle dont il est question dans notre titre; il appartient au survivant indépendamment de la qualité de tuteur, car la puissance paternelle est distincte de la tutelle; en sorte que le père même qui est exclu des fonctions de tuteur, conserve néanmoins son droit de jouissance.

Il peut se faire que pendant le mariage le père se trouve dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle : il est interdit ou présumé absent; il peut même être déchu de ses droits sur la personne et les biens de ses enfants, par application de l'art. 335 du Code pénal. Faut-il dire alors que la mère, exerçant la puissance paternelle, a la jouissance des biens des mineurs? Plusieurs auteurs pensent qu'en effet la mère, étant chargée de l'éducation des enfants et de l'administration de leurs biens, doit avoir aussi l'usufruit légal qui est la compensation de ces peines et de ces soins; ils répondent à ceux qui opposent la décision de l'art. 384 que cet article est rédigé comme les art. 373 et 389, qui attribuent au père seul, durant le mariage, l'exercice de l'autorité sur les enfants et l'administration de leurs biens personnels, et que l'on s'accorde pourtant à interpréter en ce sens, qu'en cas d'incapacité du mari, l'exercice de la puissance paternelle et l'administration légale passent à la mère.

Je crois que cette opinion ne doit être admise ni dans l'une ni dans l'autre des deux hypothèses.

Supposons d'abord que le père est seulement dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, laquelle réside toujours en lui. Pour le maintenir dans son droit

d'usufruit, j'invoquerai l'art. 384, qui, donnant la jouissance au père durant le mariage, sans faire aucune distinction, déclare par là même que cette jouissance lui appartient indépendamment de l'exercice de la puissance paternelle. Aux arguments tirés des art. 373 et 389 on peut répondre : L'art. 373 se prête à une interprétation plus favorable à la mère, parce qu'il règle seulement l'exercice d'un droit que la disposition précédente confère à la fois au père et à la mère. L'art 384, au contraire, confère le *droit* même d'usufruit, et il ne l'accorde qu'au père durant le mariage. A l'égard de l'interprétation de l'art. 389, la translation du père à la mère de l'administration légale est juridiquement possible : l'art. 141, en effet, statuant sur le cas où le père a disparu, est en état de présomption d'absence, porte que la mère administrera les biens de ses enfants mineurs; c'est donc se conformer à l'esprit de la loi que de donner à la mère l'administration légale dans des cas entièrement analogues. D'ailleurs l'intérêt des enfants veut que leur éducation et l'administration de leurs biens soient, en cas d'empêchement du père, confiées à la mère. Mais il n'y a pas même nécessité d'attribuer à la mère la jouissance des biens; d'autre part, aucune disposition n'autorise ici l'extension de la loi au delà de ses termes. Le législateur semble même prévoir notre question et implicitement exclure la mère de l'usufruit légal durant le mariage : l'art. 141, dont nous avons déjà parlé, donne à la mère, au cas de disparition du père, l'éducation des enfants, l'administration de leurs biens, et il ne lui donne pas l'usufruit. Ce silence ne veut-il

pas dire que la mère n'aura pas cet usufruit, tout en exerçant alors la puissance paternelle ?

Au cas donc où le père est seulement empêché d'exercer l'autorité paternelle, lui ôter l'usufruit légal pour le donner à la mère, ce serait prononcer une déchéance qui n'est pas dans la loi. La femme doit être considérée comme le délégué, le mandataire du mari, et elle lui doit compte des bénéfices qu'elle a perçus en cette qualité, car le mandat est naturellement gratuit.

Dans l'hypothèse plus délicate de l'art. 335, Code pénal, où le père est déchu de ses droits, c'est bien en son propre nom que la mère exerce la puissance paternelle; et l'usufruit étant éteint pour le père, il n'y a pas à craindre de blesser les droits du mari. Mais l'usufruit légal n'appartient qu'à ceux auxquels il est attribué expressément, et l'art. 384 n'appelle la mère à l'usufruit qu'à la dissolution du mariage. C'est, en conséquence, à l'enfant propriétaire que doit profiter la déchéance de l'usufruit, sous la réserve, bien entendu, du droit éventuel de la mère pour le cas de survie. Remarquons que si l'on transportait à la femme la jouissance dont le père est déchu, celui-ci en profiterait indirectement, et alors même qu'il ne serait pas marié sous le régime de la communauté, droit commun de la France, car le bien-être de l'un des époux est nécessairement partagé par l'autre. Or la loi n'a pu vouloir que le père recouvrât par une voie détournée la jouissance dont elle l'avait privé. C'est par le même motif, qu'aux termes de l'art. 730, le père écarté comme indigne d'une succession que recueillent ensuite ses enfants, ne

peut réclamer sur ces biens l'usufruit légal. Le législateur a voulu que la déchéance qui résulte de l'indignité fût efficace.

On objectera peut-être que faire passer l'usufruit du père à l'enfant, c'est punir la mère en voulant atteindre le père. L'art. 730 répondrait à l'objection. Le père écarté comme indigne de la succession et de l'usufruit légal, n'en conserve pas moins l'exercice de la puissance paternelle; la mère ne peut donc réclamer l'usufruit légal; elle est donc atteinte par la faute du père. Mais ce résultat n'a pas effrayé le législateur. L'usufruit paternel est une concession de la loi, une dérogation aux droits qui découlent de la qualité de propriétaire; on a donc pu ne l'accorder que dans certaines limites.

La jouissance légale formant une exception au droit commun, nous devons interpréter strictement la disposition qui l'attribue. L'article qui concède ce droit suppose ou que les père et mère sont encore mariés, ou que leur mariage est dissous. Partant, ce droit d'usufruit n'existe pas, quoi qu'en ait dit un auteur, sur les biens des enfants naturels au profit des père et mère qui les ont reconnus sans les légitimer par le mariage. La puissance paternelle qui s'exerce sur la *personne* des enfants est expressément attribuée aux père et mère naturels, art. 383; mais aucun article n'étend aux *biens* de l'enfant naturel ce que l'art. 384 dit de ceux de l'enfant légitime. En effet, que ces père et mère aient le droit de correction, la morale et l'intérêt même de l'enfant l'exigent; mais quant au droit d'usufruit, il n'en est pas ainsi, et on n'a pas dû être disposé à donner à la

paternité naturelle une sorte de récompense pécuniaire. Il y avait d'ailleurs peu d'inconvénient à augmenter la fortune des père et mère légitimes aux dépens de leurs enfants, puisque ceux-ci retrouveront sans doute cet accroissement de fortune dans la succession de leurs père et mère, tandis que l'enfant naturel, souvent réduit à de faibles droits héréditaires, ne serait pas également indemnisé de la perte de ses revenus.

Nous avons vu que la coutume d'Orléans, appliquant les principes de la saisine héréditaire, déférait la garde *ipso jure* ; la coutume de Paris, au contraire, assimilait le gardien à un *heres extraneus* et exigeait de sa part une acceptation formelle. Aujourd'hui, l'usufruit paternel est déféré de plein droit ; il est attribué aux père et mère par la loi, sans que rien dans les textes ni dans les principes subordonne l'exercice de ce droit à une acceptation sous une forme quelconque ; le silence du Code sur certaines questions controversées dans notre ancien droit, questions naissant de la nécessité d'une acceptation, doit faire admettre qu'il a adopté la règle des coutumes qui déféraient la garde de plein droit.

Mais si l'acceptation se présume, la renonciation, au contraire, doit être expresse ; elle pourrait être faite par une déclaration formelle que le père ou la mère passerait devant un notaire ou devant un conseil de famille. La loi offre, dans l'usufruit légal, un avantage aux père et mère, elle ne leur impose point une charge ; la faculté de renoncer peut donc être encore exercée après que l'on a déjà accepté : celui qui a un droit peut toujours l'abandonner. Toutefois ce changement de volonté

ne produirait d'effet, nous le pensons, que pour l'avenir(1). L'usufruitier ne pourrait pas, même en restituant les fruits qu'il a déjà perçus, se soustraire aux obligations attachées à ce titre jusqu'au moment où il a cessé de l'avoir. Les charges dont l'usufruitier est tenu ne sont que des charges réelles, il est vrai, et il est de la nature de ces sortes de charges de n'obliger la personne que *propter rem*, en tant que la personne détient la chose, qui est la cause de son obligation. Mais il résulte seulement de là, il nous semble, que l'on peut abdiquer ces charges pour l'avenir. Quant au passé, l'usufruitier en exerçant son droit activement a tacitement accepté les charges de la jouissance ; il y a eu un quasicontrat qui l'a obligé *personnellement*. La renonciation qu'il peut faire n'est pas la résolution de son droit ; en renonçant au titre qu'il avait accepté d'abord, il ne peut pas faire qu'en droit comme en fait il n'ait été usufruitier.

La renonciation anticipée est-elle valable ? Les futurs époux peuvent-ils, par leur contrat de mariage, renoncer à l'usufruit paternel ?

On dit en faveur de l'affirmative : La renonciation à l'usufruit légal lorsqu'il est déjà ouvert est permise ; il faudrait donc, pour que la renonciation anticipée fût défendue, qu'elle fût contraire à l'ordre public ou à quelque disposition de la loi. Or aucun texte ne prohibe cette clause, et l'ordre public ne saurait être blessé par une renonciation qui favorise les enfants sans diminuer

(1) M. Zachariæ enseigne que le père peut se décharger de ses obligations, même pour le passé, en renonçant à son usufruit pour l'avenir et en restituant les fruits qu'il a déjà perçus (t. III, p. 684).

les droits de la puissance paternelle sur leur personne. On invoque aussi l'autorité des anciens auteurs, qui admettaient généralement la validité de la renonciation anticipée relativement à la garde noble.

Cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie aujourd'hui. On pouvait, suivant Pothier, renoncer par contrat de mariage au droit de garde noble. Mais il fondait sa décision sur ceci, que la jurisprudence avait rendu les contrats de mariage susceptibles de toutes conventions. On peut bien, dit-il (section II, § 1, *Traité de la garde noble et bourg.*), par contrat de mariage renoncer à une succession future : pourquoi les conjoints ne pourraient-ils pas pareillement renoncer au droit de garde noble ? La renonciation à une succession future étant prohibée par le Code Napoléon, art. 791, 1130, 1389, l'opinion de Pothier se retourne contre ceux qui l'invoquent. Nous croyons d'ailleurs cette renonciation anticipée prohibée par les textes. L'article 1388 défend de déroger par contrat de mariage aux droits qui appartiennent au mari comme chef et à ceux conférés au survivant par le titre de la puissance paternelle. C'est bien comme chef que le mari, que le père a la jouissance légale pendant le mariage, et l'usufruit paternel est un des droits attribués au survivant par le titre de la puissance paternelle. La loi ne permet donc pas de déroger à la disposition attributive de l'usufruit légal ; et cela se conçoit : le législateur ayant cru bon et utile d'instituer un usufruit paternel, il a bien pu, dans l'intérêt de cette institution, empêcher une renonciation prématurée, qui ne serait pas faite en toute connaissance de cause.

