

COURS
DE
DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL,

PAR M. DURANTON,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,

MEMBRE DE LA LÉGIION-D'HONNEUR.

Quatrième Edition,

REVUE ET CORRIGÉE;

AUGMENTÉE DE L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE ET DES LOIS RÉCENTES
QUI ONT TRAIT AU DROIT CIVIL.

TOME PREMIER.

PARIS,

G. THOREL, LIBRAIRE.

Successeur d'ALEX-GOBELET,

PLACE DU PANTHÉON, 4, et PLACE DAUPHINE, 29.

GUILBERT, LIBRAIRE,

RUE J.-J. ROUSSEAU, 3.

1844

COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL.

I.

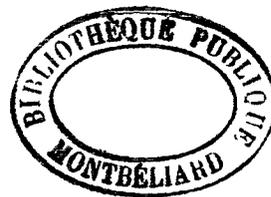
TROYES.—IMP. GARDON.

COURS
DE
DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL,

PAR M. DURANTON,
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
MEMBRE DE LA LÉGIION-D'HONNEUR.

QUATRIÈME ÉDITION,
revue et corrigée,
AUGMENTÉE DE L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE ET DES LOIS RÉCENTES
QUI ONT TRAIT AU DROIT CIVIL.

TOME PREMIER.



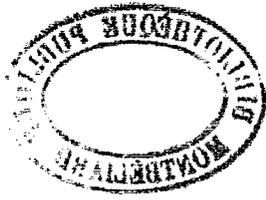
PARIS.

G. THOREL,
SUCC^r D'ALEX-GOBELET,
Place du Panthéon, 4, et pl. Dauphine, 29.



E. GUILBERT,
LIBRAIRE,
Rue J. - J. Rousseau, 3.

—
1844.



LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE
de G. THOREL, Successeur d'ALEX-GOBELET,
PLACE DU PANTHÉON, 4, A PARIS.

ORGANISATION,
COMPÉTENCE, JURISPRUDENCE ET PROCÉDURE
DES
CONSEILS DE PRÉFECTURE

D'APRÈS LES LOIS,
LES RÉGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT,

PAR
A. E. Dubois de Niermont,
AVOCAT, ANCIEN CONSEILLER DE PRÉFECTURE ET SECRÉTAIRE-GÉNÉRAL A TOULOUSE.

1 fort vol. in-8. Prix : 7 fr. 50 c., franco, par la poste.

Nota. Il suffit d'envoyer un bon de sept francs cinquante centimes soit sur la poste, soit sur un banquier de Paris, pour recevoir franco ce volume.

DE toutes les institutions administratives produites par la Révolution française, les Conseils de préfecture sont, sans contredit, la plus libérale, la plus utile pour les citoyens ; celle qui devait servir de contrôle à tous les actes de l'administration départementale, et remplir dans la sphère inférieure de notre organisation publique, les rôles que les Chambres législatives, le Conseil d'État et la Cour des Comptes remplissent dans la sphère supérieure.

Pour bien se pénétrer de l'importance des Conseils de préfecture, il faut remarquer qu'ils avaient été établis pour recevoir toutes les plaintes *contentieuses* auxquelles pouvait donner lieu l'administration des préfets, et qu'aujourd'hui encore, malgré de nombreuses dérogations à ce principe, ils sont le tribunal où viennent aboutir toutes les réclamations relatives aux travaux publics, aux élections, aux établissements dangereux et insalubres, à la voirie, aux biens des fabriques, des hospices et des communes, aux domaines nationaux, aux bois de l'État, aux cours d'eau, et surtout à l'inépuisable matière des contributions directes, cette matière qui tous les jours

prend de tels développements, qu'elle suffirait pour occuper une juridiction spéciale. En un mot, les Conseils de préfecture sont, dans l'ordre administratif ce que sont les juges-de-peace et les tribunaux de première instance dans l'ordre civil, à savoir : les juges de tous les moments et de tous les litiges, les intermédiaires perpétuels et nécessaires entre les citoyens et l'autorité, les pacificateurs de tous les conflits, les arbitres de tous les débats.

On ne saurait, dès-lors, expliquer l'oubli dans lequel sont tombés les Conseils de préfecture et de la part du public, et de la part de l'administration supérieure, autrement que par les difficultés sans nombre que présentent l'étude, l'enseignement et l'application des matières qui font l'objet de leur juridiction. En effet, le droit administratif, outre les difficultés inhérentes à toute science spéculative, exige, dans son étude élémentaire et méthodique, de grands travaux si l'on considère qu'il dérive immédiatement du droit naturel et qu'il se base sur l'économie politique, laquelle met en œuvre toutes les connaissances de l'esprit humain.

Or, l'enseignement actuel du droit administratif, soit oral, soit écrit, est tout-à-fait incomplet et insuffisant, puisque, il faut bien le dire, il y a des classes importantes et lettrées de la société qui non-seulement ignorent la science, mais qui n'en soupçonnent pas même l'existence; il y a même des hommes éminents qui la nient. Et cependant, pour une société comme la nôtre, la science de l'administration est la véritable science politique; c'est la science de la liberté des citoyens, celle qu'il importe encore plus au pouvoir de répandre, qu'au citoyen de connaître; car c'est elle seule qui nous fait pénétrer dans les replis les plus intimes du mécanisme politique; qui nous associe et nous intéresse à l'action du pouvoir, et sans laquelle la liberté politique paraîtra toujours une déception.

Un livre spécial sur les Conseils de préfecture était donc une œuvre d'une grande utilité, mais il présentait, plus que tout autre livre de droit administratif, des difficultés sans nombre, car il fallait qu'il fût à la fois pratique, théorique et élémentaire. Celui que nous offrons au public, le premier qui ait paru sur cette institution, est le produit de l'expérience et de la doctrine. Son auteur s'est trouvé placé dans les plus heureuses conditions pour produire un livre vraiment utile : après avoir long-temps étudié la théorie de l'administration, il l'a appliquée au ministère de l'intérieur et dans les Conseils de préfecture.

Voici une analyse sommaire du livre : dans une première partie, on a exposé les principes élémentaires d'administration publique sur lesquels repose tout le développement de l'ouvrage; on a ensuite rappelé les idées et les faits qui ont présidé à l'organisation de notre nouveau système administratif; la production nécessaire dans le sens métaphysique du mot, du contentieux administratif, l'attribution qui d'abord en fut faite à tâtons, à diverses autorités, et enfin, l'institution des Conseils de préfecture. On a esquissé l'histoire de cette institution soit par la législation, soit surtout par la jurisprudence.

Dans la seconde partie, on a présenté le tableau sommaire de la législation et de la jurisprudence du Conseil d'Etat jusqu'à ce jour, sur toutes les matières de la compétence du Conseil de préfecture. Chaque matière forme un titre. En tête du titre se trouve un précis analytique de la matière, où elle est succinctement résumée, et qui est destiné à faciliter l'étude de la législation et de la jurisprudence : vient ensuite une nomenclature chronologique de la législation qui régit la matière; enfin, vient l'exposé de la jurisprudence. Dans cet exposé on a suivi l'ordre logique des idées, à savoir, la compétence établie d'après les principes : compétence du Conseil de préfecture d'abord, et ensuite, suivant les cas, et pour bien établir cette compétence, but principal de l'ouvrage, compétence de l'autorité judiciaire ou compétence scindée, c'est-à-dire mi-partie administrative, mi-partie judiciaire : la compétence étant une fois posée, les règles du fond établies par la jurisprudence et d'après l'ordre le plus méthodique que ces règles nécessairement très-variables ont permis d'adopter, sont successivement énumérées : enfin, et pour les cas où des explications sont nécessaires, des notes afférentes à la décision, suivent la citation de sa date. Dans cette partie du livre, le travail de l'auteur ne s'est pas borné à celui de l'arrétiste : ce n'était point assez, en effet, de recueillir et de rapporter avec soin les principales décisions relatives à certaines matières; il fallait encore dégrossir ces matériaux, soit en supprimant les superfluités, les doubles emplois, les redites, soit en analysant l'esprit de la décision pour l'étendre à d'autres cas, soit en généralisant le principe contenu et souvent mal développé dans la décision; il fallait surtout classer ces matériaux et les approprier aux divisions de l'ouvrage, dans la mesure que prescrivaient la raison, l'étude et l'expérience, et produire avec ces éléments épars, et trop souvent contradictoires, un ensemble homogène, complet et utile.

Ce livre a déjà obtenu une partie du succès qu'il est en droit d'espérer. Les principaux organes de la presse parisienne et départementale en ont rendu le compte le plus favorable. M. le Ministre de l'intérieur, après l'avoir examiné particulièrement, en a pris pour ses bureaux un certain nombre d'exemplaires et a bien voulu le recommander officiellement à ses agents, en les invitant à se le procurer. Plusieurs de MM. les Préfets en ont fait l'acquisition soit pour eux, soit pour les Conseils de préfecture, soit pour les sous-préfets, soit pour les maires.

D'après ce qui vient d'être exposé, il est facile de voir que ce livre est indispensable aux conseillers de préfecture, aux préfets, aux sous-préfets, aux maires, aux avocats au Conseil d'Etat, et qu'il est d'une utilité usuelle pour tous les membres des Conseils municipaux ou des Conseils de fabriques, tous les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, les avocats, les électeurs, les contribuables, et généralement pour tous ceux qui peuvent avoir des intérêts engagés devant les Conseils de préfecture.

AVERTISSEMENT.



Les deux dernières éditions que j'ai publiées de mon *Cours de Droit Français suivant le Code civil*, n'avaient apporté aucun changement à la première. Ce n'était point assurément parce que je croyais que l'ouvrage n'avait pas besoin d'être amélioré, loin de là, car personne plus que moi n'a le sentiment des difficultés de la science, et n'est plus persuadé des utiles progrès dont elle est encore susceptible. Mais c'est parce que la législation n'ayant, dans l'intervalle de la pre-

mière édition à la dernière, éprouvé aucune modification de quelque importance, et la jurisprudence des tribunaux étant restée à peu près la même, je n'avais pas cru devoir en faire subir à ma première pensée. Elle n'avait pas d'ailleurs eu le temps de se mûrir assez pour pouvoir éprouver de notables changemens.

Aujourd'hui les choses, à cet égard, sont dans une situation bien différente. Depuis douze ans, un grand nombre de lois ont été rendues et ont profondément modifié la législation sous l'empire de laquelle j'écrivais alors, et l'effet de ces lois agit plus ou moins sur le Code civil. La jurisprudence des tribunaux a également subi d'importantes modifications : elle s'est formée sur certains points qui n'avaient encore donné lieu à aucune décision judiciaire, et elle s'est plus ou moins fixée sur d'autres qui, jusqu'alors, avaient été jugés diversement.

Ce n'est pas tout : un long exercice du professorat, dans la plus nombreuse faculté du royaume, au milieu d'hommes éminens par le

savoir, et versés dans la discussion des matières législatives; la lecture des ouvrages nouveaux, et enfin mes propres réflexions, ont dû nécessairement m'engager à modifier plusieurs des opinions que j'ai émises dans mon premier travail, et même à en abandonner entièrement quelques-unes pour les remplacer par d'autres contraires. C'est en effet, ce qui m'est arrivé quelquefois, comme on le verra par le soin que j'aurai d'en avertir le lecteur lorsque le changement sera assez important pour mériter de lui être signalé.

Je présente donc cette nouvelle édition comme un travail soigneusement retouché dans tous les points où il méritait de l'être, et augmenté de toutes les décisions que les nouvelles lois ont amenées, ainsi que des observations que m'ont suggérées les changemens opérés dans la jurisprudence, et les progrès de la science elle-même; et je ne crains pas de dire que j'ai fait tous mes efforts pour le rendre digne de l'approbation des hommes faits pour le juger. Je lui ai conservé

cette forme de discussion simple et naturelle qui convient à tout ouvrage didactique, et que l'on aime tant à voir dans ceux de nos Domat et de nos Pothier ; évitant soigneusement cette enflûre de style, ce ton dogmatique, qui ne sont propres qu'à couvrir, par l'ambition du langage, le vide et souvent la fausseté de la pensée : méthode destinée à faire illusion aux esprits superficiels, et contre laquelle doivent s'élever les esprits solides et éclairés.

COURS DE DROIT FRANÇAIS SUIVANT LE CODE CIVIL.

TITRE PRÉLIMINAIRE. DU DROIT ET DES LOIS EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT EN GÉNÉRAL.

4. Que l'homme soit né pour vivre isolé, n'ayant à suivre d'autres lois que sa volonté, ou qu'il soit appelé par la nature à vivre en société avec ses semblables, c'est une question purement spéculative, propre tout au plus à fournir à une imagination brillante et féconde le sujet d'argumentations plus ou moins solides, une thèse fertile en aperçus plus ou moins ingénieux, mais une question dont la solution sera toujours vaine et sans objet, parce que le fait est là pour répondre à toutes les théories, quels que soient le génie qui les conçoive et la plume qui les orne du prestige d'un talent séducteur ¹.

¹ On peut voir, à ce sujet, dans les œuvres de J.-J. Rousseau, son fameux discours sur la question proposée par l'Académie de Dijon : *quelle est l'origine et quels sont les fondemens de l'inégalité parmi les hommes ?*

Mais ce qui n'est l'objet d'aucun doute, c'est que si les hommes n'écoutaient toujours que ce sentiment intime qui leur commande sans cesse d'être justes, afin même d'être heureux, ils n'auraient besoin que de bien peu de lois pour se diriger. Quelques règles simples suffiraient à l'organisation sociale de chaque peuple. La transmission du patrimoine des pères aux enfants, l'observation fidèle des engagements, les droits de la propriété; tout ce qui, enfin, est l'objet de nos nombreuses lois, ne serait, en effet, que la matière de quelques préceptes qu'il ne serait même pas besoin d'écrire, parce que la raison naturelle, qui les aurait dictés, saurait aussi les conserver et les transmettre. Les plus sages d'entre eux, vénérés par leur expérience et leur âge, termineraient par le seul ascendant de leur vertu les difficultés qui pourraient momentanément les diviser.

Dans cet état, et riche des bienfaits que la Providence répand sur lui avec une libéralité trop souvent méconnue, l'homme verrait tranquillement son existence, prolongée par la frugalité et rendue heureuse par le témoignage d'une conscience pure, s'échanger pour une vie qui ne doit plus finir; mais il n'en est pas ainsi, et jamais peut-être les hommes n'ont connu cet état d'innocence et de bonheur.

Dès le berceau du monde, l'envie et la violence ont exercé leur cruel empire : le plus faible est devenu la victime du plus fort. Toutefois, elles lui ont insensiblement appris que n'ayant d'autre appui que lui-même, d'autre force que sa force individuelle, il était

de son intérêt de recourir à des alliances qui, formées de la réunion de forces isolées comme la sienne, et assujetties aux mêmes maux, pourraient lui fournir les moyens de résister à l'oppression. Il a senti qu'il devait préférer au bonheur que lui promettait une indépendance absolue et si chèrement achetée, un état propre à le protéger contre les attaques de ceux qui voudraient le dépouiller du fruit de ses travaux, et il a mieux aimé sacrifier une partie des droits qu'il tenait de la nature, pour jouir des autres avec plus de sécurité. Telle est à peu près l'origine que la plupart des publicistes assignent à la formation des sociétés humaines, et telle est probablement aussi la cause des lois qu'elles se sont imposées.

2. Le plus sage fut le législateur : Bacchus sur les bords du Gange, Saturne dans le Latium, Mercure Trismégiste en Égypte, et Minos dans la Crète, créèrent des institutions appropriées aux mœurs, aux caractères, et même, pour pouvoir mieux les faire goûter, aux vices des peuples qui les avaient choisis pour guides, et qui les honorèrent ensuite comme des Dieux ¹.

Sans doute ce système de gouvernement, qui d'abord a dû laisser à l'homme la plus grande somme de liberté possible, et ne lui imposer le sacrifice que de ce qui était indispensable pour conserver plus sûre-

¹ On doit sentir aisément pourquoi nous ne comprenons pas dans cette nomenclature le législateur du peuple hébreu. La législation de Moïse, en effet, ayant une source divine, ne saurait être assimilée aux législations profanes dont nous citons les auteurs, et Moïse ne fut point honoré comme un dieu, mais révééré comme dépositaire de la parole de Dieu.

ment le surplus, a dû recevoir bien des modifications par l'agrandissement des sociétés primitives, par les moyens d'existence fournis par le sol sur lequel elles s'étaient établies, et le genre d'industrie de leurs membres ; il a dû surtout en éprouver de nombreuses par la formation d'autres sociétés voisines, indépendantes les unes des autres, vivant comme des hommes épars dans le pur état de nature, et acquérant plus ou moins de force par le caractère, les mœurs et les besoins des peuples qui les composaient ; et, en effet, ces circonstances et une infinité d'autres, ont fait fléchir, sous une foule de rapports, les principes qui avaient servi de base à la première organisation sociale. La civilisation surtout, marchant, quoique lentement, avec le temps, et amenant avec elle, comme son inévitable cortège, des besoins nouveaux, a demandé une législation nouvelle.

3. Celle que Lycurgue donna à Lacédémone, et plus tard celle que Solon traça aux Athéniens, atteignirent ce but autant qu'il était possible de l'atteindre. Belles de simplicité et de vigueur, appropriées aux besoins des temps et des lieux, et adoptées même par les Romains dans l'adolescence de leur état social, elles ont en partie franchi les âges, et sont encore l'objet de l'admiration des moralistes et des philosophes, et le sujet des méditations de l'homme d'État.

La justice eut alors un culte quelque part ; sur quelques points de la terre, du moins, la vertu fut honorée et récompensée, les vices furent flétris et

punis ; et, comme dit Cicéron ¹, l'on comprit enfin qu'il était utile d'être juste.

4. Mais quelque bonne que fût pour les temps et les lieux, l'œuvre de ces législateurs, elle devait bientôt devenir insuffisante pour le peuple qui l'avait solennellement prise pour base de sa propre législation, et qui, agrandi successivement par le bonheur de ses armes, ne s'était rien moins proposé que la conquête de l'univers.

5. Aussi ces lois simples et claires furent presque aussitôt commentées et étendues avec excès par leurs interprètes. Les magistrats eux-mêmes, chargés d'en faire l'application, devinrent à leur tour législateurs, en négligeant seulement d'en prendre le nom ; et la législation de ce peuple s'augmentant successivement des lois nouvelles, et d'une foule d'usages fondés sur des besoins que faisaient naître les progrès toujours croissants de la civilisation, s'accrut enfin à un tel point, qu'elle devint la plus compliquée de toutes les sciences, et que son interprétation fut considérée comme un art dont les secrets n'étaient révélés qu'à un petit nombre d'adeptes.

6. Tel était l'état de la législation romaine lorsque l'empereur Justinien entreprit de la régulariser et de

¹ *Ex legibus, et dignitatem expetendam videmus quum verus, justus atque honestus labor honoribus, præmiis atque splendore decoratur, vitia autem hominum atque fraudes damnis, ignominis, vinculis, verberibus, exiliis, morte mulctantur; et docemur non infinitis commentationumque plenis disputationibus, sed auctoritate metuque legum domitas habere libidines, coercere omnes cupiditates, nostra tueri, ab alienis mentes, oculos, manus abstinere.* DE ORAT., lib., 1, cap. 43.

la simplifier, en extirpant ce qui lui parut imparfait, surabondant ou tombé en désuétude, et en cherchant à mettre de l'harmonie dans ce qui était discordant.

Ce législateur a-t-il complètement réussi dans cette immense entreprise? C'est un point qui ne saurait être décidé par l'unanimité des suffrages. D'ailleurs le fardeau était peut-être au-dessus des forces humaines.

7. Mais quoique ses Codes soient pour ainsi dire hérissés de détails incompatibles avec l'objet des lois, qui doit être simple, grand et d'un intérêt général, et malgré une foule de dispositions subtiles qu'on lui reproche, cette législation, empreinte d'un grand esprit de sagesse dans son ensemble, et création du génie, est devenue le principe et la source de celles de presque tous les peuples civilisés, particulièrement de la nôtre; et c'est à elle que nous aurons souvent recours, comme à un commentaire ordinairement sûr, pour l'interprétation de celles de nos lois qui seraient obscures ou incomplètes.

En esquissant rapidement ces notions générales sur l'origine des lois, il n'est point entré dans notre pensée d'en expliquer les causes diverses, ni de développer l'esprit qui les a dictées. Cet objet, sur lequel il reste peu de choses à dire après les grands écrivains ¹ qui en ont fait le sujet de leurs méditations, exigerait des développemens qui appartiendraient plutôt à un traité de Droit public, et qui nous arrêteraient trop long-

¹ On peut voir à cet égard MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, et DOMAT, dans le *Traité* qu'il a placé au commencement de son ouvrage, et qui a pour titre : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.

temps au commencement de la longue carrière que nous nous proposons de parcourir. C'est aussi par ces motifs que nous nous dispenserons de retracer, après tant d'autres, l'*Histoire de la Législation française* : quelle que fût la concision qui présiderait à un tel travail, pour être bien fait, il exigerait des développemens nombreux, dans lesquels il nous serait cependant impossible d'entrer ; et privé de tout esprit d'observation et de critique, ce travail dégènerait sûrement en une sèche et froide nomenclature, dépouillée d'intérêt et d'agrément ¹.

Nous commencerons donc par l'explication des lois elles-mêmes, dont l'ensemble forme généralement ce qu'on nomme le *Droit*, pris dans l'une de ses diverses acceptions.

8. C'est ainsi que les lois françaises forment le *Droit* français ; et la connaissance de ces lois constitue la science du *Droit* qui nous régit ².

Le *Droit* peut être, en outre, considéré sous deux principaux rapports : tantôt il est cause, tantôt il est effet, selon que nous l'envisageons comme une règle à laquelle nous devons conformer nos actions, ou comme ce qui est attribué et garanti par cette règle.

Sous le premier rapport, le *Droit*, c'est la loi elle-même, qui établit telle chose ; par exemple, la loi qui

¹ D'ailleurs, il existe, dans la faculté dont nous avons l'honneur d'être membre, un enseignement complet sur la partie historique du *Droit* romain et du *Droit* français ; ce qui nous dispense encore d'entrer dans des développemens plus étendus sur ce sujet.

² Dans une acception plus restreinte, le mot *Droit* exprime la collection des lois d'un certain genre : l'on dit le *Droit* criminel, le *Droit* commercial, pour désigner les lois criminelles, les lois commerciales.

établit la puissance paternelle, qui règle l'acquisition et la transmission des biens, etc.

Sous le second rapport, le *Droit* est le résultat des dispositions de la loi elle-même, appliquée, soit aux personnes, soit aux choses : comme *l'exercice* de la puissance paternelle, le droit attaché à la propriété, etc.

9. De la science du Droit dérive la Jurisprudence, du moins dans son acception primitive ¹.

En général, on entend par science une réunion de vérités fondées sur des principes reconnus ou démontrés par le raisonnement : l'enchaînement de ces vérités, l'ordre méthodique dans lequel elles sont exposées, forment une science.

L'art consiste à faire l'application de ces vérités.

Celles qui constituent la science du Droit demandent fréquemment à être appliquées. Il faut, pour le faire avec succès, de la prudence, du discernement et de l'habileté ; et c'est cette application des vérités de la science du Droit qui forme ce qu'on appelle la Jurisprudence ², c'est-à-dire, suivant Heineccius (*Elementa juris*, n° 26), l'habitude pratique de bien interpréter les lois et de les appliquer aux différens cas qui se présentent.

¹ Suivant la loi première, ff. *de justitid et jure*, le mot *jus*, droit, vient de *justitia*, justice ; *jus autem à justitid appellatum est*.

Et grammaticalement et moralement, des mots *jus*, *juris*, dérive *jurisprudencia*.

² Dans une acception plus moderne, on entend aussi par *jurisprudence*, les décisions des tribunaux rendues plus ou moins uniformément dans le même sens sur un point de droit, sur un cas qui s'est présenté. Ainsi, l'on dit : La loi est dans un tel sens, mais la jurisprudence est contraire, pour exprimer que les tribunaux ne jugent pas le cas dont il s'agit dans le sens prétendu de la loi.

40. Mais il n'est pas aisé de définir la loi avec exactitude et précision : des publicistes, des jurisconsultes, auxquels l'opinion publique assigne le premier rang, paraissent l'avoir tenté sans réussir complètement, du moins si l'on en juge par les critiques plus ou moins fondées dont leurs définitions ont été l'objet¹. Nous ne pouvons raisonnablement espérer d'être plus heureux.

Philosophiquement parlant, tout, dans la nature, a ses lois : les corps célestes, la terre et les différens élémens de l'univers, obéissent à des règles immuables tracées par la main du Créateur. La gravitation, le mouvement et la vie ont aussi leurs lois ; mais ces lois forment le domaine de plusieurs sciences qui n'ont que peu ou point de rapport avec celle du Droit.

Nous dirons donc simplement, avec d'autres, et sans prétendre donner une définition parfaitement exacte des lois établies par un peuple pour se gouverner, que la loi est une règle établie par une autorité à laquelle

¹ Mais voulant définir les lois dans leur acception la plus étendue, Montesquieu ne s'est pas mépris, comme on l'a plus d'une fois prétendu, quand il a dit que les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. C'est en effet d'après une loi que l'homme faible et sans appui est soumis à l'homme puissant et fort, que le pauvre est sous la dépendance du riche, que l'idiot est dirigé par l'être intelligent : cette loi, c'est celle de la force, de la puissance, des richesses, de l'intelligence, et puisque la mécanique a ses lois, on ne peut nier que la force n'ait les siennes. Sans doute les lois humaines ont été généralement portées pour effacer ou pour atténuer du moins la funeste influence des lois aveugles du sort, mais celles-ci n'en sont pas moins des lois dans le sens de la définition philosophique de Montesquieu; ce sont des rapports nécessaires qui existent entre des choses dont l'une est sous la dépendance de l'autre par la nature ou le hasard. Cette influence sera moindre par l'effet de bonnes lois civiles, mais elle ne sera jamais entièrement détruite : elle subsistera tant qu'il y aura des vices, c'est-à-dire tant qu'il y aura des hommes, et elle sera toujours un rapport nécessaire qui dérive de la nature des choses.

on est tenu d'obéir. Nous en développerons les caractères et les effets au chapitre suivant, où nous traiterons de la loi spécialement, comme principal élément de notre Droit.

11. On peut envisager le Droit sous trois principaux rapports : son but général, son origine, et son objet ou sa matière.

12. Son but général, c'est la justice. Les lois doivent constamment tendre vers ce but. Elles doivent chercher sans cesse à rendre l'homme meilleur, à effacer ses mauvais penchans, à lui en inspirer de raisonnables. Elles doivent être dictées par la raison et l'équité, et si des circonstances particulières forcent le législateur à s'écarter un moment de ce but, si une loi est injuste envers une classe de citoyens spécialement soumise à son application, c'est un mal, mais un mal qui doit trouver son excuse dans le bien général. Si la loi est injuste sans cette compensation, elle a manqué à sa vocation ; c'est plutôt une anomalie qu'une loi. Il n'en faudra pas moins, sans doute, la respecter tant qu'elle subsistera, puisqu'elle a en sa faveur la présomption de justice, mais ce sera généralement un devoir d'en signaler avec bonne foi et modération les abus, pour la faire rapporter ou modifier.

13. Les jurisconsultes romains disaient que le Droit, dans son but et sa fin, est d'apprendre aux hommes la justice, pour la leur faire pratiquer ; et ils définissaient le Droit, *ars boni et æqui*, parce que c'est par la connaissance des lois que l'on apprend à

discerner ce qui est permis de ce qui est défendu, ce qui est juste de ce qui ne l'est pas ¹.

Pour eux la justice, c'est la volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui appartient ².

¹ *Jus est ars boni et æqui: cujus meritò quis nos sacerdotes appellet. Justitiam namque colimus, et boni et æqui notitiam profitemur: æquum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes; bonos non solum metu pœnarum, verum etiam præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam affectantes.* L. 1, ff. de justitid et jure.

² *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* Princip. Inst., de Just. et Jur. Selon la doctrine des Stoïciens, toute vertu consiste dans la constance et dans une résolution ferme et invariable d'être juste.

En envisageant l'exercice de la justice sous divers aspects, les moralistes et les jurisconsultes en ont donné plusieurs définitions plus ou moins obscures. Ces définitions, purement scolastiques, n'ont pas aidé beaucoup à la science, et on pourrait sans inconvénient les passer sous silence; nous les rappellerons cependant succinctement, parce que, se trouvant dans la plupart des livres de jurisprudence, et étant encore quelquefois l'objet de questions adressées aux étudiants dans leurs examens, il ne leur est pas tout-à-fait inutile de connaître les différents systèmes que l'on a faits à ce sujet.

Suivant les uns, la justice se divise en *universelle et particulière*. Cette division est empruntée de l'Éthique d'Aristote. D'après ce philosophe, la justice universelle est la pratique de toutes les vertus. Ainsi l'homme sage, modéré, humain, tempérant, est *juste*, si l'on considère ses actions quant à la justice universelle. Le magistrat qui ne favorise pas la mauvaise cause, qui fait rendre à chacun ce qui lui appartient, exerce en cela la justice particulière.

Une autre division de la justice, et que l'on a fait aussi dériver des traités de morale du père de la vieille philosophie, consiste à reconnaître une justice *commutative* et une justice *distributive*. La première s'exercerait d'après un principe d'égalité absolue, parce que l'égalité, c'est la justice pour les philosophes. La seconde s'exercerait d'après un principe d'égalité proportionnelle, parce qu'aussi cette égalité constitue la justice: car le nombre deux renfermant deux unités, il doit valoir à lui seul ce que valent les deux unités réunies, et le double de ce que vaut chacune d'elles isolément. Ainsi, dans le paiement de la solde faite aux soldats d'un régiment, on suit la justice commutative, parce que ce que vaut un soldat est censé être ce que vaut son camarade. Mais dans le prêt fait aux officiers de ce régiment, et comparé à celui qui a été fait aux soldats, on suit la justice distributive. Ici c'est l'égalité géométrique, la seule juste, la seule praticable entre les hommes, et surtout entre les hommes vivant en société. La

44. Ainsi, vivre honnêtement, n'offenser personne, rendre à chacun ce qui lui est dû, c'est vivre selon la justice. Celui qui accomplira ces préceptes ne se bornera pas simplement à conformer ses actions extérieures au prescrit des lois civiles ; il songera que si les lois humaines n'ont pu étendre leur empire sur la conscience et la pensée, ni régler toutes nos actions sans entraver l'exercice de notre liberté, rien n'est caché du moins aux yeux du Créateur, souverain dispensateur des récompenses et des châtimens.

45. Parmi ces juriconsultes, les uns ¹ attribuaient une triple origine à leur droit privé, en le faisant dé-

justice distributive est donc celle d'après laquelle sont répartis les récompenses et les honneurs, en raison du mérite et des services rendus, et toujours en comparant le mérite et les services des personnes. C'est encore d'après un principe de justice distributive que le législateur décerne les peines contre les délinquans : par exemple, le crime de faux commis par l'officier public est puni d'une peine plus grave que celui commis par une personne privée. La *qualité* de la personne aggrave le délit, et fait qu'il y a toujours égalité dans la distribution des peines, mais cette égalité rationnelle, la seule équitable, et qu'il ne faut pas confondre avec les privilèges personnels, toujours plus ou moins injustes, et surtout toujours plus ou moins odieux à ceux qui n'en sont pas l'objet.

GROTIUS (*de Jure belli ac pacis*, lib. 1, cap. 1, § 8) critique ces deux divisions de la justice, et en donne une autre, suivie par Heineccius (*Elementa juris civilis*, n° 23). Ce publiciste dit que la justice est *explétive* et *attributive*. Il paraît qu'il fait dériver cette division de la loi 17, § 3, ff. *commodati vel contrà*, où le jurisconsulte Paul dit que certains devoirs paraissent appartenir plutôt à la volonté et aux bons offices, qu'à la nécessité : d'où Grotius conclut que les uns sont des devoirs *parfaits*, et les autres des devoirs *imparfaits*. Celui donc qui s'acquiesce d'un devoir parfait, exerce la justice explétive ; et celui qui rend un bon office, exerce la justice attributive : le premier accomplit le précepte, *ne fais injure à personne, rends à chacun ce qui lui appartient* ; le second *vit honnêtement*. Nous l'avouons, cette dernière division est au moins aussi obscure que les précédentes, parce qu'on ne distingue pas toujours clairement un devoir imparfait d'un devoir parfait, et, en outre, parce que les termes ne font pas suffisamment ressortir les différences, s'il en existe.

¹ Notamment Ulpien, lib. 1, § 2, ff. *de just. et jure*, dont Justinien a suivi la division dans ses Institutes.

river de trois causes diverses : des principes du Droit naturel, du Droit des gens, et du Droit civil. D'autres¹, dont le sentiment à cet égard était suivi par les philosophes, ne connaissaient que deux espèces de droit : l'un commun à tous les hommes, l'autre particulier à un peuple ; l'un uniquement fondé sur la raison naturelle, l'autre positif et résultant des lois de ce peuple. Mais la divergence des systèmes était moins dans la chose que dans la manière de la traiter.

C'est la division de ces derniers que nous adoptons, en divisant toutefois le Droit naturel en Droit naturel pur et en Droit des gens : celui-ci n'est en effet qu'une partie de celui-là. Mais nous ne pouvons traiter que très-succinctement cette matière, qui a cependant enfanté des volumes. Nous nous bornerons à retracer quelques règles générales, les moins sujettes à controverse.

46. Le Droit naturel est cette loi pour ainsi dire promulguée par Dieu même, que l'homme peut connaître par les seules lumières de sa raison, en suivant le sentiment intime qui se développe avec son intelligence².

¹ Gaius, lib. 9, ff. *eodem tit.*: *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse jus constituit, id ipsius proprium civitatis est : vocaturque Jus civile, quasi Jus proprium ipsius civitatis. Quod verò naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræquè custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.*

² En définissant ainsi, quoique imparfaitement peut-être, le Droit naturel pur, nous ne dirons pas avec Ulpien : « *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est : sed omnium animalium, quæ in cælo, quæ in terra,*

Les principes de cette loi sont de conduire l'homme au bonheur par la pratique de la vertu ; et le système ou l'ordre dans lequel ils sont classés par la réflexion et l'analyse, forme ce qu'on appelle le Droit naturel ¹.

17. Ainsi, avant que l'homme se fût donné des lois, et qu'il eût par elles perfectionné son intelligence, la seule raison naturelle lui avait déjà enseigné à craindre Dieu, en lui dévoilant sa puissance infinie, comme elle lui avait appris à l'aimer, en lui montrant ses bienfaits.

Le sentiment seul le portait à vénérer les auteurs de

quæ in marinasuntur. Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus. Hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cœtera animalia istius juris peritiam cœteri. » Car, de ce que les animaux ont des appétits et des besoins comme l'homme, et qu'ils sont doués d'instinct pour les satisfaire, il n'en faut pas conclure qu'ils sont capables des effets du Droit. Dans les actes que l'animal a matériellement de commun avec l'homme, il ne suit qu'un penchant aveugle, une impulsion involontaire, et pour ainsi dire machinale. L'homme, au contraire, y est conduit par la volonté et l'intelligence ; c'est la raison qui le dirige, quand les passions ne le dominent pas. Lui seul discerne le bien du mal, lui seul peut comprendre la justice et en observer les préceptes ; lui seul peut établir une société et des lois pour la régir : lui seul est donc capable des effets du Droit, quelque extension que l'on veuille donner au sens de ce mot. *Propriè juris capax non est, nisi natura præceptis utens generalibus.* Grotius, *de Jure belli ac pacis*, lib. 1, cap. 1, § 11.

¹ Cependant ce ne serait peut-être pas tout-à-fait sans raison que l'on prétendrait que ce que l'on est convenu d'appeler Droit naturel ne forme point par lui-même l'objet d'un droit spécial, et qu'il n'est pas davantage la matière d'une science principale ; qu'il est seulement l'élément primitif de plusieurs sciences diverses, telles que la théologie, la morale, la philosophie et le Droit civil lui-même, dont on le distingue communément. L'on pourrait, en effet, soutenir qu'à l'exception des lois arbitraires qu'un peuple s'est créées, comme les lois somptuaires, et quelques autres encore, celles qui constituent le Droit civil de ce peuple ne sont rien autre chose que l'application des lois naturelles elles-mêmes à ses besoins, à ses mœurs et aux circonstances dans lesquelles il se trouve. Mais le développement qu'exigerait la démonstration de la justesse de cette pensée nous conduirait trop loin ; nous aurions d'ailleurs à combattre une doctrine qui a pour elle la prescription, et probablement nous le tenterions en vain.

ses jours, et l'excitait vivement à chérir et protéger ceux qui lui devaient l'existence. Les lois humaines n'ont rien ajouté à la force de ce sentiment : il n'appartenait qu'à la religion de l'épurer.

Il lui inspirait aussi le besoin de veiller à sa conservation, de repousser toute agression injuste, en se renfermant dans les limites de ce qui était strictement nécessaire à la défense de lui-même, sans devenir oppresseur à son tour¹; et ce qui était juste et raisonnable avant que les hommes se fussent créé des institutions pour se gouverner, l'est encore aujourd'hui (voir les articles 322, 326 et 329 du Code pénal), parce que les lois morales de la nature sont immuables comme celles qui établissent l'harmonie que nous voyons régner dans les œuvres du Créateur.

48. Des principes du Droit naturel s'est formé le Droit des gens, que l'on considère communément comme étant de deux sortes : le Droit des gens primitif, et le Droit des gens secondaire ou positif.

49. Les éléments du premier sont ces règles d'équité ordinairement reconnues et observées chez les peuples policés, comme lois naturelles : telle est l'obligation d'être fidèle à ses engagements. C'est de cette espèce de droit qu'on entend parler, quand on dit que la vente, le louage, la société, le prêt, etc., sont des contrats du Droit des gens, parce que les obligations qui en dérivent sont généralement respectées chez toutes les nations civilisées, et que ceux au profit des-

¹ C'est ce que les jurisconsultes romains rendaient en ces termes : *moderamen inculpatæ tutelæ*. L. 1, Cod. *Undè vi*.

quels elles ont été contractées obtiennent ordinairement des tribunaux étrangers la même justice que les nationaux.

20. Le Droit des gens positif, appelé par plusieurs publicistes Droit public, est fondé sur les traités de paix, d'alliance et de commerce, par lesquels les nations ont contracté divers engagements les unes envers les autres. Il est aussi fondé sur des usages réciproquement observés entre les peuples. C'est d'après ces usages que la personne des ambassadeurs est inviolable, que les sujets d'une nation sont admis en temps de paix dans les ports de l'autre ; qu'ils y sont reçus à y faire le commerce, sous des restrictions plus ou moins étendues, suivant les lieux et les circonstances.

21. En se réunissant en corps de nation, les hommes se sont créés des chefs, dont la mission était de faire respecter les droits de tous. A cet effet, ces chefs ont été investis du pouvoir d'établir des règles positives pour l'administration des intérêts généraux de l'association, et pour tout ce qui concernait l'étendue et l'exercice des droits particuliers de chacun de ses membres. Ces règles sont les lois ; et la collection de celles qui sont propres à chaque peuple forme ce qu'on appelle le *Droit civil*, c'est-à-dire, dans le sens que les jurisconsultes romains attachaient à ces mots, le droit de la cité, *Jus civitatis*, le droit propre à chaque peuple. Tel est le Droit positif : il a généralement pour base le Droit naturel lui-même, auquel il donne une sanction nouvelle, mais en le modifiant selon le caractère et les mœurs des différens peuples.

22. Le Droit positif d'un peuple se divise en Droit public et en Droit privé.

23. Le Droit public comprend dans son domaine les lois qui règlent l'organisation immédiate du corps politique : telle est, chez nous, la Charte constitutionnelle, dans les droits qu'elle reconnaît aux Français, considérés collectivement ou individuellement ; telles sont aussi les lois sur les élections, sur l'organisation des autorités constituées, et leur démarcation, etc. On appelle ordinairement ces lois, lois politiques. On lit toutefois en tête de la Charte : *Droit public des Français*.

Font aussi partie du Droit public, les lois qui ont pour objet la répression des atteintes portées aux bonnes mœurs, au bon ordre et à la sûreté de l'État ou des citoyens ; celles qui règlent les conditions du mariage, qui établissent la puissance maritale, la puissance paternelle, qui déterminent la qualité des personnes, etc.

24. Le Droit privé se compose des lois portées pour régler les intérêts pécuniaires des citoyens entre eux : il s'occupe du *tien* et du *mien* ; L. 1, § 2, ff. *de Just. et Jure*. Telles sont les lois qui régissent les contrats, les testaments, les successions, les diverses manières d'acquérir la propriété, etc.

25. Le but immédiat ¹ du Droit public est l'intérêt

¹ Vinnius observe, sur le § 4, Inst. *de Just. et Jure*, que la dénomination de *Droit public* ne se prend pas toujours dans la même acception, c'est-à-dire en considérant la matière et le but de la loi, comme nous le faisons ici ; que quelquefois, en envisageant la cause créatrice de la loi, l'autorité d'où elle émane, on dit (du moins en Droit romain) que la loi est de Droit public, quoiqu'elle soit portée immédiatement en faveur des individus, et non du corps politique. C'est dans ce sens, ajoute-t-il, que l'on dit

général, l'avantage de la masse des citoyens ; aussi ses dispositions ne sauraient être éludées par des conventions particulières, parce que nul ne peut vouloir avec effet ce qui est contraire au bien général.

Au lieu que le but immédiat du Droit privé est l'intérêt des individus ; et ceux-ci peuvent renoncer, par des conventions particulières, au bénéfice de la loi.

26. Le Droit d'un peuple ne se compose pas uniquement de dispositions écrites et promulguées ; il comprend aussi les coutumes, les usages qui se sont insensiblement introduits d'après l'assentiment tacite des citoyens. Qu'importe, en effet, dit la loi 32, § 1, ff. *de legibus*, qu'ils aient manifesté leur volonté par l'émission de leurs suffrages ou par leurs actions ? De là est dérivée une autre division du Droit, en Droit écrit ou promulgué, et en Droit non écrit ou coutumier. C'est ainsi qu'au titre des *Servitudes* et à celui du *Louage*, le Code renvoie aux usages locaux pour la décision de tel ou tel point.

27. Enfin, notre Droit comprend aussi les ordonnances royales rendues pour l'exécution des lois, et pour d'autres objets encore, mais qui ne sont pas ordinairement d'un intérêt général ; les réglemens, les arrêtés portés par les autorités constituées, dans le cercle de leurs attributions.

que la prescription est de Droit public, parce qu'elle a été établie par l'autorité publique.

Mais cette acception est abusive, puisqu'il n'y aurait plus moyen de distinguer les lois qui sont de Droit public, de celles qui sont seulement de Droit privé ; distinction cependant infiniment importante, ne fût-ce que pour la juste application de l'article 6 de notre Code.

28. Le troisième rapport sous lequel on considère le Droit, c'est son objet ou sa matière, c'est-à-dire les personnes et les biens ¹.

Nous en parlerons avec plus d'étendue au chapitre suivant, en traitant des lois personnelles et des lois réelles.

CHAPITRE II.

DE LA LOI.

Nous aurons à voir sur la loi :

1° Ses caractères généraux, et ses diverses espèces ;

2° La formation de la loi en France dans l'ordre politique actuel ;

3° Sa sanction, sa promulgation et son exécution ;

4° Sur quel temps elle exerce son empire ;

5° Ses effets quant aux personnes et aux biens ;

6° Son application ;

Et 7°, son abrogation, et la renonciation qui peut y être faite par les parties.

SECTION PREMIÈRE.

DES CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA LOI ET DE SES DIVERSES ESPÈCES.

SOMMAIRE.

29. *Définition de la loi.*

30. *Ses caractères généraux.*

¹ Justinien fait, des *actions* créées par les lois pour obtenir en justice ce qui nous est dû, un troisième objet du Droit ; mais nous ne pouvons les envisager sous ce rapport, parce qu'en les considérant comme des droits, ce sont des choses incorporelles, qui rentrent dans le second objet ; et si on les considère comme des moyens tracés par les lois pour agir en justice, c'est simplement la matière de notre Code de procédure ou Code judiciaire.

31. *Son but est de modifier ou d'étendre les facultés naturelles de l'homme.*
32. *Division des lois en impératives, prohibitives et facultatives.*
33. *La loi a aussi quelquefois pour objet de punir.*
34. *Les lois se divisent aussi en personnelles et en réelles ; mais l'explication de cette division est renvoyée plus loin.*

29. Suivant ce que nous avons dit, la loi peut être définie une règle établie par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir.

Cette autorité varie en raison de la diversité des formes de gouvernement. Nous sortirions des limites de notre sujet si nous entrions dans le développement de l'organisation de ces diverses formes : ceci appartient essentiellement au Droit public. Nous nous bornerons, à cet égard, à retracer les règles qui concernent la formation de la loi en France.

50. La loi doit être juste dans son principe, et générale dans son objet.

Pour être juste, elle doit être égale pour tous les membres du corps social. Son application doit être indépendante des titres des personnes : tous les Français sont égaux devant la loi ¹.

Elle doit être générale dans son objet, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ; autrement elle dégèrerait en privilège, et nous n'en reconnaissons plus dans notre constitution politique.

C'est une règle uniforme et permanente. Si elle considère les actions en elles-mêmes, par abstraction elle envisage les citoyens en masse.

Art. 1^{er} de la Charte constitutionnelle.

En cela elle diffère du contrat, qui ne tient lieu de loi qu'à ceux qui l'ont formé (art. 1134), et qui intervient entre deux personnes indépendantes ; tandis que la loi intervient entre une autorité supérieure et ceux qui sont tenus de lui obéir.

51. Son but étant de modifier ou d'étendre les facultés naturelles de l'homme, en lui imposant des devoirs ou en lui attribuant des droits, il importe à l'ordre social que nul ne puisse se soustraire à son empire. Toutefois rien ne s'oppose à ce qu'un citoyen renonce à un droit introduit spécialement en sa faveur : de là résulte une première distinction des lois, en *impératives, prohibitives et facultatives*.

52. Si la loi commande une action, elle est impérative : telles sont les lois relatives au paiement des impôts, au service militaire, etc., etc.

Si la loi défend une action, elle est prohibitive : telles sont les lois qui défendent à l'homme de se marier avant dix-huit ans accomplis, à la femme mariée de s'obliger sans être autorisée, aux époux d'aliéner les biens dotaux, etc., etc.

Si, enfin, la loi, sans ordonner ni défendre, se borne à introduire un droit, une faculté, de manière que chacun soit libre d'user ou de ne pas user du bénéfice qu'elle accorde, elle est facultative : telles sont les lois qui autorisent le mariage, sous les conditions qu'elles prescrivent ; celles qui autorisent aussi, dans certains cas, la séparation de corps, celles qui régissent les contrats, etc., etc.

53. A ces trois espèces de lois, on pourrait peut-

être en ajouter une quatrième, les lois qui sont destinées à la répression des faits qui troublent l'ordre social ; et, sous ce rapport, on dirait avec la loi 7, ff. *de legibus* : *Legis hæc virtus est imperare, vetare, permittere, punire*. Mais, au lieu de ranger les lois pénales dans une classe particulière, il nous paraît plus exact de les considérer comme la sanction nécessaire des lois impératives et prohibitives ; car la loi ne peut jamais punir que le fait qu'elle avait défendu, ou l'inexécution de celui qu'elle avait ordonné. Quelquefois la peine se borne à la nullité du contrat dans lequel on a violé le prescrit de la loi. Mais ce n'est point le moment d'expliquer les différentes règles qui peuvent servir à distinguer les lois impératives, des lois facultatives : nous dirons seulement, quant à présent, que c'est à l'esprit de la loi qu'il faut recourir pour connaître dans quelle classe elle doit être rangée.

54. On divise aussi les lois en *personnelles*, parce qu'elles régissent seulement l'état et la qualité des personnes ; et en *réelles*, parce qu'elles s'appliquent seulement aux biens. Nous reviendrons bientôt sur cette importante distinction.

SECTION II.

DE LA FORMATION DE LA LOI EN FRANCE DANS L'ORDRE POLITIQUE ACTUEL.

SOMMAIRE.

- 35. *Comment s'exerce en France la puissance législative.*
- 36. *A qui appartient la proposition de la loi d'après la Charte de 1830.*
- 37. *Examen et discussion du projet de loi.*

38. *La loi doit être discutée et votée librement par les deux chambres.*
39. *Si une proposition de la loi a été rejetée par l'un des trois pouvoirs, elle ne peut être représentée dans la même session.*
40. *La proposition, quoique faite par le roi et adoptée par les deux chambres, n'a point encore le caractère de loi.*

55. En France, aujourd'hui, ¹ la puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la chambre des pairs et celle des députés. (Art. 14 de la Charte constitutionnelle.)

56. La proposition des lois appartient au roi, à la chambre des pairs et à la chambre des députés.

Néanmoins, toute loi d'impôt doit être d'abord votée par la chambre des députés. (Art. 15, *ibid.*)

¹ Avant la révolution de 1789, la puissance législative résidait dans le roi. L'assemblée nationale s'étant érigée en assemblée constituante, la puissance législative fut absorbée par elle. Après l'abolition de la royauté, en 1792, la puissance législative résida d'abord dans une assemblée unique, appelée *Assemblée Législative*, et ensuite dans une autre assemblée appelée *Convention nationale*; puis, dans deux grands conseils, celui des *Anciens* et celui des *Cinq-Cents*, et le gouvernement, composé de cinq Directeurs, sous le nom de *Directoire*, n'avait que le pouvoir exécutif. Survint la révolution du 18 brumaire an VII de la république, qui fut suivie de l'établissement du Consulat et de la constitution de l'an VIII (22 frimaire), laquelle régla la puissance législative sur d'autres bases. Après le Consulat, vint le régime impérial, qui modifiait assez profondément, du moins dans le fait, l'organisation politique en ce qui concerne la puissance législative. La chute de l'empire amena la restauration de la royauté et la Charte de 1814, d'après laquelle la puissance législative s'exerçait collectivement par le roi, la chambre des pairs et celle des députés. Enfin la Charte de 1830, qui est celle sous l'empire de laquelle nous écrivons maintenant, consacre le même principe, et, de plus, attribue la proposition de la loi, non seulement au roi, ainsi que le faisait la charte de 1814, mais aussi à la chambre des pairs et à la chambre des députés.

L'on comprend aisément que nous n'avons pas à entrer dans l'analyse du système législatif sous les différentes formes de gouvernement que nous venons de rappeler, et qui ont été détruites; nous ne faisons pas un Cours d'histoire du Droit français; mais bien un Cours du Droit français actuel. Nous avons donc dû nous borner à de simples indications sommaires, et qui sont suffisantes pour des élèves.

57. Le projet de loi est renvoyé dans les bureaux : une commission est nommée pour en faire l'examen. Un rapporteur, choisi par elle, et pris dans son sein, fait son rapport, au jour indiqué par la chambre, et en séance publique. Au jour fixé de même par la chambre, s'ouvre la discussion. (Règlement des chambres.)

58. La loi doit être discutée et votée librement par la majorité des deux chambres. (Art. 16, *ibid.*)

Si la proposition est adoptée, son adoption est transmise au gouvernement, qui, s'il le juge à propos, l'adresse à l'autre chambre, laquelle procède comme la première pour la discussion et la délibération du projet de loi.

59. Si une proposition de loi est rejetée, elle ne peut être représentée dans la même session. (Art. 17, *ibid.*)

40. La proposition de loi, quoique faite par le roi et adoptée par l'une et l'autre chambre, n'a point encore le caractère de loi; pour l'obtenir, elle a besoin de la sanction du roi; et pour être exécutoire, il faut qu'elle soit promulguée. (Art. 18, *ibid.*, et 1^{er} du Code civil.)

SECTION III.

DE LA SANCTION, DE LA PROMULGATION ET DE L'EXÉCUTION DE LA LOI.

SOMMAIRE.

41. *Le mot sanction a aujourd'hui deux significations. Il se prend quelquefois pour la peine portée contre celui qui viole la loi.*
42. *La sanction des lois naturelles réside dans la conscience et dans la religion,*

43. *Dans une acception moderne, la sanction s'entend de l'approbation donnée par le roi à l'acte législatif pour le faire mettre à exécution.*
44. *La sanction n'est pas la promulgation.*
45. *La loi, quoique revêtue de la sanction du roi, n'est exécutoire que par la promulgation : conséquences.*
46. *Mode de promulgation des lois et des ordonnances.*

41. Le mot *sanction*, appliqué aux lois, a deux significations.

L'une, très ancienne, et qui subsiste encore, exprime cette partie de la loi où est établie la peine contre l'infacteur. Ainsi, la sanction de la loi qui défend à l'homme de contracter mariage avant d'avoir accompli sa dix-huitième année, se trouve dans la disposition de l'article 184 du Code civil, qui permet, dans ce cas, d'attaquer le mariage et d'en faire prononcer la nullité.

42. La sanction de la loi naturelle réside dans la conscience et dans la religion, qui nous enseigne que l'âme est immortelle, qu'il existe une autre vie et un Dieu rémunérateur de la vertu et vengeur du crime.

45. L'autre espèce de sanction, toute moderne, exprime uniquement l'approbation royale donnée à la loi pour compléter l'acte législatif et le rendre exécutoire.

Cette approbation se manifeste par la signature du roi au bas de la loi, avec le contre-seing d'un ministre responsable, et par l'apposition du sceau royal ¹.

¹ Mais il n'y a pas d'acte de dressé pour constater cette approbation, et aucun délai n'a été fixé pour la promulgation de la loi depuis qu'elle a reçu l'approbation royale : d'où quelques personnes ont conclu, et nous l'avons nous-même pensé ainsi, que le roi ayant en fait le pouvoir de biffer sa signature, de détruire même complètement l'acte signé par lui, tant qu'il

44. Ainsi la sanction de la loi n'en est pas la promulgation, comme quelques personnes l'avaient pensé avant les ordonnances des 20 mai, 11 juin et 27 novembre 1816 ¹.

La sanction la précède nécessairement : l'une est l'approbation royale donnée à la loi, comme on vient de le dire ; l'autre est le mode d'après lequel la loi sera connue des citoyens et deviendra obligatoire pour eux : car l'on ne peut conformer ses actions à une règle que l'on ne connaît pas. La sanction est indispensable pour que l'acte discuté et voté librement par les deux chambres, devienne loi de l'État : c'est l'exercice de la puissance législative dans la personne du roi ; et la promulgation de la loi est l'exercice de son pouvoir exécutif.

45. Jusqu'à la promulgation, l'acte législatif,

n'a point été rendu public, sans même que personne ne puisse en avoir connaissance, la Charte n'avait pas entendu lui en refuser le *droit* ; que ce n'est pas pour ce cas qu'elle l'oblige, sous la responsabilité de ses ministres, à faire exécuter les lois ; qu'elle a entendu parler des lois devenues exécutoires, et, d'après l'article 1^{er} du Code, les lois ne deviennent exécutoires que par la promulgation qui en est faite par le roi. C'est peut-être une lacune dans notre droit constitutionnel, soit, mais dans l'état actuel des choses nous persistons dans notre sentiment. Nous avons toutefois entendu élever quelques objections contre cette interprétation. Comme c'est là une question de Droit public plutôt que de Droit civil, nous ne nous livrerons pas à un examen plus approfondi des principes constitutionnels qui serviraient à la résoudre ; cela nous entraînerait trop loin.

¹ D'autres avaient déduit la promulgation seulement de l'insertion des lois au Bulletin, et de l'arrivée du Bulletin au chef-lieu du département de la résidence royale : c'est cette interprétation qu'avaient suivie les ordonnances des 29 mai et 11 juin précitées, ainsi que le dit textuellement le préambule de celle du 27 novembre.

Aujourd'hui il n'y a aucune différence entre la *promulgation* et la *publication* de la loi, puisque l'une et l'autre résultent de l'insertion de la loi au *Bulletin officiel des lois*, ainsi qu'on va le voir au n^o suivant. Les ordonnances de 1816 et 1817 ont modifié le système créé par les arrêtés des 28 et 29 nivôse an 8 et par l'art. 1^{er} du Code civil, desquels résultait une distinction importante, dans les effets, entre ces deux expressions.

quoique complet, quoique revêtu de toute la force dont il est susceptible comme acte législatif, par la sanction royale, n'est cependant point encore obligatoire pour les citoyens. D'après l'article 1^{er} du Code, la loi est seulement *exécutoire* du moment où la promulgation en peut être connue : d'où nous tirons la conséquence que les particuliers qui auraient connaissance de la sanction qui a été donnée à la loi, ne pourraient cependant profiter de ses dispositions avant sa promulgation, et que les actes faits avant cette époque devraient être revêtus des formalités exigées par la loi encore en vigueur. Ainsi, une loi nouvelle apporte des changemens aux formes prescrites pour la validité des hypothèques conventionnelles : deux personnes qui ont connaissance de la loi, dont la discussion a été rendue publique par la voie des journaux, et qui ont, de plus, par leurs relations avec les agens du gouvernement, connaissance qu'elle a reçu la sanction royale, font une convention d'hypothèque, en observant les règles de la loi nouvelle, et avant sa promulgation : la nullité de la convention pourra être demandée par les tiers intéressés. En vain dirait-on que la promulgation n'a pour objet que de faire connaître la loi aux citoyens, et que, du moment qu'ils ont cette connaissance par une autre voie, le but de la loi est atteint ; car ce n'est pas seulement pour rendre la loi *obligatoire* pour eux que la promulgation en est faite, c'est aussi pour la rendre *exécutoire* ¹,

¹ L'article 1^{er} du Code se sert de cette expression dont le sens est bien plus étendu que celui de la première.

c'est-à-dire pour qu'elle produise son effet à leur égard, tant activement que passivement. Il ne serait pas conforme aux principes qu'on pût profiter de son bénéfice dans un moment où l'on ne serait point encore soumis à ses dispositions ; or, l'on ne serait point encore soumis à ses dispositions, puisque, s'il s'agissait d'une loi pénale, on ne pourrait assurément infliger la peine à un citoyen pour avoir commis le fait réprimé par cette loi, en prouvant qu'il avait connaissance de la sanction ; ce serait violer l'art. 4 du Code pénal et les art. 1 et 2 du Code civil, combinés. Ainsi les tribunaux ne peuvent appliquer une loi avant l'expiration des délais légaux de sa promulgation dans le lieu où ils siègent ¹.

46. Quant au mode de promulgation, voici ce que porte l'ordonnance du 27 novembre 1816, citée *suprà*, n° 44.

Art. 1^{er}. « A l'avenir, la promulgation des lois et de nos ordonnances résultera de leur insertion au Bulletin officiel.

Art. 2. « Elle sera réputée connue, conformément à l'article 1^{er} du Code civil, un jour après que le Bulletin des lois aura été reçu de l'imprimerie royale par notre chancelier ministre de la justice, lequel constatera sur un registre l'époque de la réception.

Art. 3. « Les lois et les ordonnances seront exécutées dans chacun des autres départemens du royaume, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix ² my-

¹ Arrêt de cassation du 15 avril 1831. Sirey, 31, I, 380.

² D'où il faut nécessairement conclure que s'il n'y a que cinq, six et

« riamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la
« ville où la promulgation en aura été faite et le chef-
« lieu de chaque département, suivant le tableau an-
« nexé à l'arrêté du 25 thermidor an 11 (ou 13 juil-
« let 1803).

Art. 4. « Néanmoins, dans les cas et les lieux où
« nous jugerons convenable de hâter l'exécution, les
« lois et ordonnances seront censées publiées et seront
« exécutoires du jour qu'elles seront parvenues au pré-
« fet, qui en constatera la réception sur un registre. »

Mais le mode prescrit par cet article pour hâter l'exécution a été jugé, avec raison, comme insuffisant, puisque les citoyens ne pouvaient connaître la loi aussitôt qu'elle était parvenue aux préfets, et par conséquent qu'il était injuste de les punir pour ne l'avoir pas observée. Aussi, suivant une autre ordonnance, en date du 18 janvier 1817, cette irrégularité a été rectifiée en ces termes : « Le préfet rendra de suite un
« arrêté, par lequel il ordonnera que la loi, ou l'or-
« donnance, sera imprimée et affichée partout où be-
« soin sera.

« Et lesdites lois ou ordonnances seront exécutées

même neuf myriamètres, le délai n'est pas augmenté; que s'il y en a dix-neuf, il n'est augmenté que d'un jour, attendu que le cas prévu ne s'est pas réalisé pour qu'il le soit de deux.

Cependant, le contraire a été jugé par la cour de cassation le 16 avril 1831. Sirey, 31, I, 209. Suivant cette décision, l'art. 1^{er} du Code doit être entendu en ce sens que si, en sus des dix, vingt, trente myriamètres complets, il y a une *fraction* de distance, cette fraction, qui peut être de neuf myriamètres, comme d'un myriamètre seulement, produit un jour d'augmentation de délai : par conséquent dans le cas où la distance serait de douze myriamètres, le délai serait augmenté de deux jours. Cette interprétation est contraire à un sénatus-consulte du 15 brumaire an 13; mais voyez l'arrêt, pour bien apprécier les motifs sur lesquels il est fondé.

« du jour de la publication faite dans la forme prescrite par les dispositions ci-dessus. »

Et les lois délibérées et promulguées dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, ne peuvent être attaquées devant les tribunaux pour cause d'inconstitutionnalité ¹.

SECTION IV.

SUR QUEL TEMPS LA LOI EXERCE SON EMPIRE.

SOMMAIRE.

47. *La loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a pas d'effet rétroactif.*
48. *Les lois interprétatives ne font même pas exception au principe.*
- 48 bis. *A qui appartient l'interprétation de la loi : diverses dispositions à ce sujet.*
49. *Le principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif est simple en apparence, et néanmoins son application est difficile dans beaucoup de cas.*
50. *Le principe considéré sous le rapport de la capacité des personnes : la loi nouvelle saisit l'homme dans l'état où elle le trouve, et le rend incapable, de capable qu'il était relativement à tel acte ; vel vice versa.*
51. *Les actes dont l'effet est subordonné à la condition du décès de leur auteur ne produisent que les effets que leur attribue la loi du jour où ils ont été passés, encore que leur auteur mourût dans un temps où sa capacité se serait agrandie par l'effet d'une nouvelle loi : exemple.*
52. *Ou par le bénéfice du temps : autre exemple.*
53. *Mais la loi qui interdit l'aliénation des biens dotaux n'a pas pour objet de régler la capacité de la personne, même quant à l'aliénation de ces biens : conséquence.*
54. *La femme mariée qui ne pouvait, en certains pays, cau-*

¹ Voyez l'arrêt de la cour de cassation du 11 mai 1833. Sirey, 33, I, 357.

tionner, même avec l'autorisation maritale, a pu le faire depuis le Code, dûment autorisée.

55. *La jouissance légale attribuée aux père et mère par le Code est un droit attaché à la personne; il se règle par la loi nouvelle pour le temps écoulé sous son empire, encore que cette jouissance ait commencée sous une loi dont les effets étaient différens.*
56. *Le principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, considéré sous le rapport de la quotité de biens dont un individu peut disposer : pour les actes dont l'effet est irrévocable, c'est la loi du jour du contrat qu'il faut appliquer : telles sont les donations entre-vifs.*
57. *Et telles sont aussi les donations de biens à venir, parce qu'elles sont également irrévocables.*
58. *Pour la réduction des dispositions testamentaires, c'est la loi du décès que l'on doit suivre.*
59. *Appliqué aux droits attribués par une loi ou un statut local, le principe veut que les droits attachés à un acte comme conséquence soient régis par la loi du jour de l'acte.*
60. *Si le bénéfice de la loi n'était qu'une simple expectative, comme le douaire accordé par certaines coutumes aux enfans, son effet serait régi par la loi du jour de l'ouverture de la succession : exemple.*
61. *L'effet des actes entre-vifs se règle d'après la loi du jour du contrat, lors même qu'il serait suspendu par une condition accomplie seulement sous la loi nouvelle.*
62. *Pour l'effet des testamens, il faut, quant à la capacité du testateur, considérer la loi du jour où le testament a été fait ainsi que celle du décès. L'incapacité intermédiaire n'est pas comptée.*
63. *C'est seulement la loi du décès qui règle, en général, la capacité du légataire.*
64. *Le mode d'exécution d'un contrat se règle par la loi du jour de l'exécution. Application de ce principe aux rentes constituées avant le Code, et dont le service n'a pas été fait pendant deux ans sous le Code.*
65. *Et aux intérêts judiciaires d'une dette commerciale contractée avant la loi du 3 septembre 1807.*

66. La preuve des obligations *est régie par la loi du jour où elles ont été contractées.*
67. *Le principe appliqué à la forme des actes demande, sans nul doute, que, pour les actes entre-vifs, l'on ne considère que la loi du jour du contrat.*
68. *Mais en est-il de même pour les testamens ? ne doit-on pas aussi considérer la loi du décès ? solution de la question.*
69. *Quant à la prescription, c'est la loi du jour où elle a commencé qui la régit, encore qu'il se fût écoulé sous la loi nouvelle un temps suffisant pour l'acquisition de la prescription d'après les principes de cette dernière loi.*
70. *Confirmation de la règle par de nombreux arrêts rendus relativement à des fermages, arrérages de rentes et billets à ordre, qui ne se prescrivaient, d'après les anciennes lois, que par trente ans.*
71. *Modifications que souffre la règle.*
72. *La forme de procéder se détermine par la loi nouvelle.*
73. *Relativement à l'application des peines, le principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif s'applique dans toute sa force.*
74. *Cependant, si, depuis le crime, mais avant le jugement, une loi nouvelle établit une peine moins grave, c'est celle-là seule qui doit être appliquée.*
75. *Observations générales.*

47. Puisque la loi est une règle à laquelle on doit obéir, il est de toute raison qu'elle ne régisse que l'avenir, sans jamais rétroagir sur le passé.

L'article 2 du Code consacre ce principe conservateur de la fortune, de l'honneur et de la vie des citoyens : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. »

Ainsi, une loi nouvelle, pour n'avoir point d'effet rétroactif, ne doit porter aucune atteinte aux droits acquis sous l'empire de la loi précédente, quand même

ces droits seraient subordonnés à une condition suspensive qui ne serait venue à s'accomplir que depuis la promulgation de la loi nouvelle; car il est de principe que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat. (Art. 1179 du Code civ.)

Mais nous allons développer successivement les différentes applications du grand principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, du moins les plus importantes.

48. Les lois *interprétatives*, c'est-à-dire celles qui expliquent une loi dont le sens est douteux, ne font même pas exception à la règle que la loi n'a pas d'effet rétroactif; car elles s'identifient avec la loi interprétée, et sont censées avoir la même date qu'elle. Elles respectent, du reste, les jugemens rendus dans un sens opposé à l'interprétation, lors de leur promulgation : on en voit un exemple dans celle du 4 septembre 1807, interprétative de l'une des dispositions de l'article 2148 du Code civil.