Les paroles prononcées dans la discussion de l'art. 1388 confirment l'interprétation que nous donnons à cet article. Voici en quels termes s'exprimait M. Treilhard : «... Cet article ne parle de la puissance paternelle que pour défendre les stipulations qui priveraient le père de son pouvoir sur la personne de ses enfants et de l'usufruit de leurs biens. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XIII, p. 166).

En faveur du système qui nous semble devoir être admis, on peut encore invoquer la disposition de l'art. 906, qui exige, pour qu'une libéralité soit valable, que la personne à qui elle s'adresse soit déjà conçue. Nous sommes, dans notre hypothèse, soumis à cette règle : la renonciation à l'usufruit par le père constitue une libéralité ; et cette libéralité s'adresse aux enfants à naître du mariage, enfants non encore conçus. Donc elle doit être déclarée nulle.

Remarquons en terminant que rien n'empêche l'usufruitier légal de renoncer à sa jouissance sur les biens de l'un de ses enfants, et de la conserver sur les biens des autres.

SECTION II.

A quels biens s'applique l'usufruit paternel ?

La jouissance légale est en principe universelle (art. 384) ; le père ou la mère a le droit de percevoir même les produits de l'usufruit appartenant à ses enfants mineurs, ou les arrérages d'une rente viagère constituée à leur profit, sans être tenu à aucune restitution (art. 588, 1568).



Cette règle que les biens acquis aux enfants, à titre d'hérédité ou autrement, sont soumis à l'usufruit légal, souffre plusieurs exceptions. Sont affranchis de cette jouissance :

1° *Les biens que les enfants acquièrent par un travail et une industrie séparés.*

Le législateur donne une récompense au travail, un encouragement aux habitudes d'ordre et de bonne conduite, en établissant au profit du mineur cette espèce de pécule, plus étendu que ne l'étaient autrefois les pécules castrense et quasi-castrense, mais qui néanmoins ne peut jamais devenir très considérable, puisqu'il ne s'agit aujourd'hui que de mineurs au-dessous de 18 ans. Il faut que l'enfant exerce une profession distincte de la profession du père ; il n'est pas nécessaire qu'il demeure chez un autre que son père ; la loi ne pouvait l'exiger : elle assigne pour domicile au mineur la maison paternelle (art. 108).

Si l'enfant travaille pour son père, au lieu d'exercer une industrie séparée, il n'a droit à aucun salaire : de là peut résulter une inégalité entre les enfants d'un même père ; l'un aura droit à la pleine propriété de ce qu'il gagne, l'autre n'aura rien à réclamer. Mais il fallait entre le père et l'enfant qui n'a pas d'industrie séparée empêcher toute contestation sur le prix du travail de l'enfant ; celui-ci d'ailleurs sera nourri, entretenu aux frais de son père, tandis que le fils qui travaille à part contribuera, sur les produits de son industrie, aux dépenses de nourriture et d'entretien.

La pensée qui a dicté notre disposition exclut de ce

patrimoine exceptionnel les gains faits au jeu, ou provenant d'un pari, le trésor trouvé par l'enfant ou dans ses biens. Les père et mère auraient l'usufruit légal du trésor, lors même qu'ils n'auraient pas, par exception, la jouissance du fonds dans lequel la découverte aurait été faite : car le trésor n'est ni une partie, ni un fruit de l'immeuble qui le renferme ; il rentre donc dans la règle générale.

2° Les biens donnés ou légués à l'enfant, sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.

Le donateur ou testateur se serait peut-être abstenu de la libéralité qu'il voulait faire à l'enfant, s'il n'avait été le maître d'en borner les effets au profit de la personne à laquelle il voulait du bien. On a considéré sans doute aussi que le disposant peut avoir de justes motifs de priver le père ou la mère de la jouissance légale. Il appréhende, par exemple, que le père dissipateur n'élève ses enfants d'une manière peu conforme à la fortune dont ils jouiront plus tard, tout en restant dans certaines limites que les tribunaux pourront difficilement le forcer à dépasser ; ou bien, ascendant maternel, il craint que les revenus de sa fortune n'aillent, au cas de second mariage du père, enrichir des enfants d'un autre lit.

L'usufruit paternel étant la règle, la condition de non-jouissance doit être expresse, résulter clairement de l'acte. Elle doit être considérée comme telle lorsque le disposant a indiqué l'emploi à faire des revenus.

Mais si le père et le fils se trouvaient colégataires d'une même succession, il ne faudrait pas voir dans cette seule circonstance la volonté chez le testateur de réduire le père à la part qui lui a été personnellement attribuée. Il n'y a pas là cette condition *expresse* de non-jouissance exigée par la loi. On invoquerait vainement la Nouvelle 118, chap. II, dans laquelle Justinien décide que le père, recueillant une succession en commun avec son fils, n'a pas l'usufruit de la part attribuée à celui-ci. Le Code Napoléon ne contient aucune disposition semblable, et les deux qualités, chez le père, de légataire et d'usufruitier du legs fait à l'enfant n'ont rien d'incompatible ; seulement, l'une procède de la volonté du testateur, l'autre de la volonté de la loi.

C'est une question délicate que celle de savoir si la prohibition de l'usufruit paternel par le disposant peut comprendre la réserve de l'enfant. Une mère meurt, laissant un fils qu'elle a institué légataire universel, avec la condition que le père survivant n'aura pas la jouissance des biens. Cette prohibition, certainement valable pour une moitié du patrimoine de la mère, laquelle était disponible entre ses mains, l'est-elle également pour la seconde moitié, formant pour l'enfant une succession réservée, que la mère ne pouvait transmettre à aucun autre ? Ou bien, le père peut-il, malgré la clause du testament, réclamer son usufruit sur la moitié constituant la réserve ?

La question était autrefois très-controversée entre les docteurs, en ce qui concerne la légitime. Le plus grand nombre la décidait en faveur de l'usufruitier. On

se fondait sur la Nouvelle 117, ch. 1, qui, en autorisant le disposant à enlever à l'ascendant du légataire l'usufruit du bien légué, en excepte formellement la légitime. *Sancimus*, dit Justinien, *licentiam esse et matri et aviae aliisque parentibus, postquam reliquerint filiis partem quæ lege debetur, quod reliquum est substantiæ, filiis donare sub hac conditione si voluerint ut pater aut qui omnino eos habent in potestate in his rebus non usumfructum habeant*. La décision de ce texte est un reste de l'ancienne théorie de la *patria potestas*, qui absorbait la pleine propriété des biens échus aux fils de famille, et qui plus tard fut restreinte à l'usufruit du pécule *adventice* : « *Filiusfamilias suis parentibus non in plenum sicut antea fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum adquirat*. (L. 6, *De bon. q. lib.*) Elle ne peut donc exercer aucune influence sur la solution de notre question.

La décision romaine est aujourd'hui remplacée par les termes généraux de l'art. 387, qui dispose que la jouissance légale ne s'étendra pas aux biens qui seront donnés ou légués aux enfants, sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas. Il semble bien résulter de ces expressions que les père et mère peuvent toujours être privés par le disposant de cet usufruit auquel ils ont droit en principe, et qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre la réserve et la quotité disponible. Néanmoins, les autorités les plus graves se prononcent en sens contraire et professent que la condition de non-jouissance ne peut s'appliquer à la réserve. Ces auteurs disent : La réserve doit arriver franche et libre dans les mains du réservataire ; c'est

la loi elle-même qui la lui transmet. et l'auteur de la succession ne peut la grever d'aucune charge, d'aucune condition (art. 913 et suiv.). Or, la condition par laquelle le défunt a privé le père de l'usufruit altère la pleine et libre propriété de la réserve; donc elle doit donner ouverture à l'action en réduction, laquelle peut être exercée, non-seulement par le réservataire, mais aussi par ses héritiers ou ayant-cause (art. 921); et l'usufruitier légal est un véritable ayant-cause de l'enfant.

Il me semble que l'on peut répondre : S'il est vrai que le disposant ne peut imposer à la réserve aucune condition, c'est seulement lorsque la condition est préjudiciable au réservataire. Ainsi le veut l'esprit de la loi qui établit la réserve. Les dispositions qui portent sur la succession non disponible ne sont point, en effet, nulles de plein droit; l'art. 920 dit qu'elles sont seulement réductibles; elles conservent donc tout leur effet si la réduction n'en est pas demandée par ceux au profit desquels la loi fait la réserve ou par leurs ayant-cause (art. 921). Dans notre hypothèse, qui est-ce qui pourrait demander la réduction? qui a intérêt et qualité pour agir? L'enfant sans doute a qualité. Mais quel intérêt aurait-il donc à faire annuler une disposition qui lui donne au delà même de la réserve légale, qui lui donne l'usufruit qu'il n'aurait pas sans cette disposition? L'exercice de l'action en réduction lui nuirait en grevant de l'usufruit paternel des biens qui en seront affranchis, s'il les conserve à titre de donation ou de legs; donc cette action, établie en faveur de l'enfant, ne saurait être admise dans un cas où la réserve est plutôt accrue que diminuée.

Si l'enfant ne peut agir en réduction faute d'intérêt, le père ne peut agir faute de qualité. Il ne pourrait demander la réduction que comme ayant-cause de son fils; et le fils n'ayant pas lui-même cette action, il n'y a pas lieu de parler ici d'ayant-cause. La prétention, d'autre part, par laquelle le père soutiendrait que la réserve n'a pu être affranchie de son usufruit légal retournerait contre l'enfant une action créée uniquement pour lui, et la pensée de la loi n'a pas pu être que les dispositions sur la réserve profitassent à un tiers au préjudice du réservataire.

On a prétendu, il est vrai, que cette clause de non-jouissance ne respecte qu'en apparence la réserve de l'enfant. M. Demolombe suppose un père riche et généreux qui entretient son enfant à ses propres frais, bien que le fils ait des ressources personnelles, et qui, blessé de la disposition qui lui enlève l'usufruit de la réserve, changerait de conduite et imputerait rigoureusement sur les revenus de l'enfant les dépenses qu'il fait pour lui; en sorte que, tout compte fait, l'enfant perdrait plus aux rigueurs du père qu'il ne gagnerait à l'usufruit de sa réserve. Dans ce cas, dit M. Demolombe, l'enfant aurait donc intérêt à ce que son père ne fût pas privé de la jouissance de sa réserve, et dès lors il pourrait, par une action en réduction, demander que cette condition fût réputée non écrite; or, si l'enfant a ce droit, c'est donc que la réserve est entamée; et si l'enfant a l'action en réduction, elle doit aussi appartenir à ceux qui ont des droits légitimes à exercer sur les biens compris dans la réserve.

Cette hypothèse n'est nullement juridique; les ma-

gistrats n'ont pas à se préoccuper de pareilles susceptibilités; ils ne doivent rechercher que les conséquences normales des faits qui leur sont déférés, et la clause de non-jouissance aura pour effet ordinaire d'enrichir l'enfant, et non de lui causer un préjudice. Si l'on devait prendre en considération les circonstances imaginées par M. Demolombe, on arriverait à condamner le système de la loi qui permet de priver les père et mère de l'usufruit légal; car ce père, blessé dans sa susceptibilité par la condition de non-jouissance et voulant en quelque sorte en punir son fils, peut se rencontrer également quand la prohibition porte sur le disponible, au lieu de porter sur la réserve. Enfin, en admettant les faits supposés, il ne serait pas encore prouvé que le père dût avoir l'action en réduction. Pour exercer cette action sans être réservataire, il faut avoir la qualité d'ayant-cause du réservataire. On dira sans doute que le père est constitué par la loi même créancier, ayant-cause de son enfant, qu'il a contre lui le droit de prendre les revenus de ses biens. Mais le père ne peut être considéré comme ayant-cause que lorsqu'il est établi qu'il a droit à l'usufruit. Or, la question est précisément de savoir si l'usufruit porté sur la réserve, nonobstant la clause d'exclusion.

En faveur du système que nous croyons devoir repousser, on invoque encore de prétendues analogies. On assimile le père à un associé. Si une personne avait consenti un contrat de société universelle de tous biens présents et de tous gains (article 1837), ses associés auraient le droit de demander de leur chef la nullité de la condition par laquelle un de ses ascendants

aurait déclaré que les revenus de sa réserve n'entreront pas dans la société, car l'auteur de la succession n'a pas pu imposer à la réserve une condition qui mettrait le réservataire dans l'impuissance de satisfaire à l'obligation par lui souscrite. Or, dit-on, le père usufruitier légal est dans une position analogue à celle de ces associés ; il a droit aux fruits de tous les biens présents et futurs de ses enfants, et ceux-ci ne doivent pas être moins obligés en vertu de la loi qu'ils ne le seraient en vertu d'une convention.

On tire aussi un argument de l'art. 581 du C. de procédure, qui ne permet au testateur ou donateur de déclarer insaisissables que les sommes ou objets *disponibles*.

Ces cas diffèrent essentiellement du nôtre. Lorsqu'un ascendant déclare exclus de la société contractée par l'héritier les revenus des biens réservés, ou déclare ces biens insaisissables, non-seulement il fait acte de puissance sur les biens réservés, mais cet acte est préjudiciable au réservataire. La condition d'exclusion ou d'insaisissabilité empêcherait l'héritier de satisfaire à ses engagements, elle diminuerait son crédit, elle altérerait le droit de pleine et libre disposition qui doit lui appartenir sur la réserve. On conçoit dès lors que les associés de l'héritier, ses créanciers exerçant le droit de celui dont ils sont les ayant-cause, puissent attaquer une condition qui porte manifestement atteinte à la réserve. Mais le père ou la mère n'est pas dans une situation semblable : 1^o la clause qui le prive de l'usufruit des biens réservés n'est point préjudiciable au réservataire ; 2^o il ne peut agir comme ayant-cause du réservataire.

Je crois donc que la prohibition d'usufruit légal peut porter sur la réserve comme sur le disponible.

L'exclusion autorisée par l'article 387 peut être dirigée, soit contre le père et la mère sans distinction, soit contre l'un d'eux seulement.

3° Les biens d'une succession dévolue à l'enfant par suite de l'indignité de son père ou de sa mère, qui y était d'abord appelé. (Art. 730, C. Nap.)

On n'a pas voulu que ceux qui sont exclus d'une succession, comme indignes, puissent, au moyen de l'usufruit légal, recueillir une partie des avantages que l'hérité leur aurait procurés. Si c'est le père qui est, pendant le mariage, écarté comme indigne, la mère ne pourra prétendre à la jouissance des biens; car l'article 384 n'accorde ce droit à la mère que dans le cas de survie; l'usufruit se réunira à la propriété, pour renaître en faveur de la mère si le mariage est dissous par la mort du mari. Est-ce la mère qui a été appelée à la succession et exclue pour indignité, le père aura néanmoins la jouissance des biens, dont la mère sera privée plus tard; sans doute, le père ayant l'usufruit, la mère recueillera alors indirectement une partie des avantages pécuniaires que la loi voulait lui ôter, puisqu'elle partagera avec son mari le bien-être que ces revenus apporteront dans la maison conjugale; mais cette considération de fait ne peut prévaloir contre la disposition de la loi: Le père, durant le mariage, a la jouissance des biens de ses enfants.

Proudhon (*Traité des Droits d'usuf.*, t. 1, n° 185) admet que si le père avait été déclaré complice du

crime qui a rendu la mère indigne, il devrait lui-même être écarté de toute prétention à l'usufruit légal sur les biens de la succession, parce que la cause de l'indignité lui serait applicable dans la mesure de ses intérêts, comme à la mère. Peut-être ne faut-il pas donner à l'article 730 une telle extension; il s'agit ici d'une pénalité, d'une disposition qui doit être interprétée dans un sens restreint; or, l'art. 730 ne prononce de déchéance que contre l'*héritier déclaré indigne*. Si le conjoint complice devait être déchu de son droit, il faudrait aller jusqu'à dire qu'il serait passible de la même pénalité dans le cas où il se serait rendu complice d'un individu qui n'était point héritier, car sa culpabilité serait la même. Et comment, lorsque personne n'a pu être écarté de la succession comme indigne, appliquer l'art. 730, qui ne prévoit que le cas d'indignité?

4° *Les biens compris dans un majorat dont l'enfant serait titulaire.* (Avis du conseil d'État, du 30 janvier 1811.)

Les majorats, déjà interdits pour l'avenir par la loi du 12 mai 1835, ont été à peu près abolis par la loi du 7 mai 1849, rendue par l'Assemblée constituante sur le rapport de M. Valette.

SECTION III.

Quels droits confère la jouissance légale?

Le titre de la puissance paternelle, qui attribue aux père et mère l'usufruit des biens des enfants, ne contient aucune disposition relative aux droits que confère

cette jouissance. Mais comme elle est qualifiée par la loi même d'usufruit, notamment dans les art. 389, 601, 730, nous croyons que l'on peut poser en principe que le parent usufruitier légal exerce les droits de l'usufruitier ordinaire, art. 582 à 599. Le titre de l'usufruit distingue bien l'usufruit établi par la loi et l'usufruit établi par la volonté de l'homme (art. 579); mais cette différence d'origine n'empêche pas qu'une seule section (art. 582 à 599) règle d'une manière générale les droits des deux espèces d'usufruit. Cependant, si l'on peut assimiler la jouissance des père et mère à celle d'un usufruitier ordinaire, l'assimilation n'est pas exacte absolument et à tous égards. Cette jouissance est un attribut de la puissance paternelle, et partant elle est soumise à certaines règles spéciales. Examinons à ce sujet quelques difficultés.

Lorsqu'un usufruit ordinaire comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier, aux termes de l'art. 589, a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute. L'usufruit paternel confère-t-il le même droit? Il résulte de l'art. 453, qu'à la différence du tuteur ordinaire, qui est obligé de faire vendre tous les meubles du mineur, autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature (art. 452), les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur, ont le choix de faire vendre ou de garder les meubles

pour les remettre en nature. Quand le père ou la mère a préféré garder les meubles, peut-il, à la fin de son usufruit, les rendre dans l'état, quel qu'il soit, où ils se trouvent par l'effet de l'usage ou des cas fortuits? ou bien est-il responsable même des détériorations produites par le temps, lorsqu'elles mettent les meubles hors de service, et de la perte totale ou partielle arrivée par force majeure?

En faveur du premier système, on peut dire : La jouissance des père et mère est un usufruit ; c'est ainsi que la loi la nomme. Les dispositions qui déterminent les droits de l'usufruitier lui sont donc applicables. Or, l'art. 589 est formel : l'usufruitier n'est obligé de rendre les choses que dans l'état où elles se trouvent ; c'est là un principe tellement général qu'il se retrouve dans plusieurs articles (950, 1063, 1566), où la loi règle le droit de jouissance sur des meubles semblables ; et il est même reproduit dans l'art. 458. L'emprunteur à usage, le commodataire n'est pas non plus tenu de la détérioration (art. 1884), et il ne jouit pourtant qu'en vertu d'un acte d'obligeance purement gratuite (1876). C'est que ce principe tient à la nature même des choses : celui qui a le droit de jouir d'un objet ne peut être responsable de la détérioration qui résulte du seul effet de sa jouissance ; car il n'a fait qu'user de son droit.

Malgré ces arguments, j'inclinerais à adopter l'autre opinion, qui me paraît conforme à la fois aux textes, aux traditions et à l'équité.

D'après l'art. 458, les père et mère ne deviennent point propriétaires des meubles, puisqu'ils doivent rendre en nature ceux qui subsisteront encore à la ces-

sation de leur usufruit. Mais ils doivent rendre la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature : ils sont donc responsables de la perte, quelle qu'en soit la cause. Autrement dit, l'estimation que les père et mère sont obligés de faire faire des meubles du mineur ne vaut pas vente ; et néanmoins elle met les meubles aux risques de l'usufruitier : c'est la même théorie que celle des art. 1822 et 1825 sur l'estimation du cheptel donné au fermier. Que l'on remarque, en effet, que la disposition de 453, spéciale à l'usufruit paternel, n'est pas rédigée comme les art. 589, 950 et autres. Ceux-ci disent expressément que l'usufruitier ordinaire n'est obligé de rendre les choses que dans l'état où elles se trouvent ; les cas fortuits ne sont donc pas à sa charge ; mais l'art. 453 est plus rigoureux : les père et mère rendront la valeur estimative ou les meubles en nature ; ils sont donc tenus d'une obligation absolue et inévitable de restitution, et les détériorations considérables, aussi bien que les pertes, sont à leur charge ; car ce ne serait pas remettre des meubles en nature que de rendre des lambeaux, des débris de meubles, ou de ne faire aucune restitution au cas d'anéantissement des objets par cas fortuit. Ces mots meubles en nature, sans aucune autre addition, de l'art. 453, signifient des meubles propres encore à l'usage auquel ils sont destinés d'après leur nature.