48 bis. Relativement à l'interprétation des lois, il y a eu plusieurs systèmes même depuis la promulgation du Code civil.

Ainsi, d'après la loi du 16 septembre 1807, « il y a
« lieu à l'interprétation de la loi, si la cour de cassa-
« tion annule deux arrêts au jugement en dernier res-
« sort rendus dans la même affaire, entre les mêmes
« parties, et qui ont été attaqués par les mêmes
« moyens. (Art. 1^{er}). »

« Cette interprétation est donnée dans la forme des
« réglemens d'administration publique (art. 2); (c'est-
« à-dire, alors, dans la forme des décrets impériaux).

« Elle peut être demandée par la cour de cassation
« avant de prononcer le second arrêt. (Art. 3.)

« Si elle n'est pas demandée, la cour de cassation
« ne peut rendre le second arrêt que les sections réunies et sous la présidence du grand juge. (Art. 4.)

« Dans le cas de l'article précédent, si le troisième
« arrêt est attaqué, l'interprétation est de droit, et il
« sera procédé comme il est dit à l'art. 2. (Art. 5.) »

Un avis du conseil d'État, en date du 27 novembre 1823, approuvé le 17 décembre suivant, et inséré au Bulletin des lois, admettait pareillement, dans les cas où il y avait lieu à interprétation, l'interprétation par voie de règlement d'administration publique. Cela, disait-on, est fondé sur une sorte de nécessité, car s'il eût fallu, sous la Charte, une loi pour interpréter celle qui était obscure, comme les trois branches du pouvoir législatif auraient fort bien pu ne pas s'accorder sur la manière d'interpréter une loi sur le sens de laquelle les cours royales différaient complètement d'avis avec la cour de cassation, cette loi serait restée avec un sens douteux, incertain, et par conséquent serait restée une mauvaise loi; l'administration de la justice en aurait été nécessairement entravée, et c'eût été, en outre, faire participer les chambres au pouvoir judiciaire, puisque leur interprétation aurait, en définitive, décidé de la cause à l'occasion de laquelle serait intervenue la loi interprétative; ce que les principes constitutionnels ne pouvaient admettre.

D'un autre côté, ce mode d'interprétation par voie de règlement d'administration publique, c'est-à-dire

par décret ou ordonnance, ne satisfaisait pas tous les esprits. On lui faisait plusieurs reproches qui ne manquaient assurément pas de gravité; aussi une loi du 30 juillet 1828 l'avait-elle abrogé, pour lui substituer un autre mode d'interprétation qui, en définitive, donnait le dernier mot aux cours royales, et non à la cour de cassation. Cette loi, qui, à son tour, a été abrogée par celle du 1^{er} avril 1837, était ainsi conçue :

Art. 1^{er}. « Lorsqu'après cassation d'un premier arrêt ou jugement en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties, est attaqué par les mêmes moyens, la cour de cassation prononce, toutes les chambres réunies.

Art. 2. « Lorsque la cour de cassation a annulé deux arrêts ou jugement en dernier ressort, rendus dans la même affaire, entre les mêmes parties, et attaqués par les mêmes moyens, le jugement de l'affaire est, dans tous les cas, renvoyé à une cour royale; la cour royale saisie par l'arrêt de cassation prononce, toutes les chambres assemblées.

« S'il s'agit d'un arrêt rendu par une chambre d'accusation, la cour royale n'est saisie que de la question jugée par cet arrêt. En cas de mise en accusation, ou de renvoi en police correctionnelle ou de simple police, le procès sera jugé par la cour d'assises ou par l'un des tribunaux du département où l'instruction aura été commencée. Lorsque le renvoi est ordonné sur une question de compétence ou de procédure en matière criminelle, il ne saisit la cour

« royale que du jugement de cette question. L'arrêt
« qu'elle rend ne peut être attaqué sur le même point
« et par les mêmes moyens par la voie du recours en
« cassation ; toutefois il en est référé au roi pour être
« ultérieurement procédé par ses ordres à l'interpré-
« tation de la loi.

« En matière criminelle, correctionnelle ou de po-
« lice, la cour royale à laquelle aura été renvoyé l'af-
« faire par le deuxième arrêt de la cour de cassation,
« ne pourra appliquer une peine plus grave que celle
« qui résulterait de l'interprétation la plus favorable à
« l'accusé.

Art. 3. « Dans la session législative qui suit le référé, une loi interprétative est proposée aux chambres.

Art. 4. « La loi du 16 septembre 1807, relative
« à l'interprétation des lois, est abrogée. »

Mais, comme nous venons de le dire, cette loi de 1828 a été abrogée, à son tour, par celle du 1^{er} avril 1837, ainsi conçue :

Art. 1^{er}. « Lorsqu'après cassation d'un premier arrêt
« ou jugement en dernier ressort, le deuxième arrêt
« ou jugement rendu dans la même affaire, entre les
« mêmes parties, procédant en la même qualité, sera at-
« taqué par les mêmes moyens que le premier, la cour
« de cassation prononcera, toutes les chambres réunies.

Art. 2. « Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé
« pour les mêmes motifs que le premier, la cour
« royale ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se
« conformera à la décision de la cour de cassation
« sur le point de droit jugé par cette cour.

Art. 3. « La cour royale statuera en audience ordinaire, à moins que la nature de l'affaire n'exige qu'elle soit jugée en audience solennelle. »

Ainsi, en réalité, il n'y a plus lieu à l'interprétation de la loi, soit par voie de règlement d'administration publique, soit par voie de disposition législative; seulement, c'est la cour de cassation, maintenant, qui a le dernier mot sur le point de droit contesté dans la cause; tandis que, d'après la loi de 1828, c'était la cour royale à laquelle l'affaire était renvoyée par le deuxième arrêt de cassation, qui prononçait souverainement, puisque sa décision ne pouvait être attaquée sur le même point et par les mêmes moyens. On a par-là, assurément, accru les attributions de la cour de cassation, car elle juge en réalité la cause par l'organe de la cour royale à laquelle l'affaire est renvoyée en dernier lieu, et l'on a par cela même diminué celles des cours royales dans le cas dont il s'agit.

49. Le principe tutélaire, que la loi n'a pas d'effet rétroactif, s'applique donc à toutes nos lois : aucun n'est plus simple en apparence, et cependant il est bien difficile d'en mesurer avec exactitude toute l'étendue.

Nous aurons à le considérer,

Sous le rapport de la capacité des personnes;

Sous celui de la quotité des biens dont un individu a pu disposer;

Sous le rapport des droits attribués par une loi ou un statut local;

Quant à l'effet des actes;

A leur mode d'exécution;

A leurs preuves ;
A la forme des actes ;
A la prescription ;
A la manière de procéder ;
Et à l'application des peines.

50. 1° *Sous le rapport de la capacité des personnes*, il est de principe que chaque individu est saisi par la disposition de la loi au moment où elle est promulguée : en cela, la loi n'a aucun effet rétroactif, parce que l'état civil des personnes étant subordonné à l'intérêt général, il est au pouvoir du législateur de le changer ou de le modifier, selon les besoins de la société. Ainsi, la personne a pu, de capable qu'elle était relativement à tel ou tel acte, devenir incapable, d'incapable devenir capable, ou rester dans le même état. Il a été une époque où l'homme pouvait se marier à quatorze ans, et ensuite à quinze : celui que le Code a trouvé ayant quinze ans, n'a pu, depuis sa promulgation, se marier avant l'âge de dix-huit ans révolus. Mais le Code n'a porté aucune atteinte au mariage déjà contracté par l'individu âgé de moins de dix-huit ans : c'était un acte accompli, parfait.

51. Mais si l'acte était subordonné à la condition du décès de son auteur, il ne pourrait produire des effets que lui refusait la loi existante à l'époque où il a été passé, quoiqu'une loi nouvelle eût étendu la capacité de l'auteur de l'acte. Par exemple, dans l'ancienne coutume de Bourgogne, la femme mariée ne pouvait tester valablement sans l'autorisation de son mari, ce qui a été changé par le Code civil (art. 226).

Le testament fait par une femme placée sous l'empire de cette coutume, dans un temps où l'autorisation du mari était nécessaire, ne serait pas valable, parce que la testatrice serait venue à mourir depuis la publication du Code, c'est-à-dire de la loi *sur le mariage*; attendu que, dans les testaments, l'on doit considérer la capacité du testateur aussi bien à l'époque où est fait le testament qu'à l'époque du décès. C'était la disposition des lois romaines, qui ne paraissent pas avoir été changées, quant à ce point, par les nouveaux principes. Voyez la L. 8, § 1, ff. *qui testam. facere possunt*, et la 19 au même titre.

52. A plus forte raison en serait-il ainsi du cas où la capacité du testateur se serait agrandie seulement par le bénéfice du temps, comme dans le cas d'un mineur parvenu à l'âge de seize ans et qui a disposé par son testament au-delà de la moitié de ce dont un majeur eût pu disposer en pareil cas : quand bien même le mineur serait venu à mourir en majorité, avec le même testament, ses dispositions ne vaudraient toujours que dans la mesure réglée par l'article 904 du Code civil, ainsi que l'a très bien jugé, selon nous, la cour de cassation, par arrêt en date du 30 août 1820¹; car, comme il vient d'être dit, pour apprécier la capacité d'un testateur, il faut s'attacher aussi bien à l'époque où il a fait son testament qu'à celle de sa mort.

53. Mais la loi qui interdit l'aliénation des biens dotaux n'a pas pour objet de régler la capacité de la

¹ Sirey, 1820, I, 442.

personne ; elle a principalement pour objet les biens , la conservation de ces mêmes biens dans la main de la femme, du moins pendant son mariage. En conséquence, la femme mariée sous le régime dotal, mais sous l'empire d'une coutume qui lui permettait d'hypothéquer et d'aliéner sa dot, n'a pas perdu cette faculté par l'effet de la publication de l'art. 1554 du Code civil, qui défend, en général, d'aliéner et d'hypothéquer les biens dotaux¹. Tandis que si c'était une loi qui réglât la capacité de la femme relativement à l'aliénation de ses biens dotaux, l'interdiction prononcée, en principe, par le Code civil, aurait par cela même empêché la femme dont il s'agit, d'aliéner et d'hypothéquer, depuis sa publication, les biens compris dans sa dot, et qu'elle avait cependant le pouvoir d'aliéner d'après la coutume sous l'empire de laquelle elle s'est mariée ; et c'est ce qui n'est pas.

54. Au contraire, quand il s'agit de la capacité de contracter, la loi nouvelle, comme nous venons de le dire, peut, sans rétroactivité, rendre capable de faire tel ou tel acte, une personne qui était incapable de le faire d'après la loi ancienne, parce qu'elle s'était mariée sous l'empire d'une loi ou d'une coutume qui lui interdisait cet acte. C'est ainsi que la femme mariée anciennement, qui ne pouvait s'obliger, même avec l'autorisation de son mari, à l'époque et dans le pays où son contrat de mariage a été passé, a pu, depuis le Code, s'obliger valablement, en se conformant aux dispositions de la loi nouvelle ; sans préjudice de la

¹ Voyez l'arrêt de cassation du 3 septembre 1811. Sirey, 1811, I, 346.

nullité des engagements contractés sous l'empire de la loi ancienne. C'est ce qu'a jugé, par de nombreux arrêts, la cour de cassation, notamment par celui du 12 juin 1815, et par celui du 27 août 1810, lequel a décidé que la femme mariée avant le Code, dans un pays régi par le sénatus-consulte Velléien, qui lui défendait de cautionner son mari, ou tout autre, a pu, depuis le Code, donner un cautionnement valable avec l'autorisation du mari.

55. De même, l'art. 384 du Code, qui règle la durée de l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfans, jusqu'à l'âge de dix-huit ans, ou jusqu'à leur émancipation, a dû être appliqué même au cas de jouissance commencée ou consommée sous l'empire d'une loi dont les dispositions, relativement à la durée de cet usufruit, différaient de celles du Code; non pas en ce sens que ce qui était échu et acquis au père, quant aux fruits, avant le Code, ait été rétracté par l'effet de sa publication, mais en ce sens que, pour l'avenir, la loi personnelle a étendu secondairement son effet sur les biens, et a prolongé ou fait cesser l'usufruit paternel aux époques fixées par le Code. C'est la décision expresse de deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 13 mars 1813; l'autre du 11 mai 1819. Sirey, 1816, I, 425; et 1819, I, 446.

56. 2° Sous le rapport de la quotité de biens dont un individu a pu disposer, l'on doit distinguer entre les actes dont l'effet est irrévocable, et ceux dont l'effet, au contraire, est subordonné à la volonté persévérante de l'auteur de la disposition.

Les premiers sont régis par la loi du jour du contrat¹ : tout étant parfait, irrévocable dès ce jour, la loi nouvelle n'y saurait porter atteinte sans avoir un effet rétroactif². Les donations entre-vifs de biens présents seront régies par ce principe; et celles qui seraient faites depuis la loi nouvelle seront fictivement réunies aux anciennes, pour être, s'il y avait lieu, réduites à la quotité disponible fixée par cette loi.

57. Les donations de biens à venir sont également irrévocables de leur nature (art. 1083) : la quotité disponible sera donc aussi, à leur égard, réglée par la loi du jour du contrat; mais le patrimoine, pour ces donations comme pour celles entre-vifs de biens présents, ne s'en estime pas moins au jour du décès.

58. Les actes révocables, c'est-à-dire les testaments, n'ont d'effet qu'au jour du décès : jusque-là ils sont révocables à volonté. C'est donc la loi du jour du décès du disposant qu'il faut considérer pour estimer la quotité disponible³.

59. 3° Quant aux droits attribués par une loi ou un statut local, il faut aussi distinguer entre ceux qui résultaient de la loi, mais au moyen d'un acte auquel ils étaient attachés comme conséquence, et ceux qui n'étaient qu'un bénéfice pur de la loi. Ainsi, une femme mariée avant la loi du 17 nivôse an 11 a pu réclamer, sur la succession de son mari décédé sous l'empire de

¹ Mais en égard à la valeur des biens et au nombre et à la qualité des héritiers à réserve au jour du décès.

² Voir notamment l'arrêt de cassation du 29 janvier 1814.

³ Tout cela, au surplus, sera expliqué avec plus d'étendue au titre des *Donations et des Testaments*.

cette loi, ou même du Code civil, le douaire que le statut local lui donnait à l'époque où elle s'est mariée ; car, encore bien que le Code ne reconnaisse pas ce douaire, on ne pourrait contester celui de la femme dont il est question, sans donner à la loi de nivôse et au Code un effet rétroactif, sans les faire agir sur un droit irrévocablement acquis au jour du mariage, parce que ce droit doit être considéré comme une convention matrimoniale tacite, dont le principal caractère est l'immutabilité. Peu importe qu'il fût subordonné à la condition de survie de la femme, un droit conditionnel n'est pas moins un droit, et la condition accomplie a un effet rétroactif. (Art. 1179.)

60. Mais le douaire que certaines coutumes, telles que celles de Paris et de Normandie, accordaient aux enfans, a été aboli par cette loi du 17 nivôse an 11, et il n'a pu être réclamé sur les successions *ouvertes depuis* la publication de ladite loi, même par les enfans nés de mariages contractés *antérieurement*, parce qu'il ne constituait point un droit plein, parfait, mais une simple éventualité ¹.

61. 4° *L'effet des actes* se règle par la loi du jour du contrat, toutefois avec une distinction. Le principe s'applique aux actes entre-vifs, lors même que l'effet en serait suspendu par une condition dont l'accomplissement n'aurait lieu que sous l'empire de la loi nouvelle ; car l'effet de la condition accomplie rétroagit au jour du contrat. (Art. 1179.)

¹ La cour suprême l'a ainsi décidé par trois arrêts de cassation, des 29 messidor, 4 thermidor et 2 fructidor an 11, rapportés dans les *Questions de Droit* de M. Merlin, v° *Tiers coutumiers*.

62. Mais cette règle ne s'applique pas aux testaments : pour eux, il faut considérer la loi du jour où ils ont été faits, et en même temps celle du décès du testateur, quant à sa capacité ; mais l'incapacité intermédiaire n'est pas comptée¹.

63. Relativement à la capacité du légataire, c'est seulement la loi du décès du testateur que l'on considère (art. 906)². Il en est de même, ainsi que nous l'avons dit, en ce qui touche la quotité disponible donnée par acte révocable.

64. 5° *Le mode d'exécution* d'un contrat ancien peut, sans effet rétroactif, être régi par la loi nouvelle ; du moins telle est la jurisprudence relativement aux rentes constituées avant le Code, et dont le débiteur n'a pas fait le service pendant deux ans depuis le Code, rentes dont le remboursement peut être exigé pour cette cause, comme si elles avaient été constituées sous le Code³. Le défaut de paiement des ar-rérages n'est, a-t-on dit, qu'un fait passé sous l'empire

¹ Ainsi que l'a jugé la cour de cassation, par application de la loi 1, § 8, ff. de *Bonor. posses. secund. tabul.* L'arrêt est du 20 mai 1812. Sirey, 1812, I, 357.

² Toutefois, quand le legs est conditionnel, on se contente de la capacité du légataire au moment de l'accomplissement de la condition, arrivé depuis la mort du testateur, ainsi que nous le démontrerons au titre *des Donations et Testaments*, en traitant des legs conditionnels.

³ Il existe à ce sujet un arrêt de la cour d'Orléans, du 13 mars 1810 (*Journal de jurispr. du Code civil*, t. 15, p. 14). La même Cour l'a également jugé le 23 juillet 1817 ; et sur le pourvoi formé contre ce dernier arrêt, il en est intervenu un de rejet, du 10 novembre 1818. (Sirey, 19, I, 273.) Ces arrêts ne sont pas les seuls rendus dans le même sens : en sorte que l'on peut désormais regarder la jurisprudence comme fixée sur ce point délicat et important tout à la fois. Néanmoins il nous reste quelque scrupule à cet égard. Nous nous en expliquons, au surplus, au tom. XVII, titre *du Prêt*, où nous parlons des rentes constituées.

de la loi nouvelle, et dont les effets peuvent être régis par elle sans qu'il y ait rétroactivité.

65. Cela est moins douteux relativement aux intérêts judiciaires d'une obligation commerciale contractée avant le Code de commerce ; car, bien qu'alors l'intérêt légal ne fût que de cinq pour cent, comme en matière civile, nul doute que ces intérêts ne dussent courir sur le pied de six, tels qu'ils sont fixés par la loi du 3 septembre 1807.

66. 6° Pour la *preuve des obligations*, c'est la loi du jour du contrat qu'il faut appliquer. Ainsi, quoique le Code autorise la preuve par témoins pour établir une dette qui n'excède pas 150 francs, on ne pourrait faire admettre cette preuve à raison d'une obligation antérieure au Code, et qui excéderait la somme de 100 francs¹.

Le même principe s'appliquerait en sens inverse, c'est-à-dire que si telle preuve admise aujourd'hui cessait de l'être par l'effet d'une loi nouvelle, ou ne l'était qu'avec certaines restrictions, ce serait toujours la loi du contrat que l'on devrait appliquer, parce que c'est celle que les parties ont eue en vue en contractant.

67. 7° Quant à la *forme des actes*, nul doute que, pour les actes entre-vifs, l'on ne doive s'attacher qu'à la loi du jour où ils ont été passés, parce que leur effet est acquis irrévocablement à cette époque.

68. Pour les testaments, dont l'effet n'a lieu qu'au

¹ Voyez les arrêts de rejet du 22 mars 1810, et du 9 avril 1811, Sirey, 1810, I, 362 ; et 1811, I, 184.

décès, la question a été fort controversée. Mais Furgole, MM. Grenier et Merlin, décident néanmoins que l'on ne doit aussi s'attacher qu'à la loi du jour où l'acte a été fait. Cette doctrine a été implicitement confirmée par l'article 80 de l'ordonnance de 1735 sur *les Testaments*, et par un arrêt de rejet du 1^{er} brumaire an XIII.

69. 8° Relativement à la *prescription*, c'est uniquement la loi du jour où elle commence qui doit la régler. L'article 2281, appliquant le principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, porte « que les prescriptions « commencées à l'époque de la promulgation du présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes. » En conséquence, quand bien même une loi nouvelle établirait une prescription d'une plus courte durée, et qu'il s'écoulerait sous son empire le temps déterminé par elle sans que le droit eût été exercé, la prescription ne serait pas acquise pour cela : les parties sont censées avoir traité en considération des chances d'extinction de la créance ou du droit.

70. Ces principes, contestés par plusieurs jurisconsultes, ont été consacrés par la jurisprudence : 1° en matière de fermages échus avant le Code, lesquels anciennement ne se prescrivaient que par trente ans, et ne sont point devenus prescriptibles par cinq ans écoulés sans poursuites depuis le Code¹, quoique les fermages se prescrivent aujourd'hui par ce laps de temps (art. 2277); 2° en matière d'arrérages de rentes foncières, également échus avant le Code, et non de-

¹ Arrêts de cassation des 21 décembre 1812, et 28 décembre 1813. Sirey, 13, 1, 182; et 14, 1, 32.

mandés dans les cinq ans qui ont suivi la publication de la loi de la prescription¹; et 3° relativement aux billets à ordre souscrits sous l'ordonnance de 1673, qui ne soumettait à la prescription de cinq ans que les lettres de change. Le défaut de poursuites pendant ce temps écoulé depuis la publication du Code de commerce n'a pas rendu le porteur de ces effets passible de la prescription quinquennale établie par l'art. 189 de ce Code pour les billets à ordre comme pour les lettres de change².

71. La règle que c'est la loi du jour où la prescription a commencé son cours qui la régit seule, est toutefois susceptible de deux modifications : l'une est établie par l'article 691, qui n'admet plus la prescription des servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, encore qu'elle eût commencé avant le Code, si elle n'était point encore accomplie à cette époque. L'autre résulte de l'article 2281, qui réduit à trente années, à partir de la publication du Code, les prescriptions alors commencées, et pour lesquelles il aurait fallu, d'après les lois anciennes, plus de trente ans.

72. 9° *La forme de procéder.* Tous les procès intentés, tous les actes d'exécution faits depuis la mise en activité du Code de procédure civile, doivent être faits ou instruits suivant les règles tracées par ce Code, sans distinguer si les actes faits, ou les contrats aux-

¹ Voyez l'arrêt de la cour de Paris, du 23 juin 1818. Sirey, 19, II, 293.

² Arrêts de la cour de Paris, du 6 mai 1815. Sirey, 16, II, 67; et de la cour de Riom, du 13 juin 1818. Sirey, 1819, II, 293. Il est vrai que la cour de Rouen a jugé le contraire, le 13 décembre 1813; et la cour de Paris, le 2 mai 1816. Sirey, 14, II, 104; et 17, II, 63.

quels ils se rattachent, sont antérieurs ou postérieurs à sa publication. (Art. 1041 du Code de procédure.)

73. 10° Enfin, relativement à l'application des peines, l'article 4 du Code pénal porte que « nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi au moment où ils ont été commis. »

74. Si, depuis le crime, mais avant le jugement, une loi nouvelle établissait pour le fait dont il s'agit une peine plus forte que celle portée par la loi ancienne, ce serait cette dernière qui serait infligée. Mais si, au contraire, la nouvelle peine était moins forte, ce serait celle-ci que l'on devrait appliquer. Il y aurait, en effet, de la rigueur à infliger une peine que le législateur a lui-même reconnue trop sévère. Le droit est conforme à cette décision.

75. Telles sont les règles générales à l'aide desquelles on peut résoudre la plupart des difficultés qui se présentent journellement touchant l'application du principe fondamental de toute bonne législation, que les lois ne disposent que pour l'avenir, qu'elles n'ont pas d'effet rétroactif.

SECTION V.

DE L'EFFET DE LA LOI QUANT AUX PERSONNES ET AUX BIENS.

SOMMAIRE.

76. *Division des lois en personnelles et en réelles.*
 77. *Des lois de police et de sûreté. Ce que l'on entend par ces lois. Elles obligent tous ceux qui habitent le territoire français, ou même qui s'y trouvent passagèrement.*
 78. *Les crimes commis par des Français en pays étranger en-*

vers la France ou envers un Français, sont punis par les lois françaises, d'après les distinctions établies au Code d'instruction criminelle.

79. *Les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes suivent partout l'individu. On appelle cet ordre de lois, statuts personnels, ou lois personnelles.*
80. *Celles qui régissent principalement les biens se nomment lois réelles ou statuts réels; ces lois s'appliquent aux immeubles situés en France même possédés par des étrangers.*
81. *Anciennement, la distinction entre le statut personnel et le statut réel donnait lieu à de nombreuses difficultés.*
82. *Cette distinction doit encore être observée. Ainsi, l'expropriation et l'hypothèque des immeubles sont des statuts réels.*
83. *Il en est de même de l'inaliénabilité des biens dotaux.*
84. *Suivant d'Aguesseau, la loi qui établit une réserve au profit des enfans est un statut réel.*
85. *La défense de donner les biens à venir autrement que par contrat de mariage est aussi un statut réel.*
86. *L'article 747 est-il un statut réel?*
87. *La loi qui défend à l'enfant naturel reconnu de recueillir au delà d'une certaine portion des biens de ses père et mère est-elle aussi un statut réel?*
88. *L'incapacité du mort civilement est fondée sur un statut personnel.*
89. *La loi réelle doit être observée même à l'égard des étrangers à l'égard des immeubles situés en France.*
90. *Les meubles sont censés n'avoir pas de situation. La disposition qui en serait faite serait régie par la loi du domicile du disposant. Mais la saisie de meubles possédés par un étranger en France serait faite suivant les formes prescrites par la loi française.*
91. *La forme des actes se détermine généralement par la loi du pays où ils sont reçus.*
92. *Pour leur exécution forcée, l'on suit la loi du pays où elle a lieu.*
93. *La capacité des contractans se règle par la loi personnelle de celui ou de ceux qui sont obligés : développemens.*

76. Nous avons dit que les objets principaux du droit ou des lois sont les personnes et les biens : de là on a fait une division des lois en *personnelles* et en *lois réelles*.

77. Il en existe une troisième classe, celles qui ont pour objet de protéger la sûreté de l'État en général, et des citoyens en particulier. On les appelle, dans un sens très étendu, *lois de police et de sûreté*. (Art. 3 du Code civil.)

Elles obligent tous ceux qui habitent le territoire français. (*Ibid.*)

Ceux qui ne sont que passagèrement en France sont également soumis à l'empire de ces lois. Il est juste, en effet, que l'étranger qui reçoit chez nous l'hospitalité n'abuse pas impunément du bienfait en troublant l'ordre social.

Sous la dénomination générique de lois de police et de sûreté, on comprend non-seulement celles qui punissent les crimes, les délits, les contraventions, tels qu'ils sont définis par le Code pénal et par d'autres lois encore ; mais on comprend aussi les ordonnances et les arrêtés rendus ou pris par l'autorité compétente, dans les cas autorisés par la loi.

78. Quant aux crimes commis par des Français en pays étranger, contre la sûreté de la France, leurs auteurs peuvent être poursuivis, jugés et punis en France, d'après la disposition des lois françaises. (Art. 5 du Code d'instr. crimin.)

Et tout Français qui se rend coupable, hors du territoire du royaume, d'un crime contre un Français,

peut, à son retour en France, y être poursuivi et jugé, s'il n'a pas été poursuivi et jugé en pays étranger, et si le Français offensé rend plainte contre lui. (Art. 7, *ibid.*)

79. Les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes sont celles qui établissent les droits des Français et des étrangers, qui distinguent les majeurs des mineurs, qui consacrent la puissance paternelle et maritale, qui fixent l'âge requis pour le mariage, etc. Leur objet direct, immédiat, ce sont les personnes ; si elles exercent quelquefois leur effet sur les biens, ce n'est qu'indirectement et par voie de conséquence.

Le Français est soumis à ces lois même en pays étranger (art. 3 du Code civil) : elles le suivent partout ; nulle part il ne peut se soustraire à son empire, tant qu'il demeure Français.

Ainsi, il ne pourra se marier avant l'âge de dix-huit ans dans un pays où l'homme pourrait cependant se marier avant cet âge ¹.

Il aurait besoin du consentement de ses ascendants jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans pour pouvoir contracter mariage, lors même que les lois du pays étranger ne l'exigeraient point jusqu'à cet âge.

Cet ordre de lois s'appelle, dans le langage des jurisconsultes, *statut personnel*.

¹ Mais il pourrait valablement épouser une femme qui aurait moins de quinze ans révolus (âge requis par le Code), si cette femme avait l'âge fixé par les lois de son pays. Vainement dirait-on que cette femme devenant Française par son mariage avec un Français (art. 12), on verrait alors une Française mariée avant l'âge requis par la loi française ; car on répondrait que lorsqu'elle se mariait elle n'était point encore française et par conséquent soumise à la loi française : l'effet ne peut précéder la cause.

sation l'a ainsi jugé par arrêt de rejet, le 3 mai 1815. Sirey, 1815, I, 312.

86. 6° Le droit de succession établi par l'art. 747 au profit de l'ascendant donateur, est-il aussi une loi réelle? On peut en douter; mais depuis la loi du 14 juillet 1819, la question a perdu une grande partie de son importance, puisque l'ascendant étranger pourrait, en vertu de cette loi, invoquer le bénéfice de cet article 747.

87. 7° La loi qui défend à l'enfant naturel reconnu de recueillir au-delà d'une certaine quotité des biens de ses père et mère, doit être considérée comme formant un statut réel. On a eu évidemment en vue de conserver les biens dans la famille. L'on rentre dès lors dans le motif sur lequel est fondée la décision de d'Aguesseau pour le cas où le but de la loi, en établissant la prohibition, est plutôt de conserver les biens dans les familles, que d'établir une incapacité dans telle ou telle personne. Cette incapacité a été si éloignée de la pensée du législateur, que l'enfant naturel recueille tous les biens, de préférence à l'État et au conjoint, lorsqu'il n'existe pas de parents au degré successible.

88. 8° Au contraire, l'incapacité du mort civilement est fondée sur un statut personnel, puisque personne ne peut lui donner, même ceux qui n'ont aucuns parens ¹. (Art. 25.)

89. La loi réelle doit donc être observée même

¹ Nous verrons, en parlant de la mort civile, s'il est vrai que le mort civilement Français ne peut jouir d'aucuns droits civils en pays étranger.

par les étrangers relativement aux immeubles situés en France. Tel est le sens de la disposition de l'article 3 : « Les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. »

90. Pour les meubles, il n'en est pas ainsi : ces biens sont censés n'avoir point de situation particulière ; ils sont ambulatoires comme la personne de leur propriétaire, et par conséquent ils doivent être régis, quant à la disposition qui en serait faite, ou quant à leur dévolution légale, par la loi de son domicile. Aussi l'article 3 borne-t-il sa disposition aux immeubles.

Mais pour la saisie des meubles possédés par un étranger en France, elle aurait lieu d'après les formes prescrites par la loi française, les formes étrangères ne pouvant être observées chez nous.

La distinction entre les lois réelles et les lois personnelles est encore importante sous quelques autres rapports, ainsi qu'on le verra dans la suite.

94. S'il s'agit d'apprécier la validité d'un acte sous le rapport de sa forme, l'on doit, à moins qu'une disposition particulière de la loi française n'en eût décidé autrement, s'attacher à la loi du pays où l'acte a été passé, suivant la règle si connue, *locus regit actum*, règle consacrée en matière d'actes de célébration de mariage et autres actes de l'état civil reçus en pays étranger, par les articles 47 et 170 du Code, et en matière de testament, par l'art. 999. Ces actes sont aussi valables en France lorsqu'ils ont été reçus par les officiers publics du pays étranger, et conformé-

ment aux lois de ce pays. Mais cette règle ne s'applique qu'aux actes publics, et non aux actes sous signature privée. Elle est fondée sur la nécessité des choses, parce qu'en effet il faut bien que l'auteur de l'acte observe les formes usitées dans le pays où il le fait, puisqu'il ne peut observer celles qui n'y sont point admises. Mais cette raison est tout-à-fait étrangère aux actes privés, puisqu'on peut recourir au ministère des officiers du pays, si la loi française exigeait, pour le cas dont il s'agirait, un acte public. Ainsi, le Code exige, pour les actes portant donation entre-vifs, qu'ils soient passés devant notaire, dans la forme ordinaire des contrats, et qu'il en soit gardé minute (art. 931); d'après cela, nous ne pensons pas qu'une donation faite sous signature-privée, dans un pays qui admettrait cependant cette forme, pût avoir effet en France, surtout quant aux immeubles situés en France (article 3), soit que la donation fût faite par un habitant de ce pays, soit qu'elle fût faite par un Français : l'art. 3 du Code civil, combiné avec l'art. 931 du même Code, nous paraîtrait faire obstacle à la validité d'une pareille donation. Mais si elle avait été faite par acte public, c'est-à-dire par un acte reçu par les officiers compétens pour recevoir les actes de donation, et avec les formalités requises par la loi du pays, elle nous paraîtrait parfaitement valable, quant à la forme, quand bien même les formes prescrites par cette loi pour les actes publics différeraient plus ou moins des formes que la loi française exige pour les actes de cette nature. Nous croyons toutefois, qu'il faudrait qu'il fût

gardé minute de l'acte de donation, la loi française exigeant cette condition d'une manière absolue, quoique l'acte soit reçu en la forme publique. Quant aux testaments, comme l'art. 999 permet aux Français de tester en pays étranger en la forme olographe, les observations ci-dessus ne sont plus applicables si le Français a testé en cette forme en pays étranger; mais elles le sont dans toute leur étendue si le Français teste en la forme publique.

92. Lorsqu'il s'agit de l'exécution des actes ou jugemens, l'on suit la loi du pays où cette exécution a lieu. (Art. 546, Code de procédure.)

93. Enfin, comme il a été dit rapidement plus haut, la capacité des parties dans les contrats se règle par la loi personnelle de celle ou de celles qui se sont obligées. Ainsi, dans les contrats unilatéraux, c'est-à-dire ceux où l'une des parties est obligée sans qu'il y ait d'engagement de la part des autres contractants, si un Français s'est obligé, soit en France, soit en pays étranger, envers un étranger, on examinera seulement si ce Français a observé la loi française en ce qui touche sa capacité de contracter et de s'obliger; et réciproquement, si c'est l'étranger qui s'est obligé envers un Français, soit en pays étranger, soit en France, on examinera si la loi du pays de cet étranger, qui réglait sa capacité personnelle, a été observée¹. Si le contrat était sy-

¹ Nous avons toujours cru que cette doctrine était incontestable: cependant, un arrêt de rejet, du 17 juillet 1833, a jugé en sens contraire, en décidant que la femme étrangère, mais qui a son domicile et des propriétés en France, a pu y contracter avec effet sur ces biens une obligation solidaire avec son mari, quoique les lois de son pays prohibassent une telle obligation. Sirey, 33, 1, 393. Cet arrêt ne ferait au surplus rien quant à la question exa-

nallagmatique, par exemple une vente, et que le Français fût capable d'après la loi française, et l'étranger incapable d'après celle de son pays, ou *vice versâ*, la partie incapable, mais non l'autre, pourrait, à son choix, demander la nullité du contrat, ou son exécution, à la charge, dans ce dernier cas, de l'exécuter de son côté; le tout conformément à la disposition de l'art. 1125, suivant lequel les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté. Et cette décision devrait être suivie soit que le contrat eût été passé en pays étranger ou en France, le lieu où sont passés les contrats n'influant généralement en rien sur leur validité en ce qui touche la capacité personnelle des parties, de contracter et de s'obliger.

minée en principe, puisqu'il statue sur le cas d'un étranger ayant domicile et des biens en France, et au sujet d'une obligation dont l'exécution était poursuivie sur les biens situés en France. Mais, même dans ce cas, nous pensons que l'on a fait une confusion fautive du statut réel avec le statut personnel.

La même chose a été jugée par d'autres arrêts, notamment par celui de la cour de Paris, du 15 mars 1831 (Sirey, 31, I, 237), qui a décidé qu'une femme étrangère, que le sénatus-consulte Velléien déclarait, dans son pays, incapable de cautionner soit son mari soit un tiers, pouvait être poursuivie en France pour les cautionnements qu'elle y avait consentis, dans le cas où elle avait son domicile en France, ou même une simple résidence.

Cette jurisprudence nous paraît contraire aux véritables principes. On a toujours admis que les statuts personnels étrangers régissent les étrangers en France, comme les statuts personnels français régissent les Français en pays étrangers. On peut voir, à ce sujet, Boullenois, *De la personnalité des statuts*, tom. 1, chap. 2, pag. 51 et suivantes; Louët, lettre C, n° 42; Merlin, *Répertoire*, v° *Loi* § 6, n° 6.

La circonstance que l'étranger aurait un prétendu domicile en France, ou une résidence bien connue, est indifférente en ce qui touche sa capacité personnelle; cette circonstance ne peut pas lui faire perdre l'appui des lois de son pays, et ceux qui contractent avec lui, sont censés connaître sa capacité; c'est leur faute s'ils ne s'en sont pas mieux informés.

Mais n'y aurait-il pas du moins à distinguer si c'est en France ou en pays étranger, que l'exécution du contrat est poursuivie devant les tribunaux ? Nous le pensons. Ainsi, si c'est devant les tribunaux français, on appliquerait au Français poursuivi par l'étranger, l'article 1125, quand bien même la loi du pays de l'étranger, dans le cas dont il s'agirait, déclarerait le contrat nul absolument, à l'égard de toutes les parties, ainsi qu'anciennement, en France, les contrats passés par des femmes mariées non dûment autorisées, étaient nuls non seulement à leur égard, mais aussi à l'égard de ceux avec lesquels elles avaient contracté ; car le Français n'aurait pas à invoquer la loi étrangère devant nos tribunaux pour y chercher un appui que lui refuserait la loi française, l'article 1125. Mais si c'était devant les tribunaux étrangers que le Français fût poursuivi par l'étranger avec lequel il a traité, et que la loi étrangère, à raison de l'incapacité même de l'étranger, prononçât la nullité du contrat d'une manière absolue, nous pensons que le Français pourrait faire valoir cette nullité, quoique l'article 1125 lui refusât ce droit devant nos tribunaux.

SECTION VI.

DE L'APPLICATION DE LA LOI.

SOMMAIRE.

94. *Le juge qui refuse de juger sous le prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable de déni de justice.*
95. *Il a deux voies à prendre : il peut se déterminer par des*

inductions tirées de lois rendues sur des cas analogues, ou par le secours de ses lumières et de sa raison naturelle.

96. *Il ne peut juger d'après cette dernière voie lorsque le cas est décidé par une loi positive.*
97. *S'il n'y a pas de loi, et que le juge ait à choisir entre la première voie et la seconde, il doit suivre le parti le moins rigoureux.*
98. *Les tribunaux ne peuvent juger par voie de disposition générale et réglementaire. Inconvénients qui résulteraient de ce mode.*
99. *Mais la voie de doctrine diffère essentiellement de la voie générale et réglementaire : non seulement elle est permise, mais encore elle est recommandée dans les cas où la loi est insuffisante.*
100. *La meilleure manière d'interpréter une loi obscure, c'est de le faire suivant l'usage généralement adopté.*
101. *La violation d'un usage confirmé par le Code est une violation de la loi elle-même.*
102. *Jurisprudence de la cour de cassation relativement aux usages confirmés par le Code.*

94. Il ne suffit pas à la société que la loi soit obligatoire pour tous ses membres ; il faut encore que les magistrats chargés d'en appliquer les dispositions aux divers cas qui se présentent, ne puissent jamais se soustraire à l'accomplissement du mandat qui leur est confié. C'est ce qui pourrait cependant arriver fréquemment, si, dans les circonstances embarrassantes, il leur était permis de refuser une décision, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

Institués par le chef de l'État pour rendre la justice aux citoyens, et revêtus d'un pouvoir indépendant, puisqu'il est irrévocable¹, les juges transgresseraient

¹ Art. 49 de la Charte constitutionnelle de 1830.

donc leur mandat s'ils se refusaient, sous prétexte du silence, de l'insuffisance, ou de l'obscurité de la loi, à juger les causes qui leur sont soumises dans les limites de leurs attributions. (Art. 4.)

Ils se rendraient ainsi coupables de déni de justice ¹. (*Ibid.*)

95. Si véritablement la loi est muette ou insuffisante, le juge a deux partis à prendre pour fixer sa détermination.

D'abord, il peut le faire par des inductions tirées de lois rendues sur des objets différens, mais qui cependant présentent quelque analogie avec celui soumis à sa décision, à moins toutefois que le législateur n'ait expressément limité sa disposition au cas pour lequel elle est intervenue ² : c'est ce qu'on appelle juger par voie de doctrine, dont nous allons parler tout à l'heure avec plus d'étendue.

En second lieu, il peut se déterminer par le secours de la raison et de l'équité naturelle.

96. Mais il ne peut juger d'après cette dernière voie qu'autant qu'il n'y a pas de loi sur la question qui lui est soumise. Car, si les grands principes de la raison naturelle parlent le même langage à tous les hommes que le crime n'a point pervertis, ou dont l'intelligence n'est point altérée, il n'en est pas moins vrai que les

¹ Voyez, quant à la manière de constater le déni de justice, les articles 506 et 507 du Code de procédure civile; et relativement à la peine, l'article 185 du Code pénal.

² Voyez la loi 12, ff. *de Legibus*. Et il n'est point permis d'appliquer des peines par analogie. « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peut être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis. » (Art. 4 du Code pénal.)

règles d'un ordre secondaire ne s'entendent pas de la même manière par tous indistinctement. Tel, en effet, voit une chose juste dans une prétention où tel autre ne voit qu'une demande peu raisonnable. C'est donc la raison générale qu'a dû consulter le législateur, et non la raison particulière de tel homme, de quelque probité et de quelques lumières que cet homme fût doué. La conséquence de ces principes, c'est que le magistrat doit juger suivant la loi, fût-elle injuste dans son application à la cause qui lui est soumise. Par exemple, le moyen de prescription, invoqué pour se libérer de l'obligation d'acquitter une dette qui n'a réellement pas été soldée, est généralement un moyen qui blesse les principes de l'équité naturelle; mais les lois l'ont consacré, parce que, pour quelques fois que l'on en abusera, il procurera dans mille autres cas d'heureux effets: il est le fondement de la tranquillité des familles et de la société. Il ne doit sans doute pas être suppléé d'office par le juge (art. 2223), mais s'il est opposé par la partie, il doit être accueilli, encore que le magistrat eût la conviction que la dette n'a point été acquittée. Il vaut mieux que la mauvaise foi triomphe dans un cas, que si une loi utile à la masse pouvait être impunément éludée; bientôt on la verrait tomber en désuétude, par les atteintes qui lui seraient journellement portées.

97. Il n'y a pas de difficulté sur ce point: il peut y en avoir seulement dans le cas où le juge aurait à choisir entre la première et la deuxième voie qu'il a à suivre dans le silence de la loi, et lorsque ses lumières,

sa raison naturelle, répugneraient à ce qu'il appliquât à l'espèce, et par argument, une autre loi qui lui paraîtrait rigoureuse dans ses effets.

On peut dire, à cet égard, que les dispositions rigoureuses doivent être restreintes aux cas pour lesquels elles ont été portées, et que celles qui sont favorables doivent facilement être étendues à des cas analogues : *Odia sunt restringenda, favores ampliandi*. Les lois 17, 18 et 19, ff. de *Legibus*, consacrent ce principe, et notre législation ne l'a point répudié. C'est pour cela qu'en matière criminelle tout est positif, et qu'il est interdit aux tribunaux d'appliquer des peines par analogie. (Art. 4 du Code pénal.)

98. D'après nos institutions politiques, le pouvoir législatif étant essentiellement distinct du pouvoir judiciaire, les juges ne doivent point juger par voie de disposition générale et réglementaire (art. 5). Ils s'attribueraient ainsi une portion de la puissance législative. En effet, juger par voie de disposition générale et réglementaire, c'est dire qu'à l'avenir tel cas sera jugé de telle manière; c'est en quelque sorte faire une loi comme en faisaient les préteurs à Rome ¹.

Indépendamment de la confusion que ce mode introduirait dans la division des pouvoirs, il donnerait

¹ Les Parlemens, jadis, jugeaient quelquefois par voie de disposition générale et réglementaire, en rendant, sous le bon plaisir du roi, et jusqu'à ce qu'il en fût autrement ordonné par sa majesté, des arrêts qui faisaient, pour l'avenir, loi dans tout le ressort, tant qu'ils n'étaient pas cassés par le roi en son conseil.

Ces arrêts étaient rendus en audience solennelle.

Ils avaient l'avantage d'éviter aux parties les frais inutiles de l'appel; mais ils seraient aujourd'hui incompatibles avec la division des pouvoirs, telle que la Charte constitutionnelle l'a établie.

naissance à un autre inconvénient qui n'a point échappé à la pénétration du législateur : il nous rejetterait infailliblement, et en peu de temps, dans cette diversité de coutumes, de statuts locaux et d'usages qui régissaient autrefois le territoire français ; il nous priverait ainsi de l'inappréciable bienfait d'une loi générale et uniforme. Cela se fera sentir par un exemple : La cour de Paris rendrait un arrêt de règlement en tel sens, sur tel point obscur de la loi ; la cour de Bordeaux en rendrait un sur le même point, mais dans un sens tout opposé ; et cette supposition n'a rien d'extraordinaire, si l'on considère combien la jurisprudence des cours est peu uniforme, même sur des cas qui paraissent formellement décidés par le Code. De là résulterait une espèce de droit local, semblable, sous beaucoup de rapports, au droit coutumier de la plupart des anciennes provinces du royaume. Enfin, en jugeant par voie de disposition générale et réglementaire les cas douteux, en se bornant même à régler ceux de cette nature, afin d'éviter la censure de la cour suprême, les autres cours et tribunaux s'arrogeraient le droit d'interprétation, qui ne leur appartient point, et qui est réglé de la manière expliquée plus haut, n° 48 bis.

99. L'on ne doit donc pas confondre, avec cette manière de rendre la justice, celle qui consiste simplement à juger par voie de doctrine, par voie d'argument. Cette dernière est non-seulement autorisée, mais, de plus, elle est recommandée par l'art. 4. du Code, qui prescrit aux tribunaux de juger, même dans les cas d'obscurité ou d'insuffisance de la loi.

Elle est également recommandée par le Droit romain, et d'une manière bien plus expresse encore : *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus-consulti comprehendere : sed cum in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.* L. 12, ff. de Legibus.

400. La meilleure manière d'interpréter les lois, c'est de se conformer à l'usage suivant lequel elles ont toujours été entendues et appliquées ¹.

Le Code, aux titres des *Servitudes* et du *Louage*, renvoie même plusieurs fois aux usages locaux sur des points qui ne sont pas réglés par lui, mais qui sont prévus.

404. Ces usages étant consacrés par une loi formelle, sont par cela même élevés à la hauteur et à la dignité de la loi : leur violation manifeste devrait être réprimée par la cour suprême, si elle lui était dénoncée. Le système contraire tendrait à créer dans la législation une lacune que le législateur n'y a point laissée, puisqu'il a formellement décidé, dans ces cas, que les usages locaux feraient loi entre les parties. Ainsi, la violation de l'usage ou du règlement maintenu par le Code, est une violation de la loi qui lui prête sa force : même dans ce cas, c'est dans la loi qu'est le principe de la cassation.

¹ *Si de interpretatione legis quærat, imprimis inspicendum est quo jure civitas retrò in ejus modi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpretis consuetudo.*

Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere. LL. 38 et 39, ff. de Legibus.

102. Quant aux anciens usages qui n'ont point été expressément confirmés par une loi formelle, la violation de ces usages ne saurait constituer une ouverture à cassation. La cour régulatrice, en effet, a maintenu des arrêts qui violaient un usage reçu, constant, ou un règlement, parce que ces arrêts n'étaient point opposés à la loi actuelle ¹.

Mais quelquefois aussi elle en a maintenu de contraires à la loi, parce qu'ils étaient fondés sur un usage universel en France, ou dans une province.

SECTION VII.

DE L'ABROGATION DE LA LOI, ET DE LA RENONCIATION QUE LES PARTIES PEUVENT FAIRE AU BÉNÉFICE DE SES DISPOSITIONS.

SOMMAIRE.

103. *En principe, la puissance qui a créé la loi peut la détruire.*
 104. *Il y a deux sortes d'abrogations : l'abrogation expresse et l'abrogation tacite. De l'abrogation expresse.*
 105. *L'abrogation tacite est elle-même de deux sortes : la première résulte de l'incompatibilité de la loi nouvelle avec la loi ancienne.*
 106. *Il n'y a d'abrogé que celles des dispositions de la loi ancienne qui sont incompatibles avec la nouvelle.*

¹ « Attendu, dit l'arrêt du 14 août 1817, que la violation d'un simple usage qui n'est pas consacré par une loi, ne peut donner ouverture à cassation. » Sirey, 19, 1, 29.

La même cour a, de plus, jugé par arrêt de cassation, le 21 avril 1813, que les usages ruraux non maintenus, soit par la loi de 1791, sur la police rurale, soit par le Code civil, sont abolis et abrogés, notamment celui qui autorisait un propriétaire de tourbières à étendre, au besoin, sa tourbe sur le fonds voisin, moyennant une indemnité. Sirey, 1815, I, 44.

Enfin, on lit dans celui du 23 janvier 1816 : « Attendu qu'aux termes de la loi du mois de décembre 1790, la cour ne peut casser que pour contravention expresse aux lois, et que, quelque respectable que soit un arrêt de règlement, il n'a cependant pas le caractère de loi, puisque la puissance législative ne résidait pas dans les Parlements, etc..., rejette. » Sirey, 1816, I, 105.

Elle est également recommandée par le Droit romain, et d'une manière bien plus expresse encore : *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus-consulti comprehendere : sed cum in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.* L. 12, ff. de Legibus.

400. La meilleure manière d'interpréter les lois, c'est de se conformer à l'usage suivant lequel elles ont toujours été entendues et appliquées ¹.

Le Code, aux titres des *Servitudes* et du *Louage*, renvoie même plusieurs fois aux usages locaux sur des points qui ne sont pas réglés par lui, mais qui sont prévus.

404. Ces usages étant consacrés par une loi formelle, sont par cela même élevés à la hauteur et à la dignité de la loi : leur violation manifeste devrait être réprimée par la cour suprême, si elle lui était dénoncée. Le système contraire tendrait à créer dans la législation une lacune que le législateur n'y a point laissée, puisqu'il a formellement décidé, dans ces cas, que les usages locaux feraient loi entre les parties. Ainsi, la violation de l'usage ou du règlement maintenu par le Code, est une violation de la loi qui lui prête sa force : même dans ce cas, c'est dans la loi qu'est le principe de la cassation.

¹ *Si de interpretatione legis quaeratur, imprimis inspiciendum est quo jure civitas retrò in ejus modi casibus usa fuisset ; optima enim est legum interpres consuetudo.*

Nam imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere. LL. 38 et 39, ff. de Legibus.

102. Quant aux anciens usages qui n'ont point été expressément confirmés par une loi formelle, la violation de ces usages ne saurait constituer une ouverture à cassation. La cour régulatrice, en effet, a maintenu des arrêts qui violaient un usage reçu, constant, ou un règlement, parce que ces arrêts n'étaient point opposés à la loi actuelle ¹.

Mais quelquefois aussi elle en a maintenu de contraires à la loi, parce qu'ils étaient fondés sur un usage universel en France, ou dans une province.

SECTION VII.

DE L'ABROGATION DE LA LOI, ET DE LA RENONCIATION QUE LES PARTIES PEUVENT FAIRE AU BÉNÉFICE DE SES DISPOSITIONS.

SOMMAIRE.

103. *En principe, la puissance qui a créé la loi peut la détruire.*
104. *Il y a deux sortes d'abrogations : l'abrogation expresse et l'abrogation tacite. De l'abrogation expresse.*
105. *L'abrogation tacite est elle-même de deux sortes : la première résulte de l'incompatibilité de la loi nouvelle avec la loi ancienne.*
106. *Il n'y a d'abrogé que celles des dispositions de la loi ancienne qui sont incompatibles avec la nouvelle.*

¹ « Attendu, dit l'arrêt du 14 août 1817, que la violation d'un simple usage qui n'est pas consacré par une loi, ne peut donner ouverture à cassation. » Sirey, 19, 1, 29.

La même cour a, de plus, jugé par arrêt de cassation, le 21 avril 1813, que les usages ruraux non maintenus, soit par la loi de 1791, sur la police rurale, soit par le Code civil, sont abolis et abrogés, notamment celui qui autorisait un propriétaire de tourbières à étendre, au besoin, sa tourbe sur le fonds voisin, moyennant une indemnité. Sirey, 1815, 1, 44.

Enfin, on lit dans celui du 23 janvier 1816 : « Attendu qu'aux termes de la loi du mois de décembre 1790, la cour ne peut casser que pour contravention expresse aux lois, et que, quelque respectable que soit un arrêt de règlement, il n'a cependant pas le caractère de loi, puisque la puissance législative ne résidait pas dans les Parlemens, etc..., rejette. » Sirey, 1816, 1, 105.

107. *La seconde abrogation tacite résulte de la désuétude dans laquelle la loi est tombée.*
108. *Il faut pour cela que la loi soit tombée en désuétude dans tout l'État pour lequel elle a été faite.*
109. *Les parties ne peuvent déroger aux lois impératives ou prohibitives, ni à ce qui intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs.*
110. *Mais elles peuvent renoncer aux lois qui n'ont été portées que dans leur intérêt.*

105. La puissance qui a créé la loi peut la détruire ; sans ce droit, elle ne serait qu'une puissance imparfaite, ou plutôt elle ne serait réellement pas une puissance. L'idée de dépendance et de soumission est incompatible avec celle de souverain, créateur de la loi.

Sans doute, tant qu'une loi n'est pas régulièrement abrogée, le souverain lui-même doit l'observer ; il doit respecter son ouvrage. Rendue dans l'intérêt de tout le corps social, dont il est le chef, la loi appartient à tous, et n'appartient à personne en particulier. Mais comme souverain, comme chargé de veiller sans cesse aux besoins variables des peuples, il peut, par une nouvelle manifestation de sa volonté, et en se conformant aux règles établies, abroger une loi pour lui en substituer une autre, ou la modifier, selon que le demandent les circonstances. La présomption de justice et d'utilité générale s'attachera à la nouvelle disposition comme elle était attachée à l'ancienne, et le principe qui donnait de la force à la première vivifiera aussi la seconde ¹.

¹ Cette doctrine est applicable sous toutes les formes de gouvernement. A cet égard, il est indifférent que la souveraineté réside dans le peuple, dans un sénat, ou dans la personne d'un monarque ; la place qu'elle occupe

104. Une loi peut être abrogée de deux manières :
expressément ou tacitement.

Il y a abrogation expresse, lorsque la loi nouvelle porte textuellement que l'ancienne est rapportée, abolie, abrogée, ou qu'elle se sert d'expressions équivalentes. C'est ainsi que, par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, sur la réunion des lois civiles en un seul Code, sous le titre de *Code civil des Français*, il est dit que, « à compter du jour où ces lois sont exécutoires, les « lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, cessent « d'avoir force de loi dans les matières qui sont l'objet « des lois composant le présent Code ¹. »

106. L'abrogation tacite est de deux sortes :

La première, lorsque la loi nouvelle, sans porter ouvertement atteinte aux anciennes, contient néanmoins des dispositions incompatibles avec celles de ces dernières ². »

106. Mais, dans ce cas, il n'y a d'abrogé dans l'ancienne loi que les dispositions qui ne peuvent s'accorder avec celles de la nouvelle, ou qui sont remplacées par d'autres renfermées dans celle-ci. S'il y a possibilité de les concilier, le législateur n'est pas censé avoir voulu empêcher la fusion des deux législations ³; car l'abrogation des lois ne se présume pas : *posterior*-

ne change rien à sa nature : elle peut être plus ou moins entravée dans son exercice, environnée de plus ou moins de formes, mais voilà tout.

¹ D'après l'article 6 de la même loi, chacune de celles qui composent le Code civil a eu son exécution du jour où elle a dû l'avoir en vertu de sa promulgation particulière.

² Voir l'arrêt de cassation du 20 octobre 1809. Sirey, 1810, I, 305.

³ Ainsi jugé par arrêt de cassation, le 20 mars 1812. Sirey, 12, I, 382.

res leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint; idque multis argumentis probatur. L. 28, ff. *de Legibus*. Il est même d'usage d'insérer dans la nouvelle loi la disposition expresse que les précédentes continueront d'être en vigueur dans tout ce qui n'est pas contraire à la présente; et lors même que cette disposition n'existerait pas, elle serait sous-entendue.

407. La seconde espèce d'abrogation tacite résulte de la désuétude dans laquelle la loi est tombée.

« Toutes les lois sont sujettes à tomber en désuétude, dit d'Aguesseau ¹; et il est bien certain que, « quand cela est arrivé, on ne peut plus tirer un « moyen de cassation d'une loi qui a été abrogée « tacitement par un usage contraire. Il ne faut pas « oublier cette règle du droit romain : *Inveterata « consuetudo pro lege non immeritò custoditur.* » ².

Il ne faut pas non plus oublier celle-ci, plus directement applicable, et qui est puisée dans la même loi : *Rectissimè etiam illud receptum est, ut leges non solùm suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.*

408. La cour de cassation a consacré plusieurs fois ce principe ³, mais en décidant toutefois que, pour qu'une loi générale puisse être considérée comme abrogée et tombée en désuétude par le non-usage, il est nécessaire d'établir le non-usage dans la géné-

¹ Tome IX, page 446 : lettre du 29 octobre 1736.

² L. 32, § 1, *de Legibus*.

³ Voy. le Répertoire de jurisprudence de M. Merlin, au mot *Appel*, sect. 1, § 5.

ralité de l'État pour lequel la loi a été faite : en sorte qu'un tribunal ne peut, sans exposer son jugement à la censure, appliquer, au lieu de la loi, un usage local et particulier à son ressort.

L'article 9 de la loi du 25 ventôse an xi, *sur le notariat*, porte que les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé ; et néanmoins, si l'on excepte les testamens par acte public, il n'est guère d'usage, lorsque l'acte est reçu par deux notaires, que le second notaire soit réellement présent à la réception : il suffit que la minute soit aussi signée par lui. C'est une disposition qui est tombée en désuétude dans les premiers temps de la loi, ou, mieux encore, elle n'a pour ainsi dire pas été appliquée comme règle positive ¹.

109. Nous avons dit que, relativement au but qu'elles se proposent, les lois sont impératives, prohibitives, ou facultatives : par conséquent, les citoyens ne peuvent, par des conventions particulières, déroger à celles des deux premières classes ; ces lois intéressant l'ordre public, il y a toujours obligation pour eux d'en observer les préceptes.

Tout ce qui blesserait les bonnes mœurs est, par la même raison, sévèrement proscrit. (Art. 6, et LL. 45, ff. *de Reg. jur.*, et 38, ff. *de Pactis.*)

¹ Voy. ce que nous disons à ce sujet au tome XIII de cet ouvrage, n° 29 et suivant. Mais une loi sur ce point vient d'être promulguée ; nous en parlerons plus tard, au titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles en général*.

110. Quant à ce qui n'est point l'objet d'une loi impérative ou prohibitive, qui n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, qui n'intéresse, en un mot, que les contractans, ceux-ci peuvent en faire la matière d'une convention particulière, et déroger à la loi qui règle cet objet : *Est regula juris antiqui omnes licentiam habere, his quæ pro se introducta sunt, renuntiare.* L. 29, Cod. de *Pactis*.

Mais ce ne sera que par le développement successif de la matière, que cette règle, susceptible de beaucoup de restrictions, pourra être sagement entendue.



LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

TITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS,

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE:

- 111. *Les lois sont faites pour les personnes.*
- 112. *Ce qu'on entend par une personne.*
- 113. *Chez les peuples qui n'admettent pas l'esclavage, on ne peut plus avec raison séparer la personne de l'individu, même à l'égard des étrangers.*
- 114. *Quoi qu'on en ait dit, les jurisconsultes romains avaient suffisamment caractérisé l'état des personnes.*
- 115. *L'état des personnes se modifie à raison de l'âge, du sexe et d'autres circonstances.*
- 116. *Il se modifie aussi par la seule volonté de la loi.*
- 117. *Division principale de la matière.*

111. Les lois sont faites pour les personnes : elles sont une règle de leurs actions. Les personnes peuvent seules avoir des droits et les exercer¹. Il était donc naturel de parler d'abord des personnes, et c'est l'ordre qu'ont suivi les rédacteurs du Code civil : ils ont en cela imité ceux des *Institutes* de Justinien.

112. Par le mot *personne*², on entend un homme

¹ *Omne jus personarum causâ constitutum est. L. 2, ff. de Statu hominum.*

² L'origine de ce mot est le verbe *personare*, *personat*, parce qu'au

considéré suivant l'état qu'il occupe, soit dans la société où il a reçu le jour, soit chez un peuple étranger. Nous l'avouons, nous étendons beaucoup la définition que donne, de ce mot, Heineccius (*Elementa Juris*, n° 77), d'après Théophile et Ulpien; définition qui pouvait être exacte selon les principes du Droit romain, auxquels ces jurisconsultes l'appliquaient, mais qui, restreinte à l'état civil de l'individu, serait, selon nous, incomplète, depuis que les étrangers sont aussi considérés comme des personnes, pouvant, à ce titre, contracter mariage avec les nationaux, et jouir de plusieurs autres droits qui ne pouvaient appartenir qu'à une *personne*, dans les principes de la législation romaine.

115. Il y avait d'ailleurs plus que de la métaphysique dans la signification que l'on attachait à ce mot, surtout dans la séparation que l'on faisait, et que l'on a tenté de reproduire il y a quelques années, entre la personne et l'individu. Nous concevons très-bien que tel homme puisse jouir et jouisse en effet de droits qui seront refusés à tel autre; mais quand le nombre des restrictions augmenterait encore, le moins favorisé aura toujours la jouissance de certains droits, l'exercice de certaines facultés: en sorte que, même dans le système de la distinction, il sera, quant aux droits qui lui sont conservés, celui de contracter mariage, de vendre, de louer, etc., une *personne*, qui

théâtre, les acteurs étaient couverts d'un masque, à travers duquel passait le son de la voix: c'était ainsi remplir un emploi dans la pièce, y jouer un rôle. Un citoyen romain était donc une *personne* dans l'État, et l'esclave n'était qu'une *chose*.

s'identifiera avec l'individu; il y aura seulement différence du plus au moins avec une autre, mais une différence accidentelle et ne tenant nullement à l'essence des choses. Cette distinction ne pouvait être exacte que dans les principes du Droit romain, à cause de l'esclavage, inconnu chez les peuples modernes éclairés des lumières du Christianisme ¹.

444. On a reproché aux jurisconsultes romains de n'avoir pas défini ce que nous nommons *état des personnes*; mais ils ont donné la chose, s'il ont négligé de la définir par les termes. Ils ont suffisamment développé dans le titre de *statu hominum*, au Digeste, et dans d'autres titres encore, la condition du citoyen romain, celle des étrangers et celle des esclaves. Nous dirons comme eux : il y a l'état des nationaux, en vertu duquel ils jouissent des droits attribués par les lois de la cité; et il y a l'état des étrangers, d'après lequel ils jouissent seulement de certains droits.

445. L'état des Français se modifie lui-même en raison des âges, des sexes et autres circonstances, ainsi que nous le développerons dans le cours de la matière. Sous ce rapport, il est vrai de dire que l'état d'une personne exprime sa condition, la qualité à raison de laquelle elle a des droits à exercer, des devoirs à remplir. Mais si, considéré sous ce point de vue, l'état a un sens restreint aux droits et aux devoirs résultant du contrat civil, *id est, jus civitatis*, généralement aussi il exprime la qualité des individus qui ap-

¹ L'on sent que nous n'entendons point parler de l'esclavage des noirs aux colonies.

partiennent à une autre cité : voilà pourquoi, au livre I^{er} du Code, qui traite *des Personnes*, nous voyons figurer, à côté du Français, l'étranger proprement dit, toutefois avec des droits moins étendus. Ainsi, même par rapport à nous, il est vrai de dire que l'étranger a un état quelconque, et qu'il est une *personne*.

446. Aux qualités que les hommes tiennent de la nature, les lois particulières de chaque peuple ajoutent des différences et des distinctions plus ou moins marquées, mais ordinairement fondées sur les besoins, les penchans et les mœurs de ceux qui le composent, et quelquefois aussi sur la seule volonté du législateur. C'est ce que Montesquieu a si bien développé dans son traité de *l'Esprit des lois*, que vouloir entreprendre de le faire après lui serait une tâche inutile. Nous nous bornerons donc à parler ici des personnes relativement à la jouissance et à la privation des droits civils. Nous le ferons en considérant principalement la matière sous le rapport de ces droits; et s'il se présente quelquefois des observations qui tiennent plus spécialement au système des lois politiques, nous les présenterons succinctement, comme ne faisant qu'accidentellement partie de notre sujet.

447. Nous diviserons ce titre en trois chapitres :

Le premier traitera de la distinction des personnes en Français et étrangers, et de la jouissance des droits civils;

Le second, de la privation des droits civils par suite de la perte de la qualité de Français, des manières de recouvrer cette qualité, et des effets qui en résultent;

Le troisième, de la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires, et de la mort civile.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA DISTINCTION DES PERSONNES EN FRANÇAIS ET ÉTRANGERS,
ET DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

SOMMAIRE.

118. *Division des personnes en Français et étrangers.*

118. Puisque les lois qui constituent le Droit civil d'un peuple imposent des devoirs et attribuent des droits à ceux qui en font partie, il est nécessaire, par cela même, de connaître quels sont ses membres; car, en principe, eux seuls jouissent des droits conférés par les lois de ce peuple : de là découle une première division des personnes en Français et en étrangers.

L'on verra bientôt quels sont les droits attribués aux uns et aux autres.

SECTION PREMIÈRE.

DES FRANÇAIS.

SOMMAIRE.