L'obligation de remettre, soit les meubles en nature, soit la valeur estimative, est tout à fait équitable. Le législateur a bien voulu accorder aux père et mère la jouissance des biens de leurs enfants ; mais il n'a pas

voulu, il n'a pu vouloir que cette jouissance eût jamais pour résultat de diminuer le fonds, le capital de l'enfant. Si l'usufruitier légal n'était, à la fin de l'usufruit, obligé de rendre les meubles menblants, le linge, les voitures, chevaux, etc., que *dans l'état où ils se trouvent alors*, le droit de jouissance équivaldrait souvent en réalité à un droit de propriété. Que peuvent valoir des choses qui se consomment peu à peu par l'usage, après un usufruit qui peut durer dix-huit ans ?

La conservation du capital de l'enfant, telle me paraît être la pensée qui a dicté 453 ; et, en posant ce principe, la loi n'a fait, comme en beaucoup d'autres points, que reproduire une règle de l'ancienne garde noble. Nous trouvons, en effet, dans Bourjon : « La « jouissance du gardien embrasse les meubles appar- « tenant au mineur ; mais *comme sa jouissance ne « doit pas diminuer le fonds*, il est obligé de faire « faire la vente des meubles ; et la jouissance se réduit « à jouir du prix d'iceux. » (*Droit commun de la France*, t. I, p 835.)

Le père ou la mère usufruitier est dispensé aujourd'hui de la vente des meubles, parce que ces biens qui proviennent ordinairement de la succession de son conjoint, il s'était accoutumé à les considérer comme siens, et que ce serait aggraver sa douleur que de changer le côté matériel de son existence. Mais cette faculté de conserver les meubles en nature ne doit pas nuire à l'enfant : il faut que son capital lui soit restitué. Ce capital serait sauvegardé, si le père ou la mère n'avait pas la tutelle (art 452). Il serait étrange que l'enfant

eût à souffrir de cette circonstance, qu'il a pour tuteur, non pas un étranger, mais son père ou sa mère.

Ainsi l'art. 453 déroge à l'art. 589. L'usufruitier ordinaire *doit* conserver les meubles ; on comprend alors qu'il ne soit obligé de les rendre que dans l'état où ils se trouveront. Si le père ou la mère, au contraire, conserve les meubles du mineur, c'est qu'il l'a bien voulu ; il ne peut donc se plaindre des suites d'une option volontairement faite.

Une question qui est également l'objet de controverses est celle qui a trait à l'aliénabilité de l'usufruit. D'après l'art. 595, l'usufruitier peut jouir par lui-même, ou vendre ou céder à titre gratuit son droit ; et par conséquent l'usufruit peut être hypothéqué (art. 2118), et exproprié (art. 2204). Le père pourra-t-il aussi vendre ou hypothéquer son usufruit légal, le droit lui-même d'usufruit sur tel ou tel immeuble de son enfant ? Les créanciers pourront-ils le saisir et le faire vendre ? Je ne le pense pas.

L'usufruit légal a un caractère propre, c'est d'être inhérent à la puissance paternelle. Accessoire, attribut de cette puissance qui ne peut être l'objet d'une cession, qui est hors du commerce, il ne doit donc pas pouvoir non plus être l'objet d'aucune cession, ni volontaire, ni forcée.

La décision opposée conduirait à des résultats contraires à la loi et aux intérêts de l'enfant. Supposons un instant que le père puisse céder son droit d'usufruit : ce sera donc le cessionnaire qui désormais administrera les biens de l'enfant ? Mais la loi veut que ce soit

le père (art. 389); et il ne peut, de sa seule volonté, abandonner son droit d'administration légale, délaisser le devoir que la loi lui impose. Après l'aliénation, le père n'aurait plus une pleine et entière liberté d'agir dans l'intérêt de l'enfant; le tiers qui aurait l'usufruit pourrait s'opposer aux changements, améliorations; qui sont le caractère d'une bonne gestion. D'autres difficultés encore s'élèveraient relativement aux charges, qui sont la condition de la jouissance légale. La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants constituent des dépenses dont le chiffre est très-variable, et dépend non-seulement de l'importance des revenus de l'enfant, mais aussi de son âge, de sa santé, des dispositions de son intelligence. Ce sont les père et mère qui doivent apprécier toutes ces circonstances d'éducation et déterminer comment il convient d'élever tel ou tel enfant. Or, si l'aliénation volontaire ou forcée de l'usufruit légal est possible, ou le tiers sera fondé à contester ces dépenses, et le père sera gêné dans l'accomplissement de ses obligations, ou le cessionnaire sera à sa merci et pourra se voir enlever tous les revenus. Quelle stabilité, d'ailleurs, aurait le droit de ce tiers, puisque le père resterait le maître d'éteindre cet usufruit, par l'émancipation de l'enfant, avant le temps où il devrait régulièrement finir? L'acheteur de cet usufruit soumis à de nombreux modes d'extinction, qui cesse non-seulement par la mort de l'usufruitier, mais encore par celle du propriétaire, n'acquerrait qu'à vil prix; le législateur n'a pas dû vouloir que la puissance paternelle pût être compromise et dégradée par ce trafic.

Il est une disposition qui paraît bien prouver qu'en effet l'usufruit des père et mère ne constitue pas, à proprement parler, un démembrement de la propriété de l'enfant mineur, comme l'usufruit proprement dit. C'est la loi du 9 octobre 1791 (Addition à l'art. 2 de la loi du 19 déc. 1790), laquelle déclare formellement que le père ou la mère venant à la jouissance des biens de ses enfants n'est redevable d'aucun droit envers le fisc. Cette disposition a été remise en vigueur, lorsque l'usufruit paternel, momentanément aboli par la loi du 17 nivôse an II, a été rétabli par l'art. 384 du Code Napoléon.

Mais si l'usufruit même ne peut être cédé, les fruits qu'il produit peuvent être vendus, échangés, donnés, saisis par les créanciers du père. Seulement, comme les frais d'entretien et d'éducation, notamment, sont des charges de la jouissance, il sera fait préalablement déduction des frais que l'usufruitier légal doit avant tout payer. Si les créanciers prétendaient que le chiffre de la déduction est d'une exagération frauduleuse, les tribunaux seraient juges du différend.

Comme l'usufruitier ordinaire, l'usufruitier légal pourra affermer les biens dont il a la jouissance; rien ne s'oppose à ce qu'il jouisse par un autre qui ne fait qu'exercer son droit; ce sera même assez souvent le meilleur moyen d'assurer une bonne exploitation.

SECTION IV.

Quelles sont les charges de la jouissance paternelle ?

Les charges de cette jouissance sont :

1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers.

Ainsi le père ou la mère doit faire dresser, avant d'entrer en jouissance, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit (art. 600). Il doit jouir en bon père de famille, et conserver la substance de la chose (578) ; mais il est dispensé de fournir caution (601) : l'affection que les père et mère portent à leur enfant offre une garantie suffisante. Il est tenu de faire les réparations d'entretien (605, 607), et d'acquitter les dépenses qu'un bon administrateur prélève sur les revenus : les contributions, les arrérages des rentes, les intérêts des sommes exigibles, les pensions alimentaires ou viagères (art. 608, 610, 612). Les revenus passifs sont à sa charge, comme les revenus actifs sont à son profit.

2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune.

Cette obligation ne se confond pas avec celle que consacre l'art. 203, d'après lequel les époux contractent, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Il y a intérêt, dans plusieurs cas, à savoir si le père est tenu en cette seule qualité, ou s'il est obligé comme usufruitier légal.

En vertu de l'art. 203, les père et mère ne sont tenus de nourrir et entretenir leurs enfants que selon leur fortune personnelle (art. 208). Au contraire, le parent usufruitier légal doit nourrir, entretenir et élever l'enfant selon la fortune dont cet enfant est propriétaire. Les revenus ne sont attribués au père et ne deviennent sa propriété qu'après le prélèvement de ce dont l'enfant a besoin.

Le père, comme tel, n'est tenu de pourvoir à ses frais aux dépenses d'entretien et d'éducation des enfants qu'autant que ceux-ci n'ont pas des ressources suffisantes (art. 208). S'il est usufruitier, il doit, au contraire, payer ces dépenses lors même que les enfants auraient des biens personnels qui ne seraient pas compris dans l'usufruit. Car l'entretien et l'éducation de l'enfant sont mis à la charge de l'usufruitier d'une manière absolue ; l'art. 385, 2^o, repousse toute distinction. Si la loi veut que ces dépenses soient acquittées, dans tous les cas, par celui qui a la jouissance légale, c'est que cette obligation s'exécutera en réalité avec les biens de l'enfant, tandis que celle de l'art. 203 s'exécute sur les biens des parents. D'ailleurs, lors même que par exception certains biens ne sont pas compris dans l'usufruit paternel, ce n'en est pas moins un usufruit général, grevé toujours des mêmes charges, auxquelles l'usufruitier peut se soustraire en renonçant. Telle était autrefois la décision que donnait Pothier sur une question semblable à la notre : « Quoique le gardien noble
« ne jouisse pas des biens de ses mineurs, qui sont si-
« tués dans des lieux régis par des lois qui ne lui don-

« nent pas cette jouissance, l'émolument de la garde
« qu'il a dans les biens régis par notre coutume ne
« laisse pas de l'obliger, pour le total, aux frais d'en-
« tretien du mineur et aux charges de la garde, et non
« pas seulement au prorata des biens dont il jouit ; car
« ce n'est que sous ces charges que la coutume lui
« défère l'émolument de la garde. (Coutume d'Orléans,
« introduction au titre des fiefs, n° 347.) »

Au cas de l'art. 203, les frais d'entretien et d'éducation sont à la fois supportés par le père et la mère. Lors au contraire que le père a l'usufruit, il doit, si les revenus de l'enfant y suffisent, supporter seul toutes ces charges ; la mère, mariée en séparation de biens, pourra économiser la fraction de son revenu qu'elle devait fournir antérieurement pour cet objet.

Enfin les enfants ne pourraient, en se fondant sur l'art. 203, empêcher les créanciers de leur père de saisir et faire vendre tous ses biens. Au contraire, les saisies pratiquées par les créanciers personnels de l'usufruitier légal ne peuvent atteindre que l'excédant des revenus sur les frais d'entretien.

3° Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux.