119. *On est Français par trois causes.*

120. *Des Français par droit de naissance.*

121. *Les enfans de l'étranger simplement admis par le roi à établir son domicile en France, ne sont pas Français pour cela, fussent-ils nés en France.*

122. *L'enfant naturel d'une femme française qui n'a point perdu sa qualité de Française, est Français.*

123. *L'enfant naturel né en France d'une mère étrangère et d'un père inconnu, peut devenir Français en vertu de l'art. 9.*

124. *L'enfant naturel d'une Française, reconnu par un étranger, ne suit-il pas plutôt la condition de sa mère?*

125. *Si l'enfant naturel d'une étrangère, reconnu par un Français, est nécessairement Français jusqu'à la contestation de la paternité?*
126. *Les Français ne pourront, en argumentant des lois du pays de la mère, prétendre que cet enfant suit nécessairement la condition de celle-ci.*
127. *Par le bienfait de la loi, l'enfant d'un Français qui a perdu cette qualité peut toujours devenir Français.*
128. *Mais l'enfant qui naît dans les trois cents jours depuis que son père a perdu la qualité de Français, est Français par droit de naissance.*
129. *Peut aussi devenir Français l'enfant né en France d'un étranger.*
130. *L'enfant né en pays étranger, d'un étranger, ne pourrait invoquer la règle infans conceptus, etc., pour pouvoir devenir Français en vertu de l'art. 9.*
131. *Une femme étrangère qui épouse un Français devient Française.*
132. *On devient aussi Français en vertu de lettres de naturalisation.*
133. *Et par la réunion d'un territoire à la France.*

119. On est Français par trois causes :

- 1° Par droit de naissance ;
- 2° Par le bienfait de la loi ;
- 3° Par la réunion d'un territoire à la France.

C'est ce qui sera développé dans les trois paragraphes suivans.

§ 1^{er}.

Des Français par droit de naissance

120. Sont Français par droit de naissance ceux qui sont nés en France, ou chez l'étranger, d'un Français qui n'a point perdu cette qualité. (Art. 10.)

L'on considère comme Français l'étranger natu-

ralisé. Ses enfans nés depuis sa naturalisation sont Français.

Les autres ne le sont pas, à moins qu'ils ne soient compris dans les lettres de naturalisation, et à l'égard des mineurs on le supposera facilement.

121. Quant aux enfans de l'étranger simplement admis par le roi à établir son domicile en France, et nés depuis, nous ne croyons pas qu'ils soient Français par droit de naissance. Leur père est encore étranger : il est encore soumis, en ce qui concerne sa capacité personnelle, aux lois de son pays, ainsi que l'a jugé la cour de Paris le 13 juin 1814 (Sirey, 1815, part. II, pag. 67) ¹. Nous accordons que ces enfans pourront devenir Français en vertu de l'article 9 ; qu'ils jouiront, ainsi que leur père, des droits attribués à celui-ci par l'article 13, tant qu'ils continueront de résider en France ; mais voilà tout.

122. Nous disons que l'enfant d'un Français est Français ; mais si cet enfant est naturel, est-il Français dans tous les cas ?

D'abord, s'il a été reconnu par sa mère, Française, sans l'avoir été par son père, il est incontestablement Français ; en sorte que, s'il naît même en pays étranger d'une Française qui n'a point perdu cette qualité, il est Français de plein droit, en vertu de la première disposition de l'article 10.

¹ Toutefois, quant à ce que nous disons ici, que cet étranger, quoiqu'admis par le roi à établir son domicile en France, est encore soumis aux lois de son pays en ce qui concerne sa capacité personnelle, voyez les arrêts contraires que nous citons *suprà*, n° 93, en note, rendus même à l'égard d'étrangers qui ont été considérés comme ayant un domicile en France, quoiqu'ils n'eussent pas été autorisés par le roi à l'y établir.

123. S'il naît d'une étrangère, mais en France, et toujours d'un père inconnu, il pourra devenir Français, en invoquant le bénéfice de l'article 9 ; car, dans l'esprit de cet article, il est indifférent que l'enfant naisse d'une mère étrangère ou d'un père étranger : les seules conditions exigées sont qu'il naisse en France et qu'il réclame la qualité de Français dans l'année de sa majorité.

Voilà pour le cas où l'enfant naturel n'a été reconnu que par sa mère.

124. Mais que doit-on décider à l'égard de l'enfant naturel reconnu aussi par le père ?

Deux hypothèses peuvent se présenter :

1° L'enfant est né d'une Française, en France ou en pays étranger, n'importe ¹, et d'un étranger qui l'a reconnu ;

2° Il est né d'une étrangère, en France ou en pays étranger, et il a été également reconnu, mais par un Français.

Doit-on, dans l'un et l'autre cas, et nonobstant la reconnaissance, appliquer l'ancienne règle *filius naturalis ventrem sequitur*, si l'enfant y trouve son avantage ?

D'abord, quant au premier cas, il nous semble qu'aucune disposition du Code n'autorise à décider que l'enfant, jusqu'à ce qu'il ait contesté avec succès la reconnaissance de paternité, doit être forcé de suivre la condition de l'étranger qui l'a reconnu, plutôt que

¹ Car si l'on doit décider qu'il est Français par droit du sang, il importe peu en effet qu'il soit né en pays étranger ou en France.

celle de sa mère française. Ce n'est pas, en effet, l'article 9, puisqu'il statue, au contraire, dans la supposition que l'enfant né en France *d'un étranger* est étranger, et qu'il lui ouvre la voie pour *devenir Français*. Ce n'est pas non plus l'article 10, car il parle d'un enfant né *d'un Français*, et nous raisonnons dans l'hypothèse d'un enfant né d'une Française, et reconnu par *un étranger*. Cet article pourrait tout au plus fournir un argument, si l'on devait décider que l'enfant né hors mariage, d'une mère étrangère, mais reconnu par un Français, suit la condition de ce dernier, jusqu'à la contestation admise de la reconnaissance de paternité : alors on pourrait dire, jusqu'à un certain point, que, puisque l'état de l'enfant se détermine, dans ce cas, par celui du père, il en doit être de même dans le premier cas, et pareillement jusqu'à la contestation de paternité. Mais, d'abord, on peut fort bien nier, ce nous semble, que tel soit l'esprit de l'article 10. Et en second lieu, quand bien même on devrait l'entendre ainsi, il n'y aurait pas à en conclure qu'il établit en règle générale que l'enfant né hors mariage, aussi bien que celui qui est né en mariage, suit toujours la condition du père, puisqu'il ne statue que sur l'enfant né *d'un Français*. A l'égard de celui qui a été reconnu par un étranger, la question reste donc entière : or, rien n'indique que, par rapport à lui du moins, on ait voulu s'écarter de l'ancienne règle *partus ventrem sequitur*. Doit-il dépendre, en effet, d'un étranger, d'enlever à l'enfant d'une femme française sa qualité de Français? et n'est-ce pas cependant ce qui pourrait arriver sans

obstacle sérieux, si, pour détruire l'effet de la reconnaissance de paternité, l'enfant était réduit à prouver que l'étranger qui l'a reconnu n'est point son père? Quels moyens, en effet, aurait-il pour triompher dans une telle contestation? quelle preuve pourrait-il administrer, si ce n'est l'impossibilité physique de cohabitation entre sa mère et celui qui l'a reconnu, durant le temps qui s'est écoulé depuis le troisième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance? Mais l'on sent combien cette preuve serait difficile et même impossible dans la plupart des cas. Disons donc que cet enfant peut s'attacher à la condition de sa mère française, et soutenir qu'il est Français.

125. Dans la seconde hypothèse, celle où l'enfant est né d'une étrangère et qu'il a été reconnu par un père français, le texte de la loi paraît moins favoriser l'application de la maxime *partus ventrem sequitur*; car l'article 10 dit indistinctement que l'enfant né *d'un Français* en pays étranger est Français, il dit même *tout* enfant : il paraît donc que c'est à la qualité du père qu'on s'est attaché, dans tous les cas, lorsque ce père est Français.

Mais, d'abord, l'enfant d'une femme française né en pays étranger serait également Français, quand bien même il aurait été reconnu par un étranger, s'il y allait de son intérêt : nous venons de le démontrer : ce qui fait voir que l'expression *d'un Français*, employée dans cet article, est une expression générique et nationale, plutôt qu'un terme employé pour faire dépendre, dans tous les cas, la condition de l'enfant de celle de l'individu qui s'est reconnu le père.

En second lieu, si l'enfant prétend être étranger, comme étant né d'une mère étrangère, et comme étant autorisé à le prétendre par les lois du pays de celle-ci, que pourraient nos propres lois entendues dans un sens opposé? Et cet enfant ne peut appartenir à deux pays à la fois; les principes qui régissent l'état des personnes ne le permettraient pas. On pourrait donc appliquer, même à ce cas, la règle du Droit romain, observée dans l'ancienne jurisprudence française : *Patrem sequi non potest, qui nullum habere intelligitur : cum is dantaxat pater sit jure civili quem justæ nuptiæ demonstrant.* LL. 19 et 24, ff. *de Statu hominum*.

Et que l'on remarque bien que le Droit romain ne le décidait pas seulement ainsi à l'égard des enfans qui n'ont point de père connu, et qu'on appelait pour cela *spurii* (*sine patre*); mais qu'il le décidait aussi par rapport aux enfans nés d'une femme ou concubine que le citoyen romain tenait dans sa maison, enfans qui, par cela même, n'étaient pas sans père connu ¹.

Nous conviendrons toutefois que la question, sur ce second cas, présente plus de difficulté que sur le premier, surtout quand l'enfant né de l'étrangère a reçu le jour en France, et qu'il a été reconnu par le Français peu de temps après sa naissance. Quoique ce soit une question de principe, nous pensons cependant que sa solution pourrait dépendre des circonstances du fait.

426. Au surplus, si l'enfant opte pour la qualité de Français, d'autres Français, intéressés à la lui contester, n'auront pas le droit de le faire en invoquant les

¹ Voyez Vinnius sur le titre *de Ingenuis*, Institutes.

lois du pays de sa mère, d'après lesquelles il suivrait la condition de celle-ci. Mais nous pensons aussi que, si l'enfant repoussait la qualité de Français, pour s'en tenir à celle de sa mère, les parens de cette dernière ne pourraient, pour l'exclure de l'exercice des droits que les lois du pays de sa mère lui attribueraient sur ses biens, se prévaloir de la reconnaissance faite par le Français.

Il y a sans doute peu d'harmonie entre ces deux décisions; mais nous sommes porté à les émettre par la considération que la législation des différens peuples peut n'être pas la même sur ce point.

§ II.

Des Français par le bienfait de la loi.

127. En disant que l'enfant né en France ou en pays étranger, d'un Français qui n'a point perdu cette qualité, est Français, nous avons dit par cela même que si le Français avait cessé de l'être au moment de la conception de l'enfant, celui-ci serait étranger : tel est le principe.

Mais, sans la faute de son père, cet enfant eût été Français; il est puni, avant de naître, d'un tort qui n'est pas le sien. L'ordre ordinaire suivi dans la transmission de l'existence civile et politique se trouve interverti sans sa participation et à son préjudice. Si cet enfant reporte sa pensée seulement jusqu'à son aïeul, il se dit qu'il est Français, et que son père a violé à son égard un dépôt.

Tant de titres favorables ne pouvaient être vus avec indifférence par la loi; ils ne l'ont, en effet, point été: car l'enfant peut toujours *recouvrer* la qualité de Fran-

çais, soit qu'il soit né en France, soit qu'il soit né en pays étranger, bien que l'article 10, qui régit ce cas, s'explique seulement sur la dernière hypothèse : il n'est point rédigé dans un sens restrictif, et il n'y avait pas de raison pour qu'il le fût. Il suffit que l'enfant remplisse les formalités prescrites par l'art. 9; mais il doit les remplir.

Nous avons même entendu soutenir que l'enfant né *en France*, d'un Français qui a perdu cette qualité, est Français de plein droit; qu'il n'a pas besoin, par conséquent, de remplir les formalités prescrites par l'article 10 à l'enfant né *en pays étranger* d'un Français qui a cessé d'être tel. Mais cette opinion a plutôt pour motif la bienveillance dont cet enfant est digne, que le véritable esprit de la loi. Le Français qui a cessé de l'être n'a pu donner, ni en France ni en pays étranger, le jour à un Français : l'enfant né de ses œuvres peut seulement invoquer la disposition favorable de l'article précité, et devenir Français. En vain se fonde-t-on sur ce que ce même article ne parle, pour imposer la nécessité d'observer les formalités prescrites par l'article 9, que de l'enfant né *en pays étranger*; en vain a-t-on voulu en conclure, d'après la règle des inclusions, ordinairement si fautive, que l'enfant né en France est Français de plein droit, par le seul fait de sa naissance : il serait contre tous les principes de la matière, quelque digne de faveur que soit cet enfant, de le mettre sur la même ligne que celui d'un Français qui n'a point perdu cette qualité.

128. Si, à l'époque où le père a cessé d'être Fran-

çais, l'enfant était déjà conçu, il serait Français de plein droit, et n'aurait point à craindre l'effet de la disposition de l'article 20 : *Nam infans conceptus, quotiens de ejus commodo agitur, pro nato habetur*. L'époque présumée de la conception s'estimerait par son rapprochement avec celle de la naissance. En supposant, pour consacrer la légitimité d'un enfant, que la gestation peut durer trois cents jours, l'article 312 nous fournit une règle d'appréciation qui serait également applicable pour établir la qualité de l'enfant, du moins généralement.

429. Peut aussi devenir Français, par le bienfait de la loi, l'enfant né en France d'un étranger¹, pourvu que, dans l'année qui suivra sa majorité, il déclare, s'il réside en France, que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer son domicile en France, et qu'il l'y fixe dans l'année de sa soumission. (Art. 9.)

Nous pensons que cet article entend parler de la majorité déterminée par la loi française, c'est-à-dire de l'âge de vingt et un ans accomplis. Il est vrai que les lois qui fixent la majorité sont des lois *personnelles*, qui suivent, par conséquent, l'individu partout où il porte ses pas ; mais il est invraisemblable que le législateur ait songé à une majorité étrangère, variable suivant les temps et les lieux, pour conférer la qualité

¹ Et nous entendons l'article 9 même de l'enfant naturel d'une femme étrangère, né en France. Il ne peut pas même y avoir de difficulté sérieuse sur ce point, puisque c'est à la *naissance* sur le territoire Français qu'est attaché le bienfait de la loi.

de Français. La Constitution de l'an VIII fixait, pour les étrangers comme pour les Français, l'âge de vingt et un ans, pour pouvoir faire, sur un registre communal en France, la déclaration de volonté de devenir citoyen français, et tout porte à penser que c'est cette même majorité que les rédacteurs du Code ont eue en vue : cela est d'autant plus probable, que, dans l'article 7, on se réfère à cette même Constitution pour l'*acquisition* et la conservation de la qualité de citoyen français.

150. Si l'enfant d'un étranger était né en pays étranger, mais qu'il prétendit avoir été conçu en France, pourrait-il invoquer la règle *Infans conceptus pro nato habetur*? En d'autres termes, des étrangers qui auront été transitoirement en France, à une époque quelconque du temps qui s'est écoulé depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, auront-ils donné le jour à un individu capable de devenir Français conformément à l'art. 9?

Nous ne croyons pas que telle ait été l'intention du législateur. Le fait de la naissance est certain ; celui de la conception est couvert d'un voile impénétrable. En admettant la légitimité d'un enfant déjà conçu à l'époque où son père a perdu la qualité de Français, et en le considérant par conséquent comme Français lui-même, nous n'avons fait qu'appliquer les principes les plus incontestables du Droit ; mais dans le cas présent, rien ne démontre que l'enfant ait été conçu en France, et comme l'impossibilité physique de la conception en pays étranger n'est guère de nature à être établie d'une

manière certaine, il est vraisemblable que le législateur n'a pas eu égard à la conception, mais bien à la naissance; aussi l'article 9 dit-il : « L'enfant né en France, etc. »

151. Une troisième manière d'acquérir la qualité de Français résulte du mariage d'une femme étrangère avec un Français. Cette femme devient Française par le bienfait de la loi, par le seul fait de son mariage : elle suit la condition de son mari. (Art. 12.)

152. Enfin l'étranger qui obtient du roi des lettres de naturalisation devient aussi Français, et c'est par le bienfait de nos institutions.

La demande en naturalisation et les pièces à l'appui sont transmises par le maire du domicile du pétitionnaire au préfet, qui les adresse, avec son avis, au ministre de la justice, sur le rapport duquel le roi statue¹.

Quand on a rempli ces formalités, non-seulement on est Français, mais, de plus, on est citoyen français; par conséquent on peut exercer le droit de suffrage dans les collèges électoraux et remplir des emplois en France.

Mais pour pouvoir siéger à la chambre des pairs ou des députés, il faut que les lettres de naturalisation soient vérifiées par les deux chambres².

§ III.

De l'acquisition de la qualité de Français par la réunion d'un territoire à la France.

153. Cette réunion peut avoir lieu par le fait de la

¹ Décret du 17 mars 1809. Bulletin, n° 4195.

² Ordonnance du Roi du 4 juin 1814. Bulletin n° 134.

conquête consommée¹, ou par l'effet de la cession d'un territoire.

Dans l'un et l'autre cas, la naturalisation s'opère par le seul fait de la réunion consommée. Les naturels du pays deviennent Français à l'instant où elle a lieu, et ils jouissent de tous les droits civils et politiques attachés à cette qualité.

Mais ordinairement des lois sont portées pour régler l'état des habitans du pays réuni, ou, dans le cas de cession de territoire, soit en temps de paix, soit après une guerre, les traités diplomatiques ou les traités de paix, règlent, pour l'avenir, la nationalité des habitans des pays cédés. Ce point n'est donc susceptible d'aucune observation précise.

Les manières dont s'acquiert la qualité de Français étant expliquées, nous allons parler des droits attachés à cette qualité.

SECTION II.

DES DROITS RÉSULTANS DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

SOMMAIRE.

- 134. *Tout Français jouit des droits civils.*
- 135. *La jouissance des droits civils est indépendante de la qualité de citoyen : elle ne suppose même pas nécessairement l'exercice de ces droits.*
- 136. *Comment le Français acquérait la qualité de citoyen d'après la Constitution de l'an VIII.*
- 137. *La Charte a-t-elle implicitement abrogé la disposition de cette Constitution, qui suspendait de l'exercice des droits*

¹ La simple invasion ne l'opère pas : ce qui est acquis aujourd'hui pouvant être perdu demain, l'état des peuples ne saurait dépendre des événemens de la guerre, si variables de leur nature.

de citoyen, les faillis non réhabilités et les individus en état de domesticité?

138. *Comment l'étranger devenait citoyen français d'après la Constitution de l'an VIII.*

139. *Modification qui fut apportée sur ce point à la Constitution par le sénatus-consulte du 26 vendémiaire an XI.*

154. Les lois d'un peuple sont généralement faites pour lui ; le bienfait des lois françaises est donc principalement attribué aux Français. C'est en conformité de ce principe, que l'article 8 du Code-civil déclare que la qualité de Français emporte avec elle la jouissance des droits civils : « Tout Français, dit-il, jouira des droits civils. » Ici, les droits civils ne sont pas les droits quelconques établis par les lois françaises indistinctement, *jura civitatis* ; les droits civils sont mis par opposition aux droits publics ou politiques, qui sont établis ou réglés par les actes constitutionnels et par quelques autres lois encore. Les droits civils sont donc les droits privés.

155. Voilà pourquoi l'art. 7 du Code civil a soin de nous avertir que « l'exercice des droits civils est in-
« dépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'ac-
« quiert et ne se conserve que conformément à la loi
« constitutionnelle, » c'est-à-dire, conformément à la Constitution du 22 frimaire de l'an VIII, aux sénatus-consultes des 26 vendémiaire an XI, et 19 février 1808, dont nous parlerons tout à l'heure. Depuis la Charte, cette qualité, pour les étrangers, s'acquiert, ainsi qu'on vient de le dire, par des lettres de naturalisation conférées par le roi.

L'on peut donc distinguer trois classes de Français.

Les uns jouissent simplement des droits civils sans les exercer : tels sont les interdits, les mineurs, et généralement les femmes mariées.

D'autres exercent les droits civils, et par conséquent en jouissent, sans exercer les droits de citoyen : tels sont les individus en état de domesticité, les faillis non réhabilités ¹.

Enfin, la troisième classe se compose des citoyens proprement dits, qui ont, à ce titre, le droit de suffrage dans les assemblées délibérantes, sous les conditions exprimées par les lois politiques ; qui peuvent exercer les emplois publics et remplir les fonctions de jurés : ils ont par conséquent, et la jouissance et l'exercice des droits civils.

456. D'après la Constitution de l'an VIII, il suffisait au Français, pour être citoyen, d'avoir, à l'âge de vingt-un ans accomplis, fait sa déclaration sur le registre de sa commune, et d'avoir résidé en France pendant un an depuis cette déclaration ; en sorte qu'au moyen de ces formalités l'on était citoyen à l'âge de vingt-deux ans accomplis. Mais plus la déclaration était retardée, plus l'acquisition de la qualité de citoyen était reculée ².

457. Ni la Charte de 1814, ni celle de 1830 ne parlent de ces conditions et formalités. Nous ne pensons toutefois pas qu'elles ont implicitement aboli la

¹ Constitution de l'an VIII.

² Au surplus, cette obligation de faire sa déclaration sur le registre de sa commune n'a presque pas été observée, et est bientôt tombée complètement en désuétude.

disposition de la Constitution précitée, d'après laquelle les domestiques et les faillis non réhabilités sont suspendus de l'exercice des droits de citoyen, et ne peuvent, en conséquence, exercer les fonctions publiques et les droits politiques.

158. Quant à l'étranger, il ne pouvait, d'après cette Constitution, devenir citoyen français qu'en déclarant, à l'âge de vingt-un ans accomplis, sur le registre d'une commune, qu'il entendait se fixer en France, et en y résidant pendant dix années consécutives depuis cette déclaration.

159. Cette disposition était peu propre à attirer les étrangers parmi nous; aussi y fut-il apporté quelques modifications. Une première fut introduite par le sénatus-consulte du 26 vendémiaire an xi¹, dont nous avons parlé plus haut. Ce sénatus-consulte autorisait le gouvernement à conférer la qualité et les droits de citoyen français aux étrangers qui avaient rendu des services à l'État, ou qui avaient apporté dans son sein des talens, des inventions ou une industrie utiles, ou qui y avaient formé de grands établissemens. Ces individus étaient seulement assujettis à un an de domicile.

Il importe maintenant de voir quels sont les droits attribués aux étrangers non devenus Français.

¹ Bulletin n° 2044. Il en existe un autre sur le même sujet, en date du 19 février 1808. Bulletin, n° 364.

SECTION III.

DES DROITS ATTRIBUÉS AUX ÉTRANGERS NON DEVENUS FRANÇAIS.

SOMMAIRE.

140. *L'étranger admis par le roi à établir son domicile en France, y jouit des droits civils tant qu'il continue d'y résider.*
141. *Mais il n'est pas Français pour cela, et encore moins citoyen français ; il reste soumis aux lois de son pays en ce qui concerne sa capacité personnelle.*
142. *Pour devenir citoyen français, l'étranger a dû être autorisé à établir son domicile en France.*
143. *Dans ce cas, il devient citoyen au bout de dix ans.*
144. *Tant que l'étranger admis par le gouvernement à établir son domicile en France n'est pas devenu citoyen, l'autorisation peut lui être retirée.*
145. *Dès qu'il cesse, même volontairement, de résider en France, il cesse de jouir de nos droits civils.*
146. *L'étranger qui n'a point été admis à établir son domicile en France, y jouit des droits qui sont attribués aux Français dans le pays de cet étranger par les traités faits avec la nation à laquelle il appartient.*
147. *La loi du 14 juillet 1819, en abrogeant les articles 726 et 912 du Code, permet aux étrangers de succéder, recueillir et disposer en France comme les Français.*
148. *Ce qu'on entendait anciennement par droit d'aubaine, abrogé par cette loi.*
149. *L'Assemblée constituante l'avait aboli; mais le Code, sous certains rapports, l'avait rétabli avec plus de rigueur encore qu'il ne s'exerçait anciennement : démonstration de cette proposition par un double exemple.*
150. *L'étranger, même non résidant en France, peut être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées envers un Français.*
151. *Réciproquement, le Français peut être cité par l'étranger devant les tribunaux français.*
152. *L'étranger qui a contracté en France avec un autre étran-*

- ger, pour cause de commerce, peut citer son débiteur devant les tribunaux français.*
153. *L'étranger qui a commis en France un délit envers un autre étranger, peut aussi être traduit devant les tribunaux de France.*
154. *En matière purement civile et mobilière, l'étranger cité devant nos tribunaux par un autre étranger peut décliner leur juridiction.*
155. *Les jugemens rendus en pays étranger ne sont susceptibles d'exécution en France qu'après avoir été rendus exécutoires par un tribunal français : application de ce principe de Droit public.*
156. *Exception que souffre le principe.*
157. *L'étranger non naturalisé n'exerce aucuns droits politiques en France.*
158. *Il ne peut invoquer le bénéfice de cession.*
159. *Peut-il prescrire contre un Français?*
160. *L'étranger demandeur principal ou intervenant doit caution au Français pour sûreté de frais et dommages-intérêts.*
161. *Il la doit aussi lorsqu'il se porte partie civile dans une affaire criminelle.*
162. *Diverses exceptions au principe que l'étranger demandeur doit caution.*
163. *Dans les cas où la caution est due, elle doit être demandée avant toute exception.*
164. *L'étranger porteur d'un titre paré ne doit pas caution pour le mettre à exécution.*
165. *En principe, l'étranger doit la caution lors même qu'il aurait une résidence fixe en France.*
166. *L'étranger défendeur peut-il l'exiger de l'étranger demandeur.*
167. *Loi du 10 septembre 1807.*
168. *Décret du 7 février 1809.*

140. L'on ne tarda pas à s'apercevoir que la Constitution de l'an VIII, même avec les modifications que le sénatus-consulte du 26 vendémiaire an XI y avait

apportées, n'encourageait pas encore assez les étrangers à venir se fixer parmi nous, puisqu'ils étaient privés de la jouissance des droits civils pendant le temps du stage auquel ils étaient soumis. Il fut remédié à cet inconvénient par l'art. 13 du Code civil, ainsi conçu : « L'étranger qui aura été admis, par l'auto-
« risation du roi, à établir son domicile en France, y
« jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera
« d'y résider. »

144. Les droits conférés par cet article ne sont que les droits civils, la jouissance de ces droits, et non la qualité de Français ; ils renferment encore moins celle de citoyen français.

En un mot, l'individu reste toujours étranger ; comme tel, il est encore soumis aux lois de son pays en tout ce qui concerne sa capacité personnelle. C'est d'après ces lois seulement qu'il pourra valablement contracter en France, s'y marier, etc. Par son admission à fixer son domicile en France, il reçoit un bienfait, celui de jouir de nos droits civils ; mais ce bienfait ne saurait être tourné contre lui, en lui faisant perdre l'appui des lois personnelles de son pays. Ces principes, que nous croyons certains, ont été reconnus par arrêt de la cour de Paris, le 13 juin 1814¹.

Cet étranger n'est astreint à aucun stage, tandis que dans les cas réglés par les sénatus-consultes il en était exigé un d'une année.

¹ Sirey, 1815, p. 2. p. 67. Voyez aussi celui de cassation du 1^{er} février 1813 (Sirey, 13, 1, 113), qui a jugé, en général, qu'un étranger reste soumis envers le Français aux lois qui régissent sa capacité personnelle.

Il n'est non plus soumis à aucune condition, si ce n'est celle d'obtenir l'autorisation du roi ; car, même pour devenir citoyen français, l'étranger n'est aujourd'hui soumis à aucune autre condition que l'obtention des lettres de grande naturalisation, du moins telle est notre opinion ; sauf la vérification par les chambres, pour pouvoir y siéger.

142. C'est une question de Droit public assez délicate, que celle de savoir si l'étranger peut devenir citoyen français en remplissant seulement les conditions prescrites par l'article 3 de la Constitution de l'an VIII, sans avoir obtenu du roi l'autorisation de fixer son domicile en France ?

Assurément cette Constitution n'a point été, jusqu'à ce moment, considérée comme entièrement abrogée par la Charte, soit celle de 1814, soit celle de 1830 : témoin l'article 75 de cet acte, qui reçoit tous les jours son application. Mais le principe qui donnait à l'étranger la faculté de devenir citoyen français sans l'approbation du gouvernement, était un principe nouveau, inconnu dans l'esprit des monarchies ; même tempérées, telle que celle sous laquelle nous vivons ; inconnu même dans les républiques anciennes et modernes, à peu d'exception près. Nous serions portés à penser, d'après cela, que c'est une disposition implicitement abrogée par la Charte, comme incompatible avec l'esprit des institutions qu'elle présuppose ou qu'elle consacre. Nous appuyons cette opinion d'un avis du conseil d'État, approuvé le 20 prairial an XI, suivant lequel l'autorisation du gouvernement est de-

venue nécessaire non-seulement à l'étranger mentionné à l'article 13 du Code civil, mais encore à l'étranger dont parle l'article 3 de la Constitution de l'an VIII, pour pouvoir établir un véritable domicile en France; en sorte que, sans cette autorisation, il n'y a point de domicile, mais bien une simple résidence de fait.

145. Nous pensons, au reste, qu'avec l'autorisation du roi de fixer le domicile en France, et l'accomplissement des conditions prescrites par la Constitution, c'est-à-dire le stage de dix ans, l'étranger devient Français, et même citoyen français.

144. Mais cette autorisation est précaire de sa nature : le gouvernement peut la retirer quand bon lui semble, tant que l'étranger n'est pas devenu citoyen français par l'expiration des dix années; il le doit même, si celui qui a été l'objet du bienfait s'en rend indigne, s'il viole la condition sous-entendue dans cet acte de tolérance. Alors, l'individu cesse de jouir des droits civils en France. C'est une notable différence entre lui et le Français, et même entre lui et l'étranger devenu Français, lequel ne peut perdre sa qualité de Français que dans les cas et de la manière dont un Français d'origine perdrait la sienne.

145. En cessant volontairement de résider en France, il cesse aussi de jouir de nos droits civils; tandis que le Français, ou celui qui l'est devenu, ne perd cette qualité, et par suite les droits qui y sont attachés, que de l'une des manières qui seront ultérieurement expliquées.

146. Quant à l'étranger qui n'a point obtenu du roi

l'autorisation d'établir son domicile en France, il jouit, d'après l'article 11, des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités faits avec la nation à laquelle appartient cet étranger.

Mais les lois politiques et particulières de cette nation, en attribuant des droits aux Français, ne nous obligeraient point à la réciprocité.

Le traité est l'ouvrage de deux peuples : c'est un contrat synallagmatique, qui lie par conséquent l'un et l'autre, et qui est sous la garantie du Droit des gens.

Une loi politique n'est, au contraire, l'ouvrage que du seul peuple qui l'a rendue : elle n'est donc obligatoire que pour lui. Les sujets de cette nation ne peuvent pas plus invoquer chez nous leurs propres lois, que nous ne pourrions nous prévaloir chez eux de celles que nous avons rendues ¹.

447. Les principaux effets résultant de la différence entre les Français et les étrangers, ont été anéan-

¹ Nous ferons observer que les articles 2123 et 2128, après avoir déclaré, en principe, que l'hypothèque ne peut résulter des jugemens ni des actes rendus ou passés en pays étranger, ajoutent : « Sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les *lois politiques* ou dans *les traités*. » L'article 546 du Code de procédure, relatif à l'exécution des jugemens rendus en pays étranger, contient la même modification, puisqu'il renvoie aux deux articles précités. On pourrait donc penser, d'après cela, que les lois politiques, comme les traités, peuvent autoriser la constitution d'hypothèque, en vertu de jugemens ou d'actes rendus ou passés en pays étranger ; ce qui serait contraire aux principes.

Mais la réponse est facile : les lois politiques dont il est parlé dans ces articles ne sont pas celles qui émaneraient d'un gouvernement étranger, mais celles, au contraire, qui émaneraient du gouvernement français. Or, il est possible en effet qu'il reconnaisse l'utilité de confirmer la constitution d'hypothèque résultant de jugemens ou d'actes rendus ou passés en pays étranger ; mais alors ce serait plutôt une loi de l'ordre civile, que de l'ordre politique.

tis par la loi du 14 juillet 1829. Cette loi a aboli le droit d'aubaine et celui de détraction, en abrogeant l'article 726 du Code. Elle a fait plus encore, elle a pareillement abrogé l'article 912¹. En un mot, elle permet aux étrangers proprement dits de succéder, disposer et recevoir en France, de la même manière que les Français.

Ce n'est point encore le moment d'expliquer les dispositions de cette loi : nous en parlerons en traitant des *Successions* et des *Donations*. Mais nous devons rappeler ici en peu de mots ce que l'on entendait par droit d'aubaine.

148. L'*aubain*, c'est l'individu né ailleurs², c'est-à-dire l'étranger, à la différence du régnicole, du national.

Par le droit d'aubaine, la succession de l'étranger mort en France appartenait à l'État, ou, dans certains pays, au seigneur haut justicier, quant aux biens situés en France, à l'exclusion de ses parens, autres que ses enfans nés en France ou naturalisés³.

149. Montesquieu a dénoncé à tous les peuples ce prétendu droit comme un droit insensé, et l'assemblée constituante, accomplissant le vœu de l'illustre auteur de l'*Esprit des lois*, l'avait solennellement aboli, dans l'espoir que les peuples, mieux éclairés sur leurs véritables intérêts, et guidés par un sentiment plus juste,

¹ Le droit d'aubaine n'était en effet relatif qu'aux successions. L'interdiction du droit de disposer et de recevoir était fondée sur d'autres principes.

² *Alibi natus*.

³ Voyez de Lacombe, au mot *Aubain*, sect. 4.

nous imiteraient en l'abolissant à leur tour. Mais cette attente a été trompée, et les rédacteurs du Code, consultant plutôt les principes de la justice commutative, de la réciprocité exacte, qu'une générosité sans aucun fruit pour nous, crurent devoir rétablir, sinon le droit d'aubaine proprement dit¹, mais l'exclusion des parens étrangers dans la succession du Français ou de l'étranger, quant aux biens situés en France, sauf le cas de traités faits avec la nation à laquelle appartenait l'étranger survivant (art. 11 et 726 combinés). La rigueur de l'ancien droit fût même augmentée en deux points : 1° anciennement, l'enfant de l'étranger, né en France ou naturalisé, lui succédait, sans qu'il eût besoin de remplir les conditions prescrites par l'article 9 du Code, conditions qui ne peuvent être accomplies que par un individu ayant au moins vingt-un ans révolus ; en sorte qu'un enfant mort en minorité sous l'empire de l'article 726, quoique né en France, n'eût point recueilli la succession de son père étranger, quant aux biens situés en France, tandis qu'il l'eût recueillie dans l'ancienne jurisprudence. Bien

¹ Suivant le droit d'aubaine, le roi, ou le seigneur haut-justicier, en certaines provinces, aurait recueilli les biens s'il n'y avait pas eu d'enfans Français ou naturalisés ; tandis que d'après le Code, tout autre parent Français jusqu'au douzième degré aurait pu succéder à l'étranger, quant aux biens laissés par celui-ci en France. Ainsi, l'ancien droit faisait profiter le fisc quand il n'y avait pas d'enfans français ou naturalisés, et le Code faisait profiter aussi les autres parens français, de préférence au fisc. C'est une différence notable entre le droit du Code et l'ancien droit d'aubaine.

Nous verrons au titre *des Donations et Testamens* quelle était anciennement et quelle est aujourd'hui la capacité de l'étranger, soit à l'effet de recevoir, soit à l'effet de disposer par donations entre-vifs ou testamentaires, quant aux biens situés en France. Nous ne pouvons en ce moment entrer dans ces explications.

mieux, d'après l'opinion de plusieurs auteurs, et que nous avons nous-même embrassée, si la succession s'était ouverte avant que l'enfant eût accompli les formalités de l'article 9, il n'aurait pu, même après leur accomplissement, réclamer l'hérédité : on lui aurait opposé le principe consacré par l'article 20, quand bien même il n'y est pas dénommé. 2° Anciennement, aussi, l'enfant étranger pouvait venir, conjointement avec son frère, né en France ou naturalisé, à la succession du père commun : le Code civil ne lui accordait certainement pas ce droit. Il n'a eu en vue que le principe d'une rigoureuse réciprocité, et résultant des traités, pensant que c'était le meilleur moyen d'exciter les étrangers, par le sentiment de leur propre intérêt, à abolir le droit d'aubaine. Ce nouvel espoir, au surplus, n'a pas été mieux justifié que celui de l'assemblée constituante.

150. C'est dans le même but qu'a été conçue la disposition de l'article 11, dont nous avons parlé : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés par les traités faits avec la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

Ainsi, pour les droits de succession ouverts en France avant la promulgation de la loi du 14 juillet 1819, ils ont été réglés en conformité des dispositions contenues dans les traités, s'il en existait, sinon l'étranger ne les a pas recueillis. Ils ont été acquis aux parens français venant après lui dans l'ordre de successibilité; et s'il n'y en avait pas, ils ont été acquis à l'État, comme biens vacans et sans maître. (Art. 539 et 726 combinés).



151. C'est encore en vue d'une réciprocité parfaite, qu'ont été portées les dispositions des articles 14 et 15 :
 « L'étranger, même non résidant en France, pourra
 « être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France
 « avec un Français; il pourra être traduit devant les
 « tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ¹.

« Un Français pourra être traduit devant un tribunal
 « de France, pour les obligations par lui contractées
 « en pays étranger, même avec un étranger. »

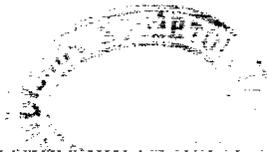
Le commerce, source de prospérité pour les nations en général, est même devenu pour certains peuples une condition d'existence et une cause unique de grandeur; il a donc dû être encouragé et protégé par des lois qui assurent à ses transactions un appui contre la mauvaise foi.

Tels sont les véritables motifs qui ont fait reconnaître et consacrer en cette matière une réciprocité que l'article 11 n'a pas voulu établir comme droit commun, mais comme pouvant seulement être l'ouvrage des traités.

152. Mais l'étranger qui a contracté en France avec

¹ La cour de Paris a jugé, le 28 février 1814, que cette disposition, qui permet au Français de citer l'étranger devant nos tribunaux, pour l'exécution des obligations contractées par celui-ci en pays étranger, n'est point applicable au cas où le Français a son domicile établi en pays étranger lors de l'assignation. Sirey, 1814, II, 362.

Mais l'article 14 ne fait pas cette distinction, et il ne devait pas la faire. Si l'étranger assigné en France, c'est probablement parce qu'il suppose y trouver plus de moyens d'être payé: or, c'est dans cette esprit qu'ont été rédigées les dispositions des articles 14 et 15. La réciprocité qu'ils ont voulu établir nous paraît blessée par cette décision.



un autre étranger, peut-il demander aux tribunaux français l'exécution de son contrat ?

Nous le croyons s'il s'agit d'un acte de commerce passé en France, et c'est l'opinion généralement adoptée ¹.

435. De même, l'étranger lésé dans sa personne ou dans ses biens par un délit commis en France, soit par un Français, soit par un étranger, ne réclamerait pas vainement justice de nos tribunaux. Ce serait d'ailleurs plutôt à nous-mêmes qu'elle serait rendue, puisque l'ordre public, en général, aurait été blessé comme si l'action eût été commise envers un Français.

434. Mais lorsqu'il s'agit d'obligations purement civiles contractées entre des étrangers, même en France, nous ne croyons pas que nos tribunaux doivent en connaître ², surtout si le défendeur décline leur juridiction. Si nous avons décidé le contraire dans les deux cas précédents, nous l'avons fait par des motifs dont l'application ne se fait pas sentir ici. Cette opinion, au surplus, se trouve confirmée par plusieurs arrêts, notamment

¹ La citation donnée à un étranger qui n'a ni domicile ni résidence connus en France, doit être donnée au domicile du procureur du roi près le tribunal où la demande est portée. (Art. 69, n° 9, Code de proc. Voyez aussi l'arrêt rendu par la cour de cassation le 5 août 1807. Sirey, 1807, I, 124.

² M. Delvincourt est de cet avis, mais c'est pour le cas où l'obligation n'a point été contractée en France, et que le débiteur surtout n'y a pas son domicile, avec ou sans autorisation.

Ce jurisconsulte pense aussi que, s'il s'agit de matière immobilière, comme l'article 3 porte que les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française, l'étranger pourra être cité devant nos tribunaux par un autre étranger. On peut invoquer à l'appui de cette opinion la disposition de l'article 59 du Code de procédure, qui attribue indistinctement, en matière réelle, la juridiction au tribunal de la situation de l'objet litigieux.

par un de la cour de cassation, section des requêtes, du 22 janvier 1806. (Sirey, 1806, I, 263.)

Il en serait autrement si l'étranger demandeur jouissait des droits civils en France, conformément à l'article 15.

Il en serait autrement aussi s'il s'agissait d'une action immobilière, ou de l'exercice d'un droit d'hypothèque, parce que les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par les lois Françaises (art. 3), et que c'est au tribunal de la situation des biens que les actions de cette nature doivent être portées. (Art. 59, Cod. de procéd.)

455. A l'égard des jugemens rendus en pays étranger, l'article 546 du Code de procédure porte qu'ils ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les article 2123 et 2128 du Code civil, c'est-à-dire lorsqu'ils auront été rendus exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent exister dans les lois politiques ou dans les traités.

L'exécution d'un jugement est, en effet, un acte de souveraineté : c'est un ordre donné par le souverain d'un État aux officiers préposés par lui, de faire exécuter les décisions de la justice. Cet ordre ne peut avoir de force que dans les limites de la puissance qui le donne ; partout ailleurs il est dépouillé de sa vertu essentielle.

Mais si l'on n'a jamais élevé de doute sur la sagesse de ce principe, qui est de Droit public plutôt que de Droit civil, l'on est loin d'être d'accord sur le sens des

articles 546 du Code de procédure, et 2123 du Code civil, qui défendent de mettre à exécution les jugemens rendus en pays étranger avant qu'ils aient été rendus exécutoires par un *tribunal français*.

S'agit-il, en effet, d'une simple ordonnance d'*exequatur*, délivrée par le président du tribunal, comme en matière de décision arbitrale, ou s'il s'agit, au contraire, d'une exécution ordonnée par le tribunal lui-même, après examen, discussion, nouveaux débats, si la partie condamnée le demande?

Trois cas peuvent se présenter; la jurisprudence offre des exemples de chacun d'eux :

Celui où le jugement rendu en pays étranger a été rendu contre un Français au profit d'un autre Français, ou d'un étranger, peu importe;

Celui où il a été rendu contre un étranger au profit d'un Français;

Et enfin celui où il a été rendu entre deux étrangers.

Dans le premier cas, on est généralement d'accord que le Français peut débattre de nouveau ses droits devant le tribunal français auquel l'exécution est demandée. L'article 121 de l'ordonnance de 1629, vulgairement appelée le Code *Michaud*¹, en contenait la disposition formelle; et ce point n'a jamais fait de doute sérieux².

Mais, dans le second cas, l'on prétend que la loi étant en faveur du Français, et l'étranger ayant été

¹ Du chancelier *Michel* de Marillac, qui l'avait rédigée.

² Voyez un arrêt de la cour de Toulouse rendu en ce sens, le 27 décembre 1819. Sirey, 20, II, 312.

jugé d'après les lois de son pays, il n'a pas le droit de demander aux tribunaux français d'examiner, d'apprécier et de juger de nouveau le fond de l'affaire. L'on peut ajouter que, s'il faut nécessairement un nouveau jugement, par conséquent une nouvelle assignation, de nouveaux débats, l'article 2123, qui suppose que les jugements étrangers produiront effet en France après avoir été rendus exécutoires, n'aura aucun sens en ce point, puisque ce sera seulement celui du tribunal français qui produira réellement effet; l'autre ne serait tout au plus qu'un acte dans lequel ce tribunal pourrait, jusqu'à un certain point, puiser les élémens de sa décision, comme il les puiserait, sans nul doute, dans un contrat passé en pays étranger.

Cependant la cour de Paris a jugé ¹ que les jugemens obtenus aux États-Unis par Holker, naturalisé Français, contre Parker, Américain, ne pouvaient être mis à exécution en France sur une simple ordonnance d'*exequatur*; qu'il y avait lieu, au contraire, à débattre de nouveau le fond, sur la demande qu'en avait faite Parker.

Pourvoi contre cet arrêt. Il fut d'abord accueilli par la section des requêtes, attendu la gravité de la difficulté; mais l'affaire renvoyée à la section civile, elle fut jugée ² dans le sens de l'arrêt de la cour de Paris. Nous rapporterons quelques-uns des considérans de celui de la cour de cassation, puisque la question est encore vivement controversée.

¹ Le 27 août 1816. Sirey, 16, II, 369.

² Le 19 avril 1819. Sirey, 19, I, 287.

« Sur la contravention aux articles 2123 et 2128 du
 « Code civil, et 546 du Code de procédure, attendu
 « que ces articles n'autorisent pas les tribunaux à dé-
 « clarer les jugemens rendus en pays étranger exé-
 « cutoires en France sans examen; qu'une semblable
 « autorisation serait aussi contraire à l'institution des
 « tribunaux, que l'aurait été celle d'en accorder ou
 « d'en refuser l'exécution arbitrairement et à volonté;
 « que cette autorisation, qui, d'ailleurs, porterait at-
 « teinte au droit de souveraineté du gouvernement fran-
 « çais, a été si peu dans l'intention du législateur, que,
 « lorsqu'il a dû permettre l'exécution sur simple *parea-*
 « *tis* des jugemens rendus par des arbitres revêtus du
 « caractère de juges, il a eu le soin de ne confier la
 « faculté de délivrer l'ordonnance d'*exequatur* qu'au
 « président, et non pas au tribunal, parce qu'un tri-
 « bunal ne peut prononcer qu'après délibération, et ne
 « doit accorder, même par défaut, les demandes for-
 « mées devant lui, que si elles se trouvent justes et bien
 « vérifiées.

« Attendu, enfin, que le Code civil et le Code de pro-
 « cédure ne font aucune distinction entre les divers ju-
 « gemens rendus en pays étrangers, et permettent aux
 « juges de les déclarer tous exécutoires; qu'ainsi les
 « jugemens, lorsqu'ils sont rendus contre des Fran-
 « çais, étant incontestablement sujets à examen sous
 « l'empire du Code civil, comme ils l'ont toujours
 « été, *on ne pourrait pas décider que tous les autres doi-*
 « *vent être rendus exécutoires autrement qu'en connais-*
 « *sance de cause, sans ajouter à la loi et sans y introduire*

« une distinction arbitraire aussi peu fondée en raison
« qu'en principe, etc. »

Le troisième cas, celui où le jugement a été rendu entre deux étrangers, se trouve par conséquent décidé de la même manière, et à *fortiori*.

136. Au surplus, le principe souffre exception lorsqu'il existe dans les lois politiques ou dans les traités, des dispositions qui autorisent, sur simple ordonnance d'*exequatur*, l'exécution des jugemens rendus en pays étranger. (Art. 546 du Code de procéd., rapproché des articles 2123 et 2128 du Code civil.)

137. Quoique la loi du 14 juillet 1819 ait aboli ce qui restait de l'ancien droit d'aubaine, et détruit ainsi la principale différence entre l'étranger et le Français, quant à la jouissance des droits civils en France, il en existe néanmoins encore plusieurs autres très notables, que nous ne devons point passer sous silence.

Ainsi, l'étranger non naturalisé ne peut être admis à aucune fonction publique ¹.

Il ne peut voter dans les collèges électoraux, lors même qu'il aurait été admis par le gouvernement à établir son domicile en France, simplement en vertu de l'article 15 du Code civil; car il n'en est pas moins encore étranger. Il jouit sans doute des droits civils, mais non des droits politiques.

138. L'étranger proprement dit ne peut invoquer le bénéfice de cession (art. 905 Code de procéd.); c'est une institution du Droit civil. Mais par cela même il en jouit s'il a été autorisé par le roi à éta-

¹ Voyez de Lacombe, au mot *Aubain*, sect. 2.

blir son domicile en France, conformément à l'article 13 du Code civil.

459. La question de savoir si l'étranger non admis à jouir des droits civils en France peut prescrire contre le Français, a été fort controversée, et elle l'est encore. Pour la négative, l'on a dit que la prescription est une institution du Droit civil, dont par conséquent l'étranger ne peut jouir, à moins qu'il n'y ait dans les lois politiques ou dans les traités des dispositions contraires.

Il est vrai que l'usucapion des Romains était une institution particulière de leur droit civil¹; mais plusieurs bons interprètes de cette législation ont pensé que, depuis que l'usucapion avait été transformée par Justinien en prescription de *long-temps*, la prescription était plutôt du Droit de gens que du Droit civil². D'ailleurs, au temps même de Cicéron, elle était appelée *la patronne du genre humain*, et la prescription *longi temporis*, du Droit prétorien, était considérée comme appartenant plutôt au Droit des gens qu'au Droit civil pur, et d'après cela, ceux-là même qui n'étaient pas citoyens Romains, les *perigrini*, pouvaient l'invoquer même contre un citoyen Romain.

Nous ne doutons pas, au surplus, que l'étranger ne puisse invoquer celle à l'effet de se libérer. Elle doit être considérée comme les autres moyens d'après lesquels s'éteignent les obligations, par conséquent comme étant du Droit des gens, puisque les contrats

¹ La loi des douze Tables portait : *Adversus hostem æterna auctoritas esto*.

² Voyez les Professeurs de Louvain : *Recitationes ad Pandectas*, tit. de *Usurpat. et usucap.*, n° 7.

sont du domaine de ce Droit. Cela doit être surtout regardé comme certain dans les transactions commerciales. Nous reviendrons au reste sur ce point important, au titre de *la Prescription*.

160. En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger demandeur principal ou intervenant est tenu, si le Français l'exige, de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès ¹ (Art. 16, Code civil; et 167, Code de procéd.)

Mais l'étranger défendeur, principal ou intervenant, ne doit pas la caution : la défense est de Droit naturel. Si l'on a craint que l'étranger ne vexât un Français, en le traduisant en justice sans motif, et ne vînt ensuite à disparaître sans payer les dépens et les dommages-intérêts dus au Français, cette raison ne s'applique plus lorsque c'est le Français qui est l'agresseur.

161. La caution est due par l'étranger lorsqu'il se porte partie civile contre un Français en matière criminelle. L'article 16 dit, en effet, *en toutes matières, autres que celles de commerce* ².

162. Indépendamment du cas où la matière est commerciale, le principe reçoit exception, 1^o lorsque l'étranger possède en France des immeubles suffisants pour assurer le paiement des frais et des dommages-intérêts auxquels le tribunal estimerait que pourrait s'é-

¹ Non pour le principal de la demande; car, si elle est mal fondée, l'étranger demandeur n'aura rien à recevoir; et si elle est bien fondée, c'est le Français défendeur qui en devra payer le montant.

² Voyez l'arrêt de cassation du 3 février 1814. Sirey, 14, I, 116.

lever la condamnation ¹; 2° lorsqu'il consigne somme suffisante et arbitrée par le tribunal; 3° lorsqu'il y a dans les traités des dispositions qui le dispensent de fournir la caution ²; 4° enfin, lorsque l'étranger a été admis par le gouvernement à jouir des droits civils en France. (Art. 11, 13, 16, Cod. civ., et 167, Cod. de procéd.)

165. Dans les cas où la caution est due, elle doit être demandée avant toute autre exception (art. 166, Cod. de procéd.) Nous en exceptons cependant le déclina-toire pour cause d'incompétence à raison de la personne, lequel doit être proposé avant tout. (Art. 169, *ibid.*)

164. L'étranger porteur d'un titre *paré* ne doit pas de caution pour le faire exécuter : il ne demande rien aux tribunaux; c'est le chef de l'État qui ordonne directement aux officiers par lui préposés de prêter leur ministère pour l'exécution du titre, lorsqu'ils en seront légalement requis. Les difficultés qui pourraient s'élever sur cette exécution seraient la matière d'une or-

¹ Le défendeur peut demander acte au tribunal de la déclaration que l'étranger fait de ses immeubles. Peut-il aussi demander que celui-ci les soumette à l'hypothèque jusqu'à concurrence de la somme fixée par le tribunal? et si l'étranger n'y donne pas son consentement, le Français a-t-il droit, en vertu de l'*acte judiciaire*, de prendre inscription conformément à l'article 2123, jusqu'à concurrence de la somme qu'il aura fait déterminer par le tribunal? La disposition de l'article 16 est de droit exceptionnel, par conséquent elle n'est pas susceptible d'extension. La qualité de propriétaire d'immeubles dans la personne de l'étranger a pu raisonnablement sembler au législateur une garantie suffisante, lorsque les biens, du reste, ne sont pas grevés d'hypothèques, ou, s'ils le sont, lorsqu'ils présentent encore une suffisante garantie.

² La cour de cassation a en effet jugé, le 9 avril 1807, qu'aux termes des capitulations, *et par réciprocité*, les Suisses ne sont pas assujettis à fournir cette caution.

donnance de référé, mais non l'objet d'une demande et d'une condamnation judiciaires, du moins ordinairement ¹.

165. Mais, en matière judiciaire, l'étranger demandeur doit, en principe, la caution, encore qu'il eût une résidence fixe, s'il n'a point obtenu l'autorisation du roi ; car il n'a réellement pas de domicile véritable, de domicile civil en France, d'après l'avis du conseil d'État dont nous avons parlé *suprà*, n° 142.

166. L'étranger défendeur peut-il l'exiger de l'étranger demandeur, dans le cas où celui-ci la devrait à un Français ?

L'obligation de fournir cette caution est une institution de notre Droit civil : dès lors, le Français seulement peut en invoquer la disposition. La loi du 10 septembre 1807, dont nous allons parler tout à l'heure, établit, en effet, pour les objets qu'elle règle, une distinction formelle entre l'étranger et le Français ; et cette distinction est fondée sur les vrais principes. Au reste, dans les matières purement civiles personnelles, le défendeur pouvant décliner le tribunal français, ainsi que nous l'avons dit au n° 154, où nous rapportons un arrêt de la cour de cassation rendu en ce sens, il est clair que la question perd dans ce cas presque tout son intérêt.

167. Suivant la loi du 10 septembre 1807, tout ju-

¹ L'arrêt du 9 avril 1807, précité, a décidé dans ce sens : il a de même jugé que la poursuite d'expropriation, faite en vertu de titre exécutoire, ne forme pas une demande judiciaire de la nature de celles prévues par l'article 166 du Code de procédure, et par conséquent que l'étranger ne doit pas caution.

gement de condamnation au profit d'un *Français* contre un étranger *non domicilié en France*, emporte la contrainte par corps.

Et même avant la condamnation, mais après l'échéance ou l'exigibilité de la dette, le président du tribunal de première instance, dans l'arrondissement duquel se trouve l'étranger non domicilié, peut, sur la requête du créancier français, et s'il y a des motifs suffisants, ordonner son arrestation provisoire, laquelle doit avoir lieu suivant les formes prescrites par le Code de procédure.

Néanmoins cette dernière disposition cesse d'être applicable, si l'étranger justifie qu'il possède en France un établissement de commerce, ou des immeubles, le tout suffisant pour assurer le paiement de la dette, ou s'il fournit une caution bonne et solvable, domiciliée en France.

168. Enfin les jugemens rendus au profit d'étrangers qui auraient obtenu des adjudications dans les matières pour lesquelles il y a, d'après le décret du 22 juillet 1806, recours au conseil-d'état, ne peuvent être exécutés pendant le délai accordé pour le recours, qu'autant que l'étranger aura préalablement fourni en France une caution bonne et solvable ¹.

Telles sont les principales différences qui existent entre les étrangers non naturalisés et ne jouissant pas de nos droits civils, et les Français ou ceux qui le sont devenus, ou qui ont simplement acquis la jouissance de ces droits.

¹ Décret du 7 février 1809 ; Bull. n° 4122.

Mais, quant aux effets des contrats du Droit des gens, comme la vente, le louage, etc., nulle différence entre les étrangers et les nationaux ; et depuis la loi du 14 juillet 1819, nulle différence non plus entre les étrangers proprement dits et les Français quant aux droits de succéder en France, d'y transmettre par voie de succession, et de recueillir et disposer par donations entre-vifs ou testamentaires.

CHAPITRE II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

SOMMAIRE.

169. *On perd la jouissance des droits civils par deux causes.*

169. La jouissance des droits civils étant généralement attachée à la qualité de Français, il est clair que lorsque cette qualité a disparu, la jouissance des droits civils s'est évanouie avec elle.

Toutefois, on perd aussi cette jouissance par une autre cause, par l'effet de condamnations judiciaires.

Nous parlerons d'abord de la première cause : ce sera l'objet de la section suivante.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE LA PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

SOMMAIRE.

170. *La qualité de Français se perd de cinq manières.*

171. *En principe, on ne peut appartenir à deux nations à la fois.*

172. *Le Droit naturel et le Code civil permettent à un individu*

d'abdiquer son pays sans autre perte que celle de sa nationalité.

173. *Si le décret du 26 août 1811, qui a dérogé à ce principe, est encore en vigueur?*
174. *L'autorisation du roi est exigée pour se faire naturaliser en pays étranger.*
175. *De l'effet de la naturalisation autorisée, d'après le décret.*
176. *La qualité de Français n'en est pas moins perdue.*
177. *L'effet de l'autorisation est personnel à l'individu.*
178. *La naturalisation non autorisée fait perdre les droits civils en France.*
179. *Depuis l'abolition de la confiscation, la succession ne pourrait appartenir qu'aux héritiers, si elle était ouverte; mais est-elle ouverte? Changement d'opinion de l'auteur quant à ce point : il n'admet plus l'ouverture de la succession.*
180. *Le Français ainsi naturalisé sans autorisation ne pourrait toutefois venir succéder en France en vertu de la loi du 14 juillet 1819.*
181. *Il en serait autrement de ses enfans conçus depuis sa naturalisation.*
182. *Autres dispositions pénales du décret.*
183. *Suivant un avis du conseil-d'état, il n'est point applicable aux femmes.*
184. *L'acceptation, non autorisée par le roi, de fonctions en pays étranger, fait perdre au Français sa qualité, et le soumet à l'application du décret du 6 avril 1819.*
185. *L'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour fait aussi perdre la qualité de Français.*
186. *Le Français qui a perdu sa qualité pour cette cause peut succéder en France en vertu de la loi du 14 juillet 1819.*
187. *La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari.*
188. *Il en est de même encore qu'elle fût mineure.*
189. *En principe, la femme du Français qui perd sa qualité ne perd pas pour cela la sienne.*
190. *Le Français qui, sans l'autorisation du roi, prend du ser-*

vice militaire à l'étranger, ou s'affilie à une corporation militaire étrangère, perd la qualité de Français.

191. *Dispositions du décret de 1811 sur ce cas.*

192. *Observation.*

170. Puisque la perte des droits civils résulte de la perte de la qualité de Français, il convient de voir comment on cesse d'être Français.

« La qualité de Français, dit l'article 17, se perdra,
« 1° par la naturalisation acquise en pays étranger;
« 2° par l'acceptation, non autorisée par le roi, de
« fonctions publiques conférées par un gouvernement
« étranger; 3° par tout établissement fait en pays
« étranger sans esprit de retour.

« Les établissements de commerce ne seront jamais
« censés faits sans esprit de retour. »

Suivant l'art. 18, une femme française perd sa qualité de Française par son mariage avec un étranger.

Enfin l'article 21 porte que « le Français qui, sans
« l'autorisation du roi, prend du service militaire chez
« l'étranger, ou s'affilie à une corporation militaire
« étrangère, perd aussi la qualité de Français.

« Il ne peut rentrer en France qu'avec l'autorisation
« du roi, et recouvrer la qualité de Français qu'après
« avoir rempli les conditions imposées à l'étranger pour
« devenir citoyen, et sans préjudice des peines établies
« contre le Français qui porterait les armes contre la
« France. »

Nous allons reprendre chacune de ces cinq manières de perdre la qualité de Français : chacune d'elles est susceptible d'observations spéciales.

§ 1^{er}.**De la Naturalisation acquise en pays étranger.**

171. La plupart des publicistes¹ enseignent que le même homme ne peut en même temps appartenir à deux nations, parce qu'un citoyen se doit tout entier à sa patrie, et qu'il ne pourrait remplir tous ses devoirs envers l'une et l'autre tout à la fois ; la mésintelligence qui surviendrait entre les deux peuples y mettrait nécessairement obstacle et le placerait en état d'hostilité envers l'un d'eux pour rester fidèle à l'autre.

172. Mais si l'homme ne peut appartenir à deux nations, si ce principe est implicitement consacré par le Code civil lui-même, qui prive de la qualité de Français, le Français qui s'est fait naturaliser en pays étranger, ou qui a formé en pays étranger un établissement sans esprit de retour, du moins le Code n'a point détruit cet autre principe, fondé sur le droit naturel, qu'il est permis à un individu de quitter le sol où le hasard l'a fait naître, et de se retirer d'une société qui ne lui offre pas assez d'avantages. L'abdication qu'il fait de son pays ne saurait lui être imputée à crime ; le Code civil ne la considère point non plus comme un délit, pourvu qu'elle ne dégénère point en violation de l'engagement qu'il a naturellement contracté en recevant le jour, de ne point nuire à ceux au milieu desquels il l'a reçu. Il perdra sans doute la jouissance des droits que lui attribuaient

¹ Voyez Heineccius, *Antiquités romaines*, liv. 1, lit. 16, § 10 ; Puffendorf, *Droit de la nature et des gens*, liv. 8, chap. 11 ; et Grotius, *de Jure belli ac pacis*, liv. 2, chap. 5, § 24.

les lois du pays qu'il abandonne, mais il se soumet à ces conséquences : il les connaît.

175. Cependant un décret du 26 août 1811¹ a apporté de grandes dérogations à ces principes du Droit naturel, et plusieurs notables changemens aux dispositions du Code, relativement à la naturalisation des Français, et à l'acceptation de fonctions chez l'étranger.

Ce décret, ainsi que celui du 6 avril 1809, encore bien plus rigoureux, est-il encore en vigueur ? n'a-t-il point été, comme une foule de dispositions d'une époque antérieure, il est vrai, mais analogues dans leur but, implicitement abrogé par la Charte de 1814, comme incompatible avec son esprit² ? C'est là une question très-grave, et qui tient particulièrement au Droit public, qui n'est autre que celle de savoir si les décrets impériaux qui n'avaient point pour objet l'exécution des lois, ou des matières d'administration publique, mais bien, au contraire, des objets qui ne pouvaient appartenir qu'au domaine de la loi, ont continué d'avoir leur force exécutoire après l'abolition du pouvoir d'où ils étaient

¹ Bulletin, n° 7186.

² M. Delvincourt ne le regardait pas comme abrogé par la Charte de 1814, combinée avec les dispositions du Code civil, pas plus que celui du 6 avril 1809. Aussi ce jurisconsulte en rappelle-t-il les principales dispositions dans les diverses éditions de son ouvrage. M. Toullier n'en parle pas dans celles du sien. Cela tient probablement à ce que les premiers volumes de ses premières éditions étaient déjà composés et même publiés lors de la promulgation de ces décrets, surtout du dernier, et l'auteur n'aura peut-être pas jugé à propos de faire une intercalation à ce sujet, car il cite par fois, et en les regardant comme étant encore en vigueur, d'autres décrets impériaux qui établissent des peines, et sur des matières qui appartenaient exclusivement au pouvoir législatif. Quoi qu'il en soit, cet auteur a gardé le silence sur la valeur légale de ces décrets, et nous eussions désiré connaître son opinion à cet égard.

émanés. Plusieurs cours royales ont jugé que les décrets impériaux qui renfermaient excès de la part du pouvoir exécutif n'étaient plus obligatoires depuis l'abolition du gouvernement impérial ; mais la cour de cassation, en réformant les décisions de ces cours, a jugé, au contraire, que « les actes de l'ancien gouvernement (le gouvernement impérial) promulgués et « exécutés comme lois sans opposition de la puissance « législative, et dont les dispositions ne sont pas « contraires au texte de la Charte constitutionnelle, « doivent conserver, jusqu'à ce qu'ils aient été révo- « qués, la plénitude de leur exécution, etc. ¹. » Et on lit aussi dans l'arrêt de cassation du 3 février 1820 (Sirey 20, I, 185), « Que les actes du gouvernement « qui ont précédé la restauration du trône et qui ont « été exécutés comme des lois, sans opposition des « pouvoirs ² qui avaient le droit de juger s'ils renfer- « maient une usurpation de l'autorité législative, doi- « vent conserver le même caractère et la même force « d'exécution jusqu'à ce qu'ils aient été légalement ré-

¹ Arrêt de cassation du 27 mai 1819 ; Sirey, 19, I, 347.

² Quels étaient ces pouvoirs ? Aux termes de l'art. 21 de la constitution du 22 frimaire an VIII, le sénat maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le tribunal ou par le gouvernement : les listes d'éligibles sont comprises parmi ces actes.

D'après l'article 37, tout décret du corps législatif, le dixième jour après son émission, est promulgué par le premier consul, à moins que, dans ce délai, il n'y ait eu recours au sénat pour cause d'inconstitutionnalité. Ce recours n'a point lieu contre les lois promulguées.

Et suivant l'article 44, le gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution.

Or, le tribunal ayant été ensuite supprimé, les actes inconstitutionnels du gouvernement, par conséquent ceux qui renfermaient une usurpation de la puissance législative, ne pouvaient plus être dénoncés au sénat que par le gouvernement lui-même, ce qui n'était guère à craindre.

« voqués ou modifiés, à moins qu'ils ne se trouvent
« anéantis par un texte précis de la Charte constitu-
« tionnelle. »....

S'il en est ainsi, les décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811 seraient donc encore en vigueur, et nous devons dès-lors en rappeler les principales dispositions, puisqu'elles modifient notablement, surtout celles du décret de 1811, les règles du Code civil relativement à la perte de la qualité de Français par l'effet de la naturalisation acquise en pays étranger, ou de l'acceptation de fonctions conférées par un gouvernement étranger. Du reste, nous n'entendons point décider si ces deux décrets, qui sont de si évidentes usurpations sur la puissance législative, et sur des objets si importants, ont encore ou non leur force exécutoire; c'est là une question de droit politique que nous ne pouvons discuter ici.

Nous parlerons d'abord de ce qui a rapport à la naturalisation acquise en pays étranger, et nous ferons connaître la disposition du décret de 1809 relative à l'acceptation de service militaire chez l'étranger, quand nous traiterons de ce cas.

174. Suivant le Code, l'autorisation du roi n'est pas nécessaire au Français pour se faire naturaliser en pays étranger : l'art. 17 ne l'exige pas, seulement la qualité de Français est perdue; mais le décret du 26 août 1811 porte, par son article 1^{er}, qu'aucun Français ne doit se faire naturaliser sans cette autorisation.

Comme, de fait, elle peut n'avoir été ni obtenue ni même demandée, et que les effets sont très différents dans les deux cas, il importe de les distinguer.

1^{er} CAS : *celui où la naturalisation a été autorisée.*

475. « L'autorisation à l'effet de se faire naturaliser
« en pays étranger est accordée par une ordonnance
« du roi, visée par le ministre de la justice, insérée
« au Bulletin des lois, et enregistrée à la cour royale
« du domicile de celui qu'elle concerne. (Art. 2.)

« L'effet de la naturalisation ainsi autorisée est de
« conserver au Français le droit de posséder et de
« transmettre des propriétés, ainsi que celui de suc-
« céder, quand même les sujets du pays où il est na-
« turalisé ne jouiraient pas de ces droits en France¹. »
(Art. 3.)

476. Mais la qualité de Français n'est pas moins perdue, suivant le Code civil et suivant le principe qu'on ne peut appartenir à deux nations à la fois ; car il s'agit ici de la naturalisation proprement dite. Il est vrai que cet article dit : *l'effet de cette naturalisation est de conserver au Français, etc.* ; mais on ne pouvait, dans le décret, le nommer autrement, puisqu'il n'est point encore devenu étranger, il va seulement le devenir ; et ce qui prouve qu'on le regardait comme devant cesser d'être Français, c'est qu'on a cru devoir lui conserver d'une manière spéciale le droit de succéder et de transmettre, ce qui eût été inutile à dire s'il fût resté Français. Il est vrai aussi que, dans l'article 4 du décret, l'on dit que l'effet de l'autorisation ne s'étend pas aux enfans conçus en pays étranger,

¹ Ils en jouissent aujourd'hui en vertu de la loi du 14 juillet 1819, et le droit de posséder des biens en France n'a jamais été refusé aux étrangers, du moins nous le croyons.

postérieurement à la naturalisation, qu'ils sont considérés comme étrangers; d'où l'on pourrait conclure que leur père, au contraire, est encore Français. Mais nous répondons que, si cela était vrai, ces mêmes enfans seraient Français en vertu de l'article 10 du Code civil, première disposition. Leur père lui-même n'est donc considéré comme Français qu'en tant qu'il peut encore transmettre ses biens et succéder en France comme le pourrait faire un Français; mais sous d'autres rapports, il a perdu cette qualité. Le décret ne déroge point en cela au Code civil qui fait perdre la qualité de Français par la naturalisation acquise en pays étranger. (Art. 17.)

177. « L'effet de l'autorisation est personnel à l'individu naturalisé, et ne s'étend pas à ses enfans conçus en pays étranger postérieurement à la naturalisation : ils sont considérés comme étrangers sous les deux exceptions suivantes :

« 1° Ils peuvent réclamer la qualité de Français, en remplissant les formalités prescrites par les art. 9 et 10 du Code civil ;

« 2° Ils recueillent les successions et exercent les droits qui s'ouvrent à leur profit pendant leur minorité et pendant les dix ans qui suivent leur majorité accomplie. » (Art. 4.)

II^e CAS : celui de la naturalisation non autorisée.

178. D'après l'article 6 du décret que nous expliquons, les effets de la naturalisation non autorisée sont « que le Français encourt la perte de ses biens, qui

« seront confisqués ; il n'a plus le droit de succéder , et
 « toutes les successions qui viendront à lui échoir pas-
 « seront à celui qui est appelé après lui à les recueillir,
 « pourvu qu'il soit régnicole.

« Et les Français ainsi naturalisés sans autorisation
 « et qui auraient reçu directement ou par transmission
 « des titres institués par le sénatus-consulte du 14
 « août 1806, en seront déchus ; et ces titres et les
 « biens y attachés seront dévolus à la personne restée
 « française, appelée selon les lois ; sauf les droits de
 « la femme qui seront réglés comme en cas de vi-
 « duité. (Art. 8 et 9.)

L'article 7 porte que « il sera constaté par devant la
 « cour du dernier domicile du *prévenu* , à la diligence
 « de notre procureur général, ou sur la requête de la
 « partie civile intéressée, que l'individu s'étant fait
 « naturaliser en pays étranger sans notre autorisation,
 « a perdu ses droits civils en France ; et en conséquence,
 « la succession ouverte à son profit sera adjugée à qui
 « de droit. »

Cette dernière disposition, qui appelle, à l'exclusion de l'ex-Français, à une succession qui eût été ouverte à son profit, le parent régnicole qui venait après lui dans l'ordre de successibilité ; cette disposition, disons-nous, est parfaitement juste, car, puisque ce Français ainsi naturalisé (et même naturalisé sans autorisation) a perdu sa qualité de Français, il ne devait plus, dans les principes généraux du Code civil lui-même, pouvoir succéder en France ; et si l'effet des dispositions du décret était borné à cela, ces mêmes disposi-

tions ne seraient l'objet d'aucune critique fondée. Mais il n'en est pas ainsi, le décret prononce la confiscation des biens, peine toutefois qui ne peut plus s'appliquer depuis que la Charte constitutionnelle, et de 1814 et de 1830, a aboli la confiscation. Il admet aussi la femme à faire régler ses droits comme en cas de viduité, et bien que l'art. 9 du décret, qui contient cette disposition, semble ne se rapporter qu'à celle de l'article 8, qui statue sur les titres et majorats qu'avait le Français naturalisé sans autorisation, néanmoins la généralité des termes de cet article 9 ne permet guère de douter, ce nous semble, que les droits de communauté de la femme ne dussent pareillement être réglés comme en cas de viduité.

Nous pensons aussi, toujours en supposant le décret en vigueur, que le Français, ainsi naturalisé sans autorisation, ne pourrait invoquer la loi du 14 juillet 1819 pour pouvoir recueillir, comme étranger, les successions qui s'ouvriraient en France et auxquelles il aurait été appelé par son degré de parenté avec le défunt. Il est dans une position différente de celle de l'étranger proprement dit, dans une position beaucoup plus défavorable, puisqu'il est privé de la jouissance des droits civils en France par forme de peine, comme par une sorte de mort civile, sinon dans les termes du décret, du moins dans les effets. Mais pour succéder à son défaut, il n'est plus nécessaire, depuis cette loi du 14 juillet 1819, que le parent le plus proche après lui soit régnicole; en cela le décret est évidemment modifié par cette loi.

179. Nous venons de dire que la Charte constitutionnelle ayant aboli la confiscation, il est clair que la disposition du décret qui la prononçait contre le Français qui s'était fait naturaliser sans autorisation, n'a pu, depuis la Charte, s'exécuter selon sa teneur. Mais, on raisonnait dans l'hypothèse où le décret serait encore en vigueur, et en considérant que la confiscation était, dans l'esprit du décret, comme la conséquence de la perte des droits civils en France, dont ce Français naturalisé sans autorisation se trouvait frappé, comme par une sorte de mort civile, puisque cette perte était constatée et prononcée par un arrêt de cour impériale (art. 7); de plus, comme les droits de la femme étaient réglés ainsi qu'en cas de viduité (art. 9), nous avons conclu de ces divers effets du décret, dans les précédentes éditions de cet ouvrage, que la succession était ouverte comme dans le cas de mort civile, et que, depuis l'abolition de la confiscation, elle l'était au profit des parens, suivant l'ordre réglé au titre *des Successions*. Nous réservions toutefois au ci-devant Français tout l'effet des lettres de relief des *peines et déchéances* qu'il avait encourues, conformément à l'article 12 dudit décret, et par conséquent, dans ce cas, il devait, suivant nous, s'il obtenait ces lettres, rentrer dans la propriété de ses biens. C'était du moins un grand adoucissement à la rigueur de notre première manière d'interpréter le décret quant à ce point.

Mais, après y avoir plus mûrement réfléchi, et avoir discuté à fond la question avec plusieurs de nos honorables et savans confrères, nous avons cru devoir

changer d'opinion sur ce point particulier, et nous l'avons fait d'autant plus volontiers que cette disposition du décret qui prononçait la confiscation était infiniment rigoureuse, pour ne rien dire de plus, et qu'elle ne doit par conséquent pas être étendue à autre chose que ce qu'elle avait établi; or, elle avait établi la confiscation et non l'ouverture de la succession au profit des parens, et la confiscation a été abolie par la Charte. Elle prononçait bien aussi, il est vrai, contre ce Français naturalisé sans autorisation, la perte des droits civils en France, mais non la mort civile proprement dite, celle à laquelle le Code civil attache comme effet l'ouverture de la succession, et incontestablement le mariage de ce ci-devant Français n'était point dissous par le décret, comme le serait celui d'un condamné à une peine emportant mort civile; cet ex-Français n'aurait pas non plus été incapable de contracter un mariage valable, ainsi qu'il est interdit à un mort civilement d'en contracter un qui produise aucun effet civil. De toutes ces différences, nous concluons maintenant que le Français naturalisé, quoique sans autorisation, ne doit point être regardé comme un homme mort civilement dont la succession est ouverte par l'effet de la mort civile, et, par conséquence ultérieure, que les droits de sa femme, soit quant à la communauté, soit quant aux gains de survie, ne doivent point s'exercer comme en cas de viduité.

180. Nous avons déjà dit transitoirement que le Français naturalisé sans autorisation perd le droit de succéder en France, et que toutes les successions qu'il

aurait pu recueillir passent à l'héritier qui est appelé après lui. (Art. 6 du décret.)

Cette disposition est conforme aux principes sur l'ancien droit d'aubaine ; mais puisque, dans l'esprit du décret, elle est, de plus, une véritable peine, on est porté à décider, ainsi que nous l'avons fait plus haut, que, même depuis la loi du 14 juillet 1819, l'ex-Français ne pourrait venir succéder en France. Bien mieux, avant cette loi, il n'aurait pu venir succéder en France même en vertu de traités généraux intervenus entre la nation française et celle où il s'est fait naturaliser, et qui aurait admis les droits de successibilité réciproque entre les deux peuples.

181. Il n'en serait pas ainsi à l'égard de ses enfans conçus depuis sa naturalisation acquise¹ : ils pourraient succéder en France en vertu de cette loi, comme ils l'auraient pu avant sa promulgation s'il y avait eu des traités faits avec la nation à laquelle ils appartiennent. Ils sont simplement étrangers, et peuvent même, comme nés d'un Français qui a perdu cette qualité, invoquer le bénéfice des dispositions de l'article 10 du Code civil.

182. « Il est déchu, ainsi qu'il a été dit précédemment, de tous titres institués par les lois et ordonnances du royaume, soit qu'il les ait eus primitivement ou par transmission. » (Art. 8.)

« Ces titres et les biens qui y sont attachés sont dévolus à la personne restée française qui y est appelée selon les lois. » (Art. 9.)

¹ Car pour les autres ils sont restés Français.

« S'il avait reçu des ordres français, il est biffé des registres et états, et défense lui est faite d'en porter les décorations. » (Art. 10.)

« S'il est trouvé sur le territoire français, il est, pour la première fois, arrêté et reconduit au-delà des frontières. En cas de récidive, il est traduit devant les tribunaux français, et condamné à être détenu pendant un an au moins et dix ans au plus. » (Art. 11.)

« Néanmoins, le Français qui a encouru les peines et déchéances dont il vient d'être parlé, peut en être relevé par des lettres de relief, accordées par le roi dans la même forme que celles de grâces. » (Art. 12.)

Quant aux individus qui se trouvaient naturalisés en pays étrangers sans autorisation au moment du présent décret, ils ont pu obtenir l'autorisation dans le délai d'un an s'ils étaient sur le continent européen, de trois ans s'ils étaient hors de ce continent, et de cinq ans s'ils étaient au-delà du cap de Bonne-Espérance ou aux Indes orientales. Ce délai passé¹, ils sont devenus passibles des dispositions précédentes relatives aux individus naturalisés *sans autorisation*, et n'ont pu être relevés du retard que par des lettres de relief de déchéance accordées par le roi et délivrées par le ministre de la justice. (Art. 15.)

C'est encore une disposition bien rigoureuse, puisqu'elle porte avec elle une sorte d'effet rétroactif, et qu'elle a dû nécessairement placer le Français, qui ne pouvait la prévoir lorsqu'il s'est fait naturaliser en

¹ Il a été prorogé jusqu'au 1^{er} janvier 1814 par un autre décret du 13 août 1813. Bulletin, n° 9313.

pays étranger, dans la plus fâcheuse position vis-à-vis de sa nouvelle patrie. Et observez qu'il ne commettait alors aucun délit d'après les lois existantes; qu'il ne faisait qu'user du droit naturel que les publicistes ont reconnu dans tout homme, de chercher un ciel plus heureux pour lui, pourvu que ce soit sans manquer à le foi, sans désertion, et sans porter les armes contre son ancienne patrie.

485. Suivant l'avis du conseil-d'état du 14 janvier 1812¹, inséré au Bulletin des lois, ce décret n'est point applicable aux femmes.

§ II.

De l'acceptation, non autorisée par le roi, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.

484. Ce cas ne rentre pas nécessairement dans le précédent : l'acceptation de fonctions publiques en pays étranger ne suppose pas rigoureusement la naturalisation acquise dans ce pays; autrement il eût été inutile d'en faire une seconde manière de perdre la qualité de Français.

Le décret du 6 avril 1809 régit le cas où le Français accepte des fonctions publiques d'un gouvernement étranger sans l'autorisation du roi, et il prononce comme peine principale la mort civile contre le Français. Nous en parlerons au paragraphe cinquième.

§ III.

De l'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour.

485. La question de savoir si le Français a aban-

¹ On trouve ce décret dans Sirey, 1813, II, 294.

donné la France pour toujours, est une question de fait, qui doit être décidée d'après les circonstances.

Cette question ne doit même pas s'élever quand il est prouvé que l'établissement a eu lieu pour cause de commerce. (Art. 17, Code civil.)

Et le Français n'est point présumé abdiquer sa patrie : ceux qui voudront l'exclure de la jouissance ou de l'exercice de certains droits devront prouver qu'il a quitté la France sans esprit de retour.

Les faits et les circonstances les plus probans seraient l'aliénation de tous les biens, l'émigration avec l'épouse et les enfans, l'interruption de toute relation avec la France, etc., etc.

486. La question présente, au surplus, moins d'intérêt depuis la loi du 14 juillet 1819 ; car le Français ne pourrait tout au plus être rangé que dans la classe des étrangers ordinaires, et non dans celle des Français naturalisés sans autorisation, et encore moins dans celle des morts civilement : or, comme étranger, il pourrait, en vertu de cette loi, succéder en France comme s'il était Français.

En effet, il ne doit point être confondu avec le Français qui s'est fait naturaliser sans autorisation. Le Droit naturel et des gens, et le Code civil lui-même, nullement modifié à son égard par le décret du 26 août 1811, sont encore les lois qui le gouvernent.

§ IV.

Du mariage de la femme française avec un étranger.

487. En épousant un étranger, la femme française

témoigne la volonté de suivre la condition de son mari; elle devient donc étrangère, et telle est la disposition formelle de l'art. 19 du Code civil.

Si elle devient veuve, elle recouvre la qualité de française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du roi, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer. (*Ibid.*)

Nous reviendrons sur ce point à la section suivante.

Si le mariage venait à être annulé, la femme n'aurait jamais perdu la qualité de Française : *Nam quod nullum est, nullum effectum producit*. Il pourrait seulement y avoir lieu à la question de savoir si elle n'a pas cessé d'être Française comme ayant formé en pays étranger *un établissement sans esprit de retour*. La solution de cette question dépendrait des circonstances, mais généralement elle devrait être résolue en faveur de la femme ou de ses héritiers.

188. Mais faut-il au moins que la femme soit majeure lorsqu'elle se marie, pour perdre la qualité de Française ?

Et si elle est mineure, le consentement des personnes sous la puissance desquelles elle se trouve relativement au mariage, suffit-il pour l'autoriser à abdiquer cette qualité ?

Pourrait-elle au moins, dans le cas où des successions importantes se seraient ouvertes avant la loi de 1819, et auraient été recueillies par d'autres à son défaut, se faire restituer contre l'effet de son mariage, qui la lèse ainsi ?

Telles sont les questions qu'on peut se faire sur ce

cas; nous les résolvons contre la femme, *quia habilis ad nuptias, habilis ad matrimonii consequentias*.

Mais, comme étrangère, elle peut invoquer la loi de juillet 1819, pour les successions ouvertes depuis sa promulgation.

489. De ce que la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, en faut-il conclure que la femme du Français qui perd cette qualité la perd également ?

La femme, dit l'article 214, est obligée d'habiter avec son mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider. Dès-lors, comment la punir de la perte de la qualité de Française pour avoir obéi à la loi et à ses devoirs comme épouse? Cela est impossible. Il n'y a aucune parité entre elle et la femme qui épouse un étranger : celle-ci est maîtresse de son sort; sa nouvelle condition est l'effet de sa volonté, de son choix; tandis que l'état de la femme déjà mariée dépendrait de la volonté d'autrui. Ce serait une injustice.

Au surplus, si le mari a perdu la qualité de Français pour avoir quitté la France sans esprit de retour, et que sa femme l'ait accompagné en vue aussi de quitter la France à jamais, tous deux auront perdu la qualité de Français, et leurs enfans conçus depuis seront étrangers, et placés dans la classe des enfans dont parle l'article 10 du Code civil, deuxième disposition.

Mais le seul fait que la femme aura suivi son mari sera loin de suffire, selon nous, pour faire induire contre elle la conséquence qu'elle a entendu abdiquer sa qualité. Indépendamment de ce que la présomption

n'est pas que le Français veuille cesser de l'être, la femme avait des motifs puissans pour suivre son époux, l'accomplissement de ses devoirs comme épouse, son obéissance à la loi, et son affection pour celui à qui elle avait uni son sort.

§ V.

Du Français qui a pris du service militaire chez l'étranger, ou qui s'est affilié à une corporation militaire étrangère sans l'autorisation du roi.

490. L'article 21 est ainsi conçu : « Le Français « qui, sans l'autorisation du roi, prendrait du service « militaire chez l'étranger, ou s'affilierait à une cor- « poration militaire étrangère, perdra sa qualité de « Français.

« Il ne pourra rentrer en France qu'avec l'autorisa- « tion du roi, et recouvrer la qualité de Français qu'en « remplissant les conditions imposées à l'étranger pour « devenir citoyen; le tout sans préjudice des peines « prononcées par la loi criminelle contre les Français « qui ont porté ou porteront les armes contre leur « patrie. »

C'est encore le décret de 1811 qui régit ce cas; voici, à cet égard, ses principales dispositions :

491. « Nul Français ne peut entrer au service d'une « puissance étrangère sans l'autorisation spéciale du « roi, sous peine d'être traité comme Français natu- « ralisé *sans autorisation*. » (Art. 25.)

« L'autorisation est accordée par ordonnance déli- « vrée dans les formes prescrites pour la naturalisa- « tion. » (Art. 19.)

« L'autorisation est toujours accordée sous la condition de revenir en France en cas de rappel, soit que ce rappel soit l'effet d'une disposition générale ou d'un ordre direct. » (Art. 17.)

Et suivant l'article 18 de ce décret, « le Français, même autorisé, ne peut prêter serment à la puissance chez laquelle il a pris du service, que sous la réserve de ne porter jamais les armes contre la France, et de quitter le service, même sans être rappelé, si cette puissance venait à être en guerre avec la France, et ce, sous les peines¹ portées par le décret du 6 avril 1809, » qui, de plus, prononce la peine de *mort civile*, comme peine principale, « contre les Français qui occuperaient des emplois ou exerceraient des fonctions politiques, administratives ou judiciaires à l'étranger, à l'époque des hostilités survenues entre la France et la puissance où ils occuperaient ces emplois, et qui n'auraient pas justifié de leur retour en France dans le délai de trois mois, à compter des dites premières hostilités. Il en serait de même quand il n'y aurait pas eu d'hostilités, s'ils n'ont pas obéi au décret de rappel. » (Art. 28 dudit décret du 6 avril 1809.)

« Il ne peut se montrer en France qu'avec la permission spéciale du roi; et même avec cette permission, il ne peut se montrer dans les lieux soumis à l'obéissance du roi avec la cocarde ou l'uniforme étranger. » (Art. 22 de celui du 26 août 1811.)

« Il ne peut jamais être accrédité auprès du roi

¹ La peine de mort, avec la confiscation.

« comme ambassadeur, ministre ou envoyé, ni reçu
« comme chargé de mission d'apparat qui le mettrait
« dans le cas de paraître avec le costume étranger. »
(Art. 24.)

« Il ne peut servir comme ministre plénipotentiaire
« dans aucun traité où les intérêts de la France pour-
« raient être débattus. » (Art. 20.)

« Enfin, soit qu'il ait ou non obtenu l'autorisation
« du roi pour se faire naturaliser, ou pour prendre
« du service militaire chez l'étranger, s'il porte les ar-
« mes contre la France, au mépris des dispositions
« ci-dessus, il devient passible des peines portées à
« l'article 75 du Code pénal, » si ce n'est quant à la
confiscation, qui est abolie.

192. Telles sont les causes d'après lesquelles on perd la qualité de Français, et tels sont les effets de cette privation.

Mais, comme une mère, la patrie est indulgente ; elle oublie les erreurs de ses enfans ; elle leur permet de rentrer dans son sein. Toutefois, pour être généreux, le pardon ne doit pas être aveugle ; il ne doit pas tourner au détriment de la société qui l'accorde : aussi n'est-il concédé qu'en connaissance de cause. C'est ce que nous allons développer dans la section suivante, où nous traiterons des effets de la qualité de Français ainsi recouvrée.

SECTION II.

DES MANIÈRES DE RECOUVRER LA QUALITÉ DE FRANÇAIS ET DES EFFETS RÉSULTANT DE CETTE QUALITÉ RECOUVRÉE.

SOMMAIRE.

193. *Comment le Français qui a perdu sa qualité de Français peut la recouvrer : disposition de l'art. 18 ; à quels Français il s'applique.*
- 193 bis. *Comment la femme française qui avait épousé un étranger et qui est devenue veuve, recouvre la qualité de française, et quid à l'égard de ses enfans mineurs.*
194. *Le Français qui a perdu sa qualité pour avoir pris du service militaire chez l'étranger, ne peut redevenir Français qu'avec l'autorisation du roi, et en remplissant les conditions prescrites par la Constitution de l'an VIII, ou par le sénatus-consulte de vendémiaire an XI.*
195. *Pendant la durée du stage, il ne pourra succéder en France, même en vertu de la loi de juillet 1819, ni y exercer les autres droits civils.*
196. *La qualité de Français se recouvre sans effet rétroactif.*
197. *Le Français qui a obtenu des lettres de relief de déchéances, en conformité de l'article 12 du décret du 26 août 1811, recouvre les droits civils.*
198. *Mais il ne recouvre pas les biens qui ont été recueillis par d'autres à son défaut ; changement d'opinion de l'auteur quant à ce point.*
199. *L'enfant né en France d'un étranger peut-il, après avoir rempli les conditions prescrites par l'article 9, réclamer les droits ouverts antérieurement à cette époque ?*
200. *Résumé des diverses classes de personnes qui n'ont pas la qualité de Français, et qui jouissent plus ou moins de nos droits civils.*

§ 1^{er}.

Des manières de recouvrer la qualité de Français.

195. Suivant l'art. 18 du Code, « le Français qui aura

« perdu sa qualité de Français pourra toujours la recouvrer, en rentrant en France avec l'autorisation du roi, en déclarant qu'il veut s'y fixer, et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française. »

Cet article ne s'applique qu'aux Français qui ont perdu leur qualité de Français par l'une des trois causes suivantes :

1° Au Français naturalisé en pays étranger, même sans autorisation.

Pour celui qui l'avait obtenue, il n'avait pas, il est vrai, perdu la jouissance de certains droits civils¹, mais il n'avait pas moins cessé d'être Français ;

2° Au Français qui a accepté, sans l'autorisation du roi, des fonctions publiques chez l'étranger ;

3° Au Français qui a formé en pays étranger un établissement sans esprit de retour.

195 *bis*. Quant à la femme française qui avait épousé un étranger, et qui avait ainsi perdu sa qualité de Française, l'article 19 dit que, si elle devient veuve, elle recouvrera cette qualité, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du roi, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer.

D'après la rédaction de l'article, il semble que l'autorisation du roi n'est exigée que pour le cas où la femme ne réside pas en France au moment où elle devient veuve ; et c'est en effet notre opinion : l'article ne nous paraît susceptible d'aucun doute quant à ce point. Mais si elle avait des enfans mineurs, ces enfans deviendraient-ils Français par le fait que leur mère

¹ Article 3 du décret du 26 août 1811.

recouvre sa qualité de Française ? Y a-t-il du moins à distinguer entre le cas où elle réside en France avec ses enfans, au moment où elle devient veuve, et le cas où elle réside en pays étranger et ne recouvre la qualité de Française qu'en vertu de l'autorisation du roi, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer ?

Nous ne faisons aucune distinction, et nous décidons, dans tous les cas, que ces enfans conservent leur nationalité, c'est-à-dire, celle de leur père étranger, et qu'on ne peut les en dépouiller sans leur participation, sans leur volonté. Et ils ne pourraient même pas exprimer avec effet une volonté contraire pendant leur minorité. Leur condition est différente de celle de leur mère : celle-ci est Française d'origine ; eux, au contraire, sont étrangers d'origine, encore qu'ils fussent nés en France, sauf, en ce cas, l'application de l'article 9 du Code. La disposition de l'article 19 est donc établie pour leur mère, et non pour eux. En un mot, pour devenir Français, ils ont besoin de lettres de naturalisation comme les étrangers nés de deux étrangers proprement dits.

194. Pour le Français qui a pris du service militaire chez l'étranger, ou qui s'est affilié à une corporation militaire étrangère sans l'autorisation du roi, il lui faut, d'après l'article 21, pour redevenir Français, non-seulement l'autorisation royale, mais encore remplir les conditions prescrites à l'étranger pour devenir citoyen français : d'où quelques jurisconsultes ont conclu qu'il doit nécessairement résider en France pendant dix années consécutives depuis sa déclaration

inscrite sur le registre d'une commune, ainsi que le prescrivait la Constitution de l'an VIII à l'étranger pour devenir citoyen. Mais le sénatus-consulte du 26 vendémiaire an XI est antérieur à la promulgation de l'article 21 du Code ¹, et il trace aussi un mode d'après lequel l'étranger peut devenir *citoyen* français sans être obligé de remplir les conditions prescrites par la Constitution de l'an VIII. Si donc le Français est admis par le gouvernement à rentrer en France, en conformité du sénatus-consulte, comme étant dans un des cas qui y sont prévus, il pourra n'être astreint qu'à un stage d'une année.

495. Mais pendant la durée du stage quelconque auquel il sera soumis, il ne pourrait, s'il s'ouvrait une succession à laquelle il serait appelé par son degré de parenté, la recueillir même en vertu de la loi du 14 juillet 1819. Il n'est pas simplement étranger; il est dans une catégorie particulière, et d'après le Code civil, et d'après le décret du 26 août 1811 : tellement que le gouvernement ne peut, du moins d'après le Code, lui accorder, pendant la durée du stage, la jouissance des droits civils qu'il accorde à l'étranger proprement dit en vertu de l'article 13.

§ II.

Des effets de la qualité de Français recouvrée.

496. L'article 20 renferme le principe à cet égard :
 « Les individus, dit-il, qui recouvreront la qualité de
 « Français dans les cas prévus par les art. 10, 18 et

¹ Qui a eu lieu le 27 ventôse suivant.

« 19, ne pourront s'en prévaloir qu'après avoir rem-
« pli les conditions qui leur sont imposées par ces ar-
« ticles, et seulement pour l'exercice des droit ouverts
« à leur profit depuis cette époque. »

Toute rétroactivité est donc sévèrement proscrite. On ne devait pas, en effet, comme dans l'ancienne jurisprudence, laisser incertain le sort des propriétés recueillies, au défaut des Français qui avaient perdu cette qualité, par ceux qui venaient après eux dans l'ordre de successibilité : enlever ces biens à ceux-ci, qui ont dû raisonnablement croire qu'ils leur appartenaient irrévocablement, et qui ont réglé leurs dépenses en conséquence, c'eût été jeter le trouble et la confusion dans les familles.

Mais cette disposition de l'article 20 est susceptible de plusieurs observations.

497. Quant au Français qui s'était fait naturaliser sans l'autorisation du gouvernement Français, et qui, pour cette cause, avait encouru la confiscation, aux termes du décret du 26 août 1811, comme, d'après l'article 12 du même décret, l'obtention de lettres de *relief* le relevait *des peines et déchéances* prononcées contre lui, il n'est pas douteux que celui qui les avait obtenues ne recouvrât ses biens, qui avaient été confisqués. Dans nos précédentes éditions, où, par une interprétation trop rigoureuse du décret, et que nous regardons maintenant comme fautive, nous décidions que, depuis l'abolition de la confiscation, la succession avait été ouverte au profit des héritiers, nous reconnaissons néanmoins que l'effet des lettres de relief

était de faire recouvrer au Français la propriété de ses biens ; aujourd'hui que nous décidons qu'il ne l'a point perdue, la question au sujet de ce recouvrement ne s'élève plus, du moins dans notre manière de voir actuelle.

498. Mais il en est une autre sur laquelle nous avons cru devoir aussi changer de sentiment. Précédemment, nous décidions aussi que l'effet des lettres de relief obtenues en vertu de l'article 12 du décret était pareillement de faire recouvrer au Français les successions recueillies par d'autres Français, à son défaut, attendu que cet article porte formellement que *l'effet de ces lettres est de relever le Français des peines et déchéances qu'il avait encourues*. Or, une de ces peines était incontestablement la privation du droit de succéder en France. Nous ajoutons : « Il résultera sans doute de « cette décision un inconvénient que l'esprit général « du Code a voulu éviter, l'incertitude dans le sort « des propriétés; mais cet inconvénient ne doit pas, « surtout dans un cas aussi rigoureux, faire taire le « principe que l'effet des lettres de relief est une abo- « lition complète des peines, des déchéances, des in- « capacités dont la personne avait été frappée. Ceux « qui ont recueilli les successions, au défaut de ce Fran- « çais, ont dû savoir qu'ils ne les recueillaient que « sous la condition résolutoire dont l'effet était réglé par « l'art. 12 du décret : ils n'ont donc pas à se plaindre. « Le gouvernement, d'ailleurs, à qui les lettres de « relief seront demandées, pourra prendre en consi- « dération les circonstances pour accorder ou refuser « le bienfait. » Ainsi, nous faisons prévaloir, dans

l'intérêt de ce Français, l'article 12 du décret, interprété de la sorte, sur l'article 20 du Code civil, qui porte que les individus qui recouvreront la qualité de Français, dans les cas prévus aux articles 10, 18 et 19 (et l'individu dont il s'agit est compris dans l'art. 18), ne pourront s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions qui leur sont imposées par ces articles, et seulement pour les droits ouverts à leur profit depuis cette époque. Mais c'était une erreur de notre part. Le décret, si rigoureux envers les Français naturalisés sans autorisation, n'a pu vouloir, sous un autre rapport, les traiter plus favorablement que le Code ne traitait les Français naturalisés dans un temps où l'autorisation du gouvernement n'était pas nécessaire, et qui avaient ensuite recouvré la qualité de Français; que les Français qui avaient perdu leur qualité de Français pour avoir simplement formé en pays étranger un établissement sans esprit de retour; enfin, que la femme française qui avait épousé un étranger, et qui, devenue veuve, avait recouvré la qualité de Française, lesquels ne recouvrent leurs droits civils en France, d'après l'art. 20 du Code, que pour l'avenir seulement. Il y aurait eu contrariété de vues dans le décret; il n'a donc pu vouloir, en ce point, déroger au Code civil. Les lettres de relief relèveront le Français dont il s'agit, pour l'avenir, de la peine qui consistait dans la privation du droit de succéder en France, mais n'aboliront pas, pour le passé, l'incapacité où il a été de succéder en France, comme naturalisé en pays étranger sans autorisation du gouvernement français.

Du reste, nous admettons encore, comme dans nos précédentes éditions, que le décret (s'il est encore en vigueur) a dérogé au Code civil à l'égard du Français naturalisé avec autorisation, en ce sens que le droit de succéder en France lui a été conservé par le décret, tandis qu'il le perdait d'après le Code civil à moins qu'il ne se fût fait naturaliser chez une nation avec laquelle des traités auraient eu lieu relativement à ce droit, conformément aux dispositions des art. 11, 17 et 726 analysés et combinés. Mais depuis la loi du 14 juillet 1819, qui a admis les étrangers proprement dits à succéder en France, à y recevoir des biens et à disposer de ceux qu'ils y possèdent, comme les Français, cette observation n'a plus d'importance, si ce n'est pour les droits ouverts dans le temps écoulé depuis le décret jusqu'à ladite loi.

499. En indiquant les Français qui ont recouvré leur qualité, mais pour l'avenir seulement, l'art. 20 ne parle pas de l'enfant, né en France, d'un étranger, et qui a réclaté la qualité de Français en vertu de l'article 9 : cet enfant est-il appelé à jouir de la qualité de Français sous une condition suspensive, de manière que cette condition une fois accomplie ait un effet rétroactif au jour de sa naissance? (Art. 1179.)

Nous ne le pensons pas : il y aurait contrariété de vues dans la loi si cet enfant était admis à réclamer la qualité de Français avec effet rétroactif ; car il serait en cela traité bien plus favorablement que l'enfant du Français qui a perdu cette qualité, lequel cependant a été jugé plus digne d'intérêt puisqu'il peut tou-

jours devenir Français, toujours recouvrer la qualité de Français, tandis que l'enfant de l'étranger, né en France, ne peut le devenir que dans l'année de sa majorité. (Art. 9.)

Et quant au silence que garde sur cet enfant l'article 20, il n'en faut rien conclure en sa faveur; car il n'est pas parlé non plus du Français qui avait perdu sa qualité pour avoir pris du service militaire chez l'étranger, et qui l'a recouvrée: cependant il est incontestable qu'il l'a recouvrée sans effet rétroactif. On a voulu, par cet article, déroger à l'ancienne jurisprudence, suivant laquelle les individus qui avaient cessé d'être Français recouvraient les droits civils avec effet rétroactif: il était donc nécessaire de s'expliquer formellement à leur égard. Mais cela n'était pas également nécessaire par rapport à l'enfant mentionné à l'article 9, puisque, si, dans l'ancien Droit, il succédait à son père étranger, mort en France, à quelque époque que celui-ci mourût, cela ne pouvait plus avoir lieu dès que l'on déclarait qu'il ne pouvait devenir Français qu'à sa majorité: jusque-là restant étranger, et l'étranger n'ayant pas les droits civils en France, il n'était pas nécessaire de le comprendre dans l'article 20.

Au surplus, depuis la loi du 14 juillet 1819, la question a perdu presque toute son importance, attendu que cet enfant, quoique étranger, peut succéder et recevoir en France comme le Français.

200. Après avoir développé les manières dont se perd la qualité de Français et les effets attachés à cette perte, il ne sera pas inutile de rappeler succinctement

quelles sont les diverses classes d'individus qui n'ont pas ou qui n'ont plus la qualité de Français, et qui jouissent cependant plus ou moins de nos droits civils.

En supposant toujours que les décrets des 6 avril 1809 et 26 août 1811 sont encore en vigueur, on peut actuellement distinguer sept classes de ces personnes :

1° Les Français naturalisés avec autorisation : ils conservent pendant toute leur vie le droit de succéder et de transmettre leur succession en France, quand même les sujets du pays où ils sont naturalisés ne jouiraient pas de ces droits chez nous ¹. (Art. 3 du décret du 26 août 1811.)

2° Les enfans de ces Français, conçus depuis que leur père a acquis la naturalisation en pays étranger : ces enfans conservent les mêmes droits que leur père, mais seulement ceux qui s'ouvriront pendant leur minorité et pendant les dix ans qui suivront leur majorité. (Art. 4, *ibid.*)

3° Les Français naturalisés sans autorisation : leur état est réglé par les articles 7 et suivans dudit décret, et par celui du 6 avril 1809 pour les cas qui y sont exprimés.

4° Les Français qui ont perdu cette qualité par l'effet de l'acceptation, non autorisée, de services militaires ou de fonctions publiques chez l'étranger, ou par suite d'un établissement fait en pays étranger sans esprit de retour, et la femme française, par son mariage avec un étranger.

L'état de ceux qui sont dans le premier cas de cette

¹ Ils en jouissent maintenant d'après la loi de 1819 précitée.

catégorie est régi par les deux décrets, ainsi que par l'article 21 du Code civil.

L'état de ceux qui sont dans le second et le troisième cas est régi par les principes de ce Code.

5° Les individus mentionnés aux articles 9 et 10 dudit Code : ils sont réellement étrangers tant qu'ils n'ont pas réclamé le bénéfice de ces articles.

6° Les étrangers qui ont simplement été admis par le roi à établir leur domicile en France, et qui, conformément à l'article 13 du Code, y jouissent des droits civils ¹ tant qu'ils continuent d'y résider. Mais ils ne sont pas Français pour cela : ils sont encore soumis aux lois de leur pays relativement à leur capacité.

7° Enfin les étrangers proprement dits : leurs droits vis-à-vis des Français, en France, sont régis par les dispositions des différens Codes, par celles de la loi du 10 septembre 1807, et par celle du 14 juillet 1819 ².

CHAPITRE III.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

201. *Obligation pour chaque membre du corps social, de respecter les lois de l'association, sous peine de perdre les avantages qu'elles procurent.*

¹ Mais non des droits politiques.

² Et ils sont soumis à celle du 10 septembre 1807, relative à la contrainte par corps.

202. *Dans quelques cas, cette perte est une peine directe, prononcée par forme de condamnation ; mais généralement elle n'est que la conséquence d'une autre peine.*

203. *Quelquefois elle s'étend à tous les effets civils, et d'autres fois à quelques-uns seulement.*

204. Si la loi civile attribue des droits aux citoyens, elle leur impose aussi des devoirs. L'état de société est un contrat dans lequel chacun met en commun une partie de sa propriété, de son industrie, et même de sa liberté, pour s'assurer la jouissance paisible du surplus. Chacun des membres qui composent l'association doit donc observer les lois qui en forment le lien et en assurent la durée. S'il les viole, s'il ne respecte pas les droits de ses coassociés, s'il porte atteinte à leur sûreté, à leur propriété, il rompt le contrat, et se met pour ainsi dire de lui-même hors de l'association ; car la violation des devoirs doit entraîner la privation des droits.

202. Cette privation, dans quelques cas, résulte d'une condamnation judiciaire : elle est prononcée comme peine principale ; mais le plus souvent elle est seulement la suite, la conséquence légale d'une condamnation à une autre peine.

Quand elle est prononcée comme peine principale, elle est ordinairement temporaire, et ses effets ne sont relatifs qu'à la jouissance de certains droits civils seulement, parce que la réparation est mesurée sur l'offense.

203. Il y a cependant des cas où cette privation, prononcée comme peine principale, est non-seulement

perpétuelle, mais encore absolue dans ses effets : ce sont ceux prévus et régis par le décret du 9 avril 1809, dont nous allons retracer les principales dispositions, et par celui du 26 août 1811, article 6, qui a été précédemment expliqué.

Quand cette privation est la conséquence légale d'une condamnation à une autre peine, elle s'étend quelquefois à tous les droits civils; d'autres fois elle ne s'applique qu'à certains d'entre eux seulement; mais elle est perpétuelle quant à ses effets, à moins que le condamné n'ait été réhabilité, ainsi qu'il est dit au Code d'instruction criminelle.

Nous allons parler d'abord de la privation des droits civils prononcée comme peine principale, et ensuite nous traiterons de la mort civile.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PRIVATION TOTALE OU PARTIELLE DES DROITS CIVILS PRONONCÉE DIRECTEMENT PAR FORME DE PEINE.

SOMMAIRE.

204. *Dispositions des articles 22, 26, 28 et 29 du décret du 6 avril 1809, qui prononcent, comme peine principale, la privation totale des droits civils et politiques pour les cas qui y sont énoncés.*
205. *Dispositions de l'article 42 du Code pénal relatives à la privation temporaire de certains droits civils et de l'exercice des droits politiques.*
206. *Cette privation, pour avoir lieu, doit être ordonnée ou autorisée par la loi.*

204. Les dispositions du décret du 6 avril 1809¹,

¹ Bulletin, n° 4296. La peine portée par ce décret n'est toutefois pas prononcée par une condamnation judiciaire; mais nous n'avons pas voulu trop multiplier les divisions.

articles 22, 26, 28 et 29, prononcent, comme peine principale, et formellement, *la mort civile*, par conséquent la privation de tous les droits civils et politiques quelconques, contre les Français qui occuperaient des emplois ou exerceraient des fonctions politiques, administratives ou judiciaires, en pays étranger, à l'époque des hostilités survenues entre la France et la puissance chez laquelle ils occuperaient ces emplois, et qui n'auraient pas justifié de leur retour en France dans le délai de trois mois à compter des premières hostilités. ¹ (Art. 22.)

Il en serait de même quoiqu'il n'y eût pas eu d'hostilités, s'ils n'avaient pas obéi au décret de rappel. (Art. 28.)

L'article 26 prononce la même peine contre le Français qui, étant au service militaire d'une puissance étrangère, n'a pas obéi au décret de rappel, si toutefois la guerre n'a pas éclaté; si la guerre a éclaté, la peine est celle de mort.

Enfin la mort civile est également prononcée contre

¹ Nous avons vu avancer que ce décret se trouvait implicitement abrogé par le Code pénal actuel de 1810, qui lui est postérieur, et qui règle les peines portées contre les Français pour les crimes par eux commis en pays étranger contre la sûreté de la France; mais on n'a pas fait attention que l'art. 27 du décret du 26 août 1811, porte : « notre décret du 6 avril 1809 continuera à être exécuté pour tous les articles qui ne sont ni abrogés ni modifiés par les dispositions du présent décret, et notamment à l'égard des Français qui, étant entrés sans notre autorisation au service d'une puissance étrangère, y sont demeurés après la guerre déclarée entre la France et cette puissance. Ils seront considérés comme ayant porté les armes contre nous, par cela seul qu'ils auront continué à faire partie d'un corps militaire destiné à agir contre l'empire français ou ses alliés. » Ainsi, en admettant que le décret de 1809 ait été implicitement abrogé par le Code pénal de 1810, le décret de 1811 l'a positivement rétabli dans ses dispositions les plus rigoureuses.

le Français qui n'a pas pris de service militaire chez l'étranger, ou qui n'y exerce aucune fonction, s'il n'a pas obéi au décret de rappel, pourvu qu'il y ait été nominativement compris. (Art. 29.)

Mais il a cinq ans pour purger la contumace (article 30.) Le même délai est accordé à celui qui exerce dans l'étranger des fonctions politiques et qui n'a pas obéi au décret de rappel, toutefois s'il n'y a pas eu d'hostilités. (*Ibid.*)

205. Voilà pour les cas où la privation totale des droits civils, la mort civile, dans les termes, est prononcée directement comme peine. Il est d'autres cas où les droits civils ou politiques ne sont enlevés à l'individu, comme peine directe, qu'en partie seulement.

Ainsi, d'après l'article 42 du Code pénal, « les tribunaux, jugeant correctionnellement, peuvent, dans certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques, civils et de famille suivans :

« 1° De vote et d'élection ;

« 2° D'éligibilité ;

« 3° D'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois ;

« 4° De port d'armes ;

« 5° De vote et de suffrage dans les délibérations de famille ;

« 6° D'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfans, et sur l'avis seulement de la famille ;

« 7° D'être expert ou employé comme témoin dans
« les actes ;

« De témoignage en justice, autrement que pour
» y faire de simples déclarations. »

206. Mais les tribunaux ne peuvent prononcer l'interdiction mentionnée dans l'article précédent, que lorsqu'elle aura été autorisée ou ordonnée par une disposition particulière de la loi. (Art. 43, *ibid.*)

SECTION II.

DE LA PRIVATION DE CERTAINS DROITS CIVILS ET POLITIQUES COMME CONSÉQUENCE
D'UNE PEINE.

SOMMAIRE.

- 207. *Privation des droits civils comme conséquence de la condamnation à une peine.*
- 208. *État des condamnés aux travaux forcés à temps, à la détention, à la réclusion ou au bannissement, après avoir subi la peine principale.*
- 209. *Par leur réhabilitation, ils recouvrent leur état primitif.*
- 210. *Avant leur réhabilitation, ils ne sont toujours privés que de l'exercice des droits mentionnés aux articles 28 et 34 du Code pénal.*
- 211. *Pendant la durée de sa peine, le condamné aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion, est privé, non de la jouissance, mais de l'exercice des droits civils.*

207. Nous avons dit que la privation des droits civils résultant de la condamnation à une peine est quelquefois de certains droits civils seulement, et que d'autres fois cette privation est de tous les droits civils indistinctement. Dans ce dernier cas, elle constitue l'individu en état de mort civile.

Nous parlerons d'abord du premier cas, pour n'a-

voir plus à nous occuper que de la privation des droits civils par l'effet de la mort civile elle-même.

208. Suivant l'article 28 du Code pénal, modifié par la loi du 28 avril 1832, « la condamnation à la « peine des travaux forcés à temps, de la détention, « de la réclusion ou du bannissement, emportera la « dégradation civique. La dégradation civique sera « encourue du jour où la condamnation sera devenue « irrévocable, et, en cas de condamnation par con- « tumace, du jour de l'exécution par effigie. »

Or, suivant l'article 34 du même Code « la dégra- « dation civique consiste :

- « 1° Dans la destitution et l'exclusion des condam- « nés, de toutes fonctions, emplois ou offices publics ;
- « 2° Dans la privation du droit de vote, d'élection, « d'éligibilité, et en général de tous les droits civi- « ques et politiques, et du droit de porter aucune dé- « coration ;
- « 3° Dans l'incapacité d'être juré-expert, d'être « employé comme témoin dans des actes, et de dé- « poser en justice autrement que pour y donner de « simples renseignemens ;
- « 4° Dans l'incapacité de faire partie d'aucun con- « seil de famille, et d'être tuteur, curateur, subrogé- « tuteur ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses pro- « pres enfans, et sur l'avis conforme de la famille ;
- » 5° Dans la privation du droit de port d'armes, « du droit de faire partie de la garde nationale, de « servir dans les armées françaises, de tenir école, ou « d'enseigner, et d'être employé dans aucun établis-

« ment d'instruction, à titre de professeur, maître ou
« surveillant. »

209. Tous ces effets cessent pour l'avenir, lorsque le condamné a été réhabilité. » (Article 633, Code d'instr. crim.)

Mais la réhabilitation ne peut avoir lieu qu'après que le condamné a subi sa peine, ou obtenu soit des lettres de commutation, soit des lettres de grâce. (Article 619, *ibid.*)

Et jamais en faveur du condamné pour récidive. (Art. 634, *ibid.*)

210. On voit que le condamné, dans les cas ci-dessus, n'est pas absolument privé de la jouissance ou de l'exercice des droits civils, mais seulement de ceux mentionnés dans les articles précités ; car il peut recueillir des successions, des legs et des donations, se marier, etc., droits qu'il n'aurait pas s'il était privé de la jouissance des droits civils d'une manière absolue, comme un mort civilement. (Art. 25 du Code civil.)

211. Pendant la durée de sa peine, le condamné aux travaux forcés à temps, à la détention, ou à la réclusion, est, de plus, en état d'interdiction légale : il lui est nommé un tuteur et un subrogé-tuteur pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour la nomination des tuteurs et subrogés-tuteurs aux interdits. (Art. 29, Code pénal.)

Durant ce temps il jouit néanmoins des droits civils qui ne sont pas incompatibles avec l'état de dégradation civique ; seulement il ne les exerce pas : son tuteur les exerce pour lui.

SECTION III.

DE LA MORT CIVILE.

SOMMAIRE.

212. *Division de la matière.*
213. *Ce qu'on entend par mort civile.*
214. *La condamnation à la mort naturelle emporte la mort civile.*
215. *Est-ce principalement pour empêcher que le condamné ne puisse faire un testament depuis le jugement, que l'article 23 porte que la condamnation à la mort naturelle emporte la mort civile?*
216. *Les autres peines afflictives et perpétuelles n'entraînent la mort civile qu'autant que la loi y aurait attaché cet effet.*
217. *La condamnation aux travaux forcés à perpétuité ou à la déportation entraîne pareillement la mort civile.*
218. *Peut-elle dériver d'une condamnation pour délit militaire?*
219. *Elle ne résulte pas immédiatement du jugement, mais de l'exécution.*
220. *Ce que l'on entend par condamnations contradictoires, et comment est constatée leur exécution.*
221. *La mort civile date du moment de l'exécution.*
222. *L'exécution de la condamnation aux travaux forcés à perpétuité commence généralement par l'exposition publique.*
223. *De quand commence celle de la condamnation à la déportation?*
224. *Condamnations par contumace.*
225. *Elles n'emportent la mort civile qu'après les cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par effigie.*
226. *Pour bien apprécier les effets des condamnations par contumace, il faut distinguer trois périodes.*
227. *État des contumaces pendant les cinq ans : apposition du séquestre.*
228. *Le contumace est privé de l'exercice, mais non de la jouissance des droits civils.*
229. *Le compte du séquestre est rendu aussitôt si le contumace*

- se présente ou meurt dans les cinq ans; il l'est aussi à l'expiration de ce délai, dans le cas contraire.*
230. *Les actes faits par le contumace dans cette première période, sont nuls, encore qu'il comparaisse en justice ou meure pendant les cinq ans : controverse sur ce point.*
231. *Le testament fait avant la contumace est valable, si le testateur meurt non frappé alors de mort civile.*
232. *Le condamné ne pourrait toutefois demander la nullité des actes qu'il a faits pendant son interdiction légale.*
233. *Les actes faits par un condamné contradictoirement, depuis sa condamnation, mais avant d'avoir encouru la mort civile, sont valables en principe.*
234. *Par la représentation du condamné dans les cinq ans le jugement tombe de plein droit, et s'il est condamné à la même peine, la mort civile ne datera que de l'exécution du second jugement.*
235. *S'il meurt dans le délai de grâce, il meurt integri status.*
236. *Deuxième période : Si le condamné reparait après les cinq ans et qu'il soit absous, ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile, il rentre dans ses droits, mais seulement pour l'avenir.*
237. *Sa succession a été ouverte au profit de ses héritiers, et elle leur reste définitivement : controverse sur ce point important.*
238. *Si le condamné meurt après s'être représenté et avant d'être jugé de nouveau, il meurt avec la jouissance des droits civils.*
239. *L'individu qui rentre dans la vie civile, y rentre avec tous ses droits de famille.*
240. *Les lettres de grâce accordées au mort civilement le font rentrer dans la vie civile, mais sans préjudice des droits déjà acquis aux tiers.*
241. *Le testament fait avant la contumace est valable, quoique la mort civile ait été encourue, si le testateur meurt en état de capacité; mais il ne pourrait avoir effet que pour les biens acquis depuis la rentrée du condamné dans la vie civile.*
242. *Après vingt ans depuis la date du jugement par contumace,*

- le condamné a prescrit la peine ; mais il ne peut plus rentrer dans la vie civile.*
243. *Effets généraux de la mort civile.*
244. *La mort civile accompagne partout celui qui en est frappé. La condition du mort civilement est bien inférieure à celle de l'étranger proprement dit.*
245. *Mais nos lois ne peuvent empêcher le mort civilement de jouir des droits civils dans le pays étranger qui lui a donné asile.*
246. *Les sujets de ce pays peuvent-ils, de droit commun, se prévaloir de son incapacité pour demander la nullité des actes faits par lui depuis la mort civile encourue et qui seraient nuls en France ?*
247. *Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous ses biens. Sa succession est ouverte ab intestat ; son testament est sans effet.*
248. *Lors même qu'il aurait été fait avant la condamnation.*
249. *Les donations de biens à venir faites par le condamné avant d'avoir encouru la mort civile, sont valables.*
250. *Le mariage du mort civilement est dissous quant à tous ses effets civils.*
251. *Quand la condamnation est contradictoire, le mariage est dissous au moment même de l'exécution, soit réelle, soit par effigie : conséquences.*
252. *Le mariage ne serait pas réhabilité par le seul effet des lettres de grâce.*
253. *Si la condamnation a été prononcée par contumace, le mariage n'est pas dissous à l'expiration des cinq ans : il ne le sera, d'après l'article 227, qui modifie en ce point les articles 25 et 27, que lorsque la condamnation à la peine sera devenue définitive, c'est-à-dire au bout de vingt ans depuis l'arrêt.*
254. *Conséquences quant aux enfans qui naîtraient après les cinq ans et avant les vingt ans.*
255. *La mort civile ne détruit pas les obligations naturelles qui existent entre le père et les enfans.*
256. *Le mort civilement ne peut contracter un mariage qui produise des effets civils par rapport à lui.*

257. *Si le conjoint était de bonne foi, le mariage produirait tous ses effets civils par rapport à lui et par rapport aux enfans.*
258. *Ceux-ci succéderaient à l'époux de bonne foi et à ses parens, mais non au mort civilement.*
259. *Ils succéderaient aussi aux parens de celui-ci, et vice versa.*
260. *Si l'autre époux n'était pas de bonne foi, le mariage ne produirait aucun effet civil.*
261. *Le mort civilement ne peut recueillir aucune succession, ni transmettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis depuis la mort civile encourue. Ces biens appartiennent à l'État : objection.*
262. *Il ne peut disposer ni recevoir à titre gratuit : il peut seulement recevoir des alimens.*
263. *Il peut aussi recevoir des dons manuels, par conséquent de choses mobilières, et recevoir ou faire remise d'une dette.*
264. *Il ne peut concourir aux opérations relatives à la tutelle, ni être témoin ni juré.*
265. *Il ne peut procéder en justice que par le ministère d'un curateur.*
266. *Autres effets de la mort civile non rappelés dans l'article 25 du Code civil.*

212. Pour traiter cette matière avec ordre, nous verrons,

- 1° Ce que c'est que la mort civile ;
- 2° De quelles peines elle résulte ;
- 3° De quand elle est encourue ;
- 4° Des condamnations prononcées par contumace à des peines emportant mort civile, et de leurs effets ;
- 5° Enfin, des effets de la mort civile.

§ 1^{er}.

Qu'est-ce que la mort civile.

213. C'est l'état d'un individu qui a subi une con-

damnation dont l'effet est de le faire réputer retranché du nombre des membres qui composent la société, et, par suite, de lui interdire toute participation aux droits civils et politiques de cette société.

Si l'individu vit encore comme homme, et s'il peut, à ce titre, invoquer encore en sa faveur le Droit naturel, du moins la personne civile est morte, puisqu'elle ne fait plus partie de l'association.

La mort civile n'est encourue comme peine principale que par le décret du 6 avril 1809, pour les cas qui y sont exprimés. Suivant l'esprit des autres lois pénales, elle n'est jamais que la conséquence d'une peine. Ainsi, dans la législation ordinaire et régulière, on ne prononce point *la peine de mort civile*, qui n'est, comme nous venons de le dire, que l'état où se trouve un condamné après l'exécution, soit réelle, soit par effigie, de sa condamnation à telle peine, qui entraîne cette conséquence. Mais, au fond, c'est une peine, et une peine bien grave.

§ II.

Des Peines emportant mort civile.

214. Aujourd'hui il y en a trois :

Premièrement : la condamnation à la mort naturelle. (Art. 23 du Code civil.)

Mais, dira-t-on, pourquoi parler, dans ce cas, de la mort civile et des effets qu'elle produit? Celui qui subit la peine de mort se trouve dans l'impuissance d'invoquer aucun des droits mentionnés à l'article 25, et qui sont ravis au mort civilement : une seule dispo-

sition de cet article, celle qui déclare le testament sans effet, pourrait recevoir son application dans ce cas.

On répond, d'abord, que le condamné à la mort naturelle peut s'évader, et prescrire la peine, et la mort civile n'en subsiste pas moins après l'exécution du jugement par effigie (art. 26 et 32 analysés et combinés). En second lieu, l'article 24 prévoit que d'autres condamnations que celle à la peine de mort pourront dans la suite entraîner la mort civile; et c'est en effet ce qui a eu lieu par le Code pénal de 1810, qui attache, par son article 18, la mort civile à la condamnation aux travaux forcés à perpétuité, et à la condamnation à la déportation.

213. Ce n'est donc pas uniquement, comme on l'a dit, pour empêcher que le condamné ne puisse mourir avec un testament valable, et fait depuis le jugement, que l'article 23 porte que la *condamnation* à la mort naturelle entraîne la mort civile; car, quoique la mort civile soit une suite de la condamnation, il est vrai de dire, néanmoins, qu'elle n'a réellement lieu aujourd'hui que par le fait de l'exécution; l'article 26 le dit textuellement pour les condamnations contradictoires, et cela est tellement certain, que, si le condamné mourait avant l'exécution, même par l'effet d'un suicide, il mourrait *integri status*, nonobstant la condamnation.

Ce motif a pu être vrai dans la législation romaine et dans notre ancienne jurisprudence¹; mais certes,

¹ Dans notre ancienne jurisprudence criminelle, la condamnation contradictoire, prononcée par un juge souverain, à la peine de mort, aux

aujourd'hui, il n'est pas le seul, ni même un de ceux qui ont le plus influé sur la disposition de l'article 23. La principale raison a été d'interdire tous les droits civils, politiques ou civiques quelconques au condamné contradictoirement à la peine de mort qui parviendrait à s'évader depuis sa condamnation, et au condamné par contumace qui ne se représenterait pas dans les cinq ans de l'exécution du jugement par effigie : nous convenons, au surplus, que le droit de faire un testament valable est au nombre de ceux qui lui sont enlevés.

216. L'article 24 prévoit que, dans la suite, la mort civile pourra être attachée à d'autres peines que celle de mort naturelle ; mais il déclare que ces peines devront être afflictives et perpétuelles, pour que la mort civile puisse en être la conséquence. En effet, la mort civile est une image de la mort naturelle, et pour parler à la raison, toute fiction doit s'accorder dans ses élémens avec la vérité... : or, la mort naturelle est afflictive, et ses effets sont perpétuels.

217. Cette prévoyance des rédacteurs du Code civil n'a pas tardé à se réaliser ; car, sans parler de la mort civile portée, comme peine principale, par le décret du

galères perpétuelles, ou au bannissement perpétuel hors du royaume, entraînait immédiatement la mort civile, à moins que le jugement n'eût été attaqué avec succès par la voie de requête civile, de la révision ou de la cassation. Voy. Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. III, sect. 2. Mais ces principes sont changés : la mort civile, d'après le Code civil (art. 27), ne résulte que de l'exécution de la condamnation contradictoire, et par conséquent n'a lieu qu'à compter de l'exécution, soit réelle, soit par effigie. Nous verrons tout à l'heure de quand elle commence à être encourue dans le cas de condamnation aux travaux forcés à perpétuité, avec ou sans exposition publique, et dans le cas de condamnation à la déportation.

6 avril 1809, le Code pénal (art. 18), comme nous venons de le dire, a établi deux autres genres de peine qui l'entraînent aussi :

Ce sont les travaux forcés à perpétuité, et la déportation.

Cependant le gouvernement peut accorder au condamné à la déportation, l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits. (*Ibid.*)

218. Chez les Romains, le soldat condamné pour délit militaire pouvait disposer par testament de ce qu'il avait acquis dans la profession des armes : L. 11, ff. *de test. milit.*; et s'il mourait sans avoir testé, tout ce qu'il possédait, sans distinction, appartenait au fisc. Cette législation avait partagé les jurisconsultes français. Coquille avait embrassé l'opinion qui admettait la mort civile dans ce cas; mais il avoue que le sentiment contraire était de son temps plus général. Il disait que, lorsqu'un homme embrasse la profession des armes, il se soumet à la rigueur des lois particulières à cette profession. Basnage, sur l'article 143 de la Coutume de Normandie, était du même sentiment.

Le doute a été levé par l'article 6 de l'ordonnance du 17 janvier 1730, qui porte que tout déserteur condamné à mort pour crime de désertion encourt la mort civile. En effet, l'autorité qui le condamne à la peine de mort est la même que celle qui agit dans les autres tribunaux, et le souverain peut étendre ou resserrer les formalités; mais, de quelque manière que l'on procède à son égard, dès qu'un sujet est condamné à mort, il est considéré dès-lors comme

n'existant plus : proscrit de l'État où il est condamné, il ne peut en invoquer les lois dans aucun cas, et puisque la vie civile n'est autre chose que le droit d'exister suivant ces lois, il faut en conclure qu'il est mort civilement. C'est aussi le sentiment de M. Merlin.

§ III.

De quand la mort civile est-elle encourue.

219. La mort civile, dans les cas de condamnation à mort, aux travaux forcés à perpétuité ou à la déportation, n'étant pas une peine par elle-même, mais la suite d'une peine, il est clair qu'elle n'a pas besoin d'être prononcée, et qu'elle a lieu par le seul effet de la loi, qui la fait dériver de la peine comme conséquence immédiate.

Le jugement de condamnation, aujourd'hui, ne l'opère pas de plein droit ; il faut pour cela qu'il soit exécuté, puisque la peine elle-même, quoique prononcée par le jugement, ne résulte néanmoins que de son exécution. D'ailleurs, pour produire ses effets, un jugement a besoin d'être notifié à ceux qu'il intéresse : or, la signification se fait, dans ce cas, à la société entière, qui est réellement partie intéressée, et elle se fait par l'exécution... Mais il faut, à cet égard, distinguer entre les condamnations contradictoires et les condamnations par contumace.

I^{er} CAS : *Des condamnations contradictoires.*

220. Les condamnations ¹ contradictoires sont celles

¹ La mort civile ne peut résulter d'une condamnation régulière, qu'au-

qui sont prononcées l'accusé étant présent ; et lors même qu'il se renfermerait dans le silence le plus absolu, la condamnation prononcée en sa présence n'en serait pas moins réputée contradictoire.

Les condamnations contradictoires sont exécutées réellement ou par effigie.

Par effigie, si le condamné s'est évadé depuis la prononciation de sa condamnation ¹.

L'exécution réelle est constatée par un procès-verbal, qui doit être, sous peine de cent francs d'amende, dressé par le greffier et transcrit par lui, dans les vingt-quatre heures, au pied de la minute de l'arrêt ; la transcription est signée par lui, et il fait mention du tout, sous la même peine, en marge du procès-verbal. Cette mention est également signée, et la transcription fait preuve comme le procès-verbal lui-même. (Art. 378, Cod. d'instr. crim.)

224. Mais de quelle époque précise la mort civile est-elle encourue ? Est-ce du commencement ou de la fin du jour de l'exécution, ou du moment même de l'exécution, soit réelle, soit par effigie ?

La question est importante, puisqu'il peut s'ouvrir le jour même de l'exécution une succession à laquelle

tant que cette condamnation a été prononcée par un tribunal français. Personne n'a érigé en doute que le juge, ne tenant son autorité que du souverain, ne peut étendre ses droits au-delà des limites du pouvoir de celui au nom duquel il rend la justice ; d'où l'on tire la conséquence qu'un jugement qui condamne à mort, ou à une autre peine emportant parmi nous celle de mort civile, rendu en pays étranger contre un Français, pour un crime commis dans le pays où il a été condamné, ne lui ôte point le droit de citoyen en France.

¹ Pour ce qui concerne le mode d'exécution par effigie, voir l'article 472 du Code d'instruction criminelle.

le condamné serait appelé par son degré de parenté, ou que tel de ses parens appelé à lui succéder peut venir à décéder le même jour.

Deux individus respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, par exemple deux cousins-germains, et ayant respectivement des héritiers divers, peuvent aussi être exécutés en même temps, par suite de la même condamnation.

Trois opinions se sont élevées sur cette question, qui nous paraît cependant décidée par la raison, par les principes de la matière et par une loi spéciale.

Selon la première, la mort civile date du *commencement du jour* de l'exécution. En faveur de cette opinion on argumente de la prescription, qui se compte par *jours et non par heures* ; ce qui n'a aucun rapport à la question. On argumente aussi de ce que l'article 26 porte que la mort civile est encourue à *compter du jour de l'exécution*. Mais c'est encore un bien faible argument, puisqu'en règle générale, dans le style des lois, les mots à *compter de tel jour*, ou ceux-ci, *du jour*, etc., ne comprennent pas le *dies à quo*. C'est un principe consacré en matière de procédure, par l'article 1033 du Code qui la régit, et il est fondé en raison.

Suivant la seconde de ces opinions, qui est encore moins soutenable, puisqu'elle tendrait à faire supposer vivant, et par conséquent habile à succéder un homme mort peut-être depuis douze ou quinze heures ; selon la seconde de ces opinions, disons-nous, la mort civile n'est encourue que *de la fin du jour de l'exécution*.

Enfin, la troisième, que nous n'hésitons pas à em-

brasser, fait partir la mort civile *du moment précis de l'exécution*, puisqu'elle n'est que la conséquence d'une peine qui n'est elle-même subie que par l'exécution. D'ailleurs, c'est par l'exécution que le jugement est signifié à la société, partie intéressée, puisqu'un de ses membres va être retranché de son sein.

Nous ajouterons que cette opinion se trouve, en quelque sorte, confirmée par une loi spéciale, celle du 20 prairial an iv, ainsi conçue : « Lorsque des ascendans, « des descendans et autres personnes qui se succèdent « *de droit*, auront été condamnés au dernier supplice, « et que, mis à mort dans une même exécution, il de- « vient impossible de constater leur prédécès, le plus « jeune est présumé avoir survécu. »

Suivant la première et la seconde opinions, les condamnés seraient cependant censés morts civilement simultanément, et par conséquent aucun d'eux ne succéderait à l'autre. Les règles concernant la transmission des biens par voie d'hérédité seraient vaines dans ce cas. Et si, pour qu'il n'en soit jamais ainsi, le législateur s'est vu dans la nécessité de s'abandonner à la fragilité des présomptions de survie tracées aux articles 720, 721 et 722, comment ne pas croire qu'il a voulu que le principe invariable de la transmission fût respecté lorsqu'on pourrait facilement l'appliquer au moyen de preuves certaines, irrécusables, attestant le moment du décès, et par cela même la mort civile? Car, encore une fois, elle ne peut résulter que de l'exécution de la peine, dont elle est la conséquenc.

Nous pensons donc que cette loi de prairial, quoi-

que antérieure au Code civil, en est néanmoins un bon commentaire sur le point dont il s'agit, puisqu'elle est d'ailleurs en parfaite harmonie avec les principes du Code lui-même sur un cas analogue, celui régi par les articles 720, 721 et 722 précités.

222. L'exécution du jugement de condamnation aux travaux forcés à perpétuité peut être considérée comme commencée par l'exposition publique, laquelle est de droit commun pour les condamnés à cette peine, à celle des travaux forcés à temps, ou à celle de la réclusion. (Art. 22 du Code pénal.)

Mais d'après la loi du 28 avril 1832, modificative du Code pénal de 1810, l'exposition publique ne doit pas être prononcée contre les mineurs de dix-huit ans et les septuagénaires.

A l'égard de ceux-ci, et à l'égard des condamnés qui auraient obtenu remise de l'exposition publique, l'exécution du jugement devrait être considérée comme commencée à compter du jour où ils sont parvenus au lieu où ils doivent subir leur peine, et, d'après cela, la mort civile devrait être considérée comme encourue à compter de cette époque. La translation du condamné au lieu où il doit subir sa peine ne fait point partie de cette peine, ce n'est qu'un acte de l'administration civile.