Le père usufruitier doit sans aucun doute supporter les charges des intérêts et arrérages qui ont couru depuis l'établissement de l'usufruit : c'est là une obligation imposée à tout usufruitier d'une universalité ou d'une quote-part d'universalité, art. 612. Mais ne doit-il pas acquitter aussi les arrérages et les intérêts des capitaux,

échus avant le commencement de la jouissance légale ? Question grave sur laquelle les jurisconsultes sont divisés.

MM. Duranton et d'autres auteurs, dont la doctrine est conforme à une décision de la Cour de Lyon (arrêt du 16 février 1835), pensent que l'art. 385, 3^o, n'a trait qu'aux arrérages ou intérêts à échoir. Les charges périodiques, disent-ils, sont considérées en droit comme grevant la jouissance active à proportion de la durée de cette même jouissance. Il serait donc contraire aux principes de faire supporter au père usufruitier des charges antérieures à son usufruit. C'est l'enfant qui gagne les revenus actifs dus au défunt, il les reçoit à titre de capital ; c'est lui qui, par corrélation, doit supporter la charge des revenus passifs dus par le défunt. Il est vrai que, sous l'empire des coutumes qui admettaient le droit de garde, les intérêts et arrérages dus par le *de cuius* étaient à la charge du gardien. Mais c'est qu'alors le gardien était tenu de toutes les dettes mobilières, parce qu'il acquérait la pleine propriété des meubles.

Quelque puissantes que soient les raisons invoquées dans ce système, je crois que la loi ne l'a pas admis. La première partie de notre article 385 obligeait déjà l'usufruitier paternel au paiement des intérêts et arrérages qui viennent à échoir durant sa jouissance ; la troisième n'aurait pas de portée si l'on se refusait de l'appliquer à d'autres intérêts et arrérages, c'est-à-dire aux arrérages et intérêts dus par le défunt ; et il me paraît nécessaire d'admettre que le législateur, en faisant une seconde, une troisième, puis une quatrième dispo-

sition, a entendu imposer trois charges nouvelles, qui se trouvent par conséquent en dehors des obligations ordinaires d'un usufruitier. L'obligation pour l'usufruitier légal d'acquitter ces prestations arriérées se justifie par ces considérations, que l'usufruit paternel étant un avantage attribué gratuitement, il n'y a nul inconvénient à le grever de ces intérêts; qu'il est dans les règles d'une bonne administration que celui qui recueille une universalité de biens prenne, non sur les capitaux, mais sur les revenus, les sommes nécessaires pour acquitter les intérêts arriérés; que l'on évite ainsi des comptes ultérieurs pour des dettes de peu d'importance; que, si le père trouve l'obligation trop onéreuse, il peut s'en affranchir par une renonciation. Cette disposition s'explique encore par l'influence du droit coutumier. Elle est en effet reproduite de l'art. 267 de la coutume de Paris; et si le gardien était tenu de toutes les dettes et particulièrement des arrérages, ce n'était pas comme conséquence de l'acquisition de la pleine propriété des meubles; depuis la transformation du bail en garde noble, il n'y avait plus acquisition des meubles; la coutume de Paris refusait même au gardien la jouissance du mobilier du mineur. Lorsque l'on voit les rédacteurs du Code Napoléon, qui étaient imbus des principes du droit coutumier, mettre aussi à la charge de l'usufruitier légal le paiement des arrérages, il semble impossible de donner à notre article un autre sens que celui de la coutume de Paris. N'est-il pas, au surplus, naturel de supposer dans la loi l'esprit de son origine, lorsqu'il n'est pas évident qu'elle a été faite dans un esprit d'in-

novation ? *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint* (l. 28 de Legibus, Dig., lib. 1, tit. 3).

4° *Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.*

Suivant Delvincourt, il s'agirait des frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant propriétaire. Mais, d'une part, l'usufruitier légal étant tenu d'élever l'enfant et par conséquent de lui donner les soins dont il a besoin dans toutes ses maladies, on ne concevrait pas que le législateur eût édicté une disposition spéciale pour charger cet usufruitier des frais de la dernière maladie. D'autre part, les frais funéraires de l'enfant ne seront dus qu'après l'extinction de l'usufruit : par quel motif imposerait-on au père, au profit des autres héritiers de l'enfant décédé, une dette qui prend naissance alors que ses droits ont cessé d'exister ? Disons donc que la loi entend parler ici des frais funéraires et de dernière maladie de la personne à laquelle l'enfant a succédé. C'est là encore une disposition reproduite de notre droit coutumier. Le gardien était tenu de ces frais de dernière maladie, parce qu'il devait acquitter le mineur des dettes mobilières laissées par le défunt ; et la jurisprudence avait étendu l'obligation du gardien aux frais funéraires du prédécédé (Pothier, introd. au titre des fiefs, n° 341). Les rédacteurs du Code Napoléon, en faisant acquitter par l'usufruitier paternel ces dettes antérieures à son usufruit, ainsi qu'ils l'avaient déjà fait dans l'alinéa précédent, atteignent ce résultat conforme aux règles d'une bonne administration. la con-

servation dans son intégrité du patrimoine du défunt.

Je crois que, conformément encore à notre ancienne jurisprudence, le deuil de la veuve de celui auquel l'enfant a succédé a été compris dans l'expression de *frais funéraires* employée par l'art. 385; c'est suivre la pensée des dispositions 3 et 4 de cet article, que de faire payer ces sortes de dépenses à l'usufruitier sur les revenus, plutôt que d'entamer le capital. La mère usufruitière légale de la succession paternelle recueillie par ses enfants, ne pourra donc élever aucune réclamation pour les frais de deuil que la loi lui accorde (art. 1481 et 1570). Car ces frais étant une charge de la jouissance légale, la veuve est à la fois débitrice et créancière : il y a donc confusion.

La loi mettant ces diverses obligations à la charge de l'usufruitier légal, il peut être poursuivi directement, *ultra vires emolumentum*. Le gardien noble était aussi tenu des charges de la garde *ultra vires*, dans la plupart des coutumes, et notamment dans celles de Paris et d'Orléans; il était considéré comme ayant fait une espèce de marché ou forfait avec ses mineurs, par l'acceptation de la garde. Les créanciers conservent, au reste, le droit de poursuivre l'enfant propriétaire; à la différence de ce qui se passait autrefois en matière de bail, et conformément à la nouvelle règle suivie pour la garde noble, l'acceptation de l'usufruit n'opère pas novation : aucun texte ne la prononce. Mais l'enfant actionné pourra faire mettre son père en cause, ou, s'il paie, il aura son recours contre son père sur qui la dette doit peser en définitive.

SECTION V.

De quelles manières finit l'usufruit paternel?

L'usufruit légal s'éteint :

1° *Lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis.* — Le père continue sans doute à percevoir les fruits des biens de son enfant, qui est encore mineur, mais il les perçoit comme administrateur légal et à la charge d'en rendre compte (art. 389). On retombe ainsi, pour trois années, dans l'inconvénient d'un compte détaillé de revenus et de dépenses. Mais si le législateur eût fait durer l'usufruit autant que la puissance paternelle, il eût été à craindre que, pour conserver cet usufruit, les parents ne se refusassent, peut-être par une préoccupation involontaire de leurs intérêts, à émanciper leurs enfants ou même à consentir à leur mariage. Le mineur de l'un ou de l'autre sexe peut être, il est vrai, émancipé lorsqu'il a quinze ans révolus (477), et la femme peut contracter mariage à cet âge (144). Le législateur n'a pas cru devoir cependant éteindre l'usufruit légal avant l'âge de dix-huit ans, parce qu'avant cette époque l'émancipation et le mariage de l'enfant ont rarement lieu, et que d'ailleurs, à attendre jusque-là, rien n'est compromis. En limitant ainsi la durée de la jouissance légale, on a pensé encore qu'il était bon qu'arrivant à sa majorité, l'enfant trouvât quelque argent en réserve pour les petites dépenses qu'en général on fait à cet âge.

2° *Lorsque la puissance paternelle vient à cesser avant que l'enfant ait ses dix-huit ans, par l'émancipation expresse ou tacite de l'enfant, par sa mort, par*

celle du survivant des père et mère, ou par la condamnation de l'usufruitier légal à raison du délit puni par l'art. 334 du Code pénal. — L'usufruit s'éteint avec la puissance paternelle; il ne pouvait survivre à sa cause : *Cessante causa, cessat effectus*.

L'émancipation expresse peut être retirée à l'enfant qui en abuse; nous disons l'émancipation expresse, car les termes de l'art. 485 : *En suivant les mêmes formes, etc.*, montrent que ce retrait ne s'applique pas à l'émancipation qui est résultée de plein droit du mariage. Ici se présente une question délicate : La jouissance légale revit-elle dans le cas où l'émancipation est révoquée ? Au sentiment de la plupart des auteurs, cette révocation étant établie dans l'intérêt de l'enfant et pour le garantir de son inexpérience, ne saurait avoir pour effet de faire revivre la jouissance paternelle, à laquelle l'usufruitier a renoncé. Il ressort seulement, ajoute-t-on, des art. 485 et 486, que par le retrait de l'émancipation le mineur rentre en tutelle ou sous la puissance paternelle, si la tutelle n'est pas ouverte; mais la loi ne parle pas du rétablissement de l'usufruit légal, et cet usufruit n'est pas tellement inséparable de la puissance paternelle qu'elle n'existe pas quelquefois sans lui. Néanmoins il nous paraît plus logique de faire revivre la jouissance du père ou de la mère, comme les autres droits que l'émancipation avait fait cesser. L'extinction de l'usufruit n'avait pour cause que l'émancipation de l'enfant appelé, par l'abdication de la puissance paternelle, à administrer lui-même ses biens. Cette administration venant à cesser par la révo-

cation de l'émancipation qui replace le fils sous l'autorité paternelle, il semble naturel que l'usufruit, institué à titre d'indemnité, renaisse pour l'avenir avec la nouvelle administration des père et mère. Cette décision n'est certes pas contraire au texte de la loi. L'art. 485 porte que le mineur émancipé pourra *être privé du bénéfice de l'émancipation*; or la cessation de la jouissance légale est un avantage résultant de l'émancipation; donc le mineur à qui l'émancipation est retirée doit perdre le bénéfice de cette cessation de l'usufruit légal. Sans doute l'art. 486 dit seulement que : « Dès le jour où l'émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en tutelle », et il n'est pas question de l'usufruit paternel. Mais cette disposition ne peut être prise à la lettre; et tout le monde convient que si le mineur a encore ses père et mère, il rentrera, non pas en tutelle, selon les termes de l'article, mais *sous la puissance paternelle*. Il y aura donc lieu à appliquer de nouveau les règles tracées au titre de la puissance paternelle; par conséquent les art. 384 et suivants qui confèrent la jouissance légale comme attribut de cette puissance. Que l'on n'objecte pas à cette solution que le père a renoncé à l'usufruit en émancipant son enfant. Ce n'est pas à l'usufruit qu'il a renoncé directement, c'est à la puissance paternelle qui lui est aujourd'hui rendue. On ne peut pas dire non plus que la révocation de l'émancipation a pour but unique l'intérêt de l'enfant, les termes de l'art. 485 font voir qu'elle a aussi un certain caractère de correction. Observons en terminant qu'il était juste de ne pas se montrer sévère à l'égard de parents qu'aucune préoccupation pécuniaire n'avait arrê-

tés, lorsqu'ils avaient cru utile pour leur enfant de lui conférer l'émancipation.