225. Quant aux condamnations à la déportation, comme il n'y a pas d'exposition dans ce cas, nous avons pensé d'abord, avec M. Delvincourt, qu'on pouvait considérer la mort civile comme encourue à compter de l'affiche du jugement, affiche prescrite par l'art. 36 du

Code pénal, parce que ces condamnations n'ont point encore été exécutées selon leur teneur par la déportation réelle des condamnés, et qu'il fallait cependant bien fixer une époque où la mort civile commencerait à être encourue. Suivant la loi du 9 septembre 1835, tant qu'il n'aura pas été établi, par une loi, un lieu de déportation hors du territoire continental du royaume, le condamné à la déportation subira, à perpétuité, la peine de la détention, soit dans une prison du royaume, soit dans une prison hors du territoire continental, dans l'une des possessions françaises qui sera déterminée par la loi, selon que les juges l'auront expressément ordonné par l'arrêt de condamnation. D'après cela, on pourrait regarder la mort civile comme encourue à compter du jour où le condamné a été transféré dans le lieu où il doit subir sa peine, comme pour les condamnés aux travaux forcés à perpétuité qui n'ont point subi l'exposition publique.

Il importerait, au surplus, qu'une loi formelle réglât ce point pour l'une et l'autre espèces de condamnation.

II° CAS : *Quand la mort civile est-elle encourue à l'égard des condamnations prononcées par contumace.*

224. Les condamnations par contumace sont celles qui sont prononcées hors la présence de l'accusé.

Elles le sont sans jurés, mais par la cour d'assises, comme les condamnations contradictoires.

La cause de l'accusé ne peut être défendue. (Art. 470 du Code d'instr. crim.)

255. Voilà pourquoi elles n'emportent la mort civile qu'après les cinq années qui suivent l'exécution du jugement par effigie, pendant lesquelles le condamné peut se représenter. (Art. 27.)

C'est un notable changement apporté par le Code à l'ancienne jurisprudence, suivant laquelle la mort civile datait du jour du jugement si le condamné ne comparaisait pas ou ne mourait pas dans les cinq ans, ou si, après avoir comparu, il était condamné à une peine emportant également la mort civile. Cette jurisprudence était sans doute conforme aux principes de procédure, qui veulent que, tant qu'un jugement par défaut n'est pas réformé, il produise ses effets. Mais il en résultait de graves inconvénients : d'abord, incertitude dans les droits échus dans l'intervalle, et qui avaient été recueillis par d'autres, au défaut du contumace : ces droits restaient *in suspenso*, c'est-à-dire qu'ils demeuraient à ceux qui les avaient recueillis si le condamné ne mourait pas ou ne parvenait pas à faire tomber le jugement dans le délai de grâce des cinq années, et ils lui étaient restitués dans le cas contraire. En second lieu, ce système n'était pas sans danger pour le condamné lui-même, puisque ceux qui avaient recueilli ces droits étaient intéressés à ce qu'il ne pût se justifier. On a donc bien fait de faire fléchir une règle de procédure devant d'aussi graves considérations.

§ IV.

Des Condamnations prononcées par contumace à une peine emportant mort civile, et de leurs effets.

226. Nous avons dit que la condamnation par con-

tumace est celle qui est prononcée hors la présence de l'accusé ; mais , pour en apprécier avec exactitude les effets , il faut distinguer trois périodes :

La première est celle des cinq ans écoulés depuis l'exécution du jugement par effigie, ou le temps écoulé depuis cette inexécution jusqu'à la représentation ou la mort du condamné arrivée pendant ce délai.

La seconde est celle qui s'écoule depuis ces cinq ans jusqu'à l'époque où la contumace ne peut plus être purgée, même pour l'avenir, par conséquent, celle qui s'écoule depuis la *date* du jugement (art. 635, Cod. d'instr. crim.) jusqu'à la vingtième année inclusivement, après laquelle la peine est prescrite (article 641, *ibid.*), sans que, pour cela, le condamné rentre dans la vie civile. (Art. 32, Code civil.)

La troisième est le temps indéfini qui s'écoule depuis la fin de cette seconde période jusqu'à la mort naturelle du condamné.

Nous allons examiner quel est l'état du condamné pendant chacune de ces périodes, et nous expliquerons ensuite les effets de la mort civile.

1^{re} PÉRIODE, *ou état des contumaces pendant les cinq ans et avant leur représentation ou arrestation, ou leur décès.*

227. Suivant l'article 28 du Code civil, « Les condamnés par contumace seront, pendant les cinq ans, ou jusqu'à ce qu'ils se représentent, ou qu'ils soient arrêtés pendant ce délai, privés de l'exercice des droits civils.

« Leurs biens seront administrés et leurs droits
« exercés comme ceux des absens. »

Et l'article 465 du Code d'instruction criminelle, s'exprime ainsi :

« Lorsqu'après un arrêt de mise en accusation, l'accusé n'aura pas été saisi, ou ne se présentera pas dans les dix jours de la notification qui en aura été faite à son domicile,

« Ou lorsque, après s'être présenté ou avoir été saisi, il se sera évadé ;

« Le président de la cour d'assises..., ou, en son absence, le président du tribunal de première instance, et, au défaut de l'un et de l'autre, le plus ancien juge de ce tribunal, rendra une ordonnance portant qu'il sera tenu de se représenter dans un nouveau délai de dix jours, sinon qu'il sera déclaré rebelle à la loi ; *qu'il sera suspendu de l'exercice des droits de citoyen*, que ses biens seront séquestrés pendant l'instruction de la contumace, que toute action en justice lui sera interdite pendant le même temps, qu'il sera procédé contre lui, et que toute personne est tenue d'indiquer le lieu où il se trouve.»

Enfin l'article 471 du même Code porte :

« Si le contumax est condamné, ses biens seront, à partir de l'arrêt, considérés et régis comme biens d'absent, et le compte du séquestre sera rendu à qui il appartiendra, après que la condamnation sera devenue irrévocable par l'expiration du délai pour purger la contumace. »

228. Quelque sévères que soient ces dispositions,

il faut bien remarquer qu'elles ne privent pas l'accusé de la *jouissance* des droits civils; qu'elles lui retirent seulement *l'exercice* de ces droits, ainsi que des droits politiques.

C'est une véritable interdiction, mais voilà tout; en sorte que, s'il s'ouvre une succession à laquelle il soit appelé, et que son existence ne soit pas méconnue par ceux qui y viendraient avec lui ou à son défaut¹, il y sera représenté par le préposé à l'administration de ses biens, c'est-à-dire par le directeur de la régie des domaines de son domicile². (Art. 466 et 472 du Code d'instr. crim.)

229. Le séquestre apposé en vertu de l'article 465 précité est maintenu, d'après l'article 471, jusqu'à ce que le condamné se représente ou soit arrêté, ou qu'il meure dans les cinq ans qui suivront l'exécution du jugement par effigie; et nous ajouterons, ou jusqu'à ce que *la mort civile soit encourue par l'expiration de ces cinq ans*. (Art. 25, 27, 29 et 31 du Code civil, analysés et combinés.)

Il est bien vrai que cet article 471 semble, en le combinant avec les articles 635 et 641 du même Code, prolonger la durée du séquestre jusqu'à vingt

¹ Nous ajoutons cette condition à cause de l'article 136 du Code civil, mais sans entendre toutefois que cela tire à conséquence quant à la question de savoir si cet article est rigoureusement applicable au cas dont il s'agit : c'est un point à décider d'après les circonstances de la cause, comme on le verra plus loin, au titre *des Absens*.

² Car, quoique l'article 28 du Code civil dise que les biens du contumax seront administrés *comme ceux des absens*, cela ne veut néanmoins pas dire qu'ils le seront par ses héritiers présomptifs, comme il arrive ordinairement en cas d'absence.

ans depuis la condamnation, puisqu'il porte que le compte du séquestre sera rendu à qui il appartiendra après que la condamnation sera devenue irrévocable par l'expiration du délai donné pour purger la contumace, délai qui est de vingt ans d'après ces articles : aussi, quelques personnes en ont-elles inféré que le séquestre devait être maintenu jusqu'à l'expiration des vingt ans.

Mais nous croyons qu'elles n'ont pas bien saisi le sens de cet article 471. Il faut, en effet, remarquer qu'il parle des condamnations par contumace en général, et il en est de deux sortes : les unes à des peines qui n'emportent pas mort civile ; les autres à des peines auxquelles cette conséquence est attachée.

En admettant que, pour les premières, le séquestre doive être conservé jusqu'à l'expiration des vingt années depuis la date de l'arrêt, si le condamné n'a pas reparu en justice, ou n'est pas mort avant cette époque, cet article recevrait son application : seulement, on pourrait y voir, par le refus fait aux héritiers ou au conjoint, de la possession des biens au bout des cinq ans depuis la disparition sans nouvelles, une modification à l'article 120 du Code civil, mais, au surplus, une modification motivée sur le cas particulier.

Au lieu que, lorsqu'il s'agit d'une condamnation à une peine emportant mort civile, prolonger la durée du séquestre jusqu'à vingt ans, c'est, ce nous semble, blesser les dispositions des articles 25, 27, 30 du Code civil, et 476 du Code d'instruction criminelle, puisque, d'après le premier de ces articles, la mort civile donne

ouverture à la succession ; d'après le second, la mort civile est encourue à l'expiration des cinq ans ; et d'après les deux derniers, lors même que le condamné se représenterait après les cinq ans et qu'il serait absous, le premier jugement n'en conserverait pas moins pour le passé tous les effets que la mort civile a produits dans l'intervalle. Or, au nombre de ces effets, se trouve positivement l'ouverture de la succession. Ainsi le séquestre prolongé au-delà des cinq ans couvrirait sans motif des biens dévolus aux héritiers.

On prétend, il est vrai, que la succession n'est point ouverte à l'expiration des cinq ans, et l'on nous place ainsi dans une pétition de principe. On le prétend en se fondant sur l'article 471 précité, et en invoquant en faveur du condamné des considérations d'humanité, qui ne permettent pas de le priver de son patrimoine, lorsqu'il a établi son innocence, quoiqu'il ne l'ait fait qu'après les cinq ans depuis l'exécution du jugement par effigie. Un autre jurisconsulte fait toutefois, à cet égard, une distinction entre le cas où le condamné a été *acquitté* par le nouveau jugement, et celui où il a été *absous*. Mais nous démontrerons bientôt que la succession est ouverte, et qu'elle doit l'être dans l'un comme dans l'autre cas ¹.

A l'appui de notre sentiment sur la question, nous

¹ M. Toullier décide aussi que la succession est ouverte au bout des cinq ans : mais il dit que le *lien civil* du mariage n'est pas rompu par la mort civile en général ; que le mariage subsiste toujours comme mariage ; que s'il en naît des enfans, ces enfans seront légitimes, et succéderont, comme tels, même aux parens du mort civilement. (Tome I, pages 260 et 266.) Nous aurons à réfuter cette doctrine.

citerons l'avis du conseil-d'état, du 19 août 1809, approuvé le 20 septembre suivant. Cet avis nous semble décisif. Entre autres points qui y sont discutés et décidés, il porte ce qui suit :

« Quant aux accusations et condamnations par
« contumace emportant mort civile, postérieures à la
« publication du Code civil, comme l'article 28 porte
« que les biens seront administrés de même que ceux
« des absens, et que, suivant l'article 120, les héritiers
« présomptifs des absens ont la faculté d'obtenir
« l'envoi en possession provisoire, à la charge de
« donner caution, il en résulte que l'administration
« des domaines est tenue de faire toutes les démarches
« et actes nécessaires pour mettre sous le séquestre
« les biens et droits des contumax, et qu'elle doit les
« gérer et administrer au profit de l'État, jusqu'à l'en-
« voi en possession en faveur des héritiers ¹. » Or, l'en-
voi en possession en faveur des héritiers peut avoir lieu
au bout de cinq ans depuis la disparition, mais non
plus tôt. (Art. 115, 119 et 120 du Code civil, combinés.)

Mais, en disant que l'administration des domaines est tenue de faire toutes les démarches et actes nécessaires pour mettre sous le séquestre les biens et droits des contumax, et qu'elle doit les gérer et administrer au profit de l'État, jusqu'à l'envoi en possession en faveur des héritiers, cet avis raisonnait, quant aux fruits, d'après le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an iv, qui les attribuait au fisc tant que durait le sé-

¹ Cet avis se trouve dans Sirey, tome X, part. II, page 9.

questre. Or, le Code d'instruction criminelle actuel ne contient point de disposition semblable; par conséquent, depuis sa mise en vigueur, et pour les condamnations prononcées par contumace depuis cette époque, les fruits perçus sur les biens des contumax, par la régie des domaines, n'ont plus été acquis au fisc, et il en a dû être fait raison, ainsi que des biens eux-mêmes, à qui de droit, lors de la reddition du compte du séquestre; d'autant mieux que c'était une sorte de confiscation, et que, depuis la Charte de 1814, la confiscation est abolie. La régie des domaines, depuis la mise en vigueur du Code d'instruction criminelle actuel, n'a même pas dû pouvoir retenir la portion de fruits que l'article 127 du Code civil attribue à ceux qui ont été envoyés en possession des biens d'un absent, ou au conjoint commun en biens qui en a conservé ou obtenu l'administration légale; car, bien que l'article 28 du Code civil dise que les biens et les droits des condamnés par contumace à une peine emportant mort civile seront administrés comme ceux des *absens*, néanmoins, la régie qui a apposé le séquestre n'est point un envoyé en possession, et, de droit commun, un séquestre doit rendre compte et faire raison de tout ce qu'il a reçu ou perçu pendant son administration.

250. Quant aux actes que le condamné a faits durant cette première période de cinq ans, il importe, suivant l'opinion de plusieurs jurisconsultes, pour juger de leur validité, de distinguer entre le cas où le condamné se représente en justice, ou est arrêté ou meurt dans les cinq ans, et le cas contraire.

Dans le dernier, l'on convient que les actes sont nuls, comme faits par un individu à qui l'administration de ses biens était interdite.

Mais, dans la première hypothèse, ces jurisconsultes décident que la comparution du condamné, ou sa mort, faisant tomber de plein droit le jugement de condamnation, avec tous ses effets, l'incapacité est censée n'avoir jamais existé; en sorte que les actes, quoique faits pendant les cinq ans, sont valables, s'ils ne sont pas jugés frauduleux.

Pour le décider ainsi, on se fonde sur ce que le jugement étant anéanti de plein droit, avec tous ses effets, personne, par conséquent, ne peut l'invoquer pour prétendre que le contumax a été condamné et a été interdit quant à l'exercice de ses droits civils : *nam quod nullum est, nullum producit effectum*.

Cette raison aurait sans doute quelque force¹ si l'état de contumace résultait uniquement du jugement de condamnation; mais il résulte, d'après l'article 465 du Code d'instruction criminelle, de l'ordonnance de se représenter ou de prise de corps, à laquelle le condamné a désobéi. Ainsi, l'interdiction de l'exercice des droits civils est légale, elle est une situation de l'individu, un fait, en un mot; et comme un jugement de main-levée d'interdiction pour cause de démence ne

¹ Encore ne serait-elle point décisive, car il ne faut pas confondre avec la jouissance des droits civils, l'exercice de ces mêmes droits. La jouissance dépend de l'état de la personne; celui qui meurt *integri status*, ou qui s'est représenté dans le délai des cinq ans, n'a pas perdu cette jouissance, pas plus qu'un interdit pour démence ne l'a perdue, mais, comme celui-ci, le contumax, interdit légalement, était privé de l'exercice de ses droits et de la capacité de faire des actes.

fait pas disparaître pour le passé l'incapacité résultant de l'interdiction elle-même ; par une raison égale , la représentation du condamné , ou sa mort avant l'expiration des cinq ans , ne doit pas faire disparaître non plus l'incapacité dont il s'est trouvé frappé par l'effet de sa désobéissance à la loi , désobéissance qui doit toujours attirer sur lui la condamnation aux frais occasionnés par la contumace. (Art. 478 , *ibid.*)

Peu importe que l'article 28 du Code civil dise que le *condamné* par contumace est privé de l'exercice des droits civils ; il n'en faut pas conclure que c'est la condamnation qui produit l'état d'interdiction , et que , lorsqu'elle est tombée de plein droit , l'incapacité est censée n'avoir jamais existé ; car cet article dit simplement ce qu'il devait dire ; il ne porte pas que l'individu n'est pas contumax avant sa condamnation ; il serait en opposition manifeste avec le Code criminel de l'an iv et l'article 465 du Code d'instruction criminelle actuel , précédemment cité : donc , si l'interdiction résulte du seul état de contumace , même avant la condamnation , l'article 28 a dû dire que le condamné par contumace est privé de l'exercice des droits civils.

La première disposition de l'article 476 du Code d'instruction criminelle porte , il est vrai , que si l'accusé se constitue prisonnier , ou s'il est arrêté avant que la peine soit prescrite , le jugement rendu par contumace et les procédures faites contre lui depuis l'ordonnance de prise de corps ou de se représenter , seront anéantis de plein droit , et qu'il sera procédé à son égard dans la forme ordinaire ; mais cette dis-

position n'est point non plus contraire à notre opinion, puisqu'elle n'annule que le jugement et les procédures faites *depuis* l'ordonnance de prise de corps ou de se représenter, et qu'elle laisse, comme de raison, subsister l'ordonnance elle-même. Or, c'est de l'ordonnance à laquelle l'accusé a désobéi, que résultait l'état de contumace.

Enfin, les lois romaines statuent dans ce sens sur un cas qui a beaucoup d'analogie avec celui qui nous occupe : nous voulons parler des actes que le Romain faisait pendant qu'il était prisonnier chez l'ennemi, par exemple son testament. Cet acte était nul, lors même que le Romain revenait dans sa patrie, et qu'il recouvrait ainsi tous ses droits par le bénéfice du *postliminium* ; tandis que celui qu'il avait fait avant sa captivité était valable. La raison de cette différence était fondée sur ce que, durant la captivité, il y avait incapacité absolue : le *postliminium* restituait bien au Romain de retour tous les droits ouverts pendant cette incapacité, tout ce qui était considéré comme une jouissance des droits civils, mais il ne lui restituait pas ce qui tenait à l'exercice de ces mêmes droits, ce qui était attaché à la capacité de faire des actes. Il en doit être de même de la représentation ou de la mort du contumax dans les cinq ans : elle doit détruire les effets du jugement rendu contre lui ; mais elle ne peut empêcher qu'il n'ait désobéi à la loi, et que, durant cette désobéissance, il n'ait été frappé de l'incapacité, non pas de jouir des droits civils, mais de les exercer. C'est ainsi que nous répondons à l'article 31, suivant lequel le condamné

qui meurt dans les cinq ans, meurt *integri statûs*, car on a seulement voulu dire par là qu'il n'a jamais encouru la mort civile; mais *l'état* et la *capacité* de faire des actes ne sont pas la même chose, assurément; et cette disposition de l'ancienne jurisprudence était importante alors, vu que le jugement conservait tous ses effets tant qu'il n'était pas réformé par une voie légale: d'où il était utile de décider que la mort du condamné le faisait également tomber; autrement celui-ci serait mort en état de mort civile. Nous avouerons, au surplus, que l'article 27 la rendait superflue; mais ce n'est pas la seule réminiscence que nous offre le Code civil.

Quelques personnes distinguent entre le cas où le condamné par contumace est mort dans les cinq ans de grâce, et le cas où il s'est représenté ou a été arrêté durant ce délai. Dans le premier cas, le condamné étant considéré comme mort *integri statûs*, aux termes de l'article 31, il est censé n'avoir jamais été condamné, n'avoir jamais par conséquent été interdit de l'exercice des droits civils. Dans le second cas, le jugement de condamnation tombe bien, il est vrai, de plein droit, par l'arrestation ou la présentation volontaire du condamné en justice dans le délai de cinq ans, mais il n'en a pas moins été jusque-là en état d'interdiction légale, et, comme tel, privé de l'exercice des droits civils, puisqu'aucune disposition, soit du Code civil, soit du Code d'instruction criminelle ne dit, dans ce cas, qu'il est mort *integri statûs*, ainsi que le dit positivement l'article 31 du Code civil à l'égard du condamné qui est mort dans le délai de grâce.

Nous croyons que cette distinction entre les deux cas n'est fondée sur rien de solide, car, dans l'un comme dans l'autre, le jugement est anéanti de plein droit, et dans tous deux il est certain que le condamné a été contumax, et c'est de l'état de contumace, comme nous venons de le dire, que résulte l'interdiction ou la privation, comme on voudra dire, de l'exercice des droits civils.

251. Quant au testament fait avant l'état de contumace, si le condamné reparaît en justice dans les cinq ans, et s'il meurt ensuite en état de capacité, ce testament est valable, ainsi que nous l'avons dit *suprà*, n° 52 : *Media tempora non nocent*. L. 1, § 8, ff. de *bonor. possess.*

Il en est de même si le testateur, sans avoir purgé la contumace, meurt dans les cinq ans; car mourant *integri status*, aux termes de l'article 31, il se trouve avoir eu la capacité aux deux époques.

252. Le condamné lui-même ne pourrait toutefois demander la nullité des actes qu'il a faits avec des tiers durant la contumace; il ne peut argumenter de sa propre faute, et se faire ainsi une arme de sa désobéissance aux décrets de la justice. La nullité, en pareil cas, ne doit être que relative.

253. Il faut, en outre, observer que les actes faits par un condamné contradictoirement ne sont pas nuls, encore qu'ils soient postérieurs au jugement de condamnation, s'ils sont antérieurs à l'exécution réelle ou par effigie. Dans ce cas, le condamné n'est point interdit, et toute personne peut contracter, si elle n'en est empêchée par la loi : or, l'article 29 dé-

cide en principe que l'accusé qui est sous la main de la justice a le libre exercice de ses droits. Il est bien vrai que, d'après la Constitution de l'an VIII, l'exercice des droits de citoyen était suspendu par la mise en état d'accusation ; mais, d'abord, nous parlons seulement de l'exercice des droits civils. En second lieu, le Code d'instruction criminelle actuel ne suspend l'exercice des droits mentionnés à l'art. 465 de ce Code, que dans le cas de contumace. Enfin, l'article 29 du Code civil porte formellement que, lorsque le condamné par contumace (à une peine emportant mort civile) se présentera volontairement dans les cinq années, à compter de l'exécution (par effigie), ou lorsqu'il aura été saisi et constitué prisonnier dans ce délai, le jugement sera anéanti de plein droit ; que *l'accusé sera remis en possession de ses biens* (ce qui est bien assurément lui rendre l'exercice des droits civils) ; qu'il sera jugé de nouveau, et que si, par ce nouveau jugement, il est condamné à la même peine, ou à une peine différente emportant également la mort civile, elle n'aura lieu qu'à compter de l'exécution du second jugement. Donc celui qui est sous la main de justice, dans l'état de la législation actuelle, a le libre exercice de ses droits civils ; donc les actes faits par un condamné contradictoirement ne sont pas nuls, s'ils sont antérieurs à l'exécution réelle ou par effigie ; sauf, s'il y a lieu, l'application de l'article 1167 pour le cas où ils auraient été faits en fraude des droits des créanciers. Si c'est un testament, il sera valable aussi, pourvu que le condamné meure avant d'avoir encouru

la mort civile; car la mort civile, répétons-le, n'est encourue, aujourd'hui, que par l'exécution du jugement, soit réellement, soit par effigie, dans le cas de condamnation contradictoire; et qu'après cinq ans depuis l'exécution par effigie, pour le cas de condamnation par contumace.

Le Droit romain et notre ancienne jurisprudence étaient contraires à ces décisions. La loi 15, au Digeste, *de Donationibus*, autorisait la rescision (car elles étaient valables en principe) des donations faites postérieurement au crime commis par un individu placé sous une accusation capitale¹. Mais nous n'avons aucune disposition législative qui reproduise cette loi, laquelle n'avait été d'ailleurs portée que pour assurer les effets de la confiscation.

254. Suivant l'article 29, le jugement de condamnation prononcé par contumace tombe, quant à tous ses effets, par la représentation volontaire ou forcée du condamné en justice.

Personne ne peut l'invoquer, même pour les condamnations civiles; le condamné n'a pas été entendu.

Il est jugé de nouveau, et s'il est condamné à la même peine, ou à une peine emportant également mort civile, elle ne datera que du jour de l'exécution du nouveau jugement².

¹ Voir Godefroy en ses notes sur cette loi, et Legrand sur la Coutume de Troyes, art. 125, glose 2, n° 15. De Lacombe, au mot *Testament*, sect. 2, n° 7, dit aussi, d'après la loi 6, § 6, ff. *de injusto et rupt. test.*, que le condamné à mort ne peut tester; qu'il en est autrement du soldat condamné pour délit militaire; mais sur ce dernier point voyez n° 218, *suprà*.

² C'est encore une dérogation aux principes de l'ancienne jurisprudence:

Dans ce cas, la succession du condamné est ouverte au profit de ses héritiers les plus proches à cette époque, et non au profit de ceux qui l'étaient au jour du premier arrêt.

255. Enfin, s'il meurt pendant le délai de grâce des cinq ans, il meurt *integrè statùs* ¹. (Art. 31.)

Mais sa mort ne détruit pas l'action civile contre ses héritiers, laquelle est ouverte à ceux qui ont été lésés par son crime, et ne peut être exercée que devant les tribunaux civils seulement. (*Ibid.*)

elle est fondée sur les motifs qui ont dicté celle que nous avons précédemment signalée, c'est-à-dire, pour éviter l'incertitude des droits de succession, et autres semblables, échus au condamné dans l'intervalle du premier jugement au second. Anciennement, si le second jugement confirmait le premier, ces droits appartenait à ceux qui venaient après le condamné dans l'ordre de successibilité; dans le cas contraire, ils appartenait au condamné, qui avait été ensuite acquitté; et il en était de même s'il mourait dans le délai de grâce. Aujourd'hui, il n'y a plus lieu à faire cette distinction.

¹ Cette disposition avait autrefois son utilité précise, puisque la mort civile datait du jour du jugement, s'il n'était pas réformé ensuite par une voie légale, et si le condamné ne mourait pas dans le délai de grâce des cinq années. Mais aujourd'hui que, d'après l'article 27, la mort civile n'a lieu qu'à l'expiration des cinq ans, depuis l'exécution par effigie, il est clair que si le condamné meurt pendant ce délai, il meurt *integrè statùs*; par conséquent il n'y avait pas nécessité de le décider par une disposition spéciale, à moins que l'on ne prétende, ainsi qu'on l'a prétendu, contrairement à l'opinion que nous avons précédemment émise, et contrairement au sens dans lequel ces mots ont toujours été entendus dans l'ancienne jurisprudence, qu'ils signifient aussi bien l'état de l'individu quant à l'exercice que quant à la jouissance des droits civils. Mais alors il faudrait dire, contre toutes les règles du Droit, qu'un mineur, par exemple, qu'un interdit, ne meurt pas *integrè statùs*. Il est évident, du moins pour nous, que les rédacteurs du Code civil ont entendu simplement, par ces mots de l'art. 31, *il sera réputé mort dans l'intégrité de ses droits*, la pleine et entière *jouissance* des droits civils, et non pas aussi l'*exercice* de ces mêmes droits, puisqu'autrement ils se seraient mis en contradiction avec eux-mêmes dans l'art. 28, et avec le Code *des délits et des peines* de brumaire an 17, qui privait aussi les contumaces, de l'*exercice* des droits civils et politiques tant qu'ils étaient en état de rébellion à la loi.

II° PÉRIODE, *celle qui s'écoule depuis les cinq ans jusqu'à l'époque où le condamné ne peut plus purger la contumace à l'effet de recouvrer la vie civile même pour l'avenir, c'est-à-dire jusqu'à vingt ans depuis le jugement.*

256. Si le condamné ne se représente pas volontairement ou forcément après les cinq ans depuis l'exécution du jugement par effigie, jusqu'à l'expiration des vingt ans donnés pour purger la contumace, à l'effet de recouvrer la vie civile, et s'il meurt dans ce délai, il meurt en état de mort civile, encourue aussitôt après les cinq ans. Ainsi, point de difficulté pour ce cas.

S'il reparaît en justice après les cinq ans et avant les vingt ans, et qu'il soit absous par le nouveau jugement, ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile, il rentre dans la vie civile, mais pour l'avenir seulement. (Art. 30, Code civil, et 476, Code d'instr. crim.)

La mort civile a donc produit pour le passé tous ses effets. De là, les droits ouverts pendant le temps qu'a duré la mort civile, et que d'autres ont recueillis au défaut du contumax, leur sont irrévocablement acquis ; et sans parler des autres effets de la mort civile ¹, que nous expliquerons bientôt, la succession est ouverte au profit des héritiers, d'après la combinaison des articles 25, 27 et 30, et elle leur reste définitivement.

257. Cette dernière opinion a ses partisans, mais, comme nous l'avons dit, elle a trouvé des contradic-

¹ Nous verrons plus loin si le mariage est dissous au bout des cinq ans.

teurs. On a fait ¹, à cet égard, une distinction qui ne nous paraît pas être entrée dans la pensée du législateur, et qui ne nous semble pas non plus fondée sur les principes de la matière.

On a dit, en rapprochant l'article 476 du Code d'instruction criminelle, de l'article 30 du Code civil, que ce dernier ne conserve les effets de la mort civile, quand le condamné n'a été repris ou ne s'est représenté qu'après les cinq ans, que dans le cas *d'absolution* ou de condamnation par le nouveau jugement ; mais qu'il ne s'est point occupé du cas où il a été prononcé une *ordonnance d'acquiescement* ¹ ; que le législateur a laissé les choses, sous ce rapport, dans les termes du Droit commun, et que, de Droit commun, l'accusé acquitté rentre dans toute la plénitude de ses droits, attendu qu'il est innocent, et qu'il serait injuste et cruel de frapper de mort civile un innocent, qui a pu céder à de justes appréhensions en ne se représentant pas dans les cinq ans.

Nous croyons que, dans l'art. 30 du Code civil, le mot *absous* est générique ; qu'il signifie aussi bien le renvoi de l'accusation parce que le délit n'a point été prouvé, que parce qu'aucune loi pénale ne le punissait. En

¹ M. Carnot, dans son Commentaire sur le Code d'instruction criminelle, art. 476.

² Il est prononcé un arrêt *d'absolution*, si le jury a déclaré que l'accusé est coupable du fait compris dans la position de la question, mais lorsque ce fait n'est pas punissable d'après la loi, parce qu'elle n'a pas prévu le cas. C'est alors la cour qui prononce l'arrêt, par l'organe de son président.

Il est rendu une *ordonnance d'acquiescement* quand le jury déclare que l'accusé n'est pas coupable du fait compris dans la position de la question. Dans ce cas, le président, en vertu du pouvoir qui lui est conféré par la loi, ordonne sa mise en liberté, s'il n'est détenu pour autre cause.

Droit, celui qui est absous est innocent comme celui qui est acquitté; pourquoi donc perdrait-il ses biens, tandis que l'accusé acquitté recouvrerait les siens? Il n'y a aucune raison plausible de cette différence entre deux positions qui doivent être semblables aux yeux de la loi. Nous ajouterons que, dans le système de la distinction que nous combattons, une condamnation quelconque s'opposerait à ce que le contumax rentrât dans ses biens, puisqu'il se trouverait placé sous la disposition littérale de l'article 30, car il serait vrai de dire qu'il a été *condamné*, qu'il n'a pas été *absous*, et cependant une condamnation à une peine légère ne devrait pas produire de tels effets, si la loi n'avait entendu punir la désobéissance du contumax prolongée pendant cinq ans et plus.

D'autres jurisconsultes ne font pas, il est vrai, cette distinction; mais, guidés par des motifs d'humanité biens louables sans doute, ils décident que les biens doivent être rendus au condamné rentré dans la vie civile, tout en convenant que la mort civile a été encourue après les cinq ans depuis l'exécution du jugement par effigie. Ils fondent leur opinion sur l'article 471 du Code d'instruction criminelle, qui dit en effet, d'une manière générale, que le compte du séquestre sera rendu à qui de droit, après que la condamnation sera devenue irrévocable par l'expiration du délai donné pour purger la contumace: d'où ils concluent que, puisque le séquestre est maintenu pendant vingt ans, c'est que les biens ne sont pas acquis aux héritiers à l'expiration des cinq ans.

Mais, comme nous l'avons déjà dit, nous croyons que cette opinion n'est fondée que sur une fausse interprétation de cet article 471, qui devait s'exprimer ainsi, puisqu'il parle des condamnations par contumace en général, tandis que l'article 476 règle spécialement l'effet de celles qui emportent la mort civile.

Quant aux considérations d'équité et d'humanité, elles n'ont pu échapper au législateur; mais il ne s'est point laissé dominer par elles : l'intérêt général demandait qu'il y eût un moyen de forcer les prévenus de crime à obéir aux ordres de la justice, et cet intérêt a dicté la loi. En un mot, d'après l'article 27 du Code civil, la mort civile est encourue à l'expiration des cinq ans; suivant l'article 25, la succession est ouverte par la mort civile : la conséquence nécessaire est donc que les biens sont irrévocablement acquis aux héritiers, puisque, en rentrant dans la vie civile, aux termes de l'article 30, confirmé par l'article 476 précité, le condamné n'y rentre que pour l'avenir, sans préjudice des effets que la mort civile a produits pour le passé, au nombre desquels se trouve la dévolution des biens aux héritiers. (Art. 25.)

Aurait-on voulu d'ailleurs apporter par cet article 471, un changement si notable au Code civil, d'une manière si détournée, si indirecte, et à propos seulement de la maintenue du séquestre? Cela est improbable.

Enfin, l'argument tiré de l'article 471 n'est qu'une pétition de principe, puisque nous nions que le séquestre soit maintenu pendant vingt ans, ainsi qu'on le pré-

tend ; et nous avons précédemment démontré, en nous appuyant d'un avis du conseil-d'état, qu'en effet il doit cesser, sur la demande des héritiers, à l'expiration des cinq ans.

Notre opinion, sans doute, est peu digne de faveur, et nous désirons qu'une nouvelle disposition législative nous force à l'abandonner ; mais tant que cette disposition n'existera pas, nous la croirons fondée sur le texte et l'esprit de la loi actuelle.

258. Si le condamné meurt après le délai des cinq ans, et après s'être représenté ou avoir été arrêté, mais avant d'avoir été condamné de nouveau à une peine emportant également mort civile, en cet état il meurt avec la jouissance des droits civils.

Nous ne le déciderions pas ainsi si nous ne consultations que l'art. 30 du Code civil, car il ne rend évidemment la vie civile au condamné qu'autant qu'il est *absous* par un nouveau jugement, ou *condamné* à une peine n'emportant pas mort civile, et, dans l'espèce, il n'a pas été absous ni condamné à une peine n'emportant pas mort civile. Mais nous le décidons d'après l'article 476 du Code d'instruction criminelle, qui porte que, « si l'accusé se constitue prisonnier, ou s'il est « arrêté avant que la peine soit éteinte par la prescrip-
« tion, le jugement rendu par contumace et les pro-
« cédures faites contre lui depuis l'ordonnance de prise
« de corps ou de se représenter, seront anéantis de
« plein droit, et il sera procédé à son égard dans la
« forme ordinaire. »

Ainsi, pour rendre la vie civile à l'accusé, à partir

de sa comparution en justice après les cinq ans, mais avant la prescription de la peine, cet article n'exige pas qu'il soit absous par un nouveau jugement, ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile ; le fait seul de sa comparution en justice le réintègre dans ses droits pour l'avenir. Mourant en cet état, sans avoir été condamné de nouveau à une peine emportant mort civile, il meurt donc avec la jouissance des droits civils, mais sans préjudice des effets que la mort civile a produits depuis l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par contumace, jusqu'au jour de la comparution du condamné, ainsi que le dit la seconde partie de l'article ; et au nombre de ces effets, se trouve l'ouverture de la succession, d'après l'article 25¹.

¹ Toutefois, cette interprétation de l'article 476 du Code d'instruction criminelle a trouvé des contradicteurs. On a dit que la première partie de cet article est une disposition relative aux contumaces en général, et que la seconde est relative aux condamnés à une peine emportant mort civile : or, cette seconde partie renvoie elle-même à l'article 30 du Code civil ; elle porte : « Si cependant la condamnation par contumace était de nature à emporter la mort civile, et si l'accusé n'a été arrêté ou ne s'est représenté qu'après les cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement de contumace, ce jugement, conformément à l'article 30 du Code civil, conservera, pour le passé, les effets que la mort civile aurait produits dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'à la comparution de l'accusé en justice. » Donc, dit-on, le condamné, dans ce cas, reste soumis à l'application de l'article 30 du Code civil, et cet article, en rendant au contumace la vie civile pour l'avenir, et à compter du jour où il a reparu en justice, ne s'explique ainsi qu'à l'égard de celui qui est absous par le nouveau jugement, ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile ; par conséquent, pour celui qui est mort depuis sa comparution en justice, et avant d'avoir été jugé de nouveau, comme on ne peut pas dire qu'il a été absous ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile, la mort civile n'a pas cessé à son égard depuis qu'elle a été encourue, et, par la même raison, elle n'a pas cessé non plus à l'égard de celui qui, par le nouveau jugement, a été condamné à une peine emportant également mort civile. On ne doit pas surtout considérer ce dernier comme ayant encouru deux fois la mort civile pour le même crime ; cela aurait quelque

259. Le condamné qui, par l'effet du nouveau jugement qui l'a absous ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile, rentre dans la vie civile, recouvre les droits civils et de famille comme les autres droits; il est replacé dans sa famille tel qu'il y était auparavant. La mort civile a sans doute produit ses effets; les liens de parenté civile ont été rompus tant qu'elle subsistait; mais ces effets ont cessé pour l'avenir: tellement que l'individu pourra un jour, chose bizarre, mais résultat des principes de cette matière

chose qui choquerait la raison: il est bien plus rationnel de dire qu'il était appelé, il est vrai, à recouvrer la vie civile pour l'avenir, mais sous une condition qui a manqué, savoir, sous la condition qu'il serait absous ou condamné à une peine qui n'emporterait point la mort civile. Telles sont les objections que l'on a faites contre notre décision.

Mais nous répondrons que la première partie de l'article 476 est une disposition générale, qui anéantit aussi bien les procédures et le jugement dans le cas de condamnation par contumace à une peine emportant mort civile, que dans les autres cas de condamnation criminelle prononcée aussi par contumace: cela est incontestable; il n'y a plus de jugement, puisque l'individu doit être jugé de nouveau. Or, de quoi résultait la mort civile? Du jugement, ou, mieux encore, de l'exécution par effigie de ce jugement; et il n'y a plus ni jugement ni peine quant à présent. Comment d'ailleurs juger un homme en état de mort civile, pour un crime commis antérieurement à cet état? Ne doit-il pas, quant au jugement de ce même crime, être considéré comme un autre citoyen? Il nous semble que oui. Qu'a voulu la seconde disposition de notre article 476? Elle a voulu, évidemment, maintenir les effets que la mort civile a produits depuis l'expiration des cinq ans à compter de l'exécution du jugement de contumace, jusqu'au jour de la comparution de l'accusé en justice, conformément à l'article 30 du Code civil, mais rien de plus; le texte même de la disposition en fait foi: il n'y est point parlé, comme dans cet article 30, de la circonstance conditionnelle que l'accusé serait absous ou condamné à une peine n'emportant point mort civile; il y est dit seulement que le jugement de contumace, conformément à l'article 30 du Code civil, conservera, pour le passé, les effets que la mort civile aurait produits dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'à la comparution de l'accusé en justice, et personne ne conteste cela. Reste donc la première disposition, qui anéantit la procédure faite contre lui depuis l'ordonnance de prise de corps, et le jugement lui-même, d'où résultait la mort civile: ce jugement est anéanti à partir de la représentation de l'accusé en justice. Maintenant celui-ci n'est plus qu'un accusé ordinaire, quoiqu'il ait d'ailleurs encouru la mort civile pendant un temps.

extraordinaire, devenir l'héritier de celui qui a recueilli ses biens lorsque la mort civile a été encourue. La singularité de ce résultat possible ne s'explique qu'à l'aide des fictions qui régissent ce sujet ; c'en est une, notamment, que l'ouverture de la succession après les cinq ans, puisque l'homme est encore vivant, et que *nulla est viventis hereditas* : c'est plutôt un envoi en possession des biens irrévocable.

240. Lors même que le condamné qui a encouru la mort civile obtiendrait sa grâce, ou une commutation

C'est comme si la seconde disposition de l'article avait dit : « Et, *de plus*, si « la condamnation par contumace était de nature à emporter mort civile, etc. » Elle ne peut pas avoir eu pour but d'établir une règle particulière pour ce cas, en ce qui concerne la procédure et le jugement de contumace : ce jugement est anéanti de plein droit du jour de la comparution de l'accusé en justice, comme dans les autres cas de condamnation criminelle prononcée par contumace, et par cela même l'accusé est réintégré dans la vie civile, pour qu'on le juge dans cet état. Au surplus, notre opinion sur le cas par nous prévu au texte, celui où l'accusé est mort depuis sa comparution en justice, et avant d'avoir été jugé de nouveau, ne présente rien d'extraordinaire et de contraire aux principes de la matière. Dans l'autre cas, celui où l'individu est condamné par le nouveau jugement à une peine emportant également la mort civile, nous avouons que, prétendre qu'il a été réintégré dans la vie civile, pour la lui faire perdre de rechef par l'effet du nouveau jugement, offre quelque chose de singulier, un résultat auquel le législateur n'a probablement pas songé ; et cependant ce résultat nous paraît amené par l'ensemble des dispositions de la matière. D'ailleurs il n'est pas impossible qu'un individu encoure plusieurs fois la mort civile : on en a vu des exemples, et qu'il importe que ce soit pour un même crime ou pour des crimes différents. Telle est, au surplus, notre opinion : nous ne la donnons pas comme une décision incontestable, mais comme nôtre. Au reste, la question est bien plutôt de principe, de théorie, que d'intérêt réel, car il sera bien rare que des successions ou des legs auxquels serait appelé le condamné, par son degré de parenté, ou par la volonté du testateur, viennent à s'ouvrir dans l'intervalle écoulé depuis sa comparution en justice jusqu'à sa mort naturelle survenue avant qu'il fût jugé de nouveau. Mais si cela était, nous n'en persistons pas moins à dire qu'il aurait recueilli ces droits et qu'il les aurait transmis à ceux qui étaient ses plus proches parents au jour de sa mort, ou à ceux au profit desquels il en aurait disposé par le testament qu'il aurait fait depuis sa comparution en justice, testament qui, selon nous, serait très valable quant à ces nouveaux biens.

de peine, les effets de cette mort ne seraient pas détruits par elle, du moins pour le passé ; la grâce ne nuit jamais aux droits acquis à des tiers. Cependant on a écrit le contraire.

Nous ne nions pas qu'elle ne puisse empêcher la mort civile d'être encourue, puisqu'elle empêche l'exécution, dont la mort civile n'est que la conséquence ; nous ne nions pas non plus que le mort civilement ne puisse, par ce bienfait du chef de l'État, recouvrer la vie civile pour l'avenir ¹ ; mais pour les effets que la mort civile a produits, et qui ont conféré des droits à des tiers, ou qui leur ont permis d'en acquérir au défaut du mort civilement, les lettres de grâce ne sauraient les leur enlever. Aussi sont-elles toujours accordées sous la réserve, au moins tacite, des droits acquis aux tiers.

241. Si le condamné, qui a laissé passer les cinq ans sans se représenter ou avoir été arrêté pendant

¹ L'auteur de l'article *Mort civile*, au Répertoire de M. Merlin, est d'un avis opposé. Il dit que le prince, en lui accordant une commutation de peine, ne lui rend que les droits de la nature ; que cette restitution contre son premier état ne peut influer sur des actes qui intéressent des tiers ; qu'ainsi il ne peut être témoin, soit dans les actes, soit en justice : il ne peut contracter un mariage qui produise des effets civils ; il ne peut rien transmettre à ses enfans, ni recueillir par succession ou donation, etc.

Nous pensons différemment, du moins en général. Les tiers n'avaient pas de droits acquis relativement, par exemple, aux successions qui n'étaient point encore ouvertes au moment de la grâce ou de la commutation de peine. Peu importe que, par l'effet de la mort civile, tel se trouvât à un degré successible plus rapproché qu'il ne le sera maintenant : la naissance d'un enfant pouvait produire le même résultat. En un mot, il ne faut pas confondre la possibilité d'acquérir des droits, une simple éventualité, avec des droits acquis. (*Voyez* au n° 255.) Au surplus, les termes dans lesquels seraient conçues les lettres de grâce devraient servir beaucoup à la décision de la question, et nous la déciderions, sans la moindre hésitation, dans le sens que nous avons exprimé, si elles portaient purement et simplement remise de la condamnation.

ce délai, mais qui a été absous ou condamné par un nouveau jugement à une peine n'emportant pas mort civile, ou qui est mort pendant l'instruction, avait fait son testament avant l'état de contumace, ce testament serait valable, parce que le testateur aurait été capable aux deux époques : à celle de la confection du testament, et à celle de la mort. L'incapacité intermédiaire serait réputée non avenue ¹; mais le testament ne pourrait avoir pour objet que les biens acquis depuis la mort civile encourue.

III^e PÉRIODE, c'est-à-dire *après les vingt ans depuis la condamnation par contumace.*

242. Enfin, si le condamné laisse passer vingt ans, à compter de la date de l'arrêt, sans se représenter, ou avoir été arrêté, il a prescrit la peine (art. 635, Code d'instr. crim.). Il ne peut plus être pris ni jugé. Il ne peut même demander à l'être, à l'effet de pouvoir du moins recouvrer la vie civile pour l'avenir (art. 641, *ibid.*) : tout est consommé à son égard. Il a bien prescrit la peine, puisqu'il ne l'a pas subie ; mais il n'a pas prescrit contre la mort civile, puisqu'elle l'a constamment accompagné. (Art. 32, Code civil.)

S'il n'y avait pas eu de jugement de condamnation, l'action publique et l'action civile se seraient trouvées prescrites après dix ans révolus depuis le crime commis, si, dans l'intervalle, il n'y avait eu aucun acte de

¹ L. 1, § 3, ff. *de Bonor. possess. secund. tab.* C'est ce que nous avons déjà dit sur le cas où le condamné qui avait fait son testament avant d'être contumace, s'est représenté ou est mort dans le délai de grâce des cinq années.

poursuite ou d'instruction.- Dans le cas contraire, le délai de dix ans aurait couru du jour du dernier acte de poursuite, même à l'égard des personnes qui n'auraient pas été impliquées dans cet acte. (Art. 637, Code d'inst. crim.)

§ V.

Des effets de la mort civile.

245. La mort civile ayant pour effet de retrancher l'individu qui en est frappé du nombre des membres qui composent la société, de lui enlever sa qualité de personne civile, pour ne lui laisser que celle d'homme, il semblerait que les seuls droits résultant des lois particulières au peuple qui l'a rejeté de son sein devraient lui être refusés, et non ceux qui découlent du Droit des gens : cependant il n'en est pas ainsi, du moins d'une manière absolue.

En effet, si tous les avantages dérivant du droit observé chez toutes les nations policées les unes à l'égard des autres, comme celui de pouvoir valablement former les contrats de vente, d'échange, de louage, ne lui sont pas déniés¹, parce qu'il est homme, et que les autres hommes lui laissant la vie naturelle ne peuvent lui ravir les moyens de la soutenir sans le pousser au désespoir et à de nouveaux crimes, du moins il ne lui est resté de ces avantages que ce qui est nécessaire, indispensable à la conservation de son existence physique. Ainsi, sans être absolument rejeté

¹ *Deportatus specialit quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur. Emit enim et vendit, locat, conducit, permutat, fœnus exercet, et cætera similia; et postea quæ sita pignori dare potest. L. 15, ff. de interd. et releg.*

de la grande société humaine, il est néanmoins dans une position infiniment inférieure à celle de l'étranger proprement dit : voilà pourquoi, entre autres exemples de cette infériorité de condition, il ne peut contracter un mariage qui produise aucun effet civil, du moins par rapport à lui, tandis que le mariage formé entre Français et étranger, et même entre étrangers, soit en France, soit ailleurs, est valable comme celui contracté par les nationaux entre eux, parce que le mariage a sa source dans les règles du Droit des gens, et non dans les institutions d'un peuple en particulier, institutions auxquelles il est seulement redevable de quelques formes spéciales, qui varient suivant les temps et les lieux.

244. La mort civile est donc un *état*, une qualité personnelle de l'individu, qui l'accompagne partout où il porte ses pas, et qui est régie par conséquent en tout pays par la loi française, dans les rapports de l'individu avec les Français : tellement qu'il ne pourrait invoquer les avantages attribués chez nous par les traités aux habitans des lieux où il s'est retiré ; il ne pourrait non plus succéder en France en vertu de la loi du 14 juillet 1819, tandis qu'un étranger proprement dit, avec la nation même duquel il n'y aurait aucun traité à cet égard, le pourrait très bien.

245. Mais nos lois ne peuvent s'opposer à ce qu'il jouisse en pays étranger des droits civils de ce pays : par exemple, s'il s'y était marié, nous n'aurions pas le droit de critiquer son mariage, si lui, ses enfans ou tout autre, n'en invoquaient les effets en France.

246. C'est une question plus délicate, celle de sa-

voir si les sujets de la nation qui lui a donné asile pourraient se prévaloir du jugement rendu en France, pour demander la nullité des actes par lui faits dans le pays étranger. D'une part, on peut dire que l'état et la capacité des personnes s'estiment partout d'après les lois de la nation à laquelle elles appartiennent; c'est un principe que nous avons déjà eu occasion de rappeler. Mais, d'autre part, le jugement rendu en France, et duquel est résulté la mort civile, est, à l'égard des étrangers, *res inter alios acta, quæ aliis nec prodest nec nocet*. La question n'aurait, au surplus, aucun intérêt, s'il s'agissait d'actes régis par le pur droit des gens. Elle devrait être aussi décidée en faveur de l'individu qui a encouru la mort civile en France, s'il avait été spécialement admis par le gouvernement étranger à jouir des droits civils dans cet État, ce qui s'est vu fréquemment à l'égard de proscrits pour délits politiques.

247. L'article 25 attribue textuellement à la mort civile huit principaux effets; mais ce ne sont pas les seuls, comme on le verra bientôt. L'observation en fut d'ailleurs faite au conseil-d'état lors de la discussion sur cet article.

Par la mort civile le condamné perd :

1° La propriété de tous les biens qu'il possédait. Sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament.

Ainsi, il peut bien avoir des héritiers *ab intestat*, mais il ne peut en avoir de testamentaires. La raison de

cette différence résulte de ce que c'est la loi qui défère la succession *ab intestat*, tandis que l'héritier testamentaire est du choix de l'homme, et la loi ne ratifie pas ce choix; elle n'a aucun égard à la volonté de celui qu'elle a retranché du nombre des membres de la société.

Il n'y a pas non plus contrariété de principes entre cette disposition, qui défère la succession du condamné à ses héritiers légitimes, et celle de l'article 33, suivant lequel le mort civilement meurt en état de déshérence, et ses biens appartiennent à l'État. La mort civile est une image de la mort naturelle: la succession s'ouvre par la mort naturelle, donc elle doit s'ouvrir aussi par la mort civile, lorsque cette mort est encourue. Alors l'individu n'existe plus aux yeux de la loi: il peut sans doute acquérir de nouveaux biens, mais ces biens ne constitueront pas une nouvelle *succession*: à son décès, ce seront des biens vacans et sans maîtres, qui, à ce titre, appartiendront à l'État. Nous reviendrons au surplus sur ce point.

248. La disposition de l'article 25, qui fait ouvrir la succession du mort civilement comme s'il était mort sans testament, serait applicable lors même que le condamné aurait fait son testament avant la condamnation, avant même d'avoir commis le crime, attendu que, pour tester valablement, il ne suffit pas d'avoir la capacité au moment de la confection du testament, il faut encore l'avoir au moment de la mort¹. Or, au

¹ Voyez l'arrêt de la cour de cassation, du 20 mai 1812, qui a appliqué ce principe du Droit romain, consacré par les L. 8, § 1, et L. 19, ff. *qui testam. facere poss.*

moment de sa mort, le condamné était incapable de toute disposition et de toute volonté, puisqu'un des effets de la mort civile est de lui ôter le droit de disposer par testament. Au lieu qu'un homme qui, après avoir fait son testament étant sain d'esprit, meurt en état de démence, même en état d'interdiction, a valablement testé, quoiqu'il n'eût plus la capacité de *fait* au moment de sa mort, car il avait encore celle de *droit*; à la différence du mort civilement qui avait perdu cette dernière capacité. Ainsi, comme nous l'expliquerons en traitant des testamens, il faut, pour tester valablement, avoir la capacité légale et au moment de la confection du testament et au moment de la mort; mais il suffit, quant à la capacité de fait, de l'avoir pleinement au moment où le testament est fait.

249. Mais la donation de biens à venir faite par le mort civilement, antérieurement à la mort civile encourue, produit ses effets, nonobstant les rapports qu'elle a avec les donations testamentaires, car elle en diffère en un point essentiel : elle est irrévocable (art. 1083); elle saisit par conséquent le donataire du jour où elle est faite, sinon quant à la propriété actuelle des biens, du moins quant au droit de les obtenir un jour sous les conditions exprimées par la loi, et le crime commis par le donateur ne peut pas détruire ce droit.

Dans les dispositions testamentaires, tout étant subordonné à la persévérance de volonté du testateur jusqu'à sa mort, c'est à cette époque aussi que l'on s'attache pour estimer la capacité de droit du disposant;

mais dans une donation des biens que le donateur laissera à son décès, il suffit qu'il soit capable au moment où il donne, puisque, ne pouvant révoquer, la donation ne dépend point de sa persévérance de volonté.

250. 2° Le mariage que le mort civilement avait précédemment contracté est dissous quant à tous ses effets civils.

Son époux et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture. (Même art. 25.)

La communauté est donc dissoute (art. 1441), et il y a lieu de la partager entre le conjoint et les héritiers du mort civilement.

Cependant, quant à la dissolution du mariage, même pour le lien purement civil, pour les effets civils, on doit, selon nous, combiner les art. 25 et 27 d'une part, avec les art. 227 du Code civil, 635 et 641 du Code d'instruction criminelle, d'autre part, et faire une distinction entre les condamnations contradictoires et celles qui sont prononcées par contumace, afin de connaître l'époque précise à laquelle le mariage sera dissous.

251. Pour les premières, le mariage est dissous, quant à tous ses effets civils, par le fait seul de la mort civile encourue; et elle est encourue, aux termes de l'article 26, du jour de l'exécution, soit réelle, soit par effigie; en sorte que si l'individu qui s'est évadé, ou qui a été condamné aux travaux forcés à perpétuité ou à la déportation, continuait de vivre maritalement avec sa femme, les enfans qui naîtraient de ce com-

merce, après les trois cents jours qui ont suivi le moment où la mort civile a été encourue, serait seulement enfans naturels¹.

A ce titre, ils auraient des droits sur les biens de leur mère; mais ils n'en auraient point sur ceux que leur père pourrait avoir à sa mort naturelle. Ces biens appartiennent à l'État par droit de déshérence (art. 33). A plus forte raison, le mort civilement n'aurait-il aucun droit sur les biens de ces mêmes enfans.

232. Si, par la clémence du chef de l'État, le condamné dont il s'agit rentrait dans la vie civile, son

¹ M. Delvincourt professe aussi, tome I, page 216, la même doctrine, tout en faisant des vœux pour que la législation soit améliorée sur ce point: « Les enfans nés d'un mariage contracté avant la mort civile, dit-il, « seront considérés comme des enfans nés hors mariage: ils auront sur « les biens de l'époux innocent les droits d'enfans naturels. » Ce jurisconsulte ne leur en accorde aucuns sur les biens que le mort civilement pourrait acquérir par la suite, et c'est avec raison, puisqu'ils appartiennent à l'État par droit de déshérence. (Art. 33.)

Mais M. Toullier est d'un avis contraire quant aux effets de cette dissolution du mariage: il dit, tome I, page 266, que, par la mort civile, le mariage est bien dissous quant à tous ses effets civils; « mais qu'il ne l'est « pas quant au lien civil, par conséquent qu'il subsiste encore comme « mariage; que les enfans qui naîtront de ce mariage après les trois cents « jours depuis l'expiration des cinq ans seront légitimes; qu'à la vérité, ils « ne pourront succéder aux biens qu'avait leur père au moment où sa mort « civile a été encourue, parce qu'ils n'étaient ni nés ni conçus à cette époque, mais qu'ils pourront succéder aux biens que leur père aurait acquis depuis la mort civile. » Ce droit leur est formellement refusé par l'art. 33, et pour être conséquent, M. Toullier aurait dû ajouter que ces mêmes enfans pourraient succéder à leur mère et aux parens de celle-ci, comme enfans ou parens légitimes. Et si cet estimable auteur s'explique ici sur les conséquences d'une condamnation par contumace, il ne restreint toutefois pas à ce cas son opinion, que la mort civile ne détruit pas le lien civil du mariage: à la page 260, il dit d'une manière générale, absolue, que le mariage subsiste encore comme mariage, quoiqu'il y ait mort civile. M. Delvincourt, tome I, page 382, soutient le sentiment opposé, mais en faisant une distinction entre les condamnations par contumace et celles qui sont prononcées contradictoirement; nous croyons aussi que l'on doit faire cette distinction pour connaître l'époque à laquelle le mariage sera dissous par l'effet de la mort civile, mais seulement quant à ce point.

mariage n'en aurait pas moins été dissous de plein droit, d'après les articles 25 et 227; en conséquence, il devrait être réhabilité, renouvelé, pour pouvoir produire des enfans légitimes, capables de succéder, à ce titre, aux parens de leurs père et mère, et même à ces derniers.

255. Mais lorsque la mort civile ne résulte que d'une condamnation prononcée par contumace, nous ne croyons pas que le mariage soit dissous immédiatement à l'expiration des cinq ans qui ont suivi l'exécution du jugement par effigie. Il est bien vrai qu'alors la mort civile est encourue, aux termes de l'article 27, et qu'en rapprochant cet article de l'article 25, la dissolution du mariage, quant à ses effets civils, paraît devoir en résulter : aussi, s'il n'y avait que ces deux dispositions, notre décision serait différente, quoique nous ne l'exprimassions qu'à regret.

Mais l'article 227 nous engage à adopter cette opinion : il porte : « Le mariage se dissout par la condamnation, devenue définitive, de l'un des époux, à une « peine emportant mort civile. » Or, la *condamnation à la peine* emportant mort civile ne devient *définitive* que lorsque le condamné ne peut plus être pris ni jugé; et, suivant les articles 635 et 641 du Code d'instruction criminelle, ce n'est qu'après vingt ans depuis la date de l'arrêt que la peine est prescrite, et qu'il n'est plus permis au condamné de se présenter en justice pour purger la contumace et rentrer dans la vie civile pour l'avenir. Jusqu'à cette époque, la condamnation à la *peine* n'est donc point définitive, puisqu'aux termes

des articles 476 du même Code, et 30 du Code civil, le condamné qui est arrêté ou qui se représente, doit subir un autre jugement, et peut même être absous, et s'il l'est, ou condamné à une peine n'emportant pas mort civile, il rentre dans la vie civile pour l'avenir. Ainsi, puisque l'article 227 ne fait dériver de la mort civile la dissolution du mariage qu'autant que la condamnation à la peine est devenue définitive, il nous semble qu'il modifie en ce point les dispositions générales résultant de la combinaison des articles 25 et 27; et comme il est placé au titre *du Mariage*, c'est lui qui doit être appliqué de préférence, suivant la règle *specialia generalibus derogant*, règle dont l'application est si favorable dans ce cas. Si nous nous trompons dans la manière dont nous l'interprétons, nous aurions du moins signalé une imperfection dans la loi, et manifesté le désir d'une amélioration salutaire, qui mit désormais les fictions de la mort civile plus en harmonie avec les principes qui régissent, sous les rapports religieux, moraux, civils et politiques, le saint nœud du mariage¹.

254. Si donc des enfans naissent de cette union après les trois cents jours écoulés depuis l'expiration des cinq années, et avant que la condamnation soit devenue définitive de la manière dont nous l'entendons, ces enfans seront légitimes. Ils ne pourront, à la vérité, succéder aux biens qu'avait leur père au moment où sa mort civile a été encourue, puisqu'ils n'étaient ni nés

¹ La question a été jugée conformément à notre opinion par la cour d'Angers, le 24 août 1840. Sirey, 40, II, 372.

ni conçus à cette époque ; ils ne pourront non plus succéder à ceux qu'il aura acquis par la suite , parce que ces biens appartiennent à l'État par droit de déshérence , et que le mort civilement ne peut plus avoir d'héritiers depuis la mort civile encourue ; mais ils succéderont , comme enfans légitimes , non-seulement à leur mère et aux parens de celle-ci , mais encore aux parens de leur père , attendu que les deux termes habiles à la transmission des biens par voie de succession , capacité de transmettre et capacité de recueillir , se rencontreraient parfaitement dans l'espèce.

255. Quoique tous les liens civils du mariage soient rompus par l'effet de la mort civile , les liens naturels ne le sont pas : *Jure civili jura naturalia perimi nequeunt*. Les enfans devraient donc des alimens à leur père , comme il leur en devrait de son côté , s'il était en état de leur en fournir , au moyen des biens qu'il a pu acquérir par la suite. Et s'il rentre dans la vie civile par la clémence du chef de l'État , tous les liens de famille reprennent leur première force ¹ , sans préjudice des effets que la mort civile a produits tant qu'elle a existé. Les enfans de ce mariage , dans ce cas , pourront donc lui succéder , comme il pourra leur succéder lui-même.

256. 3° Il ne peut contracter un mariage qui produise des effets civils.

Quant à lui , cela est vrai sans distinction : il ne peut ignorer son état d'incapacité.

257. Mais pour l'autre époux , s'il a contracté de bonne foi le mariage , ce qui sera rare , mais ce qui n'est

¹ Voyez ce qui a été dit au n° 240.

pas impossible, puisque le mort civilement a pu changer de nom (et même sans cela) et se marier dans un pays éloigné du lieu où sa condamnation a été rendue publique; si, disons-nous, le conjoint a été de bonne foi, le mariage produira tous ses effets civils tant à son égard qu'à l'égard des enfans issus de cette union. (Art. 201 et 202.)

M. Merlin soutient l'opinion contraire dans son Répertoire, au mot *Empêchemens* et au mot *Légitimité*. C'est, nous le croyons, une méprise de sa part, puisque les articles 201 et 202 sont formels, qu'ils ne font aucune exception, et que d'ailleurs la question ayant été agitée au conseil-d'état, elle y fut décidée dans ce sens. Voici ce qui fut dit à ce sujet à la séance du 5 vendémiaire an x.

M. Tronchet fait observer « qu'un homme mort civilement ne pouvant communiquer les droits de famille, ni par conséquent donner à ses enfans le droit de succéder à ses collatéraux, il est inconséquent de supposer que son mariage aura des effets vis-à-vis des tiers. »

M. Regnault dit « que ce serait contredire le principe adopté sur la mort civile, laquelle retranche tellement un homme de la société, que la loi ne reconnaît pas ses enfans. »

Mais M. Réal fait observer « que l'état des enfans pourrait cependant être assuré par la bonne foi de l'autre époux. »

Et M. Tronchet répond « que les effets de cette bonne foi sont une exception à la règle générale; qu'au sur-

« plus, ils sont bornés à celui des deux époux qui a été trompé, et à ses enfans. »

Cette observation ne trouva pas de contradicteurs, parce qu'en effet elle était juste et conforme aux principes, lesquels, dans l'ancienne jurisprudence, n'étaient pas, il est vrai, fixés d'une manière ferme et invariable comme il le sont aujourd'hui par nos articles 201 et 202 ; mais ils sont si pleins de raison, que l'on est étonné d'apprendre qu'il ait pu y avoir quelque dissidence à cet égard. Pourquoi, en effet, un mariage incestueux, ou contracté durant l'existence d'une précédente union, mais contracté de bonne foi, produirait-il les effets civils, tandis que celui dont il s'agit ne les produirait pas ? La loi prohibait l'un comme l'autre ; tous les deux sont nuls à ses yeux : donc, si l'un produit cependant les effets civils, à cause de la bonne foi de l'un des époux, l'autre doit les produire aussi, en restreignant ces effets au conjoint de bonne foi et aux enfans issus de ce mariage : la conséquence nous paraît irrécusable.

258. Les enfans du mort civilement pourront, d'après cela, succéder à leur mère, comme celle-ci pourra leur succéder ; mais ils ne pourront recueillir les biens que leur père laissera au jour de son décès : ces biens appartiennent à l'État par droit de déshérence, sauf la disposition que le roi peut en faire à leur profit, selon que l'humanité le lui suggérera (art. 33). Ce n'est pas, sans doute, parce que ces enfans sont incapables de succéder à leur père, qu'ils ne lui succèdent pas, mais c'est parce que leur père est incapable de leur

transmettre, et que, pour la transmission des biens par voie de succession, il faut les deux termes habiles : capacité de transmettre et capacité de recueillir. Telle est la décision de Richer, dans son traité *de la Mort civile*, liv. III, chap. 3, pag. 235, et de Pothier, *Contrat de mariage*, n° 440. Ce dernier s'exprime ainsi :

« La bonne foi de l'une des parties donne les effets
 « civils à un mariage nul ; comme lorsqu'une femme
 « épouse de bonne foi un homme qui avait perdu l'é-
 « tat civil par une condamnation dont la connaissance
 « n'avait pu parvenir à cette femme, le jugement
 « ayant été rendu dans un pays éloigné, et avant
 « qu'elle eût connu cet homme : la bonne foi de cette
 « femme donne, dans ce cas, à ce mariage, les effets
 « civils, à l'effet que les enfans qui en sont nés aient
 « les droits d'enfans légitimes, et puissent succéder à
 « leur mère.

« Mais les enfans ne peuvent ni succéder aux biens
 « de leur père, qui sont acquis au fisc, ni avoir les
 « droits de famille dans la famille de leur père, puis-
 « que leur père les ayant perdus avant qu'ils fussent
 « au monde, il n'a pu les leur communiquer. »

259. Cette dernière décision de Pothier est peut-être rigoureusement conforme aux principes ; toutefois elle en combat un qui doit aussi exercer son empire sur la question : ce principe, c'est que la légitimité est indivisible ¹, et voilà pourquoi le mariage produit tous

¹ La force de la chose jugée peut quelquefois le faire fléchir, quand il y a des jugemens contraires sur une question d'état, comme on le verra dans la suite ; mais il ne s'agit point de cela dans le cas actuel.

ses effets civils à l'égard des enfans, quoique l'un des époux seulement ait été de bonne foi en le contractant. Nous pensons donc que la décision de Pothier ne saurait, aujourd'hui, se soutenir devant les art. 201 et 202. Les parens du mort civilement étant habiles à transmettre, comme les enfans du mariage dont il s'agit sont capables de recueillir, toutes les conditions exigées par la loi sont accomplies¹; et le droit de succéder sera réciproque, parce que généralement il l'est. Les exceptions au principe sont très rares. Nous reviendrons au surplus sur ce point au titre *des Successions*.

260. Si l'autre époux n'était pas de bonne foi, les enfans issus de ce mariage n'auraient, à son égard, que les droits d'enfans naturels; par conséquent, ils ne pourraient succéder aux parens de cet époux.

261. 4° Le mort civilement ne peut recueillir aucune succession, ni transmettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite. (Même art. 25.)

Ces biens appartiennent à l'État par droit de déshérence, sauf la faculté qu'a le roi d'en disposer, par motifs d'humanité, au profit des enfans, ou de la veuve ou des parens du condamné. (Art. 33.)

Si le mort civilement ne peut avoir d'héritiers, d'où vient donc que sa succession a été recueillie suivant

¹ Voyez, à l'appui de cette opinion, l'arrêt de cass. du 15 janvier 1816. (Sirey, 1816, I, 31.) Il s'agissait, il est vrai, dans l'espèce de l'arrêt, d'un cas d'émigration, laquelle emportait la mort civile; mais il n'a fait qu'appliquer les vrais principes: il a décidé que les enfans issus d'un mariage contracté entre un Français frappé de mort civile par suite d'émigration, et une Allemande, ont pu valablement succéder aux parens de leur père.

Et, pour cela, l'arrêt a jugé que la femme allemande avait pu raisonnablement ignorer la position de celui qu'elle épousait, et l'effet de nos lois qui la caractérisaient.

l'ordre ordinaire et naturel par les parens les plus proches à l'époque de la mort civile encourue ?

C'est, ainsi que nous l'avons dit, parce que la mort civile est une image de la mort naturelle, et que, par la mort naturelle, s'ouvre la succession : *Nam fictio idem operatur in casu ficto, quàm veritas in casu vero.* Mais il ne faut pas conclure de là qu'elle a des effets antérieurs à ceux qui naissent de la mort naturelle, qu'elle produit une incapacité de transmettre que celle-ci ne produit pas.

On ne peut admettre que le concours et non la préexistence d'effets...; par conséquent il n'y a pas d'obstacle à ce que la succession soit déférée suivant les règles ordinaires. Au lieu que pour les biens que laisse le mort civilement lors de sa mort naturelle, cela ne constitue pas une succession véritable, une succession en droit.

Il est vrai aussi, quant à la succession elle-même, ouverte par la mort civile, que, d'après la fiction *momentum mortis, momento vitæ adnumeratur*, la mort civile précède d'un instant de raison la mort naturelle, et nous l'avons nous-même reconnu avec les anciens auteurs qui ont écrit sur la matière; mais ce n'est qu'une fiction, imaginée pour faire tomber le testament du mort civilement : or, toute fiction doit être sévèrement circonscrite au cas qui l'a fait introduire : *Fictio non operatur ultrà casum fictum.*

262. 5° Il ne peut disposer de ses biens (acquis depuis la mort civile, puisque la destination des autres a déjà été réglée) en tout ou partie, soit par donation

entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'alimens.

Lui refuser de recevoir à titre d'alimens, c'eût été implicitement lui infliger la peine de mort naturelle, quand la mort civile seulement le frappe.

Mais il ne peut disposer à titre gratuit, même pour cause d'alimens; le motif qui a fait fléchir la règle ne se rencontre pas quand il dispose; c'est seulement quand il reçoit.

Nous exceptons cependant le cas où il le ferait en faveur de son descendant ou de son ascendant, de son conjoint, ou de son frère ou de sa sœur, *quia jura naturalia jure civili perimi nequeunt*. Quoique le Code ne s'explique pas sur cette exception, néanmoins elle est si juste et si raisonnable, que nous n'hésitons pas à la reconnaître.

265. Le mort civilement peut-il recevoir des dons manuels, par conséquent de l'argent ou d'autres choses mobilières?

Quelle est la puissance qui pourrait s'y opposer? et à quoi tendrait une loi dont le prescrit serait si facilement éludé, une loi qui serait réellement sans aucune sanction? Les donations d'effets mobiliers qui se consomment par la tradition, et qu'on appelle donations manuelles, sont du Droit naturel. D'Aguesseau, rédacteur de l'ordonnance de 1731, sur *les Donations*, l'a dit positivement; et c'est pour cela que le Code, qui a reproduit l'ordonnance, ne dit pas que toute donation sera faite par acte en la forme authentique, mais simplement que tout acte portant donation sera fait en cette

forme, ce qui est bien différent. Nous croyons donc que le mort civilement peut faire et recevoir de pareilles donations ¹, mais non des donations d'immeubles, lesquelles doivent être rédigées par écrit. Celles-ci ont reçu leurs formes du Droit civil, qui fixe les conditions sous lesquelles elles sont valables, et quoiqu'elles aient leur principe dans le Droit naturel, elles sont néanmoins devenues des matières du Droit civil.

D'après ces principes, nous décidons que le mort civilement peut recevoir la remise d'une dette : ce n'est là, en effet, qu'un mode d'exécution et d'extinction des obligations, mode qui rentre par conséquent dans le domaine du Droit des gens, dont n'est pas absolument exclu le mort civilement lui-même. C'est sans doute une libéralité, une donation quant au fond ; mais les donations, que l'on a rangées dans le domaine du Droit civil, quoique réellement elles ne participent des principes de ce Droit que par leur forme ², et que l'on a, pour cela, interdites activement et passivement au mort civilement, ce sont les donations susceptibles de produire une action civile. Lui contesterait-on d'ailleurs la capacité de faire, dans ses transactions commerciales, une remise à son débiteur ? Il pourrait même y être forcé dans un concordat, dans le cas de faillite de ce dernier. Or, s'il peut faire une remise, il peut en recevoir une, parce que, encore une fois, ce n'est point là une donation qualifiée, mais bien un mode d'extinc-

¹ Cette opinion a ses partisans, mais elle a trouvé des adversaires.

² *Nam quid tam naturale est, quàm hominem homini benefacere?*
Sénèque, de *Benefic.*

tion des obligations, que le législateur a placé dans une autre partie du Code que celle qui traite des donations proprement dites.

264. 6° Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives à la tutelle. (Art. 25.)

7° Ni être témoin dans un acte solennel ou authentique, ni être admis à porter témoignage en justice. (*Ibid.*)

Si le président d'une cour d'assises l'appelait en vertu de son pouvoir discrétionnaire, ce ne serait que pour donner de simples renseignemens, sans qu'il dût prêter le serment exigé des témoins.

Il ne peut être nommé expert en justice, et encore moins juré.

265. 8° Enfin, il ne peut procéder en justice, ni en demandant ni en défendant, si ce n'est sous le nom et par le ministère d'un curateur qui lui est nommé par le tribunal où l'affaire est portée. En cela, comme en beaucoup d'autres choses, il est traité bien moins favorablement que l'étranger proprement dit.

Tels sont, d'après l'article 25, les effets de la mort civile. Mais, comme nous l'avons dit précédemment, il en existe encore quelques autres : les dispositions de cet article ne sont pas rigoureusement limitatives.

266. Ainsi, l'usufruit, le droit d'usage et d'habitation qu'avait le mort civilement sur la propriété d'autrui, se sont éteints par sa mort civile¹. (Art. 617 et 625.)

¹ Mais la rente viagère créée sur sa tête, soit à son profit, soit à celui d'un tiers, ne prend pas fin par cette circonstance. (Art. 1982 analysé.) Dans le premier cas, elle continue d'exister, mais au profit de ses héritiers ;

La société qu'il avait contractée est dissoute. (Art. 1865.)

Le mandat qui lui avait été donné est fini. (Article 2003.)

Il ne pourrait ni adopter ni être adopté, car c'est là une institution de notre Droit civil.

Il ne pourrait non plus invoquer le bénéfice de cession, parce que c'est aussi une institution de notre Droit civil, tellement que ce bénéfice est refusé à l'étranger par l'article 905 du Code de procédure.

Et quoique le Code civil n'interdise pas au mort civilement, par une disposition expresse, l'exercice des droits politiques, il ne faut néanmoins pas douter que ces droits ne lui soient déniés. Pour être citoyen, et exercer en conséquence les droits politiques, la première condition c'est de faire partie de la société, et le mort civilement en est légalement retranché : qui n'a pas le *moins* ne saurait avoir le *plus*. C'est ce qui explique le silence du Code à cet égard. D'ailleurs ce Code ne statue que sur les droits civils, et non sur les droits politiques.

Tels sont les développemens que nous avons cru devoir donner sur l'importante matière *de la jouissance et de la privation des droits civils*. Nous n'avons certainement pas épuisé ce sujet, si fertile en questions difficile et d'un si grand intérêt; mais nous ne pouvions franchir les limites que nous nous sommes imposées, et nous croyons d'ailleurs avoir expliqué les principales difficultés de la matière.

et dans le second, elle continue d'être servie au créancier jusqu'à la mort naturelle du mort civilement.

TITRE II.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

267. *Importance des formalités relatives aux actes de l'état civil.*
268. *Ces actes doivent être authentiques.*
269. *Outre les actes de naissance, de mariage et de décès, il en existe encore plusieurs autres.*
270. *Les actes de l'état civil de la famille royale sont soumis à des formes particulières.*
271. *Système général de la loi sur les actes de l'état civil.*
272. *Ce qu'on entend par état civil.*
273. *Comment les naissances se constataient à Rome.*
274. *Les actes de l'état civil en France étaient anciennement reçus par les curés des paroisses.*
275. *Division générale de la matière.*

267. La loi sur les actes de l'état civil est une des plus importantes du Code, puisque toutes ses dispositions ont pour objet de fixer d'une manière certaine l'état des personnes, par la composition de la famille, et qu'elles sont le complément de la loi qui régit la jouissance des droits civils.

En effet, ces droits prennent leur source dans les trois principaux événemens qui signalent le passage de l'homme sur la terre, sa naissance, son mariage et sa mort.

Par sa naissance, l'homme prend son rang dans la société où il a reçu le jour, et dans la famille qui le

lui a donné ; et afin que son état ne soit point exposé aux chances du hasard et aux embûches de la fraude, il importe de constater authentiquement et le fait de la naissance et la filiation ; car l'un attribue à l'individu la qualité de Français, et l'autre lui assure tous les droits de famille, s'il est né d'une union légitime.

En avançant dans la carrière de la vie, il sent le besoin de laisser après lui quelqu'un qui le remplace et perpétue son nom ; il se choisit une compagne, mais l'union qu'il va former doit être soumise à des règles fixes, certaines, qui lui impriment un caractère légal pour en assurer les effets.

Enfin, la mort rompt tous les liens qui attachaient l'homme à ses semblables ; toutefois, en cessant de vivre il transmet des droits à d'autres appelés à le remplacer, et par cela même cet événement, fondement de ces nouveaux droits, veut être aussi solennellement constaté.

268. Les naissances, les mariages et les décès doivent donc être attestés par des actes authentiques, irrécusables, puisque l'état des personnes et des familles est attaché à leur existence et à leur conservation.

Il y a néanmoins des règles applicables indistinctement à tous ces actes, et des règles spéciales pour chacun d'eux.

Ceux qui concernent l'état civil des militaires en activité de service hors du royaume, sont traités, dans le Code, suivant les formes générales et suivant des formes particulières tout à la fois.

269. Il existe encore d'autres espèces d'actes de l'é-

tat civil : ceux des publications de mariage, pour lesquels un registre simple est prescrit par l'article 63 du Code; la transcription, sur les registres, des jugemens d'adoption, conformément à l'article 359; enfin les actes portant reconnaissance d'enfant naturel, lesquels peuvent être reçus aussi bien par les officiers de l'état civil que par les notaires, et doivent être transcrits en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un. (Art. 49, 62 et 334 combinés.)

270. A raison de leur haute importance, les actes de l'état civil de la famille royale sont soumis à des formes particulières; ces formes ont été déterminées par l'ordonnance du roi, en date du 23 mars 1816.

271. Malgré la prévoyance du législateur, il peut se glisser des erreurs dans la tenue des actes de l'état civil. La fraude, la négligence, des événemens de force majeure ont pu les faire disparaître ou altérer leur substance au préjudice des personnes qu'ils concernent; celles-ci ont donc le droit d'en demander le rétablissement ou la rectification; pour cela, il était nécessaire de déterminer la forme des actions, la compétence des tribunaux et les effets des jugemens : tel est l'ensemble de la loi sur les actes de l'*état civil*.

272. On peut entendre, par état civil, la qualité à raison de laquelle les personnes considérées par rapport à la société en général, ou par rapport à la famille en particulier, jouissent de certains droits plus ou moins étendus et sont soumises à des devoirs plus ou moins nombreux.

Suivant le Droit romain, l'état était naturel ou civil;

il pouvait aussi se considérer dans ses rapports avec la liberté, la cité et la famille ¹.

Cette division est en partie conservée dans notre Droit, en ce sens que nous reconnaissons l'état de la cité et celui de la famille, quoique avec des attributs différens de ceux que les lois romaines attachaient à l'état de famille.

Quant à celui de liberté, il n'a plus de corrélatif, puisque l'esclavage ne souille pas les lois qui nous régissent ². Cet état, considéré sous le rapport de la condition des hommes, n'est qu'une abstraction dans notre système politique ; il est donc inutile d'en parler. Mais on peut dire avec quelque raison, que nous connaissons l'état naturel, comme étant celui de l'étranger, par opposition à celui de cité qui appartient à chacun de nous.

Considéré dans ses rapports avec la société ou la famille, un individu est père ou enfant, marié, veuf ou célibataire ; enfant légitime, naturel ou adoptif ; il est mineur ou majeur, interdit ou exerçant ses droits ; parent à tel degré de telle personne, etc., etc : voilà son état civil.

275. La manière de constater l'état des hommes a dû nécessairement varier en raison des temps, des lieux et des mœurs particulières de chaque peuple.

Chez les Romains, par exemple, pendant long-temps il n'y a pas eu de registres de l'état civil ³ : les nais-

¹ Voy. la L. 11, de *Capit. minut.*, et Heineccius, *Elementa juris*, n. 76.

² On sent bien que nous faisons ici abstraction de l'esclavage des noirs dans les colonies.

³ Il est vrai que les grandes familles et les gens riches étaient assez

sances étaient constatées par le père de famille, au moyen d'une inscription sur ses registres domestiques; et l'on pouvait prouver sa filiation, sa légitimité, son âge, par de tels écrits et par des témoins¹, et même par des lettres adressées à la mère par le père². Ce mode n'était pas sans danger pour l'état des enfans; leur âge véritable n'était pas non plus fixé d'une manière invariable, et une foule d'abus et de fraudes pouvait résulter de l'absence d'un mode plus régulier.

La seule raison plausible de cette grave omission dans la législation romaine, c'est que les Romains admettaient la preuve par témoins pour toute espèce d'actes, tandis que chez nous ce genre de preuve, à raison de ses dangers, est vu avec une extrême défaveur, et n'est en conséquence admis, dans les ma-

dans l'usage de faire inscrire la naissance de leurs enfans dans des registres publics; et c'est ce qu'indique clairement ce passage de Juvénal, satire IX :

*Tollis enim, et LIBERTI ACRONUM spargere gaudes
Argumenta viri; foribus suspende coronas:
Jam pater es.*

Mais ces déclarations étaient principalement faites par les personnes constituées en dignité, comme le dit Suétone au sujet de Tibère et de Caligula, dans la vie du premier, n° 5, et dans celle du second, n° 8.

Ensuite, Marc-Antonin décida que cela serait observé à l'égard de tous les citoyens, ainsi que l'a écrit Julius Capitolinus : « *Liberales ita munivit, ut primus juberet apud Præfectum ærarii saturnini unumquemque civium natos liberos profiteri intrâ trigesimum diem nomine interposito. Per provincias, tabulariorum publicorum usum instituit, apud quos idem de originibus fecit, quod Romæ apud Præfectum ærarii.* »

Et le même empereur, ainsi que le dit Scœvola dans la loi 29, ff. *de Probationibus et præsumptionibus*, a décidé, dans un rescrit adressé à Claudius Apolinaris, que la filiation ne se prouverait point par la seule déclaration ou affirmation de témoins.

¹ L. 3, § 5, ff. *de Carb. edict.*

² L. 29, ff. *de Probat.*, précitée.

tières civiles, que dans les cas où l'objet du litige est de peu d'importance, sauf quelques exceptions spécifiées par la loi.

274. Anciennement, en France, les registres de l'état civil étaient confiés aux curés des paroisses, et, comme l'a dit l'orateur¹ chargé de présenter au tribunal un rapport sur le projet de loi, il était assez naturel que les mêmes ministres dont on allait demander les bénédictions et les prières aux époques de la naissance, du mariage et du décès, en constatassent les dates et en rédigeassent les procès-verbaux. La sanction de la religion ajoutait à la garantie de la loi que les registres seraient fidèlement tenus.

Mais en proclamant la liberté des cultes, l'assemblée constituante crut voir dans le mode suivi jusqu'alors, une sorte d'opposition aux principes qu'elle venait d'établir; et, dans ses appréhensions que la validité des actes ne fût pas assez indépendante des dogmes religieux, elle décida qu'il serait créé pour tous les Français, sans distinction, un mode de constater les naissances, les mariages et les décès: ce mode ne fut néanmoins organisé que par une loi de la législature suivante, celle du 20 septembre 1792.

275. Dans l'explication de cette matière nous suivrons la division générale tracée par le Code. Nous remettrons cependant à parler au titre *du Mariage*, de l'acte qui constate sa célébration, parce qu'en effet cet acte, ainsi que les formalités qui le précèdent, forment une partie intégrante de la loi sur le mariage, et n'en

¹ M. Siméon.

doivent pas être séparés. L'observation en a même été faite par un des hommes éminens auxquels la rédaction du Code a été confiée.

Ainsi, nous traiterons dans un premier chapitre, des dispositions générales sur les actes de l'état civil ;

Dans le deuxième, des actes de naissance ;

Dans le troisième, des actes de décès ;

Dans le quatrième, des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire du royaume ;

Et dans le cinquième, de la rectification des actes de l'état civil.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES SUR LA TENUE DES REGISTRES, DE LA RÉDACTION DES ACTES, ET DE LA PREUVE QU'ILS FONT DE LEUR CONTENU.

SOMMAIRE.

276. *Division du chapitre.*

276. De ces dispositions, les unes concernent les registres sur lesquels sont inscrits les actes, ainsi que les obligations des officiers de l'état civil relativement à la tenue de ces registres ; d'autres sont relatives aux formalités à observer dans la rédaction des actes en général, à ceux reçus en pays étranger, au cas où il n'a pas existé de registres, et à celui où ils ont été perdus ; enfin, il en est qui ont pour objet d'expliquer la force de la preuve que les actes font de leur contenu : ce sera la matière des trois sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES CONCERNANT LES REGISTRES ET LES OBLIGATIONS DES OFFICIERS DE L'ÉTAT CIVIL RELATIVEMENT A LA TENUE DE CES REGISTRES.

SOMMAIRE.

277. *Les actes de l'état civil sont inscrits, dans chaque commune, sur un ou plusieurs registres tenus doubles.*
278. *Comment les registres doivent être tenus et déposés.*
279. *Responsabilité des personnes chargées de la tenue et de la garde des registres.*
280. *Vérification des registres faite par le procureur du roi.*
281. *Tribunaux compétens pour connaître des délits et contraventions commis dans la tenue des registres.*

277. Les actes de l'état civil doivent être inscrits, dans chaque commune, sur un ou plusieurs registres tenus doubles. (Art. 40.)

Toute inscription d'acte de l'état civil sur une feuille volante, et autrement que sur les registres à ce destinés, donne lieu, contre l'officier de l'état civil, aux dommages et intérêts des parties, et à l'application de la peine d'un emprisonnement d'un mois au moins et de trois mois au plus, et d'une amende de seize à deux cents francs. (Art. 52 du Code civil et 192 du Code pénal.)

Dans les communes peu peuplées, il n'est tenu, le plus souvent, qu'un seul registre, pour les naissances, les mariages et les décès, mais il est toujours tenu double. Dans les autres, il y a un registre tenu double pour chaque espèce d'actes.

Dans toutes les communes il doit y en avoir un pour y inscrire les publications de mariage; mais ce registre est tenu simple. (Art. 63.)

278. Tous les registres sont cotés par première et dernière, et paraphés sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera. (Art. 41.)

Cette mesure a pour objet d'empêcher, autant que possible, la suppression des actes véritables et l'intercalation d'actes frauduleux.

Ils sont clos et arrêtés par l'officier de l'état civil à la fin de chaque année ; et, dans le mois, l'un des doubles doit être déposé aux archives de la commune ¹; l'autre, au greffe du tribunal de première instance (art. 43); en sorte que si l'un des registres disparaît par fraude, négligence ou accident, l'état civil des personnes est du moins assuré par l'existence de l'autre.

Les procurations et autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes de l'état civil, sont déposées, après qu'elles ont été paraphées par la personne qui les a produites et par l'officier de l'état civil, au greffe du tribunal, avec le double des registres, dont le dépôt doit avoir lieu audit greffe. (Art. 44.)

Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil doit avoir lieu en marge d'un autre acte déjà inscrit, cette mention doit être faite à la requête des parties intéressées, et elle doit l'être par l'officier de l'état civil sur les registres courans ou sur ceux qui ont

¹ Le décret du 20 juillet 1807 a ordonné la formation annuelle de tables alphabétiques des actes de l'état civil, par les officiers chargés de la tenue des registres, pour être refondues tous les dix ans par les greffiers des tribunaux et n'en faire qu'une seule. Ces tables sont utiles au gouvernement pour dresser la statistique de chaque département et même de toute la France; mais on a à regretter que le décret n'ait pas toujours été ponctuellement exécuté.

été déposés aux archives de la commune, et par le greffier du tribunal de première instance, sur les registres déposés au greffe; à l'effet de quoi l'officier de l'état civil est tenu d'en donner avis dans les trois jours au procureur du roi, afin que ce magistrat veille à ce que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres. (Art. 49.)

279. Tout depositaire des registres est civilement responsable des altérations qui y surviennent, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs de ces altérations. (Art. 51.)

Toute altération, tout faux dans les actes de l'état civil, et, ainsi qu'il a été dit, toute inscription de ces actes faite sur une feuille volante et autrement que sur les registres à ce destinés, donnent lieu aux dommages-intérêts des parties, sans préjudice des peines portées au Code pénal. (Art. 52.)

280. Et afin que les précautions prises par la loi pour garantir l'état des personnes ne soient pas éludées, le procureur du roi est spécialement chargé de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en est fait au greffe.

Il doit dresser procès-verbal des contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil, et requérir contre eux la condamnation aux amendes. (Art. 53.)

Mais, en principe, il n'a pas qualité pour requérir d'office la rectification des registres¹, de même que les tribunaux n'ont pas le droit de l'ordonner.

¹ Sauf cependant ce qui sera dit au chapitre dernier, n° 339.

281. La connaissance des délits commis dans la tenue des registres appartient aux cours royales, et celle des simples contraventions, aux tribunaux de première instance, jugeant civilement, et sauf l'appel, qui est porté aussi à la cour royale, chambre civile ¹.

En parlant de la preuve résultant des actes de l'état civil, nous exposerons quelques règles fondées sur la jurisprudence, au moyen desquelles on pourra discerner les cas où les déclarations ou énonciations mensongères insérées dans ces actes constituent un faux caractérisé, et ceux où elles ne sont qu'un simple mensonge : par là, il sera facile de distinguer les cas dans lesquels on ne peut combattre ou repousser ces énonciations que par l'inscription de faux, de ceux où on peut les attaquer par d'autres moyens.

SECTION II.

DISPOSITIONS RELATIVES AUX FORMALITÉS A OBSERVER DANS LA RÉDACTION DES ACTES EN GÉNÉRAL ; DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL REÇUS EN PAYS ÉTRANGER, ET DES CAS OU IL N'À PAS EXISTÉ DE REGISTRES OU QU'ILS ONT ÉTÉ PERDUS.

SOMMAIRE.

282. *Formalités à observer dans la rédaction des actes de l'état civil.*
 283. *L'officier de l'état civil ne doit rien insérer dans les actes que ce qui doit être déclaré par les comparans.*
 284. *Il ne doit pas consigner la déclaration que l'enfant qui lui*

¹ Avis du conseil-d'état, approuvé le 4 pluviôse an XII. Cet avis a, de plus, décidé que les officiers de l'état civil peuvent être poursuivis *de plano*, sans qu'il soit besoin d'obtenir l'autorisation préalable du conseil-d'état, nécessaire, d'après l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, pour pouvoir poursuivre les agens du gouvernement ; car, en ce qui concerne la tenue des registres de l'état civil, les maires et adjoints des communes ne sont point les agens du gouvernement, mais les délégués de la loi.

- est présenté comme enfant naturel, est fils d'un tel, non présent ni représenté à l'acte.*
285. *Ni celle qui tendrait à établir un filiation adultérine ou incestueuse : exemples.*
286. *L'officier de l'état civil ne doit rien changer aux déclarations autorisées par la loi.*
287. *Dans les cas où les parties ne sont point tenues de comparaître en personnes, elles peuvent se faire représenter par un fondé de pouvoir spécial et authentique.*
288. *Qualités des témoins produits aux actes de l'état civil.*
289. *Lecture de l'acte donné aux parties, et signatures de l'officier de l'état civil, des témoins et des comparans.*
290. *Sanction de la loi.*
291. *Des actes de l'état civil des Français et des étrangers en pays étranger.*
292. *Des actes de l'état civil des Français en pays étranger.*
293. *Cas où il n'a pas existé de registres ou qu'ils ont été perdus.*
294. *Comment se prouvent, dans ces cas, les naissances, décès et mariages.*
295. *La preuve de la filiation peut-elle s'y faire par témoins sans commencement de preuve par écrit ?*
296. *On peut considérer le cas de destruction d'une ou plusieurs feuilles des registres, comme la perte des registres eux-mêmes.*
297. *Allégation de simples négligences ou omissions commises dans la tenue des registres.*

§ 1^{er}.**Des formalités à observer dans la rédaction des actes en général.**

282. Les actes doivent être inscrits sur les registres, de suite, sans aucun blanc. (Art. 42.)

Les ratures et les renvois sont approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte. (*Ibid.*)

Il n'y doit rien être écrit par abréviation, et aucune date ne doit y être mise en chiffres. (*Ibid.*)

Ils doivent énoncer l'année, le mois, le jour et l'heure où ils sont reçus; les prénoms, noms, âges, profession et domicile de tous ceux qui y sont dénommés. (Art. 34.)

Ces énonciations peuvent être d'une grande importance en cas d'inscription de faux. Elles pourront servir, par exemple, à prouver que tel individu, désigné dans l'acte comme comparant, n'a cependant pu y figurer, attendu l'éloignement où il était, lors de l'acte, du lieu où il a été rédigé.

285. Les officiers de l'état civil ne peuvent rien insérer dans les actes, soit par note, soit par énonciation quelconque, que *ce qui doit être déclaré* par les comparans. (Art. 35.)

S'ils n'observent pas ce prescrit de la loi, ils s'exposent à être poursuivis par ceux qui auraient à se plaindre des énonciations ou des notes qui ne devaient pas être faites.

284. Ils ne doivent pas, lorsqu'on leur présente un enfant naturel, consigner la déclaration qu'il est né d'un tel, non présent à l'acte, et qui ne s'y est pas fait non plus représenter par un fondé de pouvoir spécial et authentique pour reconnaître l'enfant: ce serait aller contre le vœu de l'article 340, qui porte, en principe, qu'en matière de filiation naturelle, la recherche de la paternité est interdite. Il en doit être de même encore que l'acte n'ait pas pour but direct de constater que l'enfant est fils d'un tel: par exemple, s'il était dit

dans un acte de mariage, que l'une des parties est fils ou fille naturelle de Paul, non présent ni dûment représenté à l'acte, il faudrait, pour que l'officier de l'état civil pût insérer cette énonciation, qu'on lui représentât une expédition de l'acte de reconnaissance de l'enfant, ou d'un jugement qui aurait fixé son état.

Sans doute la déclaration faite hors ces cas n'imprimerait pas à l'individu désigné la qualité de père de l'enfant, mais elle aurait des effets moraux qui pourraient être fâcheux pour lui, et qui le mettraient, en quelque sorte, dans la nécessité de demander la rectification des registres.

285. L'officier de l'état civil ne devrait pas non plus consigner la déclaration que l'enfant qu'on lui présente est fils de Sophie et de Paul, marié à Elisabeth, ni, *vice versa*, qu'il est fils d'Élisabeth, mariée à Paul, et d'un autre individu; car la reconnaissance d'un enfant adultérin étant prohibée, comme la recherche de la paternité ou de la maternité à l'égard d'un tel enfant (art. 335 et 342), toute déclaration qui tendrait à cet objet est par cela même interdite.

286. Au reste, l'officier de l'état civil ne doit rien changer ni ajouter aux déclarations des comparans, lorsqu'elles sont du nombre de celles que la loi autorise. Son ministère se borne à les recevoir, et il ne s'étend point jusqu'à les commenter, les juger ou les contredire: si elles sont fausses ou erronées, ce sera à la justice à poursuivre les faussaires, ou, en cas de réclamation, à accorder les rectifications qui lui seront légalement demandées.

287. Dans les cas où les parties ne sont point tenues de comparaître en personne, elles peuvent se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique (art. 36), laquelle, ainsi qu'il a été dit, doit demeurer annexée à l'acte.

Le mariage ne paraît point être un de ces cas, puisque, suivant l'article 75, l'officier de l'état civil reçoit de chacune des parties, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, et qu'il doit leur donner lecture du chapitre VI du titre *du Mariage*, relatif aux droits et aux devoirs des époux ; lecture qui serait fort insignifiante assurément, si elle était faite à des mandataires.

Mais les père et mère des époux sont parties intéressées, et ils peuvent donner leur consentement par le ministère d'un fondé de pouvoir.

Dans le cas de décès, il n'y a qu'une déclaration de témoins, et point de parties intéressées.

La reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite par le fondé de pouvoir du père ou de la mère, dans l'acte de naissance lui-même, comme dans un acte postérieur.

Enfin, le père d'un enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage peut aussi se faire représenter à l'acte de naissance par un fondé de pouvoir, aux fins d'assurer l'état de l'enfant contre l'action en désaveu. (Art. 314.)

288. Les témoins produits aux actes de l'état civil ne peuvent être que du sexe masculin, âgés de vingt et un ans au moins, parens ou autres ; ils sont choisis par les personnes intéressées. (Art. 37.)

Leur nombre varie suivant la nature des actes, comme on le verra par la suite.

Il faut observer que la loi ne dit pas que les *déclarans* devront être du sexe masculin, qu'elle n'exige cette qualité que pour les *témoins*. Aussi une femme peut déclarer la naissance d'un enfant, le fait d'un enfant trouvé, et le décès d'une personne. (Art. 56, 58 et 78.)

Les individus auxquels a été appliqué le n° 7 de l'article 42 du Code pénal, ne peuvent être témoins aux actes de l'état civil pendant le temps déterminé par le jugement.

Quant à l'étranger admis par l'autorisation du roi à résider en France, il est bien vrai qu'il ne peut être témoin instrumentaire aux actes de donation ni aux testamens, et pas davantage aux actes notariés en général, puisque, pour les testamens, l'article 980 exige que les témoins soient sujets du roi (et l'individu est encore étranger), et que, pour les autres, la loi du 25 ventôse an xi, sur *le Notariat*, veut, par son article 9, que les témoins soient citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. Mais ces conditions ne sont point exigées dans les témoins aux actes de l'état civil : l'art. 37 ne demande rien autre chose, sinon qu'ils soient mâles et majeurs. Aussi peuvent-ils être pris parmi les parens des parties, tandis que cela ne peut avoir lieu, dans les actes reçus par les notaires, aux degrés déterminés par les articles 8 et 10 de la loi précitée.

Nous pensons même qu'un étranger quelconque

pourrait être témoin dans les actes de l'état civil ; la loi ne l'exclut pas. Ce n'est pas, à proprement parler, l'attribution d'un droit civil, c'est plutôt un bon office rendu aux parties. Il est d'ailleurs assez naturel qu'un père figure à l'acte de naissance ou de mariage de son enfant. Au surplus, dans le cas où un étranger aurait signé comme témoin un acte de l'état civil, la question de savoir s'il l'a pu valablement présentera ordinairement peu d'intérêt, car les irrégularités de cette classe d'actes authentiques ne les rendent pas nuls, du moins généralement. S'il y a exception à cette règle, ce ne peut être que pour les actes de mariage, et encore il sera bien rare que le mariage lui-même soit annulé pour les vices et les irrégularités qui auraient pu se glisser dans la confection de l'acte, quand d'ailleurs les conditions prescrites pour la validité du mariage auront été observées.

289. L'officier de l'état civil doit donner lecture des actes aux parties comparantes, ou à leurs fondés de procuration, et aux témoins. (Art. 38.)

Il doit y être fait mention de l'accomplissement de cette formalité. (*Ibid.*)

Les actes sont signés par l'officier de l'état civil, par les comparans et les témoins, ou mention doit être faite de la cause qui empêche les comparans et les témoins de signer. (Art. 39.)

290. Toute contravention aux dispositions précédentes de la part des officiers de l'état civil, doit être poursuivie devant le tribunal de première instance, à la réquisition du ministère public, et punie d'une amende

qui ne pourra excéder cent francs. (Art. 50 et 53 combinés.)

Pour que les officiers de l'état civil fussent moins exposés à commettre des irrégularités dans les actes, surtout dans les campagnes, le ministre de l'intérieur adressa, le 15 fructidor an XII, aux préfets, qui les leur ont transmises, des formules d'actes pour leur servir de guide et même de modèles. Ces formules ont prévenu bien des irrégularités, surtout dans les campagnes. Les officiers chargés de la tenue des registres de l'état civil doivent avoir soin, autant que possible, de s'y conformer dans la rédaction des actes. Du reste, devant les tribunaux, comme ce ne sont que de simples décisions ministérielles, l'on sent qu'elles n'ont d'autre force que celle d'un simple avis, et qu'on ne pourrait en argumenter pour faire annuler un acte sous prétexte que cet acte n'est pas conforme à la formule.

§ II.

Des actes de l'état civil reçus en pays étranger.

291. Il peut arriver, et il arrive souvent, que des Français naissent, se marient ou meurent en pays étranger, ou qu'un étranger soit réduit à prouver en France son état civil.

Les deux hypothèses sont prévues et réglées par l'article 47, ainsi conçu :

« Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays; » ce qui suppose, par conséquent, qu'il a été reçu par les

officiers du pays, les nôtres n'ayant aucun caractère pour observer d'autres lois que les lois françaises. Cet article est l'application de la règle *locus regit actum*, suivant laquelle tout acte public reçu en pays étranger est regardé aussi comme acte public en France, s'il est revêtu des formes prescrites par les lois du pays où il a été passé; et cette règle s'applique même aux testaments¹. (Art. 999.)

L'article 47, disons-nous, a prévu et réglé les deux hypothèses. En effet, il régit aussi bien le cas où il s'agit d'un acte qui intéresse un étranger ou plusieurs étrangers, que celui où il s'agit d'un acte qui concerne tout à la fois un Français et un étranger, c'est-à-dire, l'acte de mariage. Sa disposition se trouve confirmée formellement par celle de l'article 170, suivant laquelle le mariage contracté en pays étranger, entre Français et étranger, est valable, s'il a été reçu dans les formes usitées dans le pays. Mais, au titre *du Mariage*, nous traiterons la question de savoir si le mariage contracté en pays étranger, entre Français et étranger, peut être indifféremment célébré, soit par les agens français, et suivant les lois françaises, soit par les officiers étrangers, d'après les formes usitées dans le pays. Cette question a été jugée diversement par les cours royales et par la cour de cassation.

292. Pour les actes des Français en pays étranger, ils peuvent être reçus par les agens français, conformément aux lois françaises.

¹ Voyez *suprà*, n° 91, ce que nous avons expliqué relativement à l'application de cette règle en général.

« Tout acte de l'état civil des Français, en pays étranger, porte l'article 48, sera valable, s'il a été reçu conformément aux lois françaises, par les agens diplomatiques ou les consuls. »

Nous aurons à voir aussi, au titre *du Mariage*, si le mariage entre Français, contracté en pays étranger, doit nécessairement être célébré dans les formes usitées dans le pays, comme paraît le vouloir l'article 170, ou s'il peut être aussi valablement reçu par les agens diplomatiques ou les consuls conformément aux lois françaises, ainsi que semble le dire cet article 48.

§ III.

Du cas où il n'a pas existé de registres, et de celui où ils ont été perdus.

295. Si la loi s'était bornée aux dispositions que nous venons de retracer, si elle avait passé sous silence le cas où il n'a pas existé de registres, et celui où ils ont été perdus, son système eût été incomplet, mais il n'en est pas ainsi. On a prévu, en effet, que plusieurs circonstances, telles que la guerre, la contagion, s'opposeraient pendant plus ou moins de temps à ce qu'il fût tenu des registres, ou que les événemens de force majeure pourraient occasionner la perte de ceux qui ont existé. Dans cette prévoyance¹, il a été décidé, par l'article 46, que « la preuve de ces cas sera reçue tant « par titres que par témoins, et que les mariages,

¹ Elle s'est réalisée en 1814. Les registres de la ville de Soissons ont été perdus par suite des événemens de la guerre, et leur recomposition a eu lieu en vertu de l'ordonnance du 6 janvier 1815. Bulletin, n° 631.

« naissances et décès pourront être prouvés tant par
 « les registres et papiers émanés des père et mère,
 « que par témoins. »

Ainsi, il y a deux preuves à faire : la première, qu'il n'a pas existé de registres, ou que ceux qui ont existé ont été perdus ; et la seconde, le fait de la naissance, du mariage ou du décès.

Incontestablement, la première de ces preuves peut se faire par témoins ; mais il est plus régulier de produire d'abord la déclaration du greffier du tribunal et de l'officier de l'état civil, ou un procès-verbal de recherches, constatant qu'on ne trouve, ni au greffe ni aux archives de la commune, les registres d'un tel temps ¹.

294. Quant à la seconde preuve, des personnes doutent qu'elle puisse avoir lieu par témoins sans être soutenue de registres ou papiers émanés des père et mère. Leurs doutes naissent de ce que les orateurs chargés de présenter le projet de loi auraient exprimé l'opinion qu'un commencement de preuve par écrit est nécessaire.

Il est vrai que celui qui a exposé *les motifs* du projet de loi au corps-législatif laisse entendre que telle était sa pensée ; mais il parlait de l'*état* en général, tandis que nous parlons seulement en ce moment de la preuve du fait de la naissance, du mariage ou du décès. L'orateur chargé du rapport au tribunal s'exprimait même de manière à ne pas faire croire que l'intention

¹ Voir Rodier, *Questions sur l'ordonnance de 1667*, pages 384 et suivantes de l'édition de 1769.

des rédacteurs du projet de loi fût que la preuve testimoniale ne serait admise qu'autant qu'elle serait aidée des registres et papiers domestiques ; car il a dit simplement, sur le cas qui nous occupe : « Alors, les registres et papiers domestiques seront consultés, malgré la juste répugnance des lois pour la preuve testimoniale. » Or, on ne peut les consulter qu'autant qu'il en existe, et certes ce ne sera pas le cas le plus fréquent, surtout dans les campagnes. Enfin, dans le discours de l'orateur chargé de présenter au corps-législatif le vœu du tribunal sur la loi, on lit : « Il fallait encore prévoir le cas où, par quelque événement que ce pût être, il n'aurait pas existé de registres, et celui où ils seraient perdus. Le projet de loi dit que la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins, et que, dans ce cas, les mariages, naissances et décès, pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés, que par témoins.

« Ce n'est qu'avec regret, sans doute, que le législateur autorise, dans une matière si importante, la preuve testimoniale ; mais ici elle est nécessaire : elle est le seul moyen que puissent invoquer une foule d'individus qu'il serait aussi trop injuste de priver de leur état, parce que les registres où il aurait été constaté seraient perdus. »

Ce passage nous semble clair : il ne permet guère de penser que les orateurs du gouvernement aient voulu subordonner l'admission de la preuve testimoniale, à l'existence de registres et papiers émanés des père et

mère décédés. D'ailleurs, l'article 46 est formel : il autorise la preuve des naissances, mariages et décès, tant par titres *que* par témoins.

295. Mais si les naissances, les mariages et les décès peuvent se prouver par témoins, il n'est pas également certain que ce genre de preuve soit admissible, sans adminicule, pour établir la filiation, lorsqu'elle est contestée; car l'article 46 ne parle que de la naissance, et non de la filiation, et l'article 323 n'admet cette preuve qu'autant qu'elle est soutenue de papiers et registres émanés des père et mère, ou appuyée sur des présomptions graves résultant de faits dès-lors constants et propres à déterminer l'admission de la preuve.

D'abord, nous ferons observer que l'enfant pouvant, aux termes de l'article 320, prouver sa filiation légitime par la possession d'état, il est clair que la question perd une grande partie de son importance; car cette possession peut être prouvée par témoins sans commencement de preuve par écrit, puisque c'est une simple réunion de faits. Aussi la loi n'exige-t-elle point, dans ce cas, que la preuve testimoniale soit aidée des registres et papiers domestiques, comme elle l'exige, en principe, dans ceux régis par l'article 323.

Mais comme les faits constitutifs de la possession d'état sont plus ou moins nombreux, plus ou moins certains, et qu'ils n'ont pas un caractère aussi prononcé à l'égard d'un enfant qui aurait perdu ses père et mère en très-bas âge, qu'à l'égard d'un individu qui aurait encore les siens, ou qui ne les aurait perdus qu'à une époque où il avait déjà reçu d'eux les

soins de l'éducation, la question de savoir si l'article 46 autorise, dans les cas qu'il prévoit, l'admission de la preuve testimoniale toute seule pour établir la filiation, peut encore avoir de l'importance. Il nous semble qu'elle doit être décidée en principe contre l'enfant, attendu qu'il demande au-delà de ce qui est accordé par cet article 46 ; sauf néanmoins aux tribunaux à prendre en considération les circonstances de la cause.

Quant à cette modification, nous la fondons, 1° sur ce qu'il s'agit ici d'un cas extraordinaire, tandis que l'article 323 consacre un principe général ; 2° sur ce que cet article autorise même les tribunaux à admettre la preuve testimoniale sans être étayée d'un commencement de preuve par écrit, lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès-lors constans sont assez graves pour déterminer l'admission : or, la non-existence ou la perte des registres, fait constant, *pourrait* être regardée comme une présomption en faveur de l'enfant ; 3° sur ce que le dernier des orateurs que nous venons de citer a dit positivement que la preuve testimoniale est nécessaire dans le cas dont il s'agit, attendu qu'elle est le seul moyen que puissent invoquer une foule d'individus qu'il serait par trop injuste de priver de leur *état*, parce que les registres seraient perdus : or, l'*état* n'est pas le fait de la naissance, mais bien la filiation.

296. On peut, au reste, considérer le cas de destruction ou de corruption d'une ou plusieurs feuilles des registres sur lesquelles on prétendrait que des actes

ont existé, comme la perte des registres eux-mêmes, parce qu'en effet c'est la même chose pour la personne dont l'acte a été supprimé, chaque partie n'ayant intérêt qu'au feuillet où était celui dont elle veut prouver l'existence. Mais les juges, dans ce cas, ont un pouvoir discrétionnaire d'admettre ou de repousser la preuve testimoniale ¹. Mais nous reviendrons sur ce point au titre *du mariage*.

297. Nous n'oserions porter la même décision pour le cas où l'on prétendrait seulement que de simples négligences ou omissions ont été commises dans la tenue des registres : ce serait indirectement admettre la preuve testimoniale en matière de filiation ; car celui qui l'invoquerait, à défaut d'acte inscrit sur les registres, alléguerait précisément leur mauvaise tenue. Sans doute les tribunaux ne se laisseraient pas séduire par de telles allégations, mais quelquefois elles pourraient triompher, au mépris des principes, et l'arbitraire se glissant ainsi insensiblement à la place de la loi, les plus graves inconvénients en seraient la conséquence.

SECTION III.

DE LA PREUVE RÉSULTANT DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

SOMMAIRE.

298. *Les registres de l'état civil sont publics.*
299. *Les extraits délivrés conformes aux registres font foi jusqu'à inscription de faux.*
300. *Ce qu'on entend par inscription de faux.*

¹ Voyez l'arrêt de rejet de la section civile, en date du 21 juin 1814. Sirey, 1814, part. I, page 291.

301. *Principes d'après lesquels l'article 45 doit recevoir son application.*
302. *Cas où un faux commis dans un acte de l'état civil n'a pu l'être que par l'officier qui a reçu l'acte.*
303. *A quelles énonciations faites dans un acte de naissance l'officier de l'état civil imprime-t-il l'authenticité?*
304. *Distinction entre les énonciations substantielles et celles qui ne le sont pas.*
305. *L'énonciation qu'un enfant est légitime n'est point de la substance de l'acte de naissance; elle ne constitue pas un faux, et elle peut être repoussée par simple exception.*
306. *L'énonciation faite dans l'acte de naissance d'un enfant naturel qu'un tel est son père, est sans effet si elle a eu lieu sans l'aveu de celui-ci.*
307. *Il en est de même de celle qui désigne une telle comme mère de l'enfant. Dans ce cas, l'énonciation mensongère constitue-t-elle un faux? Note.*
308. *L'acte de naissance d'un enfant légitime fait foi jusqu'à inscription de faux.*
309. *Il n'y a aucune distinction à faire, à cet égard, entre le cas où la naissance a été déclarée par un accoucheur, etc., et toute autre personne;*
310. *Encore que l'acte ne contienne pas la mention de la présence du déclarant à l'accouchement.*

298. La validité des engagements contractés par un individu étant subordonnée à sa capacité, chacun peut avoir intérêt à connaître son état et sa condition. Il était donc nécessaire que les registres qui en sont le dépôt fussent ouverts à tous les citoyens; et telle est, en effet, la volonté de la loi : « Toute personne, dit « l'article 45, pourra se faire délivrer, par les dépositaires¹ des registres de l'état civil, des extraits « de ces registres. »

¹ Les dépositaires sont l'officier de l'état civil et le greffier du tribunal

299. Mais la loi n'a pas borné à cela sa disposition : elle a appliqué aux actes de l'état civil le principe général que les actes authentiques font foi jusqu'à inscription de faux. Ainsi, porte le même article, « les extraits ¹ délivrés conformes aux registres, et légalisés ² par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplacera, feront foi jusqu'à inscription de faux. »

Comme ce n'est qu'autant que les extraits sont conformes aux registres, qu'ils font foi jusqu'à inscription de faux, il est clair que si la conformité est contestée, la représentation du registre pourra être exigée ; de même que lorsque la conformité d'une expédition d'acte

au greffe duquel les doubles ont été déposés : eux seuls ont qualité pour délivrer les extraits.

Un avis du conseil-d'état, approuvé le 2 juillet 1807, Bulletin 2554, tout en validant les extraits délivrés par les secrétaires des mairies, leur fait défense d'en délivrer à l'avenir.

Les droits à percevoir par les dépositaires des registres, pour la délivrance des extraits, sont fixés par le décret du 12 juillet 1807. Bulletin, n° 2567.

¹ Les extraits des registres de l'état civil sont des copies littérales et entières des actes de naissance, de mariage ou de décès, contenus dans lesdits registres.

² La légalisation est un certificat donné par l'autorité compétente au pied de l'extrait ou de l'expédition, constatant que la personne qui a délivré cet extrait ou cette expédition est réellement revêtue de la fonction qui lui donnait le droit de le faire ; et cette autorité est le président du tribunal, ou le juge qui le remplace.

D'après la loi du 25 ventôse an XI, sur *le Notariat*, les expéditions des actes reçus par les notaires n'ont pas besoin d'être légalisées pour faire foi dans le département de la résidence du notaire qui les a délivrées. On pourrait croire, par analogie, qu'il n'est pas nécessaire, non plus, que les extraits des actes de l'état civil soient légalisés pour faire foi dans le ressort du tribunal ; mais nous pensons le contraire, les fonctions des officiers de l'état civil n'étant point inamovibles, comme le sont celles des notaires, leur signature n'est pas aussi facilement connue que celle de ces derniers. D'ailleurs l'article 45 ne fait pas la distinction établie par la loi de ventôse précitée.

notarié n'est pas reconnue, on peut exiger la représentation de la minute. (Art. 1334.) Toutefois il est besoin d'entrer dans quelques explications sur ce point ; car il s'est élevé quelques difficultés sur l'interprétation de l'article 45 à ce sujet.

Sur ces mots, *conformes aux registres*, M. Delvincourt dit dans son ouvrage : « Par conséquent, si cette « conformité est contestée, la représentation du registre « peut être exigée ; que si les registres n'existent plus, « alors les extraits délivrés dans la forme légale font « pleine foi, jusqu'à inscription de faux, conformément à l'article 1335 ; sauf, 1° qu'il n'y a aucune « différence, à cet égard, entre les premières, secondes et troisièmes copies, et, 2° que ces extraits « font la même foi, quoiqu'ils aient été délivrés sans « l'autorité du magistrat, ni le consentement des parties. »

Ce droit d'exiger la représentation du registre, que reconnaît M. Delvincourt, lorsque la conformité de l'extrait avec le registre est contestée et que le registre existe encore, ce droit, disons-nous, paraît appuyé sur l'article 1334, qui porte que, « les copies, lorsque « le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui « est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée ; » car si l'on a pu craindre que des erreurs, des omissions, des altérations même commises à dessein, pourraient avoir lieu dans l'expédition d'un acte notarié ou d'un jugement, il faut convenir que ces dangers ne sont pas moins à redouter dans les extraits des actes de l'état civil, surtout dans les

campagnes, où, bien souvent, les officiers de l'état civil ne sont pas très exercés et très attentifs.

Mais quelques personnes prétendent que la mention faite par l'officier de l'état-civil au bas de l'extrait, que cet extrait est délivré conforme au registre, joint à la légalisation du président du tribunal, ou du juge qui le remplace, *fait légalement présumer l'extrait conforme au registre*, sauf à l'adversaire à combattre cette présomption par l'inscription de faux, ou à rapporter lui-même un autre extrait, qui, s'il différait du premier, donnerait lieu au tribunal d'ordonner une confrontation des deux extraits avec le registre, soit par la voie de l'apport du registre, soit par voie de commission rogatoire, suivant les circonstances. Mais l'adversaire du porteur de l'extrait, dans cette opinion, ne pourrait pas demander au tribunal, *de plano*, d'ordonner la représentation du registre, parce que ce pourrait être de sa part un moyen d'incidenter et de faire traîner le procès en longueur.

Si cette opinion était fondée, ce serait une dérogation bien positive au principe consacré par l'article 1334, et l'on ne voit pas sur quelle raison un peu solide cette dérogation serait appuyée. Est-ce que les dépositaires des registres de l'état civil, même dans les campagnes, offrent plus de garantie de capacité, de soin et d'exactitude dans la délivrance des extraits de ces registres, que n'en offrent les notaires dans la délivrance de leurs grosses et expéditions ? Mais où est donc écrite la présomption que les extraits sont délivrés conformes aux registres par cela seul que l'officier qui les a délivrés a

fait mention de cette prétendue conformité ? Ce n'est certainement pas dans l'article 45, qui statue seulement dans l'hypothèse où cette conformité existerait, mais sans la déclarer présumée de droit. Si cette présomption de droit existait, comme l'article ne réserve d'autre moyen pour la combattre que l'inscription de faux, la conséquence serait que, quand bien même le tribunal aurait sous les yeux le registre qui attesterait le défaut de conformité de l'extrait, foi serait encore due à cet extrait jusqu'à l'inscription de faux ; ce qui serait assurément fort absurde. D'ailleurs, dans ce système, il eût été inutile de dire dans l'article, *délivrés conformés aux registres*, puisque cette conformité eût été légalement présumée. Quant à l'objection tirée de ce que celui à qui on oppose l'extrait pourrait prétexter du défaut de conformité pour faire traîner le procès en longueur, en demandant la représentation du registre, cette objection, disons-nous, aurait bien autant de force dans les cas ordinaires, où des expéditions d'actes notariés ou de jugemens sont produites dans une instance, et cependant la loi n'y a eu aucun égard ; elle autorise la partie contre laquelle l'expédition est produite, à exiger de son adversaire la représentation de l'original, à moins qu'il ne subsistât plus, auquel cas l'on suit les distinctions établies par l'article 1335, parce que la nécessité le commande. Enfin, l'on dit que les registres ne doivent pas facilement être déplacés, parce qu'il en résulterait des inconvéniens de plus d'une sorte : nous sommes bien de cet avis, mais l'on peut généralement prendre une voie qui atteindra le même but que

la représentation du registre. D'abord, quant à la représentation elle-même, elle peut aisément avoir lieu s'il s'agit d'un extrait des registres d'une commune située dans l'arrondissement du tribunal devant lequel l'affaire est pendante, et dont un des doubles se trouve déposé au greffe, en conformité de l'article 43 : il suffira au tribunal d'ordonner au greffier de l'apporter. S'il s'agit d'un registre courant, le tribunal peut commettre un juge pour se transporter à la mairie, faire lever sous ses yeux une copie exacte de l'acte, qu'il certifiera de son côté, et qu'il mettra sous les yeux du tribunal. Et s'il s'agit de l'extrait d'un registre appartenant à une commune située hors du ressort, il peut être adressée une commission rogatoire au président du tribunal dans l'arrondissement duquel est située cette commune, qui procédera ou qui commettra un juge pour procéder comme il est dit ci-dessus, et qui fera parvenir le nouvel extrait au tribunal qui a donné la commission. Et s'il apparaît aux juges saisis de la contestation que la partie n'a contesté la conformité de l'acte que par esprit de chicane, ils devront la condamner aux frais occasionnés par cette vérification. De cette manière les droits de tous sont conservés, et l'article 45 est appliqué dans un esprit conforme à celui qui a dicté l'article 1334 : il y a ainsi harmonie dans la loi.

Pour bien juger, sous un autre rapport, quelle est la portée de cet article 45, quand il dit que les extraits des registres de l'état civil délivrés conformes aux registres, et dûment légalisés, font foi jusqu'à inscription de faux,

nous croyons utile d'entrer dans quelques détails sur ce qu'on entend par inscription de faux, et sur ses effets.

500. L'inscription de faux est une dénonciation faite à la justice par une personne qui prétend qu'un acte a été fabriqué ou falsifié à son préjudice, et en demande la suppression ou celle des falsifications.

Le faux en écriture authentique se commet, soit par la fabrication d'un acte qui ne devait pas avoir lieu, soit dans un acte autorisé, mais lorsqu'on y insère autre chose que ce qui a été déclaré, ou que les parties elles-mêmes font de fausses déclarations, ou prennent de faux noms ou de fausses qualités.

L'altération ou la falsification a lieu après coup, lorsque l'acte a été fait valablement dans le principe, et que l'on y fait des changements non autorisés¹.

Il y a deux sortes d'inscriptions de faux : celle de faux principal et celle de faux incident.

La première est une plainte dirigée contre la personne que l'on prétend être auteur ou complice du faux ou des altérations, par la personne qui est lésée ou qui pourrait l'être par ce faux ; elle est suivie devant les tribunaux criminels. Elle suppose nécessairement que l'auteur ou le complice du faux est vivant et que le crime n'est point éteint par la prescription. (Art. 239, Cod. de procéd.)

La seconde est dirigée contre la pièce incriminée de faux, abstraction faite de la personne à qui elle est attribuée ; sauf, s'il y a des indices de faux et que le crime ne soit pas encore éteint par la mort de l'auteur

¹ Voyez les art. 145, 146 et 147 du Code pénal.

et des complices du faux , ou par la prescription , l'application de cet article 239.

En matière de faux principal, la plainte seule ne suffit pas pour arrêter l'exécution de l'acte ; il faut , de plus , qu'elle soit suivie de la mise en accusation de l'auteur du faux. (Art. 1319.)

Mais si l'inscription est formée incidemment, les tribunaux peuvent, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte. (*Ibid.*)

504. Pour appliquer sainement la disposition de l'article 45, et connaître ainsi les cas où un acte de l'état civil ne peut être combattu que par l'inscription de faux, et ceux où il peut l'être par d'autres moyens, il importe de distinguer le cas où l'on prétendrait que le faux a été commis par l'officier de l'état civil, de celui ou de fausses déclarations auraient été faites par les parties ou les déclarans.

Il convient aussi de distinguer les déclarations qui constitueraient un faux qualifié d'après le Code pénal, de celles qui ne seraient qu'une erreur ou même un simple mensonge ; car on doit naturellement penser que la loi n'a pas entendu qu'un acte de l'état civil ne pourrait être combattu dans ses énonciations erronées ou simplement mensongères, que par un moyen qu'elle repousserait elle-même.

En effet, si, d'après la nature de ces énonciations, il n'y a pas faux dans le sens de la loi pénale, l'inscription de faux devra être rejetée ; il n'y aura pas lieu à la mise en accusation, et par conséquent l'exécution de l'acte ne sera point suspendue : il est donc nécessaire

d'accorder à la partie qui se plaint des fausses énonciations, le droit d'administrer par d'autres moyens la preuve de leur fausseté; on verra même bientôt qu'elle peut en repousser les effets par voie de simple exception.

502. Cela posé, l'on doit dire que, si un officier de l'état civil fabrique ou altère un acte de mariage, de naissance ou de décès, il est passible de la peine du faux; mais l'acte ne fera pas moins foi jusqu'à inscription de faux. Ainsi, s'agit-il d'un faux acte de mariage revêtu de sa signature, il est clair que cet acte étant faux, l'officier de l'état civil est auteur du crime; car le fait du mariage se passant nécessairement sous ses yeux, il l'atteste à la société en lui imprimant le caractère dont il est revêtu. Aussi l'acte, c'est-à-dire l'extrait du registre conforme au registre, fait-il foi jusqu'à inscription de faux; et si c'est l'inscription de faux principal qui est formée, l'exécution de l'acte ne peut être suspendue que par la mise en accusation (art. 1319); ce qui suppose que le crime n'est point encore éteint par la mort du coupable ou par la prescription. Si l'acte est attaqué par l'inscription de faux incident, parce qu'il est produit dans une instance, le tribunal peut, suivant les circonstances, en suspendre provisoirement l'exécution (*ibid*), sans préjudice de l'application de l'article 239 Code de procédure précité, s'il y a lieu.

505. S'il s'agit d'un acte de naissance, l'officier de l'état civil atteste seulement *propriis sensibus*, qu'un enfant de tel sexe lui a été présenté, tel jour, qu'on lui a

donné tel nom, tels prénoms. Pour constater cette présentation, ces nom et prénoms et le sexe, il a reçu mission spéciale de la loi, et l'acte qu'il en dresse fait foi jusqu'à inscription de faux. Mais un acte de naissance ne se borne pas à constater la présentation, les nom et prénoms et le sexe de l'enfant, il doit aussi, aux termes de l'article 57, énoncer le jour, le lieu et l'heure de la naissance, les prénoms, noms, profession et domicile des père ¹ et mère : or, si l'officier de l'état civil a caractère pour attester la déclaration qui lui est faite à cet égard, l'a-t-il également pour attester la véracité de cette déclaration ? Le fait de la naissance ne se passe pas sous ses yeux, et les noms des père et mère ne lui sont connus que par la déclaration d'un tiers. Il peut donc avoir été induit en erreur sur ces circonstances, et par conséquent la mention des noms des prétendus père et mère de l'enfant ne saurait constituer un faux de sa part, lors même qu'elle ne serait pas fondée sur la vérité.

504. Mais quant aux déclarations faites à l'officier de l'état civil, et consignées dans l'acte de naissance, on doit, pour savoir si elles font foi jusqu'à inscription de faux, distinguer celles qui, en les supposant mensongères, constitueraient réellement un faux qualifié d'après le Code pénal, de celles qui ne seraient qu'un

¹ Oui, quand il s'agit d'un enfant présenté à l'officier de l'état civil comme enfant légitime ; mais quand il s'agit d'un enfant présenté comme enfant naturel, l'officier ne doit énoncer dans l'acte de naissance le nom de celui qui est déclaré père de l'enfant, qu'autant que c'est lui qui le présente, par lui-même ou par son fondé de pouvoir. Nous reviendrons, au surplus, sur ce point, et nous verrons aussi ce qu'on doit décider quant à l'énonciation du nom de la mère d'un enfant naturel.

simple mensonge ou le fruit d'une erreur ; car, nous le répétons, la loi n'a pas dû vouloir qu'une déclaration qui préjudicierait aux droits d'un citoyen ne pût être attaquée que par un moyen qu'elle lui refuserait. Dès qu'elle dit que l'exécution d'un acte n'est suspendue par suite de plainte en faux principal qu'autant qu'elle est suivie de la mise en accusation de l'auteur du faux (art. 1319), elle dit clairement, par cela même, que les déclarations contenues en l'acte doivent attirer sur celui qui les a faites la peine du faux, si elles sont jugées fausses, et par conséquent que si, dans cette hypothèse, elle ne sont point de nature à attirer sur lui cette peine, ce n'est pas par l'inscription de faux (du moins de faux principal), mais par d'autres voies, qu'elles doivent être combattues, puisque ce moyen serait sans succès ; autrement elle livrerait l'état et la fortune des citoyens à la discrétion d'un déclarant trompeur ou trompé.

Cette doctrine est fondée sur la jurisprudence de la cour de cassation en matière de faux.

Suivant l'esprit général de cette jurisprudence, la déclaration mensongère faite dans un acte ne constitue le crime de faux qu'autant qu'elle blesse la substance de l'acte, qu'elle intervertit le but principal que la loi s'est proposé en traçant des formalités pour sa composition. Dans ce cas, l'essence de l'acte étant subvertie, l'énonciation mensongère devient un faux, parce qu'elle a ou peut avoir pour effet de préjudicier à quelqu'un. Par exemple, si un notaire a mentionné dans un testament la présence de quatre témoins, tan-

dis qu'il n'y en avait que trois, comme la mention touchant la présence et le nombre des témoins est prescrite par la loi, à peine de nullité, on doit reconnaître qu'elle tient à la substance de l'acte ; conséquemment elle ne peut être combattue que par l'inscription de faux, puisque le notaire qui l'a faussement faite a réellement commis un faux, et que foi est due à sa déclaration jusqu'à ce qu'elle soit légalement attaquée. Mais s'il a simplement déclaré que le testateur était sain d'esprit, comme la loi ne l'a pas rendu juge de ce fait, et ne lui commande pas de le constater, son attestation, même en la supposant mensongère, ne constituant point un faux, elle peut être combattue par tout autre moyen que l'inscription de faux.

Ce que nous disons des actes reçus par les notaires doit, en général, s'appliquer aux déclarations faites à l'officier de l'état civil, et insérées par lui dans les actes.

505. Ainsi, le but principal que la loi s'est proposé en traçant les formalités d'un acte de naissance, c'est de constater la naissance, les nom, prénoms et le sexe de l'enfant (et sa filiation, s'il est légitime, ainsi que nous le dirons bientôt), mais non sa légitimité. C'est dans ces énonciations que réside la substance de l'acte : toute autre mention peut être plus ou moins utile, mais elle n'est point substantielle, puisque la loi, en ne la prescrivant point, a témoigné par là qu'elle ne l'a pas jugée nécessaire. Si donc un individu présente à l'officier de l'état civil un enfant comme né de lui et d'Élisabeth, son épouse, tandis que celle-ci n'est en réalité que sa concubine, il n'y a pas, dans cette dé-

claration, un faux qualifié, mais un simple mensonge, attendu que le but de la loi n'a point été interverti. Elle n'exige pas, en effet, que l'acte de naissance d'un enfant énonce si ses père et mère sont, ou non, unis par les liens du mariage. Il ne peut d'ailleurs résulter d'une telle déclaration aucun droit d'épouse en faveur de la mère, aucun droit d'enfant légitime au profit de l'enfant ; car ce n'est pas dans des actes de naissance, mais bien dans l'acte de mariage des père et mère, que ces droits peuvent avoir leur principe et leur fondement. Les tiers, par conséquent, n'ont point à redouter les effets de cette prétendue légitimité, ainsi faussement attribuée à l'enfant. Peu importe que, d'après l'article 319, la filiation des enfans légitimes se prouve par leur acte de naissance, inscrit sur les registres de l'état civil : cet article suppose nécessairement, pour que la légitimité soit une conséquence de la preuve de la filiation, que le mariage des père et mère n'est pas contesté, ou, s'il l'est, qu'il est prouvé ; et ce n'est que dans le seul cas de l'article 197, que l'enfant (et lui seul) qui invoque les effets du mariage peut être dispensé d'en produire l'acte de célébration. Mais, même dans ce cas, ce n'est pas par un acte de naissance qu'il prouve sa légitimité, c'est par sa possession d'état. Ce que la loi exige, c'est qu'on ne lui oppose pas un acte de naissance qui contredirait cette possession.

Ces principes sont aussi confirmés par la jurisprudence de la cour de cassation, qui a décidé, en cassant un jugement du tribunal spécial du Pas-de-Calais, qu'il n'y avait pas faux, mais seulement mensonge,

dans la déclaration faite par le nommé Gabriel Huret, dans l'acte de naissance de sa fille, qu'elle était fille de lui, Huret, et d'Élisabeth Royer, son épouse légitime, tandis que celle-ci n'était que sa concubine¹. Ainsi, d'après cette jurisprudence, fondée sur les vrais principes, il n'y a pas faux *qualifié* dans une pareille déclaration; par conséquent tous ceux à qui elle serait opposée pourraient la repousser par simple exception : en un mot, elle ne prouve rien en faveur de la prétendue légitimité de l'enfant.

506. Quant à celle qui attribuerait à un individu non présent ni dûment représenté à l'acte de naissance d'un enfant naturel, la qualité de père de cet enfant, il n'en peut résulter non plus aucun droit en faveur de celui-ci, ni aucune obligation pour celui-là. C'est dans un acte de reconnaissance volontaire et authentique, que l'enfant doit trouver son titre, et non dans une énonciation qui n'a pu être faite, en l'absence de l'individu désigné comme père, et non dûment représenté, que contrairement à la disposition de l'article 340, qui interdit la recherche de la paternité. L'article 45 ne s'applique donc point non plus à une telle déclaration.