J'ai dit que l'usufruit paternel prenait fin par la mort de l'enfant mineur de dix-huit ans. Cependant, selon l'art. 620, l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe, dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé. Cette disposition me paraît ne pas être applicable à la jouissance des père et mère, à cause de la nature même de ce droit. C'est un accessoire de la puissance paternelle : il ne peut donc pas lui survivre. L'art. 384 ne l'accorde, d'ailleurs, que sur les biens des enfants; ce serait le transformer que de le faire durer jusqu'à l'époque où le mineur aurait accompli ses dix-huit ans; car ce serait le faire porter sur des biens appartenant aux héritiers de l'enfant. L'usufruit légal est une sorte de récompense des soins qui sont donnés par les père et mère. Ces soins cessant avec la vie de l'enfant, l'usufruit doit alors également prendre fin.

Quand il y a eu condamnation du père ou de la mère, reconnu coupable d'avoir excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de son enfant, je crois, malgré le sentiment de plusieurs auteurs, que le père ou la mère n'est déchu de son usufruit que sur les biens de l'enfant victime de son immoralité. L'art. 335, C. pén., dit seulement : « Le coupable sera « de plus privé des droits et avantages à lui accordés « par le titre de la puissance paternelle sur la personne « et les biens *de l'enfant* », c'est-à-dire de l'enfant envers lequel le délit a été commis. Il est à regretter sans

doute que celui qui est convaincu d'un acte aussi odieux ne soit pas frappé d'une déchéance absolue. Mais une loi pénale ne peut être étendue au delà de ses termes.

3° Par le divorce; par le second mariage de la mère. — L'art. 386 s'exprime ainsi : « Cette jouissance
« n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère
« contre lequel le divorce aurait été prononcé; et elle
« cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second
« mariage. »

La première partie de cet article se trouve sans objet depuis la loi du 8 mai 1816, qui a aboli le divorce; il nous semble évident que l'on ne peut pas appliquer cette disposition, par analogie, à la séparation de corps. On ne doit pas étendre, nous le répétons encore, une disposition pénale à un cas pour lequel elle n'a point été faite. En outre, la séparation de corps est d'une conséquence moindre pour les enfants que le divorce, qui opérerait une séparation perpétuelle, art. 295, et permettait de contracter d'autres unions, 296 et suiv.

Pourquoi le second mariage de la mère la prive-t-il de la jouissance légale que conserve le père qui se remarie? L'usufruit, s'il eût continué d'exister au profit de la mère, aurait plutôt appartenu à son nouveau mari qu'à elle-même; les fruits et revenus de la femme sont, presque toujours, en droit ou en fait, perçus par le mari, qui en a seul la libre disposition. Le législateur a craint que le nouveau mari, au lieu d'employer à l'avantage des enfants du premier lit de sa femme les revenus de leurs biens, ne s'en fit une source de bien-

être pour lui et les siens. Un pareil danger n'existe pas quand c'est le père qui se remarie : c'est lui qui dispose des bénéfices de la jouissance légale ; aucune influence n'est, dans le ménage, supérieure à la sienne.

La mère remariée, qui devient veuve une seconde fois, ne recouvre pas le droit d'usufruit. La disposition qui le lui ôte le fait *cesser* d'une manière absolue. On a considéré, je crois, qu'après la mort du second mari, la mère n'est pas encore assez libre de l'influence de la nouvelle famille.

Le second mariage de la mère entraîne la déchéance irrévocable de l'usufruit légal, alors même qu'il serait annulé par la suite, à moins qu'il n'ait été contracté que par violence ; car alors la célébration est un fait sans volonté que l'on ne peut objecter à la mère. Cette déchéance définitive résulte du texte et de l'esprit de la loi.

L'art. 886, en effet, fait cesser la jouissance légale sans distinguer si le second mariage est valable ou annulable ; il s'attache à ceci seulement qu'il y a eu un second mariage ; or, le jugement qui annule ce mariage ne peut détruire le fait de la célébration. Secondement, la disposition de cet article a pour motif, avons-nous dit, la crainte de voir le nouveau mari détourner les revenus à son profit exclusif. Cette crainte ne subsiste-t-elle pas lorsque le mariage contient en lui un vice capable de le faire annuler ? Cependant, suivant une grave autorité, M. Duranton (t. III, n^o 887), il faudrait résoudre la question par une distinction. La mère, en se remariant, était-elle de bonne foi, elle aura perdu l'usi-

fruit légal ; car, aux termes des art. 201 et 202, le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, lorsqu'il a été contracté de bonne foi ; et la cessation de la jouissance légale est un des effets civils du second mariage de la mère. Était-elle de mauvaise foi, la mère aura conservé son usufruit, car son mariage étant annulé, ne peut produire aucun effet civil. Ainsi, dans ce système, la mère qui n'a pas craint d'être criminelle est favorisée, et la femme innocente est déchue de son droit ! Nous ne pouvons croire qu'une distinction si injuste doive être admise. Peut-être pourrait-on dire, pour écarter légalement cette argumentation tirée des art. 201 et 202 : C'est *en faveur* de la bonne foi, selon l'expression de l'art. 202, que le mariage annulé produit néanmoins les effets civils. Donc, la loi entend par effets civils les *avantages* que confère le mariage. On ne s'occupe donc pas ici de la *déchéance* de l'usufruit légal, résultant d'un second mariage. Ce point est réglé par l'art. 386, au siège de la matière, lequel prononce indistinctement contre la mère qui se remarie la déchéance irrévocable de son usufruit.

Supposons maintenant que la mère ne s'est pas remariée, mais qu'elle vit en état de concubinage notoire, et donne le jour à des enfants naturels. Doit-elle être aussi déchue de la jouissance légale ? Proudhon, Delvincourt, plusieurs arrêts de la Cour de Limoges, années 1807, 1810, 1824, décident la question affirmativement. Quelque respectables que soient les motifs de cette opinion, elle est, il me semble, une violation de la loi. L'usufruit appartient à la femme survivante, à

moins qu'une disposition ne le lui enlève. Or, l'art. 386 ne fait cesser la jouissance légale qu'au cas d'un second mariage; il ne peut donc pas être invoqué dans notre hypothèse, toute condamnable qu'est la veuve qui vit dans le désordre. Il serait à désirer qu'un texte admit cette cause d'extinction; mais il n'appartient pas aux interprètes de la loi de créer une nouvelle cause de déchéance. Si les rédacteurs de notre Code n'ont pas reproduit les principes du droit romain, qui soumettait aux peines des secondes noces les veuves vivant en état de concubinage : *Non amplius aliquid habebit castitate luxuria*; s'ils n'ont pas suivi la doctrine de Pothier, qui admettait que la débauche de la mère mettait fin à la garde noble, c'est sans doute qu'ils ont pensé qu'il fallait éviter le scandale d'un procès où les enfants, dans un intérêt pécuniaire, invoqueraient le déshonneur de leur mère (art. 371). Peut-être encore que cet intérêt pécuniaire n'a pas paru aussi gravement compromis ici que dans le cas d'un second mariage : la mère, malgré ses dérèglements, peut encore donner aux revenus des biens des enfants la destination qu'ils doivent, avant tout, remplir.

4° *Par le défaut d'inventaire des biens communs, de la part du survivant des époux mariés en communauté.*

Les valeurs dont se compose la société qu'ont formée deux conjoints, doivent, dans la crainte de détournements et de lésion des droits des héritiers, être constatées par un inventaire dressé lors de la dissolution de

la communauté. A défaut de cette formalité, le survivant est déchu de la jouissance légale, non-seulement sur les biens que les enfants mineurs prennent dans la communauté, mais sur tous les biens qu'ils ont d'ailleurs, car la loi ne distingue pas (art. 1442).

Il faut, pour que l'inventaire soit régulier, qu'il ait été fait avec un contradicteur légitime (art. 451, 1456, 1442), par le ministère d'un officier public (451, 1456). L'omission, de mauvaise foi, d'effets qui devaient y être compris, le ferait considérer comme non avenu; car un inventaire infidèle équivaut au moins au défaut d'inventaire.

Dans quel délai doit-il être fait par le survivant pour la conservation de son droit? La loi ne le dit pas : de là des dissidences. On convient bien, par analogie des art. 795, 798, 1456 et 1458, C. civ., 174, C. proc., que l'inventaire fait dans le délai de trois mois, plus la prorogation que peut accorder le juge, est régulier; mais on ne s'accorde pas sur l'effet de l'expiration de ces trois mois sans inventaire. Dans un premier système, le survivant est déchu nécessairement et irrévocablement de son droit de jouissance. Le but de l'art. 1442, dit-on, la conservation intacte de la fortune des enfants, ne peut être atteint qu'autant que l'inventaire est fait dans un bref délai, lequel est fixé uniformément par les divers textes qui s'occupent des inventaires à successions. L'absence d'inventaire dans les trois mois est le défaut d'inventaire qui entraîne, d'après l'art. 1442, la privation de l'usufruit légal. Une seconde opinion fait une distinction, fondée sur ce que l'art. 1442 ne

détermine point de délai fatal, mais subordonne seulement l'exercice de la jouissance légale à l'accomplissement de cette condition : l'inventaire. Si, le délai normal expiré, les choses de la communauté sont encore entières et facilement reconnaissables ; si un inventaire fidèle et exact est encore possible, et s'il est, en effet, dressé de bonne foi, l'époux survivant gagnera les revenus des biens de ses enfants, à partir de la confection de cet inventaire ; mais les fruits échus antérieurement, il ne peut les réclamer, la condition sous laquelle ils lui étaient accordés faisant défaut. Si les choses de la communauté ne sont plus reconnaissables, et qu'il faille recourir à une enquête par commune renommée, il y a déchéance de l'usufruit ; car la condition à laquelle l'existence de la jouissance légale est soumise ne peut plus être remplie.