507. Bien mieux, l'énonciation du nom de la mère d'un enfant naturel n'est même pas de la substance de l'acte de naissance : dès-lors, si elle a été faite sans

¹ L'arrêt de cassation est du 18 brumaire an XII. Sirey, tom. IV, part. 2, p. 44. La même cour a jugé dans le même sens le 20 juillet 1809, en annulant un arrêt de la cour spéciale du département de la Roër, qui s'était déclarée compétente pour connaître du crime de *faux* imputé à une sage-femme, pour avoir présenté à l'officier de l'état-civil un enfant naturel comme né d'époux légitimes. Sirey, 1810, I, 216.

l'aveu de la personne désignée comme mère, elle est sans effet. Peu importe qu'en principe la recherche de la maternité soit admise, lorsqu'elle est appuyée sur un commencement de preuve par écrit (art. 340), car, autre chose est l'acte de naissance, dont l'objet est de constater la naissance, le sexe et les prénoms d'un enfant naturel, autre chose est la filiation de l'enfant. C'est même, comme on le verra plus loin, un point susceptible de controverse, que la question de savoir si la mention du nom de la mère, non présente ni représentée à l'acte, doit être faite; mais, tout en décidant pour l'affirmative, il n'en demeure pas moins certain que cette mention n'est point substantielle, et par conséquent que la personne désignée comme mère peut en repousser les effets par simple exception, par simple désaveu péremptoire. La cour de cassation a même jugé, par arrêt de cassation, le 28 mai 1810 (Sirey, 1810, I, 202), qu'une telle déclaration ne peut même servir de commencement de preuve par écrit contre la mère, attendu qu'elle lui est absolument étrangère¹.

¹ Puisque, d'après les divers arrêts de la cour de cassation que nous venons de rappeler, la déclaration faite dans un acte doit être dommageable de sa nature pour être un faux caractérisé, on pourrait croire que celle qui attribue à une femme un enfant naturel qui ne lui appartient pas ne constitue qu'un simple mensonge, et non un faux proprement dit; car elle ne lui cause légalement aucun préjudice en ce qui touche les obligations de la maternité. Elle porte sans doute atteinte à son honneur, mais ce n'est là l'objet que d'une action en dommages-intérêts.

Cependant, la cour de justice criminelle de la Côte-d'Or a décidé, par un arrêt du 26 pluviôse an x, rapporté dans le répertoire de M. Merlin, au mot *Faux*, qu'il y avait faux dans la déclaration faite par une sage-femme qui avait présenté à l'officier de l'état civil un enfant naturel comme né d'une telle, tandis qu'il était né d'une autre femme. Sur le pourvoi en cassation, à l'appui duquel la déclarante prétendait qu'il ne pouvait y avoir lieu contre elle qu'à l'application d'une peine correctionnelle, aux termes

Nous verrons encore d'autres cas, *infra*, nos 322 et 323, où une énonciation faite dans un acte de l'état civil, et par conséquent reproduite dans les extraits qui en ont été délivrés, peut être combattue autrement que par la voie de l'inscription de faux, du moins de faux principal. Il y aura simplement lieu à une demande en rectification des registres.

508. Mais s'il s'agit de la naissance d'un enfant légitime, ou du moins présenté comme tel, l'extrait, conforme au registre, de l'acte qui la constate, doit faire foi jusqu'à inscription de faux.

En effet, l'article 57 prescrit d'énoncer dans l'acte le nom du père et celui de la mère, et si cette disposition ne s'appliquait point à l'enfant légitime, elle ne s'appliquerait à personne; elle ne serait qu'une superfétation dans la loi. On doit donc, au contraire, la regarder comme étant une formalité substantielle de l'acte de naissance d'un enfant légitime.

De plus, d'après l'article 319, la filiation des enfans légitimes se prouve par l'acte de naissance inscrit sur les

de la loi du 20 septembre 1792, la cour a rendu un arrêt de rejet, attendu qu'il s'agissait du crime de faux. (Et il y avait aussi crime de supposition de part. Art. 345 Code pénal.)

La cour de cassation paraît aussi avoir reconnu un faux qualifié dans la déclaration faite par un individu marié, qu'un enfant par lui présenté à l'officier de l'état civil était né de son mariage avec une telle, tandis qu'il était né d'une autre femme. C'était là aussi une véritable supposition de part. Mais la cour criminelle de Lyon ayant sursis à statuer sur ce faux jusqu'à ce que les tribunaux civils eussent prononcé sur la question d'état, sa décision fût sanctionnée en ces termes : « Considérant que la cour de justice criminelle du département du Rhône, en surséant, par son arrêt du 24 germinal dernier, à statuer sur l'action criminelle, a fait une juste application de l'article 327 du Code civil, etc., rejette. » (Sirey, tome IV, partie 2, pag. 281.)

registres de l'état civil ; et au moyen du mariage, reconnu ou prouvé, des personnes désignées dans l'acte comme père et mère de l'enfant, celui-ci, par cet acte, est réputé avoir la qualité d'enfant légitime de ces personnes : donc l'acte qui lui attribue mal-à-propos cette qualité constitue un faux, et ne doit pouvoir, par conséquent, être combattu que par l'inscription de faux. Nous conviendrons toutefois, et nous l'avons déjà dit, qu'en principe, il n'y a réellement d'authentique dans un acte public, que ce que l'officier atteste pour l'avoir vu ou entendu : or, il n'a pas vu le fait de la naissance ; ce fait lui a simplement été déclaré par des tiers.

Mais si ces principes devaient prévaloir, il faudrait reconnaître l'impossibilité de constater l'état des personnes par des actes publics, car celui de naissance ne servirait qu'à prouver le sexe et l'âge de l'enfant, et les nom et prénoms qu'on lui a donnés, objet sans doute important, mais qui, assurément, n'a pu être le principal dans la pensée du législateur. A la vérité, les enfans dont la naissance n'aurait pas été déclarée par le père pourraient du moins prouver leur filiation par la possession d'état ; mais à combien d'individus cette ressource n'échapperait-elle pas ! Aussi la loi n'en a-t-elle fait qu'un moyen secondaire, mettant au premier rang l'acte de naissance, parce qu'en effet c'est le dépôt de la qualité de l'enfant. Dès qu'il serait permis d'en méconnaître le caractère, l'on verrait les liens de famille se briser avec une effrayante facilité. Une supposition de part n'est sans doute pas

impossible, mais on ne saurait mettre à côté de ce danger, contre lequel la loi pénale offre d'ailleurs à la société de fortes garanties, l'instabilité dont seraient, dans le système contraire, nécessairement frappés l'état et la qualité des citoyens.

Il faut donc reconnaître que, dans l'esprit de la loi en matière de filiation légitime, la mention des noms des père et mère dans l'acte de naissance est une formalité substantielle; que le déclarant qui présente à l'officier de l'état civil un enfant comme né de deux époux, doit, pour ne point intervertir le but de la loi, énoncer avec vérité la filiation de l'enfant; qu'il y a, dès-lors, présomption légale qu'il a fait une déclaration véridique, et que l'effet de cette présomption ne peut être combattu que par l'inscription de faux ¹.

509. A cet égard, il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où la déclaration serait l'ouvrage d'un individu qui aurait assisté fortuitement à l'accouchement, et celui où elle émanerait d'un chirurgien ou d'un accoucheur, etc.; car le premier ayant aussi reçu de la loi mission pour faire cette déclaration (art. 56), il lui imprime le caractère de vérité légale comme le ferait un accoucheur ou une sage-femme.

510. Nous pensons même que l'acte de naissance d'un enfant présenté à l'officier de l'état civil comme né de deux époux doit prouver sa filiation jusqu'à inscription de faux, encore que la naissance ait été déclarée par une personne dont la présence à l'accouche-

¹ Nous reviendrons, au surplus, sur ce point important au titre *de la Paternité et de la Filiation*, au tome III, quand nous traiterons de la preuve de la filiation des enfans légitimes.

ment n'a point été mentionnée dans l'acte ; car l'article 57 n'exige pas cette mention : dès-lors l'état de l'enfant ne doit pas dépendre de son omission. D'ailleurs, si l'on suppose que cet article a voulu conférer aux personnes qu'il charge spécialement de faire la déclaration, une sorte de ministère à cet effet, il faut par cela même supposer aussi qu'il a entendu les rendre juge du fait constitutif de ce ministère, c'est-à-dire de leur présence à l'accouchement, puisque ce fait ne peut être déclaré que par elles à l'officier de l'état civil. Mais cette déclaration émanant de personnes privées ne saurait, ce nous semble, imprimer plus d'authenticité à l'acte, parce que la question revient toujours à ceci : le déclarant était-il présent à l'accouchement ? Lui seul l'atteste ; les témoins ne le savent même pas toujours d'une manière certaine. Si donc cette déclaration peut aussi facilement être faite par une personne qui n'a point assisté à l'accouchement, que par un individu qui y a assisté et qui peut oublier de la faire, on doit convenir que la mention de cette présence n'ajoute guère à l'authenticité de l'acte ; et c'est probablement pour cela que la loi ne l'a point prescrite : d'où il faut conclure qu'elle n'est point substantielle. Ainsi, nous croyons que, dans l'esprit de la loi, il y a présomption que celui qui a fait la déclaration avait qualité pour la faire conformément à l'article 36.

Nous verrons encore d'autres cas (nos 322 et 323), où une énonciation faite dans un acte de l'état civil peut être combattue autrement que par l'inscription de faux.

CHAPITRE II.

DES ACTES DE NAISSANCE.

SOMMAIRE.

311. *Des déclarations de naissance.*
312. *Le Code civil n'avait point établi de peine pour le défaut de déclaration de naissance ; cette lacune a été comblée par le Code pénal actuel, de 1810.*
313. *L'acte de naissance d'un enfant qui n'a pas été présenté dans le délai fixé par la loi, ne doit être inscrit sur les registres qu'en vertu d'un jugement.*
314. *Énonciations que doit contenir l'acte de naissance.*
315. *Doit-il contenir celle du nom de la mère d'un enfant naturel lorsqu'elle n'y est pas présente ni dûment représentée ?*
316. *Cas dans lesquels le nom d'un individu présenté comme le père d'un enfant ne doit pas être énoncé dans l'acte de naissance.*
317. *Présentation d'un enfant trouvé à l'officier de l'état civil.*
318. *Naissance d'un enfant pendant un voyage sur mer.*
319. *Inscription de l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel.*

544. Les déclarations de naissance doivent être faites dans les trois jours de l'accouchement, à l'officier de l'état civil du lieu, par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère est accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle est accouchée. L'enfant doit être présenté à l'officier de l'état civil, et l'acte de naissance rédigé de suite. (Art. 55 et 56.)

542. Le Code civil ne frappe d'aucune peine l'observation de ces dispositions ; en sorte que c'était

une loi impérative dépourvue de sanction ¹. On avait craint d'éloigner de la mère les secours de l'amitié et de la charité au moment où elle en a le plus besoin, et l'on avait mieux aimé avoir une déclaration tardive que de n'en avoir pas du tout. Mais en voulant éviter un inconvénient, on était tombé dans un bien plus grave. Il était arrivé en effet que, faute d'une disposition qui punit l'inobservation de la loi, beaucoup de personnes s'étaient abstenues de déclarer la naissance de leurs enfans, dans la vue de les soustraire au service militaire. Le Code pénal actuel a comblé cette lacune, par son article 346, ainsi conçu : « Toute personne qui, ayant assisté à un accouchement, n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'article 56 du Code civil, et dans le délai fixé par l'article 55 du même Code, sera punie d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de 16 francs à 300 francs. ² »

¹ On comprend bien que nous n'entendons point parler du cas de suppression d'état ; car, dans ce cas, le *Code des délits et des peines*, du 3 brumaire an iv, encore en vigueur lors de la publication de la loi que nous expliquons, portait, comme le Code pénal actuel, des peines sévères contre ceux qui se rendent coupables d'enlèvement, de recelé ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, de supposition d'un enfant à une femme qui ne serait pas accouchée, et contre ceux qui, étant chargés d'un enfant, ne le représenteraient point aux personnes qui ont le droit de le réclamer. La peine, d'après l'article 345 du Code pénal actuel, est celle de la réclusion.

² Quelle que soit la généralité des termes dans lesquels l'article est conçu, on ne doit pas croire cependant que, dans le cas où la naissance n'aurait point été déclarée, la peine doive être infligée à une personne qui aurait assisté à l'accouchement lorsqu'il s'y trouvait aussi une ou plusieurs autres personnes ayant, à raison de leur qualité, mission plus spéciale de la loi de faire la déclaration, par exemple, le père, les chirurgiens ou sages-femmes. Cette personne a dû naturellement penser que la déclaration serait faite par ceux-ci.

515. La sanction donnée par le Code pénal aux dispositions du Code civil sur ce point est d'autant plus importante, qu'il paraît certain que l'officier de l'état civil ne doit point rédiger ni inscrire sur les registres, même d'après les déclarations des parties intéressées, l'acte de naissance d'un enfant qui n'a pas été présenté dans les délais prescrits par la loi, et qu'il faut pour cela obtenir un jugement. Un avis du conseil-d'état, du 12 brumaire an xi, qui l'a ainsi décidé, rend palpables les dangers des déclarations tardives de naissance à l'officier de l'état civil, puisque cette négligence compromet l'état de l'enfant; tout au moins elle oblige les parens à obtenir un jugement qui ordonne son inscription sur les registres.

La cour de Paris a même jugé, le 9 août 1813, qu'un acte de naissance ne fait preuve de l'âge ou du jour de la naissance, qu'autant qu'il est dressé dans les délais prescrits par le Code; que, dans le cas où il ne l'a pas été dans ces délais, il ne prouve la naissance que du jour de sa date. (Sirey, 1813, part. II, page 310.)

514. L'acte de naissance doit énoncer le jour, l'heure et le lieu de la naissance de l'enfant, son sexe et les prénoms¹ qui lui seront donnés, les prénoms, nom, profession et domicile des père et mère, et ceux des témoins. (Art. 57.)

¹ D'après la loi du 11 germinal an xi, Bulletin n° 2614, il est interdit de donner aux enfans d'autres prénoms que ceux en usage dans les différens calendriers ou tirés de l'histoire.

Cette loi trace aussi les formalités à observer pour obtenir l'autorisation de faire des changemens aux noms de famille ou aux prénoms.

Cet article, comme nous l'avons dit plus haut, n° 303, en note, suppose que l'enfant est légitime, et voilà pourquoi l'acte de naissance doit énoncer le nom du père. S'il s'agit d'un enfant naturel, et que le père ne soit pas présent, ni représenté à l'acte pour le reconnaître, son nom ne doit pas être mentionné. L'enfant sera déclaré né de père inconnu.

545. Mais lorsqu'un enfant naturel est présenté à l'officier de l'état civil par ceux qui ont assisté à la naissance, le nom de la mère doit être désigné dans l'acte. En principe, la recherche de la maternité est permise (art. 341), tandis que celle de la paternité ne l'est pas. Le système contraire aggraverait beaucoup la position déjà si triste des enfans naturels, en les privant de l'avantage de connaître leur mère, si celle-ci ne les reconnaissait pas volontairement dans la suite; car, en général, il n'est guère possible qu'elle les reconnaisse dans l'acte de naissance, qui doit être dressé dans les trois jours de l'accouchement. On peut ajouter, comme considération importante, que, si la mention du nom de la mère peut, en certain cas, avoir des inconvéniens, parce qu'elle serait le produit de l'erreur ou de la fraude, ces inconvéniens sont bien moins graves que ceux que nous venons de signaler, puisque la personne désignée comme mère n'est point engagée par cet acte, lequel ne fait même pas un commencement de preuve par écrit, en faveur de l'enfant, pour rechercher la maternité, ainsi que l'a jugé la cour de cassation, par l'arrêt que nous avons cité au n° 307. Cette personne ayant d'ailleurs une action en dom-

mages-intérêts contre ceux qui lui auraient attribué mal-à-propos la maternité, et la loi établissant, en outre, des peines sévères contre les coupables du crime de supposition de part, les inconvénients possibles de cette fausse déclaration sont, par cela même, grandement affaiblis. Enfin, l'usage est conforme à notre opinion; mais, en pareille matière, les officiers de l'état civil ne sauraient apporter une trop grande circonspection.

516. Si un enfant est présenté à l'officier de l'état civil comme né d'une femme non mariée et d'un homme marié qui veut le reconnaître, et que l'officier de l'état civil sait positivement être marié, le nom seul de la mère, selon nous, doit être inscrit dans l'acte, puisque la reconnaissance est interdite dans le cas d'une filiation adultérine (art. 335), et qu'il ne doit rien être inséré dans les actes de l'état civil que ce qui doit être déclaré par les comparans. (Art. 35.)

Il faut dire la même chose du cas où l'individu qui se présenterait comme père de l'enfant se déclarerait parent de la mère au degré prohibé pour le mariage, ou que l'officier de l'état civil connaîtrait positivement cette parenté; car il en est de la filiation incestueuse comme de la filiation adultérine: elle ne peut être reconnue. (Art. 335.)

Si l'enfant est présenté comme né d'Élisabeth, mariée à Paul, et que Pierre s'en prétende le père, l'enfant n'en doit pas moins être inscrit sous les noms de sa mère et du mari de celle-ci, sauf à ce dernier à le désavouer, s'il y a lieu. (Art. 312.)

547. L'article 57 trace pour les cas ordinaires les formalités que doivent contenir les actes de naissance; mais il peut s'en présenter d'autres.

L'article 58 prévoit l'un de ces cas : il porte que
 « toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né
 « sera tenue de le remettre à l'officier de l'état civil,
 « ainsi que les vêtemens et autres effets trouvés avec
 « l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du
 « temps et du lieu où il aura été trouvé.

« Il en sera dressé procès-verbal détaillé ¹, qui
 « énoncera, en outre, l'âge apparent de l'enfant, son
 « sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité ci-
 « vile à laquelle il sera remis; ce procès-verbal sera
 « inscrit sur les registres ².

La sanction de cette loi se trouve dans l'article 347 du Code pénal, qui porte, pour le cas d'inobservation de sa disposition, les mêmes peines que pour le défaut de déclaration de naissance; et ces peines sont l'emprisonnement de six jours à six mois, et une amende de seize francs à trois cents francs.

548. S'il naît un enfant pendant un voyage sur mer, l'acte de naissance est rédigé suivant les formalités

¹ Dans le cas d'enfant trouvé, l'officier de l'état civil ne devrait pas consigner dans le procès-verbal le nom de celle qui lui serait déclaré être la mère de l'enfant; il y aurait à craindre que l'inconséquence ou la méchanceté ne flétrit la réputation d'une fille vertueuse, en la réduisant à faire un éclat fâcheux pour demander la rectification des registres. En pareil cas, l'officier de l'état civil ne saurait avoir, pour la sincérité de la déclaration qui lui est faite, les mêmes garanties que lorsque l'enfant lui est présenté par des personnes qui ont assisté à l'accouchement.

² Voir aux articles 349 à 353 du Code pénal, les peines portées contre ceux qui abandonnent des enfans avec danger pour ceux-ci, et le décret de 13 janvier 1811 (Bulletin, n° 6478), concernant les enfans trouvés ou abandonnés, et les orphelins pauvres.

tracées par les articles 59, 60 et 61 du Code, dont les dispositions n'ont besoin d'aucune explication.

519. Lorsqu'un enfant est reconnu postérieurement à sa naissance, l'acte de reconnaissance doit être inscrit sur les registres, à sa date : il en doit être fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un. (Art. 62.)

CHAPITRE III.

DES ACTES DE DÉCÈS.

SOMMAIRE.

320. *Division du chapitre.*

520. Communément les décès ont lieu suivant les lois ordinaires de la nature ; mais quelquefois aussi ils sont causés par des événemens de force majeure, ou ils arrivent dans des circonstances particulières. Les règles pour constater les uns et les autres n'étant pas en tout point les mêmes, nous distinguerons les deux cas.

SECTION PREMIÈRE.

DES DÉCÈS DANS LES CAS ORDINAIRES.

SOMMAIRE.

321. *Formalités relatives aux actes de décès dans les cas ordinaires.*

322. *Y aurait-il nécessité de s'inscrire en faux pour combattre l'énonciation de l'âge du décédé ?*

323. *Y aurait-il aussi nécessité de s'inscrire en faux pour combattre l'énonciation du jour et de l'heure auxquels a eu lieu le décès ?*

521. Suivant l'article 77, aucune inhumation ne

doit être faite sans une autorisation de l'officier de l'état civil, qui ne peut la délivrer qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée, pour s'assurer du décès, et nous ajouterons, pour en connaître les causes.

Cette autorisation ne doit être délivrée que vingt-quatre heures après le décès, hors les cas prévus par les réglemens de police ¹.

Elle est délivrée sur papier libre, et sans frais.
(*Ibid.*)

Si l'inhumation a eu lieu sans l'autorisation préalable de l'officier de l'état civil, dans le cas où elle est prescrite, ceux qui l'ont fait faire sont passibles de la peine de six jours à deux mois d'emprisonnement, et d'une amende de seize à cinquante francs, sans préjudice de la poursuite des crimes dont les auteurs de ce délit pourraient être prévenus dans cette circonstance.

La même peine a lieu contre ceux qui ont contrevenu de quelque manière que ce soit à la loi et aux réglemens relatifs aux inhumations précipitées. (Art. 358 du Code pénal.)

L'acte de décès est dressé par l'officier de l'état civil, sur la déclaration de deux *témoins*. Ces témoins seront, s'il est possible, les deux plus proches parens ou voisins; ou lorsque la personne est décédée hors de

¹ Un décret du 4 thermidor an XIII (Bulletin n° 865) a appliqué cette disposition, de n'inhumer que sur l'autorisation de l'officier de l'état civil, aux ministres des différens cultes.

Il existe aussi sur la sépulture, un règlement du 23 prairial an XII. (Bulletin n° 25.)

son domicile, la personne chez laquelle elle sera décédée, et un parent ou autre. (Art. 78.)

Cet acte, d'après l'article 79, doit contenir « les
 « prénoms, nom, âge, profession et domicile de la
 « personne décédée ; les prénoms et nom de l'autre
 « époux, si la personne décédée était mariée ou veuve,
 « les prénoms, noms, âge, professions et domiciles
 « des déclarans ; et s'ils sont parens, leur degré de
 « parenté.

« Le même acte doit contenir de plus, autant qu'on
 « pourra le savoir, les prénoms, noms, profession et
 « domicile des père et mère du décédé, et le lieu de
 « sa naissance. »

522. Néanmoins, et nonobstant la disposition de l'article 45, qui porte que les extraits délivrés conformes aux registres font foi jusqu'à incription de faux, il ne serait pas nécessaire de s'inscrire en faux contre l'énonciation de l'âge du décédé. L'acte de décès n'a pas pour objet principal de le constater. Cette énonciation doit même nécessairement être fautive dans beaucoup de cas, surtout lorsque la personne est décédée hors de son domicile, et qu'elle ne portait point de passe-port ou autres pièces pouvant certifier son âge.

523. Cet article 79 ne prescrit pas d'énoncer dans l'acte de décès l'heure ni même le jour auxquels il a eu lieu ; cependant cela peut être très-important à connaître dans le cas où un parent du décédé, et dont celui-ci était héritier présomptif, *vel vice versâ*, serait venu à mourir à la même époque. Il peut arriver sou-

vent, en effet, qu'un individu appelé à une succession ouverte aujourd'hui n'y eût point été appelé si cette succession se fût ouverte hier, parce qu'il serait venu à mourir lui-même hier, et avant celui qui a laissé cette hérédité. Il est même à croire que c'est à raison des importantes conséquences qu'entraînerait la mention du jour et de l'heure du décès, que le législateur n'a pas voulu en faire une partie substantielle de l'acte : c'eût été laisser aux déclarans une trop grande influence sur les droits des parties intéressées. Il est vrai qu'elles auraient eu la ressource de l'inscription de faux ; mais c'est toujours un moyen pénible, et dont le succès est douteux. Il était donc plus sage de ne point les réduire à l'employer en pareil cas, et d'écarter de la substance de l'acte, l'énonciation des jour et heure du décès, afin que cette mention, qui y est du reste ordinairement faite, pût être combattue par d'autres moyens que l'inscription de faux, du moins celle de faux principal.

Si la loi a voulu que, dans les actes de naissance, la mention des jour et heure de la naissance fût de la substance de l'acte, c'est que les conséquences de cette mention sont beaucoup moins graves qu'en matière de décès, attendu que les droits des enfans sont, en général, déterminés, non point par l'époque de leur naissance, mais par celle présumée de leur conception, qui ne peut être connue d'une manière précise, mais seulement par approximation.

SECTION II.

DÉCÈS DANS LES CAS EXTRAORDINAIRES.

SOMMAIRE.

324. *Cas d'exécution à mort.*
325. *Décès dans les prisons.*
326. *Cas où il y a des signes ou indices de mort violente.*
327. *Décès dans les hôpitaux militaires, civils, ou autres maisons publiques.*
328. *Décès pendant un voyage de mer.*
329. *Cas où est présenté à l'officier de l'état civil un enfant mort dont la naissance n'a point été inscrite.*
330. *Décès de ceux qui ont été consumés dans un incendie, ou submergés, ou engloutis dans une mine ou carrière, et dont on n'a pu retrouver les corps.*

524. Les cas de décès qui arrivent extraordinairement sont les sept suivans :

1° Celui d'exécution à mort : les greffiers criminels sont tenus d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de l'exécution, à l'officier de l'état civil du lieu où le condamné a été exécuté, tous les renseignemens énoncés dans l'article 79, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé. (Art. 83.)

525. 2° Celui de décès dans les prisons ou maisons de réclusion ou de détention : les concierges ou gardiens doivent en donner avis sur-le-champ à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera et rédigera l'acte de décès. (Art. 84.)

526. 3° Lorsqu'il y a des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donnent lieu de le soupçonner, l'inhumation ne peut être faite qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en mé-

decine ou en chirurgie, aura dressé un procès-verbal de l'état du cadavre, et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignemens qu'il aura pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée. (Art. 81.)

L'officier de police est tenu de transmettre de suite à l'officier de l'état civil du lieu où la personne est décédée, tous les renseignemens énoncés dans son procès-verbal, d'après lesquels l'acte de décès est rédigé.

L'officier de l'état civil doit en envoyer une expédition à celui du domicile de la personne décédée, s'il est connu : cette expédition est inscrite sur les registres. (Art. 82.)

Dans les trois cas ci-dessus, il ne doit être fait sur les registres aucune mention des circonstances du décès ; dont les actes sont simplement rédigés dans les formes prescrites par l'article 79. (Art. 85.)

527. 4° Le quatrième cas est le décès dans les hôpitaux militaires, civils, ou autres maisons publiques : les supérieurs, directeurs, administrateurs et maîtres de ces maisons, sont tenus d'en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil, qui doit s'y transporter pour s'assurer du décès, et en dresser l'acte, conformément à l'article 79, sur les déclarations qui lui seront faites et sur les renseignemens qu'il aura pris. (Art. 80.)

528. 5° Le cinquième cas est celui qui a lieu pendant un voyage sur mer : les formalités à observer pour le constater sont tracées par les articles 86 et 87, et

elles sont les mêmes que pour les actes de naissance dans le même cas ¹.

529. 6° Le sixième cas n'est pas prévu par le Code ; il est réglé par le décret du 4 juillet 1806 (Bulletin n° 4744) : c'est celui d'un acte dressé à l'occasion d'un enfant présenté mort à l'officier de l'état civil, et dont la naissance n'a pas été enregistrée : cet acte doit être inscrit, à sa date, sur les registres de décès.

L'officier de l'état civil ne doit pas y exprimer qu'un tel enfant est décédé, mais seulement qu'il lui a été présenté sans vie, afin de ne point préjuger la question de savoir s'il est né viable ou non (et, dès-lors, s'il a pu ou non succéder). L'officier doit, en outre, inscrire la déclaration des témoins, touchant les noms, prénoms, qualité et demeure des père et mère, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère, sans qu'il puisse néanmoins résulter, des diverses énonciations qui pourraient être faites, aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non.

530. 7° Enfin, ni le Code ni aucune autre disposition législative ne s'expliquent sur ceux qui ont été consumés dans un incendie, sur les noyés, sur ceux qui ont été engloutis dans une carrière ou tourbière, dont on n'a pu retrouver les corps, et qui n'ont pu, par conséquent, recevoir la sépulture.

L'article 19 du décret du 3 janvier 1813 (Bulletin

¹ Suivant l'instruction du ministre de la guerre, en date du 24 brumaire an XII, les dispositions de ces articles sont applicables aussi aux militaires embarqués.

n° 8531), contenant des dispositions relatives à l'exploitation des mines, porte que « s'il y a impossibilité « de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps « des ouvriers qui auront péri dans les travaux et les « exploitations, les directeurs et autres ayant-cause « seront tenus de faire constater cette circonstance « par le maire ou autre officier public, qui en dressera procès-verbal, et le transmettra au procureur « du roi, à la diligence duquel, et sur l'autorisation « du tribunal, *cet acte sera annexé au registre de l'état civil.* » On doit, d'après cela, naturellement penser qu'il pourra remplacer l'acte de décès.

Mais, en général, dans le cas où le conjoint voudrait passer à de secondes noces, l'acte de décès ne peut être remplacé par aucun autre ¹. Si ce principe pouvait recevoir quelque exception, ce ne devrait être que dans les cas où l'accident est tellement notoire, qu'il ne peut s'élever le moindre doute sur la mort de l'individu : comme dans celui d'individus qui ont péri dans une mine ou tourbière, ou dans un incendie.

CHAPITRE IV.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES HORS DU TERRITOIRE DU ROYAUME ².

SOMMAIRE.

331. *Les règles générales sont applicables aux militaires qui sont en France.*

¹ Voyez l'avis du conseil-d'état du 12 germinal an XIII, approuvé le 17, qui le décide ainsi à l'égard des militaires supposés morts à la guerre, dont les événemens rendent la preuve des décès souvent impossible.

² Il existe une instruction du ministre de la guerre, en date du 24 bru-

332. *Mais les actes de l'état civil du militaire prisonnier de guerre doivent être faits suivant les formalités usitées dans le pays où il se trouve.*
333. *Dispositions générales relatives aux actes de l'état civil faits hors du territoire du royaume, concernant les militaires ou autres personnes employées à la suite des armées.*
334. *Déclarations de naissance à l'armée.*
335. *Actes de mariage à l'armée.*
336. *Actes de décès aux armées.*

531. Suivant l'avis du conseil-d'état approuvé le quatrième jour complémentaire an XIII, les règles précédemment expliquées sont applicables, sans modification, aux militaires qui sont en France; si ce n'est qu'en cas d'invasion ou de révolte, les corps qui se trouveraient, quoique sur le territoire français, dans l'impuissance de recourir aux officiers ordinaires, seraient régis, quant aux actes de l'état civil, par les dispositions spéciales du Code civil.

532. Il faut observer aussi que, si le militaire sous le drapeau, en pays étranger, est censé en France, raison pour laquelle l'article 47 ne lui est pas applicable, il n'en est pas ainsi, relativement à l'observation des articles 89 et suivans, du militaire prisonnier de guerre : pour lui, c'est la disposition générale de cet article 47, ou, en d'autres termes, la règle *locus regit actum*, qui est le Droit commun. (Art. 2 de l'instruction ministérielle énoncée ci-dessus.)

maire an XII, dont nous avons déjà parlé, qui a pour objet de tracer aux militaires les règles qu'ils doivent suivre dans tous les cas pour donner aux actes de l'état civil qu'ils auront à rédiger, la régularité propre à leur mériter la confiance de la justice. Cette instruction nous paraît un très bon commentaire des diverses dispositions qui existent sur cette matière; mais comme elle est fort détaillée, nous n'avons pas cru devoir la transcrire ici.

555. Les actes de l'état civil faits hors du territoire du royaume, concernant les militaires ou autres personnes employées à la suite des armées, sont rédigés dans les formes prescrites par les dispositions précédentes, sauf les exceptions déduites ultérieurement. (Art. 88.)

Les registres, hors celui des publications de mariage, doivent donc être tenus doubles.

Le quartier-maître ¹, dans chaque corps d'un ou plusieurs bataillons ou escadrons, et le capitaine-commandant, dans les autres corps, remplissent les fonctions d'officier de l'état civil. Ces mêmes fonctions sont remplies, pour les officiers sans troupes et les autres employés de l'armée, par l'inspecteur aux revues ² attaché à l'armée ou au corps d'armée. (Art. 89.)

Il doit être tenu, dans chaque corps de troupes, un registre pour les actes de l'état civil relatifs aux individus de ce corps, et un autre à l'état-major de l'armée, pour les actes relatifs aux officiers sans troupes et aux employés ³.

Ces registres doivent être conservés de la même manière que les autres registres des corps et états-majors, et déposés aux archives de la guerre, à la rentrée des corps ou armées sur le territoire du royaume. (Art. 90.)

Les registres sont cotés et paraphés, dans chaque

¹ Depuis l'institution des *majors*, ce sont eux qui sont chargés de la tenue des registres. (Arrêté du 1^{er} vendémiaire an XII.)

² A présent les intendans militaires.

³ Il paraît, d'après l'instruction du ministre de la guerre, qu'il n'est pas nécessaire que le registre concernant les officiers sans troupes et les employés, soit tenu double.

corps, par l'officier qui le commande; et à l'état-major, par le chef de l'état-major général. (Art. 91.)

554. Les déclarations de naissance à l'armée doivent être faites dans les dix jours de l'accouchement. (Art. 92.)

Le délai est plus long que pour les déclarations faites dans les cas ordinaires, à cause des obstacles que la guerre entraîne après elle.

Afin de soustraire l'acte de naissance aux accidens de la guerre, l'officier chargé de la tenue des registres de l'état civil doit, dans les dix jours qui suivront son inscription au registre, en adresser un extrait à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père de l'enfant, ou de la mère, si le père est inconnu.

L'officier de l'état civil doit l'inscrire de suite sur les registres. (Art. 93 et 98.)

555. Les publications de mariage des militaires et employés à la suite des armées doivent être faites au lieu de leur dernier domicile ¹.

Elles sont mises, en outre, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps; et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes et pour les employés qui en font partie. (Art. 94.)

Immédiatement après l'inscription, sur le registre, de l'acte de célébration du mariage, l'officier chargé de

¹ Cela ne peut s'entendre des enfans de troupe, lesquels n'ont d'autre domicile que le drapeau, du moins généralement. Il suffit donc pour eux de faire les publications au lieu où se trouve le corps auquel ils sont attachés, et de les mettre à l'ordre du jour, comme il est dit ensuite. (Instruction du ministre de la guerre.)

la tenue du registre doit en envoyer une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile des époux, qui l'inscrit de suite. (Art. 95 et 98.)

Si les époux avaient des domiciles distincts en France, l'expédition devrait être adressée à l'officier du domicile de chacun d'eux.

356. Les actes de décès sont dressés, dans chaque corps, par le quartier-maître, et, pour les officiers sans troupes, par l'inspecteur aux revues. Ils le sont sur l'attestation de trois témoins ; et l'extrait des registres est envoyé, dans les dix jours, à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé, qui l'inscrit aussi de suite sur les registres. (Art. 96 et 98.)

Enfin, en cas de décès dans les hôpitaux militaires ambulans ou sédentaires, l'acte en est rédigé par le directeur des hôpitaux, et envoyé au quartier-maître du corps, ou à l'inspecteur aux revues de l'armée ou du corps d'armée dont le décédé faisait partie.

Ces officiers en doivent faire parvenir une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé, qui l'inscrit de suite sur les registres. (Art. 95.)

L'instruction ministérielle prescrit aux officiers chargés de la tenue des registres, d'adresser aussi au ministre de la guerre un extrait des actes de naissance et de décès qui ont lieu aux armées.

CHAPITRE V.

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

SOMMAIRE.

337. *Les irrégularités dont les actes de l'état civil sont infec-*

- tés ne les rendent pas nuls ; elles donnent seulement lieu à une demande en rectification.*
338. *Le ministère public n'a pas le droit de requérir, ni les tribunaux celui de prononcer d'office, la rectification des registres.*
339. *Modification que souffre le principe relativement au ministère public.*
340. *La rectification des registres n'est quelquefois que la conséquence d'une décision prononcée sur une question d'état, ou d'un jugement criminel sur une suppression d'état.*
341. *Ordinairement elle est l'objet d'une demande principale rendu sur simple requête.*
342. *Tribunal compétent pour connaître de la demande en rectification.*
343. *Les tribunaux civils sont seuls compétens pour statuer sur une question de filiation.*
344. *Formalités à observer pour obtenir la rectification.*
345. *Le jugement ne peut être opposé aux tiers qui n'y ont été ni parties ni appelés.*
346. *A moins qu'il n'ait été rendu contre un contradicteur ayant seul alors qualité pour contredire.*
347. *Aucune rectification ne doit être faite sur l'acte ; les jugemens sont transcrits sur les registres.*
348. *Difficultés qui s'étaient élevées sur le mode de transcription.*

557. Malgré les mesures prescrites par la loi pour imprimer aux actes de l'état civil une forme et une régularité qui les rendent des témoignages irrécusables de l'état des personnes, il peut arriver, et malheureusement il arrive souvent, que l'ignorance, l'incurie, la fraude et des événemens de force majeure rendent vaines les sages précautions qu'elle a prises à cet égard. Tantôt les prénoms et même les noms sont irrégulièrement énoncés dans les actes, mal orthographiés¹ ; les qualités des parties y sont dénaturées.

¹ Lorsque les personnes qui veulent se marier produisent des actes de

Tantôt les actes renferment ce qu'ils ne devraient pas contenir, et tantôt ils ne contiennent pas tout ce qu'ils devraient renfermer. Au lieu de les inscrire sur les registres, des officiers de l'état civil ont commis parfois la grave prévarication de les inscrire sur de simples feuilles volantes, parce que le registre, par l'effet de quelque circonstance particulière, n'était pas à leur disposition dans le moment, ou par d'autres motifs encore. Le crime aussi est venu quelquefois supposer ceux qui ne devaient pas exister, et supprimer ou altérer ceux dont l'existence était légale. Mais, quelles que soient les irrégularités dont peut être infecté le dépôt de l'état civil des citoyens, ces irrégularités ne rendent point les actes nuls : elles donnent seulement lieu à une demande en rectification des registres ¹; car, ce qu'il importe surtout de connaître dans un acte de naissance ou de décès qui s'applique évidemment à tel individu, c'est sa date ²; et, d'après les formalités générales prescrites pour la tenue des registres, ils doivent donner cette date avec certitude. L'état des personnes ne pouvait d'ailleurs dépendre de l'ignorance ou de la négligence d'un officier public, ni de la mauvaise foi ou de l'erreur des déclarans et des té-

l'état civil qui contiennent, soit des noms mal orthographiés, soit l'omission ou la transposition de quelques prénoms, elles n'ont pas besoin, pour célébrer le mariage, d'obtenir un jugement de rectification. Suivant un avis du conseil-d'état, des 19 et 30 mars 1808, l'attestation des père et mère et autres ascendans est suffisante pour régulariser les noms dans l'acte de mariage.

¹ Sauf toutefois en ce qui concerne le mariage, où, dans certains cas, mais très rares, ces irrégularités dans la forme de l'acte pourraient porter atteinte aux conditions essentielles de ce contrat, et en entraîner la nullité.

² Nous faisons ici abstraction de la filiation.

moins. La raison commandait, au contraire, d'ouvrir aux parties intéressées une voie pour obtenir la rectification des irrégularités et le redressement des prévarications, et c'est ce qu'a fait la loi.

538. Mais, en attribuant aux procureurs du roi le droit de constater et de dénoncer les délits et les contraventions, et aux tribunaux celui d'en prononcer les peines, elle ne leur a pas donné pour cela la faculté de requérir ou d'ordonner d'office la rectification des registres, lors même qu'ils seraient manifestement irréguliers. Le droit de demander cette rectification appartient aux seules parties intéressées. Le ministère public a seulement celui de donner ses conclusions dans les causes relatives à l'état civil des personnes. (Art. 99.)

539. Tel est le principe, mais, d'après l'article 122 du décret du 18 juin 1811, le procureur du roi peut poursuivre la rectification d'office dans des circonstances qui intéressent l'ordre public. Il peut aussi agir d'office pour faire porter sur les registres, les actes qui ont été omis, lorsque les parties intéressées sont dans un état d'indigence dûment constaté, et, dans ce cas, les actes de procédure et les jugemens sont visés, pour timbre et enregistrement, *gratis* ¹.

540. La voie qui est ouverte aux parties pour obtenir la rectification des registres n'est pas toujours simple et facile : elle n'est pas la même pour tous les cas.

Ainsi, dans plusieurs, où il s'agit d'obtenir l'insertion ou le rétablissement d'un acte qui n'a pas été in-

¹ Art. 75 de la loi du 25 mars 1817.

scrit, ou qui a cessé de l'être, ou bien de faire ordonner la suppression d'un autre acte qui s'y trouve mal-à-propos, la rectification, en général, exige préalablement la solution d'une question d'état ou d'une procédure criminelle sur une suppression d'état; en sorte qu'elle n'est que la conséquence et l'exécution d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée. Elle s'opère alors par la transcription du jugement sur les registres. (Art. 49 et 198.)

541. Dans d'autres cas, et qui sont heureusement les plus fréquents, la rectification présente moins de difficulté. Elle ne suppose pas que l'état de l'individu qui la demande soit contesté par d'autres; elle suppose, au contraire, que l'état est reconnu: seulement il s'agit de faire purger l'acte qui le constate, des erreurs ou des irrégularités dont il est infecté. Par exemple, au mépris de la loi, la naissance d'un enfant a été inscrite sur une feuille volante; les père et mère, instruits de cette violation des règles, réclament auprès des tribunaux l'inscription, sur les registres, de l'acte de naissance de leur enfant: il n'y a, dans ce cas, aucun procès; c'est un jugement rendu sur une simple requête, sans contradicteur, mais sur les conclusions du ministère public. Le tribunal en déclarant la naissance et la filiation de l'enfant, ordonne seulement la rectification des registres, laquelle s'opère par la transcription du jugement.

Mais si l'on suppose que cet enfant a été abandonné dès sa naissance, qu'il se présente un jour à ses parents, qui ne veulent pas le reconnaître, et que, muni

de cette feuille volante, il se prétende enfant légitime, sa prétention, si elle n'a d'autre appui, sera rejetée, du moins généralement; car, si l'acte de naissance prouve la filiation (et même la filiation légitime, quand le mariage des père et mère n'est pas contesté), c'est lorsque cet acte est *inscrit* sur les registres de l'état civil (art. 319) : or, celui dont il est question ne l'est pas. Il y aura donc à juger préalablement la question d'état, et ce sera seulement d'après le résultat du jugement, que les registres devront ou non être rectifiés.

Ce n'est pas le moment d'expliquer quels sont les genres de preuves autorisés par la loi en matière de question d'état; nous en parlerons au titre *du Mariage*, et surtout à celui *de la Paternité et de la filiation*. Nous n'avons à nous occuper ici que de ce qui concerne la rectification des registres.

Pour cela, nous aurons à voir quel est le tribunal compétent pour en connaître;

Quelles sont les formalités à observer;

Les voies à prendre contre le jugement;

Et quel est son effet.

542. Le tribunal compétent pour connaître de la demande en rectification est celui de première instance du greffe où est ou devrait être le double du registre dont la rectification est demandée : généralement les registres ne doivent pas être déplacés. C'est d'ailleurs dans le ressort de ce tribunal que sont ordinairement domiciliés les parens et autres personnes dont le témoignage pourra être nécessaire pour statuer sur la demande. Tel était l'avis de Rodier sur l'article 10 du

titre 20 de l'ordonnance de 1667. Il en devrait être ainsi lors même que le demandeur jugerait à propos d'assigner d'abord les parties intéressées, bien que l'action soit personnelle, et que, suivant les règles ordinaires, les actions personnelles doivent être portées au tribunal du défendeur : dans le cas dont il s'agit, la compétence est spéciale.

Mais si les parties étaient déjà en instance, et que la demande en rectification s'élevât incidemment, cette demande devant être formée par requête d'avoué à avoué (art. 856 du Cod. de procéd.), il est clair que le tribunal saisi de la cause principale serait compétent pour connaître de la rectification.

543. En vain, pour éluder la compétence des tribunaux civils, la partie qui se plaindrait de la suppression ou de l'altération de son acte de naissance tenterait-elle de prendre d'abord la voie criminelle, pour n'avoir plus ensuite qu'à faire transcrire sur les registres le jugement passé en force de chose jugée : cette voie lui serait fermée. On doit d'abord prendre la voie civile, sauf, s'il y a lieu, à porter ensuite plainte au criminel contre l'auteur de la suppression¹. (Art. 326.)

544. Pour obtenir la rectification, l'on doit présenter requête au président du tribunal (art. 855 du Cod. de procéd.). On y expose l'erreur ou l'omission.

Un rapporteur est nommé, et le tribunal statue sur

¹ Ce principe ne s'applique pas au cas où c'est un acte de mariage qui a été supprimé ou altéré. (Art. 198.) Nous expliquerons plus tard les raisons de cette différence.

le rapport, après avoir entendu le ministère public en ses conclusions. (Art. 856, *ibid.*)

S'il n'y a que le demandeur en cause, le tribunal statue en la chambre du conseil. Nous le croyons avec d'autant plus de raison que, lorsque le Code de procédure a voulu que les jugemens sur requête non communiquée fussent rendus à l'audience, il l'a dit formellement, comme le prouvent les articles 325 et 858. Mais les juges peuvent ordonner, s'ils l'estiment convenable, que les parties intéressées seront mises en cause, et que le conseil de famille sera préalablement convoqué pour donner son avis. (*Ibid.*, et 99 du Cod. civ.)

S'il y a lieu d'appeler les parties intéressées, la demande doit être formée par exploit, sans préliminaire de conciliation. (Art. 856 du Cod. de procéd.)

Dans le cas où il n'y a d'autre partie que le demandeur en rectification, et qu'il croirait avoir à se plaindre du jugement, il peut en appeler devant la cour royale.

Son appel doit être interjeté dans les trois mois de la date du jugement.

Il se forme en présentant au président de la cour une requête, sur laquelle est indiqué un jour auquel il sera statué à l'audience, sur les conclusions du ministère public. (Art. 858, *ibid.*)

Dans le cas où il y a plusieurs parties en cause, celle qui croit avoir à se plaindre du jugement peut aussi en appeler. (Art. 54 et 99 du Cod. civ.)

On suit alors les règles ordinaires, c'est-à-dire que l'appel doit être interjeté dans les trois mois de la si-

gnification du jugement, s'il est contradictoire ; et dans le même délai à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable, s'il est par défaut (art. 443, Cod. de procéd.). L'appel doit contenir assignation dans les délais de la loi, et il doit être signifié à personne ou domicile, à peine de nullité. (Art. 456, *ibid.*)

Le recours en cassation peut au surplus avoir lieu aussi bien contre l'arrêt rendu lorsqu'il n'y a qu'une seule partie en cause, que lorsqu'il y en a plusieurs.

545. D'après le principe invariable et conservateur des droits de chacun, que la chose jugée ne fait loi qu'au profit de la partie qui a obtenu le jugement, et seulement contre la partie condamnée ¹ (art. 1351, Cod. civ.), celui qui a statué sur la demande en rectification ne peut, dans aucun temps, être opposé aux personnes intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées. (Art. 100.)

En conséquence, si l'on suppose que Paul se présente, après la mort de Jean, comme son fils, et qu'il fasse juger son état contradictoirement avec Pierre, aussi fils de Jean ; que Charles, autre fils, cru mort, tandis qu'il était prisonnier chez l'ennemi, reparaisse et s'oppose à ce que Paul vienne à la succession de Jean, il est clair que le jugement étant, à son égard, *res inter alios judicata, quæ aliis nec nocet nec prodest*, il ne pourra faire loi pour lui. Ce sera à Paul à faire juger, s'il le peut, la même chose vis-à-vis de Charles.

¹ Mais aussi, d'après le principe que nos héritiers nous représentent, le jugement obtenu par nous ou contre nous profite aussi à nos héritiers où peut leur être opposé.

546. Mais l'application du principe ne doit pas être étendue au-delà des limites tracées par la nature des choses. En effet, tel individu qui n'a point été partie dans le jugement et qui aurait intérêt un jour à en récuser les conséquences, n'aura cependant pas le droit de le faire : ce sera lorsque ce jugement aura été rendu contre le contradicteur légitime et principal, le seul alors qui dût être mis en cause, parce qu'il avait seul qualité pour défendre à la demande. Dans ce cas, le jugement fera loi et non-seulement pour lui et pour ses enfans, mais encore pour toute la famille. Ainsi Paul, qui se prétend fils légitime de Jean, et dont la naissance n'a pas été inscrite, ou ne l'a été que sur une feuille volante, demande aux tribunaux, et durant la vie de Jean, la réparation de cette omission ou de cette irrégularité. Il peut prendre la voie de simple requête, et, dans ce cas, le tribunal ordonne que Jean soit appelé. Il peut prendre aussi la voie directe d'assigner Jean. De son côté, ce dernier peut adhérer aux conclusions de Paul, comme il peut les contredire. Mais, quel que soit le parti qu'il ait pris à cet égard, si le jugement a été rendu en faveur de Paul, et qu'après la mort de Jean, la succession d'un parent, même collatéral, vienne à s'ouvrir; qu'en sa qualité de fils de Jean, Paul y soit appelé comme un des plus proches parens du défunt, ceux du même degré ou d'un degré plus éloigné ne pourront, pour l'écartier, prétendre que le jugement est à leur égard *res inter alios judicata, quæ aliis nec nocet nec prodest*; car, ayant été rendu contre le contradicteur légitime et principal, le seul

qui dût être mis en cause, l'état civil de Paul lui est acquis à l'égard de tout le monde.

547. Les registres doivent rester intacts; aucune suppression ou rature ne doit s'y faire remarquer. D'après cela, aucune rectification, aucun changement ne peuvent être faits sur l'acte même; mais les jugemens de rectification doivent être inscrits par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'ils lui sont remis en bonne forme. Mention en doit être faite en marge de l'acte réformé, et l'acte ne peut plus être délivré qu'avec les rectifications ordonnées, à peine de tous dommages-intérêts contre l'officier qui l'aurait délivré. (Art. 857, Cod. de procéd., et 49 et 101, du Cod. civ.)

548. Des difficultés se sont élevées sur le mode de transcription des jugemens portant rectification, et sur la délivrance des actes rectifiés. Le greffier du tribunal de la Seine suivait un mode, et les maires de Paris en suivaient un autre, qui consistait simplement à faire, dans les extraits et expéditions qu'ils délivraient, mention de la date du jugement de rectification en marge de l'acte réformé. Les parties étaient, d'après cela, souvent réduites à la nécessité de lever une expédition de ce jugement. Mais, par un avis du 4 mars 1808, le conseil-d'état a aplani ces difficultés, en décidant que les officiers de l'état civil doivent, en faisant mention d'un jugement de rectification en marge d'un acte, présenter un extrait assez complet de ce jugement pour que les parties soient dispensées d'en lever une expédition, lorsqu'elles demandent celle de l'acte.

TITRE III.

DU DOMICILE.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

349. *Motifs généraux de la fixation du domicile.*
350. *Importance, dans l'ancien Droit, de cette indication.*
351. *Le domicile, quant à l'exercice des droits civils, est au lieu du principal établissement.*
352. *Lieu du domicile politique.*

349. Après avoir traité de la jouissance des droits civils, et de l'état civil des Français, l'ordre des idées demandait que le législateur traçât les règles au moyen desquelles on pût reconnaître le lieu où ces droits sont généralement exercés, ¹ c'est-à-dire le domicile ; et c'est en effet l'objet de ce titre du Code, dont l'article 102 porte que le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a fixé son principal établissement.

¹ Nous disons *généralement* en considérant le *fait*, mais ce n'est pas pour exprimer que les droits que l'on range communément parmi les droits civils, par opposition aux droits civiques ou politiques, ne peuvent être exercés qu'au lieu du domicile réel ou civil de la personne à laquelle ces droits compètent ; loin de là, puisque le droit de tester ou de recevoir par donation entre vifs ou testament, droits que, avant la loi du 14 juillet 1819, on ne reconnaissait pas dans les étrangers quant aux biens situés en France, peuvent être exercés ailleurs qu'au lieu du domicile de la personne qui les exerce ; et il en est de même des contrats en général, etc., etc. Dans l'article 102 du Code, l'exercice des droits civils est mis par opposition à l'exercice des droits civiques ou politiques, au sujet desquels on ne voulait rien préjuger *quoad locum*. Du reste, nous allons voir qu'en certains cas le domicile civil ou réel a une influence importante quant à l'exercice des droits civils eux-mêmes, sous certains rapports.

Dans un état d'une certaine étendue, un seul tribunal ne pourrait suffire pour décider tous les différens qui s'élèvent journellement entre les citoyens ; il a donc fallu diviser le territoire en plusieurs parties, et établir dans chacune d'elles un tribunal chargé plus spécialement que tout autre de juger les contestations.

Les charges publiques et l'exercice des droits politiques exigeaient aussi cette division du territoire, et la fixation du domicile de chaque individu. Nous n'en développerons pas les motifs, parce que cet objet appartient plutôt à la législation administrative qu'à la législation civile ; nous indiquerons cependant tout à l'heure ce qu'on entend par domicile politique.

Mais, pour que les tribunaux puissent prononcer, il faut qu'ils entendent les défenses, et pour cela il faut que le défendeur soit cité devant eux : or, il est généralement établi qu'en matière personnelle, c'est-à-dire en matière d'obligation à remplir par une personne envers une autre, c'est au tribunal du domicile du défendeur que doit être portée la demande, parce que le défendeur est plus particulièrement connu de son juge qu'il ne le serait de tout autre, et qu'il est de son intérêt de ne point se déplacer pour aller plaider au loin, où, même avec beaucoup de frais, il ne trouverait peut-être pas les mêmes facilités sous une foule de rapports.

De plus, le lieu où s'ouvre la succession d'une personne est déterminé par celui de son domicile : c'est au tribunal dans le ressort duquel il est situé que la plupart des demandes relatives à cette succession doi-

vent être portées, tant qu'elle n'est point partagée, parce que c'est là que sont ordinairement les titres nécessaires à la défense, que l'hérédité continue la personne du défunt, et que la pluralité des héritiers et leur dispersion en différens lieux entraîneraient des embarras et des frais s'il fallait d'abord suivre le domicile de chacun d'eux. Il était donc nécessaire que le législateur déterminât les signes qui indiquent le domicile de chaque citoyen, puisque généralement c'est le domicile qui détermine la compétence des tribunaux en matière personnelle.

Et c'est parce que la fixation de la compétence des tribunaux est aujourd'hui l'objet principal de la fixation du domicile lui-même, que plusieurs personnes ont pensé que les règles établies pour le faire discerner auraient été mieux placées au Code de procédure civile ; mais nous ne partageons pas cette opinion, attendu que l'objet essentiel de ce Code consiste dans les formalités à suivre pour diriger les demandes judiciaires, tandis que le domicile est un droit indépendant de ces formalités.

550. Anciennement, que les successions étaient déferées selon les coutumes et statuts locaux, qui variaient à l'infini, les questions de domicile ne se résolvait point en questions de simple compétence ; car, comme aujourd'hui, le lieu de l'ouverture de la succession se déterminant par le lieu du domicile du défunt, la dévolution des biens à telle personne, de préférence à telle autre, était réellement subordonnée à l'existence du domicile dans tel endroit. Mais aujourd'hui

d'hui, les successions sont déferées d'après les mêmes règles dans toute la France, en sorte que les questions de domicile, si importantes dans l'ancienne jurisprudence, ont perdu leur principal intérêt, puisqu'elles n'ont généralement pour objet que de déterminer la compétence des tribunaux et de fixer le lieu où les actes doivent être signifiés. Néanmoins cet objet et quelques autres encore sont assez importans pour que le législateur ait cru devoir tracer des règles propres à faire connaître le domicile de chaque citoyen.

551. L'habitation est bien un signe caractéristique du domicile, et si chaque personne n'en avait qu'une, si, lorsqu'elle l'a choisie, elle ne pouvait la changer ou la transporter ailleurs, les règles pour déterminer le domicile seraient à peu près superflues, puisque l'habitation serait alors synonyme de domicile. Mais il n'en est pas ainsi dans l'état de société; la loi ne fixe pas un citoyen dans un seul endroit, elle ne lui défend pas de changer de lieu quand bon lui semble : seulement elle décide que le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, sera au lieu où il aura fixé son principal établissement (art. 102); indiquant ainsi la relation morale qui existe entre la personne et l'endroit où elle a placé le siège de ses affaires.

Voilà le principe d'où dérivent presque toutes les dispositions qui forment ce titre, et dont le développement va suivre.

552. Cet article 102 démontre clairement qu'il ne s'occupe point du domicile politique; ce dernier peut être en effet indépendant du domicile civil,

L'article 10 de la loi du 19 avril 1831, *sur les élections à la Chambre des députés*, porte, il est vrai, que
 « le domicile politique de tout Français est dans l'ar-
 « rondissement électoral où il a son domicile réel;
 « néanmoins il pourra le transférer dans tout autre
 « arrondissement électoral où il paie une contribution
 « directe, à la charge d'en faire, six mois d'avance,
 « une déclaration expresse au greffe du tribunal civil
 « de l'arrondissement électoral où il aura son domi-
 « cile politique actuel, et au greffe du tribunal civil
 « de l'arrondissement électoral où il voudra le trans-
 « férer : cette double déclaration sera soumise à l'en-
 « registrement. Dans le cas où un électeur aura séparé
 « son domicile politique de son domicile réel, la trans-
 « lation de son domicile réel n'emportera pas le chan-
 « gement de son domicile politique, et ne le dispensera
 « pas des déclarations ci-dessus prescrites, s'il veut
 « le réunir à son domicile réel. »

Et l'article suivant porte : « Nul individu appelé à
 « des fonctions publiques, temporaires ou révocables,
 « n'est dispensé de ces susdites formalités ; les indivi-
 « dus appelés à des fonctions inamovibles pourront
 « exercer le droit électoral dans l'arrondissement où
 « ils auront rempli leurs fonctions. »

Il existe aussi un domicile spécial pour le mariage, et dont nous parlerons au titre *du Mariage*.

Enfin, les parties contractantes font quelquefois élec-
 tion de domicile dans un acte pour son exécution ;
 quelquefois aussi la loi exige cette élection comme une
 formalité de l'acte.

Nous diviserons ce titre en deux chapitres :
 Dans le premier, nous parlerons du domicile réel ;
 Et dans le deuxième, du domicile d'élection.

CHAPITRE PREMIER.

DU DOMICILE RÉEL.

SOMMAIRE:

353. *L'étranger ne peut acquérir un domicile proprement dit en France sans l'autorisation du gouvernement.*
354. *Signes caractéristiques du domicile du Français.*
355. *Le premier domicile est celui des père et mère au moment de la naissance.*
356. *Le changement de domicile s'opère par l'intention et le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu : exceptions à la règle : note.*
357. *Comment se prouve l'intention.*
358. *La preuve peut résulter des circonstances.*
359. *Peut-on, comme dans le Droit romain, avoir deux domiciles ?*
360. *Peut-on aussi, comme selon cette législation, n'en avoir aucun ?*
361. *L'acceptation de fonctions à vie emporte translation immédiate de domicile.*
362. *Il en est autrement de l'acceptation de fonctions temporaires, ou révocables.*
363. *Le juge pourrait-il prendre en considération cette circonstance, comme toute autre, pour apprécier l'intention ?*
364. *La femme mariée a le domicile de son mari.*
365. *La femme séparée de corps peut avoir un domicile particulier.*
366. *Le mari interdit qui a sa femme pour tutrice a le domicile de celle-ci.*
367. *Le mineur non émancipé a son domicile chez ses père, mère, ou tuteur.*
368. *Domicile d'un enfant naturel non émancipé.*
369. *Le mineur émancipé peut se choisir un domicile.*

370. *Domicile des étudiants.*
371. *Celui d'un interdit pour démence est chez son tuteur.*
372. *Le domicile des condamnés aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion, est, pendant la durée de la peine, chez leur tuteur.*
373. *Celui des autres prisonniers ou exilés se règle d'après les principes généraux.*
374. *Domicile des majeurs et des mineurs émancipés qui travaillent et demeurent habituellement chez autrui.*
375. *Le lieu où s'ouvre la succession d'un individu est celui où il avait son domicile au moment de sa mort.*

553. Nous avons dit, d'après l'article 102, que le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a fixé son principal établissement.

C'est aussi celui de l'étranger admis, en vertu de l'article 13, par le gouvernement, à résider en France; et depuis l'avis du conseil-d'état, approuvé le 20 prairial an xi, aucun étranger ne peut acquérir en France un domicile réel sans autorisation du gouvernement; il ne peut y avoir qu'une simple résidence de fait¹.

554. Mais il n'est pas toujours facile de reconnaître d'une manière certaine le lieu où une personne a fixé le siège de son principal établissement : les signes qui peuvent aider à acquérir cette certitude sont souvent équivoques, surtout quand la personne réside alternativement dans deux endroits différens, par exemple, la belle saison à la campagne, et l'hiver à la ville. Plusieurs lois romaines² énonçaient diverses circonstances

¹ Voir l'arrêt de la cour de Paris, rendu en ce sens, le 16 août 1811. Sirey, 11, II, 455.

² Voir au Digeste le titre *Ad Municipalem et de Incolis*; et au Code,

comme signes caractéristiques du domicile, parce qu'elles l'étaient du principal établissement. Ainsi, le lieu où l'on passait ordinairement les actes importants, où l'on faisait les affranchissemens d'esclaves, où l'on émancipait les enfans, où l'on célébrait les fêtes, où l'on exerçait les droits de citoyen, où l'on supportait les charges publiques, étaient des signes caractéristiques du domicile.

Nous regarderions aussi comme tels, 1° le paiement de la contribution personnelle et mobilière¹, ou de la patente, dans une commune ;

2° Le service de la garde nationale dans tel endroit ;

3° La comparution comme défendeur en matière personnelle devant tel tribunal, sans y avoir proposé le déclinatoire, en supposant qu'il fût de l'intérêt de la personne de le proposer ;

4° L'exercice des droits politiques en tel endroit, car, bien que la loi autorise la séparation du domicile politique du domicile réel, néanmoins, comme elle établit, de droit, le premier de ces domiciles au lieu où est le second, il en résulte une présomption légale que celui qui a exercé les droits politiques d'élection dans tel arrondissement y avait alors son domicile réel,

celui de *Incolis*, dont la loi 7 s'exprime ainsi : *Cives origo, incolae vero domicilium facit; et in eo loco singulos domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit: undè non sit discessurus, si nihil avocet: undè cum profectus est perigrinari videtur; quod si rediit, perigrinari jam desinit.*

¹ Mais, d'après la loi de finances de 1831, la contribution mobilière étant due partout où l'on a un mobilier, le paiement de cette contribution en tel lieu n'est plus aujourd'hui de la même conséquence pour décider la question de domicile.

tant qu'il n'est pas prouvé qu'il avait fait une translation de son domicile politique ailleurs; du moins cette présomption devrait avoir effet contre lui, parce qu'il ne devrait pas être écouté à dire qu'il a exercé mal-à-propos les droits politiques dans ce lieu. Si c'était lui qui voulût tirer avantage de ce fait, la question de translation du domicile réel pourrait dépendre des circonstances;

5° L'établissement d'un commerce, et quelques autres faits encore.

La réunion de plusieurs de ces circonstances, quelquefois une seule, pourrait démontrer aux tribunaux que le principal établissement a réellement été fixé dans l'endroit où ces circonstances et ces faits ont eu lieu; et l'appréciation de leur importance, de la force qui pourrait résulter de leur concours et de leur date, serait nécessairement abandonnée à la prudence des magistrats, qui jugeraient *en fait*.

555. Le premier domicile d'un individu, son domicile d'origine, c'est celui de ses père et mère au moment de sa naissance : s'ils en changent pendant qu'il est sous leur puissance, il en change avec eux, parce qu'il est censé n'avoir d'autre volonté que la leur.

Et comme un tuteur représente les père et mère sous plusieurs rapports, le mineur placé sous sa direction a son domicile, et il en change avec lui toutes les fois que celui-ci en prend un nouveau; mais c'est ce qui sera expliqué bientôt avec plus d'étendue.

556. Le domicile, que l'on compare souvent à la *possession*, avec laquelle il a en effet quelque rapport,

se conserve par la seule intention, et cette intention est toujours présumée tant qu'il n'y a pas manifestation de volonté contraire. Cela est surtout particulièrement vrai à l'égard du domicile d'origine. Ce principe, consacré dans l'ancienne jurisprudence par un grand nombre d'arrêts¹, a été confirmé dans notre nouvelle législation par une décision de la cour de cassation, en date du 11 vendémiaire an XIII, rendue sur un pourvoi en règlement de juges.

Mais pour opérer le changement de domicile, et par conséquent pour en acquérir un nouveau, il faut, comme pour acquérir la possession, le fait et l'intention, c'est-à-dire qu'il faut, du moins en général², l'habitation *réelle* dans un lieu autre que celui où l'on avait précédemment son domicile, et l'intention d'y fixer son principal établissement : *Cum neque animus sine facto, neque factum sine animo, ad id sufficiant.* (L. 20, ff. *ad Municipalem*, et art. 103.)

557. L'article 104 détermine ce qui constitue la preuve de l'intention de changer de domicile. Cette preuve résulte d'une déclaration expresse faite tant à

¹ Notamment par deux du parlement de Paris, l'un, rendu le 13 août 1763; l'autre, le 3 février 1764.

² Car quelquefois on change de domicile sans changer d'habitation réelle : par exemple, un mineur en tutelle réside à Paris, où il fait ses études; son tuteur, qui demeurait à Orléans, a transféré son domicile à Rouen : le mineur a changé de domicile sans changer d'habitation réelle. Il en est de même d'une femme qui, demeurant à Orléans, épouse un homme dont le domicile est à Paris, et qui continue de résider à Orléans, où est sa famille. Enfin, celui qui, après avoir accepté une fonction à vie, qu'il doit exercer dans une autre commune que celle où il habite, continue de résider dans celle-ci, parce qu'elle est très voisine de la première, change de domicile, quoique son habitation réelle soit toujours au même lieu.

la municipalité du lieu que l'on quitte, qu'à celle du lieu où l'on a transféré son principal établissement ; en sorte que, dès qu'il y a le fait d'habitation réelle dans le nouveau lieu, il y a translation de domicile, quelque court que soit le temps écoulé depuis que la personne y réside, par exemple un jour seulement. En effet, la loi n'ayant pas fixé un temps passé lequel la translation serait censée opérée, ce ne pourrait être qu'arbitrairement qu'on en fixerait un. Il faut bien d'ailleurs que la personne ait un domicile : or, elle n'a plus l'ancien, puisqu'on suppose qu'elle l'a formellement abdiqué¹.