Cette théorie, de Proud'hon, présente une difficulté : comment savoir si les choses de la communauté sont encore entières ; si, après un long temps, aucun détournement n'a été commis ? L'impossibilité de faire cette constatation, sans recourir à une enquête par commune renommée, me paraît rendre cette distinction inapplicable. Quant au premier système, il admet, après un délai fatal, une déchéance qui serait parfois trop rigoureuse. Ainsi, la privation de l'usufruit ne saurait être équitablement prononcée contre le père qui a laissé écouler plus de trois mois sans faire inventaire, si son retard provient d'une maladie grave : c'est ce qu'a décidé la cour de Caen, par arrêt du 18 août 1838. Il n'y a point, en effet, dans l'art. 1442, de terme fixe dans

lequel l'inventaire doit être fait nécessairement ; les tribunaux ont donc le droit d'examiner les circonstances ; il s'agit ici d'une pénalité : il est juste de ne l'appliquer qu'à une négligence coupable. L'art. 1442 n'attache d'ailleurs la perte de la jouissance légale qu'au défaut d'inventaire. Or, le retard dans l'accomplissement de cette formalité peut ne pas dépouiller l'acte de la présomption d'exactitude, et ne pas équivaloir au défaut même d'inventaire. Cette troisième opinion est celle que la jurisprudence paraît admettre.

On a prétendu que la déchéance, résultant de la disposition que nous étudions, s'appliquait sous quelque régime que les époux fussent mariés. L'art. 1442, quoique inscrit sous la section de la dissolution de la communauté, renfermerait deux parties tout à fait distinctes, dont la première seulement serait spéciale à la communauté ; elle en abroge la continuation admise autrefois par certaines coutumes ; la deuxième contiendrait une disposition générale. Les partisans de cette interprétation disent : Le droit d'usufruit paternel est indépendant des conventions matrimoniales ; pourquoi la loi aurait-elle donc fait une différence dans les devoirs de l'usufruitier, selon qu'il a adopté tel ou tel régime ? Celui qui a la jouissance légale est toujours tenu de faire inventaire, art. 600 ; cette obligation, étant la même sous tous les régimes, doit être toujours garantie par la même sanction. L'art. 1442 est donc applicable même lorsque les époux étaient mariés sous le régime dotal ou sous le régime d'exclusion de communauté ou de séparation de biens.

Nous ne pouvons admettre cette opinion. L'exposé des motifs montre que dans la pensée des auteurs de la loi, l'art. 1442 a un sens moins étendu. Le conseiller d'État, Berlier, après avoir dit : « Le projet a rejeté la continuation de la communauté entre le survivant et ses enfants, » ajoutait : « Tant d'embarras ne doivent pas
« renaître quand on a un moyen simple et facile d'at-
« teindre le but qu'on se propose, la conservation des
« droits qui appartiennent aux enfants du mariage.....
« S'ils sont mineurs, leur subrogé tuteur qui aura né-
« gligé de faire procéder à l'inventaire, en deviendra
« personnellement responsable envers eux ; et l'époux
« survivant perdra de plus les droits que la loi lui ac-
« cordait sur les revenus de ses enfants : voilà la
« peine.... Cet ordre de choses a paru bien préférable
« à ce qui était autrefois pratiqué dans quelques cou-
« tumes (c'est-à-dire à la continuation de la commu-
« nauté). » Ainsi l'art. 1442 a eu pour but de rem-
placer la continuation de la communauté par la priva-
tion de la jouissance légale : cette peine n'est partant applicable qu'au cas où les époux étaient mariés sous le régime de la communauté. Le système que nous repoussons oublie qu'il s'agit ici d'une disposition véritablement pénale, qui ne peut être étendue à d'autres cas présentant plus ou moins d'analogie. Le législateur a bien pu appliquer une déchéance si grave, lorsque l'inventaire est d'une nécessité absolue, lorsqu'il y a eu communauté, c'est-à-dire confusion légale des biens des époux. Mais sous les autres régimes, c'est par acci-
dent seulement que la confusion pourra avoir lieu ;

l'inventaire, utile sans doute, n'est pas indispensable.

5° *L'usufruit paternel s'éteint par les mêmes événements que l'usufruit ordinaire.* Cependant certains modes d'extinction, par la nature des choses, lui seront inapplicables; tels sont: le non-usage pendant trente ans, puisque la plus longue durée de la jouissance légale est dix-huit ans; la perte totale de la chose (article 617), puisque l'usufruit légal comprend une universalité de biens et que les universalités ne périssent pas. La consolidation ou réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire n'éteindra que rarement la jouissance légale, le père ou la mère ne pouvant régulièrement devenir acquéreur des biens de ses enfants mineurs. Mais l'usufruit paternel cessera comme l'usufruit ordinaire: 1° par la mort de l'usufruitier, c'est-à-dire par la mort du survivant des père et mère; 2° par la renonciation formelle de l'usufruitier à son droit; 3° par l'abus de jouissance. Si c'est le père qui a renoncé directement à son droit ou qui a été déchu de la jouissance légale, l'usufruit s'ouvrira au profit de la mère, en cas de prédécès du père.

Les créanciers de l'usufruitier légal peuvent-ils attaquer la renonciation à l'usufruit, s'ils se trouvent d'ailleurs dans les conditions exigées pour l'exercice de cette action révocatoire? Je crois qu'il faut résoudre la question en distinguant d'une part la renonciation directe; d'autre part la renonciation tacite, indirecte, résultant de l'émancipation. Dans le premier cas, nous reconnaissons aux créanciers du renonçant insolvable la faculté d'intenter l'action paulienne. La renonciation

peut avoir été faite par le père en fraude de ses créanciers et leur être très-préjudiciable ; car si les créanciers ne peuvent faire saisir et vendre l'usufruit lui-même, ils peuvent pratiquer, par exemple, des saisies-arrêts entre les mains des locataires, des fermiers, des débiteurs d'intérêts et arrérages ; les fruits des biens des mineurs sont, en effet, comme les autres biens du père, le gage de ses créanciers. Pourquoi leur refuserait-on une réparation dont le principe est écrit dans les art. 1167 et 622, et qui ne porte aucune atteinte à la puissance paternelle ? Les créanciers n'auront pas besoin de prouver que l'enfant était complice de la fraude commise par son père ; la complicité n'est pas exigée dans la personne du tiers, lorsque c'est à titre gratuit qu'il profite de l'acte frauduleux.

Les créanciers du père ne pourraient, au contraire, exercer l'action paulienne, si l'usufruit légal s'éteignait par l'effet de l'émancipation. En émancipant son enfant, le père ne fait qu'user de la puissance paternelle (art. 477) ; et cette puissance est un droit exclusivement attaché à la personne, qui doit s'exercer librement, qui ne saurait être soumis au contrôle des créanciers (1166). Si l'émancipation leur cause un préjudice, ils ne peuvent s'en plaindre : ils ont dû prévoir l'exercice du droit que la loi a remis entre les mains du père en lui laissant une appréciation souveraine. A la différence du cas précédent, la jouissance légale est ici anéantie, moins par la volonté de l'homme que par celle de la loi qui attache cet effet à l'émancipation : cette extinction est donc inattaquable. Autrement il faudrait admettre que

les créanciers pourront faire révoquer l'émancipation, afin d'en empêcher la conséquence, et c'est là une faculté inadmissible, surtout si l'on considère le cas où l'émancipation résulte du mariage de l'enfant (art. 476).

La dernière cause d'extinction que nous avons indiquée est l'abus de jouissance. Quand il s'agit d'un usufruit acquis à prix d'argent, cette déchéance est bien rigoureuse ; elle se justifie plus facilement à l'égard de l'usufruitier paternel : on conçoit que le législateur soumette à cette peine celui qui tient son droit de jouissance de la loi, lorsqu'au lieu de veiller à la conservation de la fortune de ses enfants, il commet sur leurs biens des dégradations ou les laisse dépérir faute d'entretien.

Les juges peuvent, au reste, ne pas prononcer l'extinction absolue de l'usufruit (art. 618), et ordonner seulement que le propriétaire rentrera dans la jouissance, sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser. Ils peuvent même, je pense, adopter les mesures conservatrices prescrites par l'article 602 pour le cas où l'usufruitier ne trouve pas de caution. L'art. 618, en leur permettant de prononcer même l'extinction absolue de l'usufruit, les autorise par là même à prendre toutes les mesures qui sont de nature à sauvegarder le droit du nu-propriétaire.

Dans notre ancien droit, le gardien pouvait être privé de la garde, non-seulement s'il dilapidait les biens, mais lorsqu'il ne fournissait pas aux mineurs les ali-

ments ou les choses nécessaires pour leur éducation (Pothier, *Traité de la garde noble et bourg.*, sect. IV, § 1, *in fine*). Pourrait-on aujourd'hui encore prononcer la cessation de l'usufruit pour inaccomplissement des obligations imposées par l'art. 385 ? Je ne le pense pas. Sans doute, pour contraindre le père ou la mère à remplir les charges de sa jouissance, on pourra prendre toutes les mesures de garantie nécessaires; on pourrait, par exemple, enlever à l'usufruitier la possession et l'administration des biens de l'enfant, et les confier à un tiers qui serait le tuteur après le mariage (art. 444), et pendant le mariage un administrateur nommé par la justice; ce tiers emploierait d'abord les revenus à l'acquittement des charges, et remettrait l'excédant à l'usufruitier légal. Mais la déchéance de l'art. 618 est une disposition de rigueur qui ne doit pas être étendue arbitrairement.

Nous déciderons de même que si l'usufruitier était d'une conduite notoire, de telle sorte qu'il y eût lieu de l'exclure ou de le destituer de la tutelle, il conserverait néanmoins son droit d'usufruit légal; car aucun texte ne prononce, dans cette hypothèse, la déchéance. Quant à la question de savoir si l'on pourrait alors prendre certaines mesures contre le père, bien qu'il eût jusque-là rempli ses obligations, elle doit être résolue par une distinction. Si en effet l'inconduite de l'usufruitier, sa dissipation est telle qu'elle mette en péril les biens soumis à l'usufruit, s'il y a lieu de craindre que la fortune de l'enfant ne soit compromise, l'esprit de la loi, tel qu'il ressort notamment de

l'article 616, autorise à dire que l'on peut recourir encore en ce cas à des mesures protectrices des intérêts du mineur



POSITIONS

Droit Romain.

I. La possession est une condition nécessaire pour intenter l'action publicienne.

II. La *justa causa* et la *bona fide* . deux conditions distinctes.

III. Du temps de la jurisprudence classique, la publicienne se donnait à celui qui avait la chose *in bonis* comme à celui qui n'en avait que la *bonæ fidei possessio*.

IV. Le possesseur *pro emptore*, qui n'a pas obtenu crédit, n'a l'action publicienne qu'autant qu'il a payé le prix ou satisfait autrement le vendeur.

V. Il n'est pas nécessaire pour avoir l'action publicienne d'être encore de bonne foi au moment où l'on veut l'intenter.

VI. Le propriétaire lui-même peut intenter la publicienne.

VII. Le possesseur, dans la jurisprudence classique, n'avait pas à restituer les fruits perçus de bonne foi et non consommés avant la litiscontestation.

Droit Français.

I. Lorsque le père, interdit ou présumé absent, se trouve dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, et même lorsque, par application de l'art. 335, Code pénal, il est déchu de ses droits sur la personne et les biens de ses enfants, l'usufruit légal ne passe pas à la mère.

II. Les biens des enfants naturels ne sont pas soumis à la jouissance légale.

III. La prohibition de l'usufruit paternel peut porter sur la réserve due à l'enfant dans la succession du disposant.

IV. Les détériorations qui, par quelque cause que ce soit, ont mis les meubles hors de service, sont à la charge de l'usufruitier paternel.

V. L'usufruit légal ne peut être ni cédé, ni hypothéqué, ni saisi par les créanciers.

VI. Le troisième alinéa de l'art 385 s'applique aux arrérages et intérêts déjà dus au moment où l'usufruit paternel prend naissance.

VII. Les créanciers ne peuvent faire révoquer la renonciation du père à l'usufruit légal, quand elle est la conséquence de l'émancipation.

VIII. On ne peut par contrat de mariage renoncer à la jouissance des biens des enfants à naître du mariage.

IX. Le père ou la mère qui renonce à une succession, que recueillent à sa place ses enfants mineurs, est recevable à en exiger l'usufruit légal.

X. Le retrait de l'émancipation fait renaître l'usufruit légal.

XI. L'art. 386 serait applicable, lors même que le second mariage de la mère serait annulé.

XII. L'inconduite notoire de la veuve n'est pas une cause de déchéance de l'usufruit légal.

XIII. Les tribunaux ont le pouvoir d'apprécier si le retard apporté dans la confection de l'inventaire, fait après le délai de trois mois, doit équivaloir au *défaut* d'inventaire et entraîner la déchéance de l'usufruit légal.

XIX. La déchéance prononcée par l'art. 1442, au cas de défaut d'inventaire, n'est applicable que lorsque

les époux étaient mariés sous le régime de la communauté.

XV. L'usufruitier ne peut, en renonçant à son droit et en restituant les fruits qu'il a perçus depuis son entrée en jouissance, se décharger de ses obligations *pour le passé*.

XVI. Le mariage putatif légitime les enfants naturels simples que les époux ont eus antérieurement au mariage, et qu'ils ont reconnus conformément à l'article 331.

Histoire du Droit.

I. Le droit de garde ou de bail a une origine féodale.

II. L'origine de l'usufruit paternel remonte au droit écrit et au droit coutumier.

Droit Criminel.

I. La subornation de témoins n'est pas punissable lorsque le témoin, ayant repoussé les offres à lui faites, a déposé selon la vérité.

II. La déchéance prononcée par l'art. 335, Code pénal, ne s'applique qu'aux biens de l'enfant victime du délit.

Droit des Gens.

I. La partie de la mer sur laquelle une nation peut exercer son droit de souveraineté s'étend jusqu'au point où la terre commande encore à la mer.

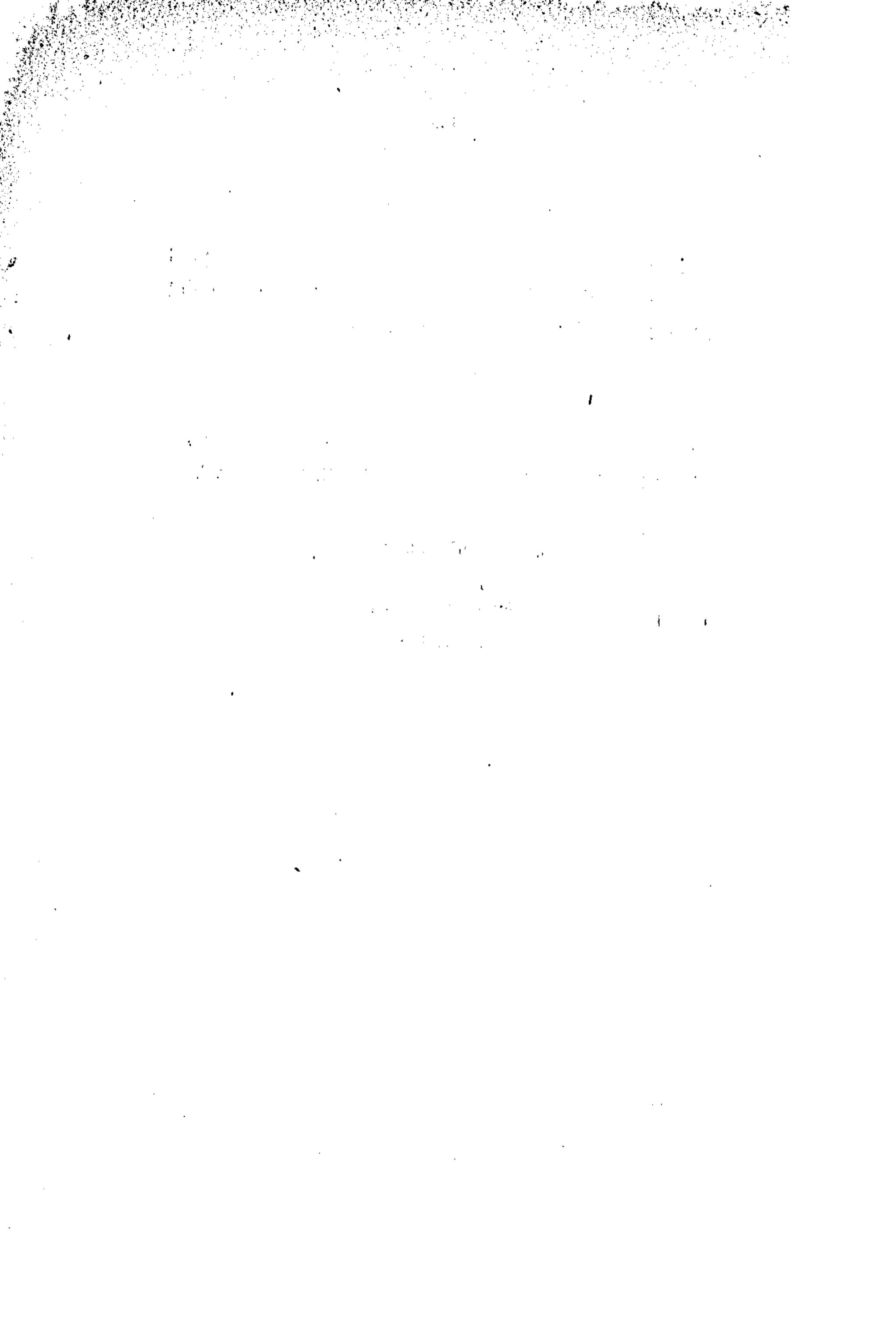
Vu par le Président,
B. DE VALROGER.

Vu par le Doyen,
C. A. PELLAT.



PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur,
ARTAUD.



TABLE

Droit Romain.

DE L'ACTION PUBLICIENNE.

	Pages.
SECTION I. Nature et but de la publicienne.....	1
SECTION II. Conditions requises pour l'exercice de cette action..	
§ 1. De la Possession.....	7
§ 2. De la Juste cause.....	14
§ 3. De la Bonne foi.....	27
§ 4. De l'Absence de vices.....	35
SECTION III. Qui peut intenter l'action publicienne?.....	41
SECTION IV. Contre qui est donnée la publicienne?.....	46
— Des cas dans lesquels la publicienne peut prévaloir contre le propriétaire.....	49
— De la publicienne intentée contre un possesseur qui lui-même est en voie d'usucaper.....	55

Droit Français.

DE L'USUFRUIT PATERNEL.

PRÉLIMINAIRES. Justification du droit accordé aux père et mère..	57
Quelles sont ses origines.....	58
De l'usufruit du pécule adventice dans les pays de droit écrit.....	59
Du droit de jouissance, qui était la conséquence du droit de <i>bail</i> ou de <i>garde</i> , dans les pays coutumiers.....	63
De la garde seigneuriale.....	64
De la garde des parents.....	67
De la garde noble.....	73
De la garde bourgeois.....	81

SECTION I. A qui l'usufruit paternel est-il accordé? — De la renonciation.....	89
SECTION II. A quels biens s'applique l'usufruit paternel?.....	97
SECTION III. Quels droits confère la jouissance légale?.....	107
SECTION IV. Quelles sont les charges de la jouissance paternelle?	115
SECTION V. De quelles manières finit l'usufruit paternel?.....	
1° Des modes d'extinction particuliers à cet usufruit.	122
2° Des modes d'extinction de l'usufruit paternel communs à l'usufruit en général.....	134
POSITIONS.....	139



Droit Romain. DE L'ACTION PUBLICIENNE.

SECTION I. Nature et but de la publicienne

SECTION II. Conditions requises pour l'exercice de cette action

§ 1. De la Possession

§ 2. De la Juste cause

§ 3. De la Bonne foi

§ 4. De l'Absence de vices

SECTION III. Qui peut intenter l'action publicienne?

SECTION IV. Contre qui est donnée la publicienne?

- Des cas dans lesquels la publicienne peut prévaloir contre le propriétaire

- De la publicienne intentée contre un possesseur qui lui-même est en vote d'usucaper

Droit Français. DE L'USUFRUIT PATERNEL.

PRELIMINAIRES. Justification du droit accordé aux père et mère

Quelles sont ses origines

De l'usufruit du pécule adventice dans les pays de droit écrit

Du droit de jouissance, qui était la conséquence du droit de *bail* ou de *garde*, dans les pays coutumiers

De la garde seigneuriale

De la garde des parents

De la garde noble

De la garde bourgeoise

SECTION I. A qui l'usufruit paternel est-il accordé? - De la renonciation

SECTION II. A quels biens s'applique l'usufruit paternel?

SECTION III. Quels droits confère la jouissance légale?

SECTION IV. Quelles sont les charges de la jouissance paternelle?

SECTION V. De quelles manières finit l'usufruit paternel?

1° Des modes d'extinction particuliers à cet usufruit

2° Des modes d'extinction de l'usufruit paternel communs à l'usufruit en général

POSITIONS