558. A défaut de déclaration expresse, l'article 105 veut que la preuve de l'intention résulte des circonstances.

Mais ces circonstances ne sont point indiquées par le Code ; la loi s'est reposée sur la sagesse des tribunaux du soin d'apprécier le mérite de celles que les parties feront respectivement valoir à l'appui de leurs prétentions touchant la translation ou la conservation du domicile. A cet égard, ils pourraient puiser les motifs de leur décision dans des faits que les lois romaines signalaient comme des signes caractéristiques du domicile, et se déterminer aussi par les autres circonstances que nous avons indiquées plus haut comme pouvant, dans l'état de nos mœurs, et aussi d'après le système de nos lois administratives ou politiques, prouver suffisamment l'intention.

¹ Cette décision est conforme à un arrêt de la cour de Limoges, du 1^{er} septembre 1813. Sirey, 1813, II, 353.

Dans le cas où chacune des résidences auraient été accompagnées de quelques-unes de ces circonstances, les juges se décideraient par les plus puissantes. Ils auraient égard aussi aux plus nombreuses; et si, par leur gravité et leur nombre, elles se neutralisaient, la présomption que l'intention n'a point été de changer de domicile devrait prévaloir, parce que généralement les hommes sont attachés au pays qui les a vus naître. La durée du temps d'habitation dans le nouveau lieu devrait pareillement être prise en considération; car, comme il arrive souvent, si la personne passait une partie de l'année à la ville, et l'autre à la campagne, ce changement habituel ne devrait être d'aucune importance, si d'ailleurs elle n'avait fait, dans le lieu où elle prétend avoir son domicile, une continuité d'actes propres à rendre son intention manifeste.

559. La loi 6, § 2, ff. *ad Municipalem*, décide que l'on peut avoir deux domiciles : *Viris prudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique se instruxit, ut non ideò minus apud alteros se collocasse videatur*. Et la loi 27, § 2, au même titre, porte la même décision, en disant néanmoins que le cas se présentera rarement. Elle ajoute aussi qu'il pourra quelquefois arriver qu'un individu n'ait point de domicile : par exemple, s'il a quitté le sien pour voyager sur mer ou sur terre, incertain où il portera ses pas. Mais ces lois sont inapplicables aujourd'hui; elles ne sont point en harmonie avec les principes du Code civil sur la matière.

D'abord, quant au double domicile, évidemment il

ne saurait exister, puisque l'on ne peut en acquérir un nouveau que par un changement : or, ce changement ne s'opère que par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement ; et comme le principal établissement ne peut être en deux endroits à la fois, puisqu'alors il ne serait point principal, nécessairement il est à l'ancien lieu ou au nouveau, et il n'y a toujours qu'un domicile. C'est précisément de l'existence de plusieurs établissemens à la fois dans des lieux différens que naissent les difficultés sur la question de savoir quel est le *principal*, difficultés qui seraient presque nulles dans le système des lois romaines, puisque l'intérêt de la question serait lui-même peu important. Enfin, à l'exception du domicile spécial pour le mariage, et qui n'est réellement parfois qu'un fait d'habitation, les Codes civil et de procédure supposent bien, qu'indépendamment du domicile proprement dit, on peut avoir une résidence, mais ils ne supposent jamais qu'on peut avoir deux domiciles simultanément.

560. Quant à l'absence de tout domicile en France, nous ne pensons pas non plus qu'elle soit possible, si le Français n'a point perdu sa qualité. En effet, l'enfant a le domicile de son père, et il le conserve jusqu'à ce que, devenu capable d'en choisir un, il en prenne un autre : il a donc toujours un domicile, soit celui d'origine, soit un nouveau. Le soldat, en entrant au service, conserve celui qu'il a dans ce moment ; l'enfant de troupe a le sien sous le drapeau ; enfin, nous en disons autant de tout gyrovague, parce que, tant qu'il n'y a pas de

changement, les choses restent dans leur état primitif. A la vérité, ce domicile peut n'être pas connu, et c'est dans cette supposition que, par une locution inexacte, l'article 59 du Code de procédure dit que si le défendeur *n'a pas de domicile* ¹, la demande, en matière personnelle, sera portée au tribunal de sa résidence. Mais cette expression est expliquée et même rectifiée par l'article 69-8° du même Code, qui ne dit plus, comme le premier, « ceux qui n'ont *aucun* domicile, » mais bien, « ceux qui n'ont aucun domicile *connu* en France, etc. »

564. Quant à l'acceptation de fonctions publiques, il faut distinguer entre celles de ces fonctions qui sont conférées à vie, et celles qui sont temporaires, ou révocables.

L'acceptation des premières, comme celles de juge, de notaire, emporte translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit les exercer (art. 107). La loi présume qu'il veut remplir ses devoirs dans toute leur étendue, y consacrer tout son temps, et pour cela qu'il veut toujours résider dans le lieu où l'appelle son emploi : aussi la preuve d'une volonté contraire ne serait-elle point accueillie.

Mais l'acceptation des fonctions ne se manifeste que par la prestation du serment du fonctionnaire, qui, jusqu'alors, n'a aucun caractère public, puisque c'est dans le serment que réside la garantie morale que les fonctions seront remplies avec honneur et exactitude.

¹ Cela peut toutefois s'entendre d'un étranger non admis par le roi à établir son domicile en France, lequel, ainsi que nous l'avons dit plus haut, peut bien avoir une résidence en France, mais non un véritable domicile.

562. Pour les fonctions temporaires, telles que celles de député, ou qui sont révocables, comme celles de procureur du roi, de préfet, etc., leur acceptation ne forme point une présomption légale que le fonctionnaire a l'intention de changer de domicile : en conséquence, il conserve celui qu'il a, tant qu'il n'a pas manifesté d'intention contraire. (Art. 106.)

La disposition de cet article est conforme à l'ancienne jurisprudence, notamment à un arrêt du parlement de Paris, en date du 8 juin 1752, qui a jugé que le sieur Carangeaud, né à Paris et mort en Bretagne, après y avoir demeuré pendant soixante-quatre ans, avec l'emploi de directeur des fortifications, avait conservé son domicile à Paris, parce que son emploi était amovible, et qu'il n'y avait aucune déclaration de sa volonté de fixer son domicile en Bretagne ¹.

563. Sans faire la censure de l'arrêt, qui a jugé plutôt une question de fait et d'intention, qu'une question de droit pur, on peut dire néanmoins que l'exercice de fonctions prolongé pendant un si long-temps était une *circonstance* que les tribunaux auraient pu prendre et devraient assurément prendre aujourd'hui en considération. Souvent, en cette matière, ils ont eu égard à de moins graves que celle-là. Ils ne peuvent, il est vrai, décider en *droit* que l'acceptation de fonctions temporaires ou révocables emporte changement de domicile : ce serait violer l'article 106 ; mais ils peuvent, en s'appuyant de cette circonstance comme de toute autre, et conformément à l'article 105, qui

¹ L'arrêt est dans le Répertoire de Denizart, au mot *Domicile*.

n'en détermine aucune, juger en *fait* qu'il y a eu intention de changer de domicile. Leur décision, ainsi motivée, renfermerait tout au plus un *mal jugé*, susceptible, comme telle, d'être réformée en appel, mais elle serait à l'abri de la censure de la cour suprême.

564. En se mariant, la femme sait qu'elle contracte l'obligation d'habiter avec son mari et de le suivre partout où il jugera à propos de résider (art. 214); elle est donc naturellement présumée avoir voulu prendre son domicile (art. 108). Cette présomption est du nombre de celles qui ne peuvent être détruites par la preuve du contraire, et elle exercerait toute sa force, encore que, par telle ou telle cause, la femme n'eût réellement pas habité avec son mari. Ce serait un des cas où le changement de domicile se serait opéré sans le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, et dont nous avons déjà parlé.

565. Mais si les époux étaient séparés de corps, il ne nous paraît pas douteux que la femme n'eût le droit de se choisir un domicile distinct de celui de son mari : c'est le principal objet de la demande en séparation de corps; seulement, elle conserverait ce dernier domicile jusqu'au moment où elle s'en serait établi un particulier, et alors ce serait à ce nouveau domicile que la signification des actes et jugemens qui la concerneraient devrait être faite, et ce serait devant le tribunal dans le ressort duquel il serait situé, qu'elle devrait être assignée en matière personnelle, conformément à l'article 59 du Code de procédure.

566. Bien mieux, il est possible que ce soit le mari

qui ait le domicile de sa femme : c'est le cas où il serait interdit pour cause de démence, et que sa femme serait sa tutrice ; car l'interdit a son domicile chez son tuteur. (Art. 108.)

567. Le mineur non émancipé a généralement le sien chez son père pendant le mariage de celui-ci.

Après la dissolution du mariage, arrivée par la mort naturelle ou civile du père, il a son domicile chez sa mère, si celle-ci est tutrice. Dans le cas contraire, il l'a chez son tuteur.

Et si, pour une cause quelconque, le père survivant n'exerçait point la tutelle, le domicile du tuteur serait aussi celui du mineur. La loi (art. 108) ne le décide pas textuellement, mais il nous semble que tel est son esprit : l'établissement du domicile est dans l'intérêt de la personne, puisque c'est là qu'elle exerce ses droits civils ; et comme, dans l'espèce, c'est le tuteur, et non le père qui exerce ceux du mineur, il est conséquent de dire que le principal établissement de celui-ci est au domicile du tuteur. Peu importe que, généralement, le père conserve la puissance paternelle encore qu'il n'exerce point la tutelle, car ce n'est point uniquement par les principes qui régissent cette puissance que doit se décider la question de domicile.

568. L'enfant naturel légalement reconnu par son père, et mineur non émancipé, a le domicile de celui-ci. S'il n'a point été reconnu par son père et qu'il l'ait été par sa mère, il a le domicile de cette dernière.

S'il n'a été reconnu ni par l'un ni par l'autre, il a son domicile dans l'hospice où il a été reçu, ou chez la

personne qui prend soin de lui, et il le conserve jusqu'à ce qu'il en prenne un nouveau. Il en prend un nouveau par sa translation dans un autre hospice ou chez une autre personne. Ici l'intention se présume, comme elle se présume lorsqu'un tuteur ou un père change de domicile, ou qu'un mineur change de tuteur, cas dans lesquels l'enfant et le mineur changent aussi de domicile.

569. Le mineur émancipé peut se choisir un domicile particulier; l'article 108 ne règle que celui du mineur non émancipé. Mais il conserve celui de ses père et mère, ou tuteur, tant qu'il n'en a pas pris un nouveau par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement.

570. Aux termes des lois romaines, et qui ont toujours été suivies chez nous en ce point, les étudiants n'acquièrent pas de domicile dans le lieu où ils résident pour leurs études : ils conservent celui qu'ils ont chez leurs parens ou tuteurs, parce qu'ils sont présumés avoir l'esprit de retour à ce domicile.

571. Celui d'un interdit est, comme nous l'avons dit, chez son tuteur (art. 108)¹; en sorte que la femme de cet interdit aura le même domicile, si elle n'est point elle-même tutrice ni séparée de corps; car la femme a le domicile de son mari.

572. Mais le Code civil ne s'est occupé que des in-

¹ Dans les premières éditions du Code, cet article disait chez son *curateur*, parce qu'à l'époque où ce titre a été promulgué l'on ne savait pas encore si l'on donnerait un *tuteur* à l'interdit; mais l'article 505 a levé l'incertitude.

terdits pour cause de démence; il ne s'est point expliqué sur le domicile des condamnés aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la réclusion, lesquels, pendant la durée de leur peine, sont aussi en état d'interdiction, et d'interdiction légale, aux termes de l'article 29 du Code pénal. Nous croyons que, pendant la durée de la peine, le domicile de ces individus et chez le tuteur qui leur est nommé, en vertu de cet article, pour gérer et administrer leurs biens; la loi les assimile en effet, quant à l'exercice des droits civils, à l'interdit pour cause de démence, puisqu'elle ordonne de leur nommer un tuteur et un subrogé tuteur, « dans les « formes prescrites pour la nomination des tuteurs aux « interdits.

375. Mais pour les autres prisonniers et les exilés, leur domicile se règle d'après les principes généraux; en conséquence, ces individus, qui ne résident que forcément dans les lieux où ils sont détenus, ou hors de France, ne peuvent être présumés avoir eu la volonté d'y établir leur domicile: ils conservent donc celui qu'ils avaient auparavant; ce qui ne s'applique toutefois pas aux déportés, lesquels, comme morts civilement, ne sauraient avoir de domicile civil en France.

374. Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui ont le même domicile que la personne chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeurent avec elle dans la même maison. (Art. 109.)

La loi suppose que leur intention est d'y fixer leur principal établissement, parce qu'en effet le service du

domestique forme sa principale industrie, sa principale affaire.

Et comme cette intention peut exister chez le mineur émancipé aussi bien que chez le majeur, il aura son domicile chez la personne chez laquelle il travaille, pourvu qu'il habite avec elle dans la même maison.

Cette décision s'applique aussi au mineur émancipé qui est en apprentissage ; mais il en est autrement à l'égard du mineur non émancipé, domestique ou apprenti, peu importe, car il a nécessairement le domicile de ses père, mère, ou tuteur.

Il faut aussi décider le contraire quant à la femme mariée, même majeure, domestique dans une maison où ne demeure point son mari, puisque, d'après l'article 108, elle n'a point d'autre domicile que celui de *ce dernier*, et qu'elle ne peut s'en choisir un différent; sauf ce qui a été dit relativement à la femme séparée de corps, ou tutrice de son mari interdit.

L'article 108 ne s'appliquerait point à un vigneron, métayer ou colon partiaire, parce que, bien que ces individus demeurent chez le maître de la métairie, ils ne demeurent néanmoins pas avec lui dans la même maison, ce qu'exige cet article pour que le serviteur ait le domicile du maître. Il ne s'appliquerait pas non plus à un garde-chasse, ni à un jardinier d'une maison de campagne, habitant séparément du maître. On doit en dire autant des intendans, économes, officiers de bouche, et autres, qui ne demeurent pas avec la personne dans la maison qu'elle habite : tous ces individus conservent leur domicile particulier.

575. La succession d'une personne est un être moral qui la représente ; le lieu où elle s'ouvre doit donc être déterminé par celui du domicile du défunt (art. 110). D'ailleurs, les héritiers peuvent avoir des domiciles différens, les biens peuvent être dispersés, et le législateur ne voulant qu'un tribunal unique pour décider les contestations qui peuvent s'élever au sujet de cette succession avant le partage, a dû désigner celui dans le ressort duquel le défunt avait son domicile¹.

CHAPITRE II.

DU DOMICILE D'ÉLECTION.

SOMMAIRE.

376. *Domicile d'élection pour l'exécution d'un acte.*
 377. *En principe, l'élection n'est point indicative du lieu où doit se faire le paiement.*
 378. *En sens inverse, le lieu indiqué pour le paiement ne constitue point, en matière non commerciale, un domicile attributif de compétence.*
 379. *Le domicile élu pour l'exécution d'un contrat n'est point censé élu pour l'exécution des jugemens rendus à l'occasion de ce contrat.*
 380. *Il n'est pas non plus censé élu pour y recevoir la signification d'un transport du contrat.*
 381. *L'élection de domicile faite chez une personne peut être*

¹ Voir l'article 59 du Code de procédure, sur lequel nous ferons observer, 1° qu'en matière personnelle, s'il n'y a qu'un héritier, comme il n'y a point de partage, c'est à son tribunal, et non à celui du défunt, que les demandes des créanciers doivent être portées ; et 2° qu'en matière de revendication d'immeubles, la demande formée par un tiers, même avant le partage, doit être portée au tribunal de la situation de l'objet litigieux, attendu qu'il ne s'agit pas alors d'une demande formée par un créancier, mais bien d'une demande formée par un propriétaire, ou par un individu qui prétend l'être, et que d'ailleurs le fait de la mort du défunt ne doit changer en rien la compétence que les lois ont attribuée au tribunal de la situation de l'objet en litige. Il en est de même en matière hypothécaire.

transportée chez une autre, dans le même endroit, malgré le créancier, parce qu'il n'en résulte aucun préjudice pour lui.

382. *L'élection de domicile peut avoir lieu aussi dans l'intérêt du débiteur.*

376. Lorsqu'un acte contient de la part des parties, ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte, dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, peuvent être faites au domicile convenu, et devant le juge de ce domicile, ou au domicile réel. (Art. 111, Cod. civ., et 59, Cod. de procéd., combinés.)

L'élection de domicile dans un acte est souvent commandée par la loi pour la validité de cet acte : tels sont les cas de saisies, d'inscriptions hypothécaires, etc. Nous n'avons point à nous en occuper ici.

377. Quant à l'élection de domicile conventionnelle, il faut observer qu'elle n'est relative qu'à l'exécution forcée de l'acte, c'est-à-dire aux demandes, procédures et significations auxquelles il peut donner lieu, et qu'elle n'est point par elle-même indicative de l'endroit où doit se faire le paiement de l'obligation ; car ce paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention ; s'il n'y a pas d'indication de lieu, il doit être fait, lorsqu'il s'agit d'un corps certain, dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet ; hors ces deux cas, il doit être fait au domicile du débiteur (art. 1247). Et comme l'article 1258-6° distingue très-bien le lieu convenu pour le paiement, du domicile élu pour l'exécution de

la convention, on doit décider, en principe, que l'élection de domicile faite simplement pour l'exécution de l'acte, sans addition, sans mention du lieu où le paiement devra être fait, n'emporte point obligation de payer au domicile élu. Mais cette décision, vraie en général, serait subordonnée à l'intention des parties en faisant l'élection de domicile.

578. *Vice versa*, le lieu indiqué pour le paiement ne constitue point, en matière non commerciale¹, un domicile attributif de compétence; en sorte que les significations et demandes n'y doivent point être faites².

579. De plus, un domicile élu pour l'exécution d'un contrat n'est point censé élu pour l'exécution des jugemens rendus à l'occasion de ce contrat³.

580. Il n'est pas non plus censé élu pour y recevoir la signification du transport de l'obligation; ce transport n'est point en effet relatif à l'exécution du contrat.

581. La partie qui a fait élection de domicile pour l'exécution d'un acte est censée avoir donné un mandat à la personne chez laquelle elle a fait élection, et elle peut le révoquer en notifiant à l'autre partie l'élection d'un nouveau domicile dans le même endroit ou dans la même ville. En vain celle-ci voudrait s'opposer à la révocation de ce mandat, et tenir pour non avenu ce changement; son opposition serait un obstacle

¹ Nous disons *en matière non commerciale*, parce qu'en matière de commerce, il en est autrement d'après l'article 420 du Code de procédure, nullement modifié, en ce point, par le Code de commerce.

² Ainsi jugé par la cour de cassation, le 29 octobre 1810. Sirey, 1810, I, 378.

³ La cour suprême l'a ainsi décidé par arrêt de cassation, le 29 août 1815. Sirey, 1, II, 430.

mal fondé à l'exercice du droit qu'a tout mandant de révoquer son mandat, en vertu de l'article 2003, quand cette révocation ne nuit réellement à personne ¹.

Du reste, on doit regarder comme partie intégrante des conventions portées dans un acte, l'élection de domicile qui y est faite; tellement que les héritiers de la partie ne pourraient alléguer que l'élection était personnelle à leur auteur, pour en décliner les effets.

Aussi l'élection de domicile au domicile réel ne saurait être éludée par le changement de ce dernier domicile.

Elle ne saurait l'être non plus, lorsqu'elle a été faite chez un tiers, par la mort ou l'absence de ce tiers, ou son refus d'y consentir ou de persévérer dans le consentement qu'il avait donné d'abord : il faudrait alors en faire une nouvelle dans le même endroit.

582. Enfin, d'après l'article 59 du Code de procédure, le demandeur, dans le cas d'élection de domicile pour l'exécution d'un acte, a bien, à la vérité, le choix d'assigner au domicile réel comme au domicile élu; mais cela doit être entendu des cas ordinaires, et non de celui où, par l'effet de quelque circonstance particulière, la partie qui a fait élection de domicile, l'a faite uniquement dans son intérêt. La présomption ne serait pas en sa faveur, mais en prouvant clairement son allégation, elle pourrait décliner le tribunal de son domicile réel, si elle y était assignée : les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (Art. 1134.)

¹ Arrêt de cassation, du 19 janvier 1814. Sirey, 1814, I, 68.

TITRE IV.

DES ABSENS.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

383. *Motifs généraux de la loi sur les absents.*
384. *Silence de la législation romaine sur la matière de l'absence.*
385. *Imperfection de l'ancienne législation française sur ce sujet.*
386. *Le Code a partagé l'absence en trois périodes.*
387. *Division générale de la matière.*

385. A toutes les époques de la vie, la loi étend sa protection sur les citoyens dès qu'ils sont dans l'impuissance de défendre leur personne et d'administrer leurs biens. C'est ainsi que l'enfant obtient d'elle un protecteur, que l'insensé en reçoit un guide, et l'absent un surveillant qui conserve son patrimoine délaissé.

Mais si, dans sa sollicitude pour les absents, la loi commande des mesures propres à prévenir le dommage qui pourrait les atteindre, elle se borne du moins d'abord à n'en prescrire que de purement conservatoires, dont les effets sont ensuite gradués sur la prolongation de l'absence, et par conséquent sur les degrés d'incertitude de la vie ou de la mort de ceux qui en sont l'objet.

Sa surveillance protège aussi les légitimes espérances de la famille de l'absent, les intérêts de ses

créanciers, et les droits subordonnés à la condition de son décès. A cet effet, elle trace les moyens à employer, les formes à suivre, et met ainsi à l'abri de tout préjudice ces divers intérêts, en les conciliant entre eux, sans qu'aucun soit froissé; elle pèse enfin dans sa sagesse toutes les probabilités qui font pencher la balance, tantôt en faveur de la supposition de la vie, tantôt du côté de la présomption contraire, et, partant d'observations généralement vraies, elle règle la dévolution provisoire des biens suivant l'ordre ordinaire qu'elle a adopté relativement aux successions réellement ouvertes, et exclut tout arbitraire dans le choix des moyens créés par elle pour la conservation des droits de tous. Tel est l'esprit général de la loi sur les absens.

584. Nous n'irons pas puiser dans la législation romaine un commentaire de la nôtre sur ce sujet. Cette législation, si complète sur tout ce qui peut intéresser l'homme dans ses rapports avec ses concitoyens, ne contient, à proprement parler, aucune règle fixe sur les absens¹.

Profondément attachés à leur patrie, parce qu'ils n'auraient pu trouver autre part les avantages et les agrémens qu'elle leur procurait, et d'ailleurs presque continuellement en guerre avec les autres peuples, les Romains s'absentaient rarement, tant que les besoins

¹ L'édit du Préteur qui a créé l'action appelée *quasi-publiciana, vel recissoria*, ne fait même pas exception à ce que nous disons ici, attendu que cette action n'était accordée qu'à ceux qui s'étaient absentés pour *juste cause*, et qui, par conséquent, n'étaient point dans la classe des personnes dont il s'agit dans ce titre du Code civil.

de l'État ne les appelaient pas hors de leur pays ; mais alors les motifs de leur absence étant généralement connus, des lois n'avaient pas été jugées nécessaires pour en régler les effets. Ceux que le sort de la guerre faisait tomber au pouvoir de l'ennemi, en devenaient esclaves, et leurs biens, ordinairement administrés jusqu'à leur retour ou leur mort, par leurs parents ou leurs amis, ne demandaient pas une surveillance spéciale de la part du législateur. Si le prisonnier mourait captif, il était censé mort du moment où sa captivité avait commencé ; s'il revenait dans sa patrie, il était censé ne l'avoir jamais quittée ; et ces deux fictions, dont l'application était assez fréquente, avaient paru suffire pour régler les successions et les autres droits échus au prisonnier pendant son absence. Ces raisons expliquent, ce nous semble, suffisamment l'espèce de lacune que nous remarquons au sujet des absents dans la législation romaine, qui, par l'immensité des objets qu'elle embrasse, paraît avoir tout prévu, tout réglé et n'avoir laissé aux législations futures que la gloire de l'imiter.

585. Ce n'est pas non plus dans l'ancienne jurisprudence française qu'il faut aller chercher un guide sûr pour résoudre les difficultés qui peuvent s'élever sur cette matière : elle était, pour ainsi dire, muette aussi ; et au lieu d'être décidées par la loi, les nombreuses questions qui peuvent s'élever au sujet des absents étaient abandonnées au pouvoir discrétionnaire des magistrats, dont les arrêts n'offraient que quelques règles incomplètes et souvent contradictoires.

Mais la civilisation marchant à grands pas depuis plusieurs siècles, le commerce étendant partout ses solides bienfaits, et faisant franchir aux hommes les mers et des pays inconnus; l'amour des sciences et des arts, la guerre elle-même, et mille autres causes encore, ont rendu les absences très fréquentes, et fait vivement sentir la nécessité d'en déterminer légalement les effets. Le Code a donc rempli une grande lacune dans la législation, par l'introduction d'un droit nouveau, qui, imparfait peut-être dans quelques-unes de ses parties, se complétera sans doute par l'expérience, la doctrine des jurisconsultes et les décisions des tribunaux.

586. Comme l'incertitude sur la vie et la mort de l'absent s'augmente en raison du temps qui s'est écoulé depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles, le Code a divisé l'absence en trois périodes, et il a appliqué à chacune d'elles des dispositions particulières, motivées sur les circonstances qui la caractérisent.

La première de ces périodes est celle qui s'écoule depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent jusqu'à l'époque où son absence est déclarée; et elle ne peut l'être qu'au bout de cinq ans s'il n'a pas laissé de procuration, et au bout de onze ans s'il en a laissé une.

La seconde période commence à la déclaration d'absence, et finit, soit au décès de l'individu, soit par son retour ou la réception de ses nouvelles, soit par le laps de trente années depuis l'envoi en possession provisoire ou de cent ans depuis la naissance de l'absent.

Enfin la troisième a son point de départ à l'expira-

tion des trente ou cent années dont il vient d'être parlé, et elle dure indéfiniment si l'absent ne reparait point, ou bien s'il ne se représente pas, dans les trente ans, depuis l'envoi en possession définitif, des enfans ou autres personnes descendant de lui en ligne directe.

387. Le Code a divisé ce titre en quatre chapitres :

Le premier règle les effets de l'absence présumée ;

Le second, la manière de constater l'absence ;

Le troisième, divisé lui-même en trois sections, renferme les dispositions relatives aux effets de l'absence déclarée, aux droits éventuels qui peuvent appartenir à l'absent, et à son mariage ;

Le quatrième enfin prescrit les mesures relatives à la surveillance des enfans de l'absent.

Mais il nous semble que cette division ne distingue pas assez exactement les différentes parties de la matière, en ce que le troisième chapitre comprend, et dans une même section, les effets de l'absence durant l'envoi en possession provisoire, et ceux de l'absence depuis l'envoi en possession définitif, effets qui doivent être classés séparément, puisqu'ils sont très différens. De plus, ce même chapitre, en traitant d'objets divers, présente des questions qui réclament la même solution soit que l'absence ait été déclarée, soit qu'elle ne l'ait pas encore été : par exemple, l'ouverture de droits au profit de l'absent, celle de sa propre succession. Ces objets ne devaient donc pas être placés exclusivement sous un chapitre qui traite des effets de l'absence déjà déclarée. D'après ces motifs, et pour mettre plus de clarté dans l'exposé de cette matière nouvelle, sur les

principes de laquelle les esprits ne sont pas entièrement fixés, nous la diviserons en cinq chapitres ou parties principales.

Le premier traitera de la présomption d'absence et des mesures à prendre durant la première période ;

Le deuxième, de la déclaration d'absence et des conditions et formalités à observer pour qu'elle ait lieu ;

Le troisième, de l'envoi en possession provisoire des biens que possédait l'absent au jour de sa disparition, et des effets de l'absence pendant cette période ;

Le quatrième, de l'envoi en possession définitif et de ses effets ;

Et enfin le cinquième, des effets de l'absence en général par rapport aux enfans mineurs de l'époux qui a disparu, à son mariage, à l'ouverture de sa succession et aux droits éventuels qui peuvent lui compéter.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PRÉSUMPTION D'ABSENCE ET DES MESURES A PRENDRE DURANT LA PREMIÈRE PÉRIODE.

SOMMAIRE.

388. *Diverses significations du mot absent.*
 389. *Supposition que fait natre d'abord la disparition d'un individu.*
 390. *Présomption d'absence qu'elle fait natre quand elle se prolonge.*
 391. *Circonstances qui font cesser la présomption d'absence.*
 392. *Mesures à prendre quand il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens.*
 393. *L'existence d'une société dans laquelle est intéressé l'absent*

peut être un de ces cas où il y a nécessité de prendre des mesures.

394. *Il en est de même de l'ouverture d'une succession.*
 395. *Fonctions du notaire commis dans le cas de l'article 113.*
 396. *Les créanciers du présumé absent peuvent demander qu'il soit pris des mesures conservatrices de ses biens.*
 397. *Droit et obligation du ministère public à cet égard.*
 398. *Il peut requérir du tribunal la nomination d'un administrateur ou curateur pour exercer les actions actives et passives qui concernent le présumé absent.*
 399. *Le Code ne s'explique point sur la nature des mesures à prendre.*
 400. *Le tribunal peut nommer un curateur aux biens.*
 401. *Diverses personnes qui sont, dans le sens de l'article 112, parties intéressées à ce qu'il soit pris des mesures relatives aux biens du présumé absent.*
 402. *En général, les héritiers ne sont pas de ce nombre.*
 403. *Les mesures peuvent n'être prises que relativement à tel ou tel bien.*
 404. *Quel est le tribunal compétent pour les ordonner.*
 405. *Formalités à observer.*
 406. *Le jugement est susceptible d'appel.*
 407. *A la charge de qui sont les frais.*

588. Suivant le Code, il y a deux classes d'absens : les absens présumés, et les absens déclarés tels par jugement.

Cette distinction a été introduite afin d'établir des règles plus précises et plus avantageuses aux intérêts de l'absent, et calculées sur les degrés de probabilité de sa mort, à mesure que sa disparition se prolonge sans qu'on ait de ses nouvelles. Elle est très utile, en ce que le mot *absent* est quelquefois pris, même dans les lois ¹, dans un sens absolu ; et cependant les effets qui

¹ Notamment dans les articles 137 et 138, où évidemment il s'agit non-

y sont attachés sont loin d'être les mêmes dans le cas d'absence déclarée et dans celui où elle ne l'a pas encore été.

On entend généralement par *absent*¹, un individu qui a disparu de son domicile ou de sa résidence, si elle est distincte, et dont on n'a point de nouvelles, tellement qu'il règne sur sa vie et sur sa mort la plus grande incertitude. Que cet état se prolonge plus ou moins, tant qu'il durera, on dira que l'individu est *absent*. Mais, dans un sens plus restreint et mieux approprié à l'esprit des lois sur cette matière, l'individu ne sera que *préssumé absent* tant qu'il n'y aura pas eu une enquête contradictoire sur son compte et un jugement qui ait constaté l'absence; en sorte que, quel que soit le temps qui s'écoule depuis sa disparition sans qu'on ait de ses nouvelles, ce ne sera réellement qu'après ce jugement qu'il sera réputé *absent*.

589. Quand un homme s'absente de sa résidence habituelle, on doit naturellement penser que cette ab-

seulement d'un individu déclaré *absent* par jugement, mais encore de tout individu dont l'existence n'est pas reconnue, comme nous le démontrons par la suite. C'est dans ce sens aussi qu'il est pris dans l'article 222, ainsi que l'a jugé la cour d'Agen, le 31 juillet 1806. Sirey, 7, II, 790.

¹ Dans le langage du monde, on dit qu'un individu est *absent* quand il n'est pas à son domicile, quoiqu'on sache très bien où il est : on le dit surtout d'un homme qui voyage.

On le dit de même d'un individu qui n'est pas présent à telle affaire, à tel acte, à tel événement, par exemple, à l'ouverture d'une succession, à un partage; mais alors, dans le langage du Droit, cet individu est appelé *non présent*. (Art. 840 du Code civil.)

Et on nomme *défaillant* celui qui, en matière civile ou commerciale, a été condamné par un jugement rendu en son *absence*, c'est-à-dire lui non présent ni représenté. (Art. 85 et 152 du Code de procédure.) On le dit aussi de celui qui a été condamné, n'étant point présent, en matière correctionnelle ou de simple police. Mais en matière de grand criminel, on le nomme *contumax*.

sence ne sera que passagère, parce que le plus souvent on en connaît les causes, et qu'on sait aussi le lieu où il a porté ses pas : si on les ignore, c'est probablement parce qu'il a eu des raisons particulières pour ne les point faire connaître. Si son retour est retardé, on supposera que ce retard est l'effet de quelque circonstance imprévue, la complication d'une affaire, une maladie, etc. Enfin, si, pendant quelque temps, il ne donne point de ses nouvelles, l'on pensera facilement que c'est parce qu'il compte revenir d'un moment à l'autre ; de sorte que, jusque-là, aucun motif d'inquiétude sur son existence ne pouvant raisonnablement s'élever, il n'est point encore *en présomption d'absence*.

590. Mais que cet état de choses se prolonge, et qu'on ne puisse supposer à l'individu, sédentaire par habitude, aucun motif qui ait pu l'engager à s'absenter de chez lui, ni aucune raison particulière qui ait pu l'empêcher de revenir ou de donner au moins de ses nouvelles ; qu'il n'ait chargé personne du soin de ses affaires, qui souffrent cependant de son absence ; qu'il soit arrivé quelque événement malheureux dans lequel on peut craindre qu'il a été enveloppé : alors s'élèvent de justes inquiétudes sur son sort, et l'on ne peut s'empêcher de regarder son retour comme incertain ; la présomption de mort balance puissamment celle de la vie ; elle devient même plus grave, et elle autorise des mesures, soit dans l'intérêt de l'absent lui-même, puisqu'il peut reparaitre d'un moment à l'autre, soit dans l'intérêt de ceux qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès.

394. Cet état peut se prolonger long-temps, dix, quinze, vingt ans, et plus encore ; et il ne cessera que par la réapparition de la personne ou la réception de ses nouvelles, ou bien par la déclaration d'absence elle-même. Aussi les tribunaux, chargés de veiller à ses intérêts compromis, sur les réquisitions du ministère public (art. 114), et de faire droit aux justes demandes des tiers, ont un pouvoir discrétionnaire à l'égard du temps qui s'est écoulé depuis la disparition, comme ils l'ont à l'égard de ses motifs et des causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent ; car l'article 112 porte simplement que, « s'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de
« tout ou partie des biens d'une personne présumée
« absente, et qui n'a point de procureur fondé ; il y
« sera statué par le tribunal de première instance, sur
« la demande des parties intéressées. »

Et il faudrait regarder comme n'ayant point de procureur fondé celui qui aurait donné une procuration qui n'a pas été acceptée, ainsi que celui dont le mandataire est venu à mourir, naturellement ou civilement, ou dont le mandat se trouve révoqué pour autre cause. Cette cessation du mandat, qui n'empêche pas, quand il s'agit de la déclaration d'absence, ce mandat de produire un puissant effet, puisqu'elle recule jusqu'à dix ans, depuis la disparition, le moment où la déclaration d'absence peut être provoquée (art. 121) ; cette cessation du mandat, disons-nous, dans le cas de simples mesures conservatoires à prendre, le fait considérer comme n'ayant pas été

donné ; car effectivement l'on se trouve dans les termes même de l'article 112, le cas d'une personne *qui n'a point de procureur fondé*, et l'on se trouve aussi parfaitement dans son esprit. La décision serait la même, encore que le mandat subsistât encore, s'il ne s'appliquait point aux droits ou biens qui seraient en souffrance.

592. Il faut qu'il y ait *nécessité* : ainsi, la seule présomption d'absence ne suffit point, en principe, pour autoriser la justice à s'immiscer dans les affaires d'un individu, et à pénétrer des secrets qu'il veut peut-être cacher à tout le monde. Quelque pur que fût le zèle des tribunaux dans la protection qu'ils accorderaient aux intérêts de l'absent, trop de précipitation de leur part pourrait nuire à ces mêmes intérêts, au lieu de les servir. Elle aurait du moins pour effet presque inévitable de jeter la crainte dans l'esprit des citoyens, qui n'oseraient désormais s'absenter du lieu de leur domicile, dominés qu'ils seraient par l'appréhension que, sous prétexte de veiller à la conservation de leurs droits, on pourrait ainsi facilement s'immiscer dans l'administration de leurs biens, et, ce qui serait plus fâcheux encore, pénétrer tous leurs secrets.

Nous ne croyons pas, il est vrai, devoir adopter l'opinion émise par un jurisconsulte ¹, que *l'absent présumé* qui n'a nullement pourvu à l'administration de ses affaires est, aux yeux de la loi, dans la même position que l'individu présent qui néglige les siennes ; car,

¹ M. Toullier.

dans une foule de cas, l'intervention des tribunaux est nécessaire en ce qui le concerne, tandis qu'elle ne l'est pas, du moins dans les mêmes cas, à l'égard d'un individu présent qui n'a aucun soin de l'administration de son patrimoine ; mais nous dirons que les tribunaux doivent procéder avec circonspection, et n'interposer leur autorité que lorsqu'il y a *nécessité* de pourvoir à l'administration de tout *ou partie* des biens d'un présumé absent. Or, quelles sont les circonstances où cette nécessité se fait sentir ? voilà toute la question : elles seules donnent la mesure du pouvoir dont le législateur a investi le juge à cet égard, et comme il ne pouvait les prévoir toutes, ni les définir, il s'est reposé sur sa prudence du soin d'en apprécier la gravité : tellement que ses décisions rendues à ce sujet pourraient bien parfois renfermer ce qu'on appelle un *mal jugé*, mais elles ne sauraient contenir une violation de la loi, pourvu toutefois qu'elles interviennent sur la demande *des parties intéressées*, ou à la réquisition du ministère public, chargé spécialement, par l'article 114, de veiller aux intérêts des *présumés absents*, et de donner ses conclusions sur toutes les demandes qui les concernent ou les intéressent (art. 83-7°, Code de procéd.). Les tribunaux, en effet, n'ont pas le droit de statuer d'office ; il faut qu'ils soient saisis par une demande ou une réquisition.

393. On peut considérer comme un cas où il y aurait nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens du présumé absent, celui d'une société dans laquelle il serait intéressé. Si cette société

vient à se dissoudre, ou que l'acte n'attribue pas à l'associé présent le droit d'agir seul pour les affaires communes, il y a, dans la première hypothèse, nécessité de recourir à la justice, pour faire nommer un notaire, aux fins de procéder à la liquidation et au partage (art. 113); et dans la seconde, pour que l'associé présent soit autorisé à gérer les affaires de la société.

594. L'ouverture d'une succession avant la disparition de l'individu qui y est appelé avec d'autres, est aussi un cas où il y a *nécessité*. On commet pareillement un notaire pour représenter l'absent dans l'inventaire, la liquidation et le partage de cette succession.

Si elle ne s'était ouverte que depuis la disparition, le ministère public aurait encore, selon notre opinion, le droit de requérir la nomination d'un notaire pour représenter l'absent, mais dans la confection de l'inventaire seulement, bien qu'en principe la succession, aux termes de l'article 136, soit dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut, ainsi que nous l'expliquerons au chapitre v : car l'absent pouvant reparaitre d'un moment à l'autre, ou donner de ses nouvelles, cette mesure est conservatoire de ses droits, et elle ne nuit réellement à personne¹.

¹ La cour de Riom a jugé la question en ce sens, le 20 mai 1816. Sirey, 18, II, 210.

Mais deux arrêts antérieurs, l'un rendu par la cour de Paris, le 23 mars 1808, et l'autre par la cour de Bruxelles, le 20 juillet même année (Sirey, 1808, II, 193; et 1809, II, 160), ont, au contraire, décidé que ceux à qui la succession est déférée à l'exclusion de l'absent, sont dispensés des mesures conservatoires tracées par les articles 819 du Code civil et 911 et sui-

Si la succession, ouverte avant la disparition, ou même depuis, mais en supposant, dans ce dernier cas, que les cohéritiers du présumé absent, ou le tribunal¹, reconnaissent qu'il existait à l'époque de l'ouverture, n'est point liquidée pendant la présomption d'absence, l'action en partage appartient aux envoyés en possession provisoire. C'est de ces cas qu'il faut entendre l'article 817 du Code civil.

595. La cour de Bruxelles a jugé, le 8 avril 1813 (Sirey, 1814, II, -16), que le droit de provoquer le partage n'appartient point au notaire commis dans le cas de l'article 113; que ses fonctions se bornent à représenter l'absent lorsque la liquidation et le partage sont régulièrement provoqués. Nous croyons cela vrai en principe, mais les circonstances pourraient être telles, que le ministère public pourrait et devrait requérir du tribunal la nomination d'un curateur pour provoquer la liquidation et le partage de la succession. Il puiserait le principe de son action dans l'article 114. C'était aussi l'avis de M. Chabot, dans son commentaire sur les Successions. Cela, du reste, n'empêcherait point de commettre un notaire, comme il est dit à l'article 113, pour procéder, au nom du présumé absent, aux opérations des comptes, liquidation et partage.

Le notaire n'étant commis que pour représenter l'ab-

vans du Code de procédure, attendu que la loi n'a prescrit aucune mesure pour la conservation des droits réservés à l'absent. Au surplus, le tribunal pourrait, en statuant sur le réquisitoire du ministère public, prendre en considération les circonstances de la cause : par exemple, le plus ou moins de temps écoulé depuis la disparition, ses motifs probables, et la qualité de celui qui recueille le droit au défaut de l'absent.

¹ Nous expliquerons ce point au chapitre dernier.

sent dans les inventaires, comptes, liquidations et partages, il ne pourrait compromettre ni transiger sur les difficultés qui s'élèveraient, ni faire aucun acte d'abandon, de cession ou d'aliénation quelconque. Les partages doivent être homologués, comme il est dit à l'article 981 du Code de procédure; et s'il y a des difficultés à leur occasion, il faut recourir à l'autorité du tribunal, qui prendra les mesures convenables, soit en nommant un curateur, ou de toute autre manière. Enfin le partage, pour être définitif, doit être fait conformément aux dispositions des articles 838 et 840 du Code civil.

Dans tous les cas, le notaire qui représente un absent dans des inventaires, comptes, liquidations et partages, ne peut recevoir les actes, n'y y figurer comme second notaire : sa qualité de mandataire paraît incompatible avec celle d'officier public. La loi du 6 octobre 1791 défendait, par son article 17, aux notaires qui représentent les absents dans les inventaires, etc., d'instrumenter dans les opérations qui les concernent, et nous croyons que tel est l'esprit de l'article 113 du Code civil.

596. Les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers (art. 2092) : donc, s'il les laisse dépérir par son absence, ceux-ci ont le droit de s'en plaindre. C'est encore un des cas où le tribunal pourrait voir la *nécessité* de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens d'un individu présumé absent, sans préjudice du droit qu'ont les créanciers dont les créances sont exigibles, d'obtenir condamnation contre lui;

pour cela, de l'assigner, en observant ce que prescrit l'article 69-8° du Code de procédure, et de faire ensuite exécuter les jugemens. Mais si les créances ne sont point encore exigibles, ils n'ont que le droit de demander au tribunal la nomination d'un curateur aux biens qui dépérissent. Nous verrons plus loin à quel tribunal ils doivent s'adresser.

597. Le ministère public, dans leur silence, comme dans le cas où le présumé absent n'a pas de dettes, peut aussi requérir la nomination de ce curateur. Il est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes.

De là, si les enfans étaient sans subsistance, s'il s'agissait d'interrompre une prescription qui est sur le point de s'accomplir, de former appel d'un jugement; s'il était question du recouvrement ou de la restitution d'un dépôt, du paiement des dettes de l'absent poursuivi en justice, comme il a été dit ci-dessus, ou de ses créances, qui périssent par l'insolvabilité dont sont menacés ses débiteurs, de la vente de denrées sujettes à dépérissement; si des bâtimens menacent ruine, si les terres sont sans culture, et qu'ainsi l'intérêt public lui-même en souffre; enfin, dans une foule de cas analogues, qu'il est impossible de prévoir tous, le ministère public doit exercer la surveillance que la loi a déposée entre ses mains.

598. Nous avons même pensé précédemment, avec plusieurs auteurs, et écrit dans les premières éditions de cet ouvrage, que le ministère public a qualité suffisante pour exercer les actions qui compètent au

préssumé absent, et pour contredire les demandes formées contre lui. Ce qui nous avait porté à le décider ainsi, quant aux actions actives, c'est qu'il pourrait arriver qu'une prescription fût sur le point de s'accomplir contre le présumé absent, et que le retard qu'entraînerait la nomination d'un curateur pourrait être fatal : or, d'après l'article 114, le ministère public a la mission générale de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes, et il doit spécialement être entendu dans toutes les causes qui les concernent. Mais en y réfléchissant davantage, nous avons reconnu qu'il n'était pas entré dans la pensée des rédacteurs du Code, de donner, d'une manière générale, au ministère public, la voie d'action directe ; qu'elle se concilierait difficilement avec la nature des fonctions que la loi lui confère ; qu'il doit plutôt, en pareil cas, requérir la nomination d'un curateur, lequel, à ce titre, exercera les actions du présumé absent ; et le ministère public sera entendu dans ses conclusions, comme il doit l'être aussi dans les cas où le présumé absent serait défendeur. A plus forte raison, et nous l'avons toujours reconnu ainsi, le ministère public n'a-t-il pas qualité pour gérer par lui-même les biens de celui-ci, ni pour les donner à ferme, ni pour passer des actes, etc. : seulement il a le pouvoir, et c'est même pour lui une obligation, de *requérir*, comme nous venons de le dire, la nomination d'un curateur, ou du moins qu'il soit pris des mesures conservatoires des droits de celui qui est dans l'impuissance de veiller lui-même en ce moment à ses intérêts.

Cette surveillance du ministère public doit s'exercer encore que l'individu ait laissé une procuration spéciale, quand d'autres biens que ceux dont il s'agit dans le mandat sont en souffrance, ou lors même qu'il aurait laissé une procuration générale, si le terme du mandat venait à expirer, ou si le mandat avait cessé pour autre cause.

599. Le Code ne s'explique point sur la nature des mesures à prendre : il n'en désigne aucune et n'en repousse aucune, pas même les recherches dans les papiers du présumé absent, parce qu'en effet elles peuvent être nécessaires dans les contestations où il serait engagé. Seulement, dans une matière aussi délicate, les magistrats doivent apporter la plus grande circonspection; l'examen des papiers ne doit être fait que par le ministère de l'un d'eux, spécialement désigné, et ils ne doivent en distraire que les pièces d'une absolue nécessité.

400. Nous venons de dire que le ministère public pourrait requérir, et sauf au tribunal à avoir tel égard que de raison à sa réquisition, la nomination d'un curateur. En effet, la loi ne le défend pas. Dans beaucoup de cas cette mesure sera même commandée par les circonstances, la dispersion des biens du présumé absent, leur étendue et leur nature; mais les tribunaux n'accordent à ce curateur que le moins de pouvoir possible, celui-là seul qui puisse tourner au profit du présumé absent, et jamais à son détriment. Ils choisiront surtout un homme intelligent et probe, connu pour avoir eu avec lui des relations d'amitié et de bienveil-

lance : le plus proche parent, naturellement intéressé à la conservation des biens, quand d'ailleurs il réunira les conditions requises, sera ordinairement l'homme en qui ils placeront leur confiance, sauf à la lui retirer s'il ne la justifie pas entièrement.

Ce choix est d'autant plus important que nous croyons, contre l'opinion de quelques jurisconsultes, que les jugemens rendus vis-à-vis du curateur, et sur les conclusions du ministère public, sont obligatoires pour le présumé absent, si le tribunal, en le nommant, ne lui a pas interdit de représenter l'absent dans les procès. Cela nous paraît fondé et sur l'esprit de la loi et sur la raison naturelle. Sur l'*esprit de la loi*, qui, pour que les intérêts du présumé absent ne soient pas sacrifiés, exige que le ministère public soit entendu dans toutes les causes qui le concernent ou l'intéressent; précaution dont la nécessité et même l'utilité se feraient assurément bien moins sentir, si le présumé absent ne courait, dans les contestations judiciaires, que la chance favorable, et jamais la chance contraire. Sur la *raison naturelle*, qui ne permet pas qu'on puisse, pour conserver les droits du présumé absent, poursuivre ses débiteurs, obtenir contre eux des condamnations s'ils résistent et succombent, quand cependant la décision qui leur serait favorable serait vaine à l'égard de leur véritable adversaire. L'intervention du ministère public est d'ailleurs une puissante garantie en faveur du présumé absent. L'ordonnance de 1667, tit. 2, art. 8, avait, il est vrai, aboli l'usage de nommer un *curateur* aux absents; mais il résulte de la dis-

cussion au conseil-d'état, sur l'article 112, que l'on n'a point eu l'intention de maintenir cette abrogation; et voici ce que nous trouvons à ce sujet dans un arrêt de cassation du 25 août 1813 (Sirey, 1815, I, 134) :
« Considérant, sur le premier moyen, que N. avait été
« nommé curateur à l'absent, dans la forme voulue
« par l'article 112 du Code civil, et qu'il ne peut être
« douteux qu'un *curateur*, ainsi nommé, a qualité
« pour plaider sur l'appel qu'il a relevé lui-même, etc. »

Et les débiteurs de l'absent présumé ne pourraient se refuser à payer entre les mains du curateur nommé, sous prétexte que, depuis sa nomination, ses affaires se sont dérangées, et qu'il est maintenant insolvable; car leur libération ne leur serait pas moins valablement acquise, d'après les articles 1239 et 1240 analysés et bien appliqués.

404. Il est encore d'autres personnes qui sont, dans le sens de l'article 112, *parties intéressées* à ce qu'il soit pourvu à l'administration de tout ou *partie* des biens d'un présumé absent, et qui ont qualité pour le demander aux tribunaux. Nous entendons par là tous ceux qui ont un intérêt pécuniaire quelconque, quoique éventuel, pourvu qu'il ait son principe dans un acte : par exemple, un substitué, dont le droit cependant peut fort bien ne jamais s'ouvrir; un créancier conditionnel, un donateur avec stipulation du droit de retour, un vendeur à réméré, etc.; et par la même raison, nous regardons comme parties intéressées le propriétaire d'un bien dont le présumé absent a l'usufruit ou un bail à ferme, si le bien n'est pas cultivé,

et le propriétaire ou le principal locataire de la maison où habitait le présumé absent lors de sa disparition.

402. Mais un intérêt purement éventuel et qui n'a point son principe dans un acte, tel que celui des héritiers présomptifs en général, ou un intérêt d'affection, comme celui des parens ou des amis, ne suffirait pas ; seulement il motiverait le zèle de ces personnes auprès du ministère public pour qu'il eût à agir, suivant les circonstances, dans l'intérêt du présumé absent. La qualité d'héritier présomptif ne donne, en effet, le droit d'agir que pour provoquer la déclaration d'absence et demander par suite l'envoi en possession provisoire, parce qu'alors la présomption de mort a acquis un plus grand caractère de gravité.

Nous ne disons pas la même chose à l'égard du conjoint et des enfans. Les époux ont des obligations à remplir l'un envers l'autre. Le mari doit protection à sa femme ; celle-ci doit obéissance à son mari : ils se doivent réciproquement assistance ; en sorte que, sous quelque régime qu'ils soient mariés, ces obligations sont une cause suffisante pour qu'il y ait *intérêt* pour l'époux présent à demander qu'il soit pris des mesures relativement aux biens de son conjoint. Cela est sensible aussi à l'égard des enfans, puisque leurs père et mère leur doivent l'éducation, et même des alimens à toutes les époques de la vie, s'ils en ont besoin. Aussi, *vice versa*, si c'était un enfant qui fût absent, et que son père ou son aïeul eût droit à des alimens, celui-ci aurait-il qualité pour invoquer la disposition de l'article 112¹.

¹ Plusieurs auteurs donnent toutefois aux mots *parties intéressées* de

405. L'esprit du Code n'est pas que, durant cette première période, il soit pris des mesures générales pour l'administration des biens du présumé absent, comme cela a lieu lorsque l'absence est déclarée ; en sorte que, lorsqu'un tribunal a décidé qu'il y a présomption d'absence, et en conséquence qu'il a ordonné des mesures à l'égard des biens situés dans son ressort, il est possible que la même nécessité ne se fasse pas sentir pour les biens situés dans un autre ressort. L'article 112 dit, en effet : S'il y a *nécessité* de pourvoir à l'administration de tout ou *partie* des biens, il y sera statué par le tribunal.

404. Mais là se place la question de savoir quel est ce tribunal ?

Il s'agit ici d'une sorte d'action personnelle, puisqu'elle concerne directement la personne, dont l'état, sous certains rapports, va être modifié. Dès-lors elle doit être portée au tribunal du domicile du présumé absent, ou, s'il n'a pas de domicile connu, à celui de sa dernière résidence : c'est d'ailleurs le lieu où la personne est plus particulièrement connue, et où l'on peut le mieux avoir de ses nouvelles.

Un autre tribunal, dans le ressort duquel seraient situés des biens en souffrance, ne devrait donc point ordonner des mesures avant que celui du domicile ou de la résidence n'eût décidé qu'il y a *présomption d'ab-*

l'article 112, la même extension que celles qu'ils ont dans l'article 115, et par conséquent accordent aux héritiers présomptifs quelconques, le droit d'agir en vertu de cet article 112. D'autres auteurs, tels que MM. Toullier, Merlin et Loqué, ne l'appliquent généralement pas aux héritiers présomptifs. C'est leur sentiment que nous avons suivi.

sence : autrement un citoyen dont l'existence n'est pas douteuse se trouverait exposé à l'effet de mesures prises inconsidérément au sujet des biens qu'il posséderait dans un lieu plus ou moins éloigné de son domicile, et tel n'est point l'esprit de la loi. Mais après cette décision, si le tribunal qui l'a rendue ne peut, à raison de l'éloignement des biens, déterminer la nature des mesures à prendre, il doit renvoyer, pour l'exécution, au tribunal de la situation ¹.

405. Les formalités à observer par les parties intéressées pour faire ordonner des mesures relatives à l'administration de tout ou partie des biens d'un présumé absent, consistent à présenter une requête au président du tribunal. Sur cette requête, à laquelle sont joints les pièces et documens, le président commet un juge pour faire le rapport au jour indiqué, et le jugement est prononcé après avoir entendu le procureur du roi. (Art. 859, Cod. de procéd.)

406. Si c'est le ministère public qui agit d'office, il présente au tribunal son réquisitoire, auquel sont pareillement joints les pièces et documens ; le président commet de même un juge pour faire le rapport, et le jugement est prononcé. La partie poursuivante, et même le ministère public, soit qu'il ait agi d'office, soit qu'il ait contredit la demande, peuvent appeler du jugement ; ce magistrat est spécialement chargé de veiller à ce qu'aucun dommage n'atteigne les présumés absens.

¹ Par argumentation tirée des articles 121 et 126 du Code de procédure.

407. A la charge de qui seraient les frais dans le cas où le ministère public succomberait dans son appel, ou qu'ayant agi d'office en première instance, le tribunal n'aurait pas cru devoir faire droit à ses réquisitions ? Hors les cas déterminés par la loi, le ministère public ne saurait être condamné aux frais et dommages-intérêts : il est toujours présumé agir par des motifs purs, et puisés dans l'intérêt de ceux dont la loi lui a confié la défense ; en conséquence, les frais seraient supportés par le présumé absent.

Nous pensons aussi qu'il en serait de même de ceux qui seraient faits sur la demande d'une *partie intéressée*, dans le cas où le tribunal l'aurait jugée bien fondée et y aurait fait droit. C'est le fait du présumé absent qui a occasionné ces frais, et ils sont d'ailleurs principalement faits dans son intérêt.

CHAPITRE II.

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE, ET DES CONDITIONS ET FORMALITÉS A OBSERVER POUR QU'ELLE AIT LIEU.

SOMMAIRE.

408. *Division du chapitre.*

408. La seconde période de l'absence commence, comme nous l'avons dit, lorsque la déclaration d'absence est prononcée ; mais jusque-là, quel que soit le temps qui s'est écoulé, il y a seulement présomption d'absence.

Toutefois, cet état doit avoir un terme : les biens peuvent périlcliter, et il est plus naturel que ceux aux-

quels ils doivent appartenir en aient l'administration, que des étrangers. La présomption de mort de l'absent prenant d'ailleurs de jour en jour plus de gravité, il convenait de supposer, en quelque sorte, le décès, et de permettre à ceux qui ont des droits subordonnés à la condition de son arrivée, de les exercer comme s'il avait eu lieu réellement. Mais comme ce n'est qu'une supposition, il convenait aussi de prendre toutes les précautions propres à garantir les intérêts de l'absent.

Nous aurons à voir dans ce chapitre,

1° A quelle époque la déclaration d'absence peut être provoquée et obtenue ;

2° Quelles sont les personnes qui ont le droit de la demander ;

3° A quel tribunal il faut s'adresser, et comment l'absence doit être constatée et déclarée ;

4° Et enfin les règles spéciales concernant les militaires de terre et de mer absents depuis le 21 avril 1792 jusqu'au 20 novembre 1815.

SECTION PREMIÈRE.

A QUELLE ÉPOQUE LA DÉCLARATION D'ABSENCE PEUT ÊTRE PROVOQUÉE ET OBTENUE.

SOMMAIRE.

409. *Esprit de l'ancienne jurisprudence relativement à l'absence.*
 410. *A quelle époque la déclaration d'absence peut être provoquée lorsque l'individu n'a pas laissé de procuration.*
 411. *Et lorsqu'il en a laissé une qui est venue à cesser.*
 412. *Quel est, quant à l'époque à laquelle la déclaration d'absence peut être provoquée, l'effet d'une procuration spéciale ?*
 413. *Et celui d'un mandat qui aurait été donné pour un temps déterminé excédant dix années ?*

414. *De quelque manière que l'on ait des nouvelles de l'absent, ces nouvelles doivent faire rejeter provisoirement la demande.*

409. Avant le Code, il n'y avait pas, à proprement parler, de déclaration d'absence; les parties intéressées pouvaient seulement, après un certain temps depuis la disparition d'un individu sans qu'on eût reçu de ses nouvelles, se faire envoyer en possession de ses biens, sur un acte de notoriété constatant l'absence. Ce temps n'était même pas uniforme dans toute la France: dans quelques coutumes, sept années suffisaient, dans d'autres, et il paraît, d'après les monuments de la jurisprudence, que c'était le plus grand nombre, il en fallait dix.

Dans certains pays, on avait aussi pris pour règle que toute personne absente, et dont la mort n'était pas constatée, devait être présumée vivre jusqu'à cent ans, c'est-à-dire jusqu'au terme considéré comme le plus reculé de la vie, mais qu'alors même un autre mariage ne pouvait être contracté.

Dans d'autres pays, on avait pensé que, relativement à la possession et même à la propriété des biens de l'absent, il devait être présumé mort avant l'âge de cent ans, et que le mariage était le seul lien qui dût être regardé comme indissoluble avant l'expiration d'un siècle écoulé depuis la naissance de l'époux absent.

Enfin, dans d'autres, on avait distingué entre les absents qui étaient en voyage, et ceux qui avaient disparu subitement: dans ce dernier cas, on présumait plus facilement leur décès; après un certain temps, on

les réputait morts du jour où ils avaient disparu, et ce temps était moins long lorsqu'on savait qu'ils avaient couru quelque danger ¹.

440. Le Code a fait cesser ces variations et ces incertitudes, qui n'étaient pas sans inconvéniens, puisqu'elles entraînaient beaucoup d'arbitraire. Il a établi des règles uniformes et simples sur ce point, en disant que « lorsqu'une personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura point eu de nouvelles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribunal de première instance, afin que l'absence soit déclarée. (Art. 115.)

Ainsi, il faut le concours de ces trois circonstances : éloignement du domicile et de la résidence, défaut absolu de nouvelles, et laps de quatre années depuis l'éloignement ou les dernières nouvelles.

A défaut de l'une d'elles, la demande n'est pas fondée, et, comme telle, elle doit être rejetée.

441. De plus, cet article statue sur le cas supposé à l'article 112, savoir, que l'individu n'a point *laissé de procureur fondé*. Cela est démontré par l'article 121, qui porte textuellement que si l'absent a laissé une procuration, la déclaration d'absence ne peut être poursuivie qu'après dix années révolues depuis la disparition ou les dernières nouvelles.

Il en est de même, dit l'article 122, encore que la procuration vienne à cesser; sauf alors à pourvoir à l'administration des biens de l'absent.

¹ Exposé des *Motifs* par M. Bigot-Prémeneu.

La précaution que celui-ci a prise de veiller à la conservation de ses biens affaiblit beaucoup, si même elle ne la détruit entièrement, la présomption de sa mort, et c'est généralement sur cette présomption qu'est fondée la faculté accordée par la loi, de provoquer la déclaration d'absence, de demander par suite l'envoi en possession provisoire des biens, de mettre à exécution le testament, et d'exercer tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent (art. 120 et 123), puisqu'il serait inconséquent de permettre l'exercice de tels droits à l'égard d'un homme que l'on supposerait vivant : c'est ce qui sera encore démontré par la suite.

En donnant cette procuration, l'absent a témoigné son intention de s'absenter et sa volonté que l'on ne prît pas à son égard les mesures qui sont ordinairement prises au sujet d'une personne qui disparaît sans avoir pourvu au soin de ses affaires. L'homme de son choix ne doit donc point être écarté par d'autres, qui n'ont pas été comme lui l'objet de sa confiance.

La conséquence naturelle de ces observations c'est que, quelle que soit la cause qui ait fait cesser la procuration, telle que la mort du mandataire, ou sa renonciation au mandat, ou son refus de l'accepter¹, ou l'expiration du temps pour lequel ce mandat a été donné, la déclaration d'absence ne pourra toujours être provoquée qu'après dix ans écoulés depuis la dis-

¹ Cependant cette décision touchant le cas où le mandataire a refusé d'accepter le mandat, n'est applicable qu'autant que l'absent n'a pas connu le refus ; car, dans le cas contraire, il n'a dû y avoir dans sa pensée qu'un simple projet sans réalisation, et dès-lors le motif de la loi ne se rencontre plus, puisqu'il est vrai de dire que l'absent n'a pas pourvu à l'administration de ses affaires.

parition ou les dernières nouvelles , parce qu'en effet les raisons ci-dessus conservent toute leur force : aussi l'article 122 ne fait-il aucune distinction entre les causes qui ont pu faire cesser le mandat.

412. Mais ici se présente deux questions. La première est celle de savoir si une procuration sur un objet spécial empêche que la déclaration d'absence puisse être provoquée avant qu'il se soit écoulé dix ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles ?

La seconde, si la procuration est pour un temps déterminé, par exemple pour trente ans, pourra-t-on, après l'expiration de dix ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles, provoquer la déclaration d'absence ?

Il nous semble, sur le premier point, que, dans l'esprit de la loi, ce n'est pas à l'étendue de la procuration qu'il faut nécessairement s'attacher pour décider si elle doit ou non avoir de l'influence sur le mérite de la demande en déclaration d'absence formée avant les dix ans. Un mandat spécial, en certain cas, peut très bien indiquer de la part du mandant le projet de s'éloigner de son domicile pendant un temps plus ou moins long ; et c'est à la présomption de ce dessein, résultant d'une procuration, que le législateur a principalement voulu attribuer l'effet de reculer l'époque où la demande peut être formée. En cas de contestation sur l'intention qui a pu dicter le mandat, les tribunaux en apprécieront les caractères ; ils jugeront, surtout d'après l'importance de l'affaire et d'après l'époque à laquelle la gestion en a été confiée, les motifs déterminans de l'individu qui a donné le pouvoir.

413. Quant à la seconde question, nous la décidons en principe pour l'affirmative, c'est-à-dire que, notwithstanding la fixation du temps pour lequel le mandat a été donné, la déclaration d'absence pourra être provoquée après les dix ans. Quand pendant tout ce temps un homme n'a entretenu aucune relation avec son mandataire, ni avec toute autre personne ; lorsqu'on ne sait ce qu'il est devenu, qu'il est impossible d'asseoir une conjecture un peu probable sur sa vie, la présomption de mort finit par faire pencher la balance, et l'intérêt de ceux qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès réclame avec force. D'ailleurs, quoiqu'il ne soit pas dans l'ordre ordinaire des choses qu'un individu laisse une procuration pour qu'on ne fasse aucune recherche à son égard après qu'il aura disparu, néanmoins cela n'est pas impossible à concevoir de la part d'un homme à qui la vie serait devenue un insupportable fardeau, et qui aurait des motifs particuliers pour que l'on ne fût point instruit de son sort. Il dépendrait ainsi de lui de paralyser indéfiniment l'exercice des droits de ses héritiers présomptifs et des autres personnes qui en ont aussi de subordonnés à la condition de son décès ; ce qui nous paraît inadmissible. Aussi l'article 121 ne fait-il aucune distinction entre la procuration qui a un terme de durée et celle qui n'en a pas : il accorde d'une manière générale le droit de provoquer la déclaration d'absence après dix ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles. Au reste, comme le tribunal doit prendre en considération les motifs de la non-présence, les conséquences

qui peuvent résulter de l'esprit du mandat¹, ainsi que les causes qui ont pû empêcher d'avoir des nouvelles de la personne présentée comme présumée absente (art. 117), notre décision ne peut avoir de graves inconvéniens.

444. Il faut remarquer qu'il est indifférent que l'on reçoive des nouvelles de l'absent directement de lui-même ou par toute autre voie.

M. Delvincourt fait observer qu'on ne doit pas, pour calculer le délai des quatre ans ou des dix ans, s'attacher à la date des nouvelles reçues; qu'on doit s'arrêter à l'époque à laquelle on les a reçues, parce que l'absent est censé savoir qu'il lui suffit de donner de ses nouvelles à peu près tous les cinq ans pour empêcher la déclaration de son absence, et par suite l'envoi en possession provisoire de ses biens. Et il donne cet exemple : « L'absent a écrit une lettre datée du 7
« janvier 1808; il en écrit une seconde au mois de
« novembre 1812. Il n'y a pas entre les deux lettres
« un intervalle de cinq ans. Cependant la lettre du 7
« janvier 1808 n'a été reçue qu'au mois de septembre
« suivant, et par conséquent celle de novembre 1812
« n'arrivera qu'en octobre 1813. Si l'on comptait les
« quatre ou cinq ans, du jour de la date de la pre-
« mière lettre, il s'ensuivrait que la première demande
« pourrait être formée le 8 janvier 1812, et que la
« déclaration d'absence et l'envoi en possession pour-

¹ Ainsi, par exemple, si le mandat n'avait été donné que pour un temps qui n'excéderait que de très peu les dix ans, nous pensons que la demande pourrait être provisoirement repoussée.

« raient être prononcés en janvier 1813, c'est-à-dire
 « neuf mois avant l'époque à laquelle sera reçue la
 « seconde lettre, quoique cependant l'absent n'ait pas
 « laissé passer cinq années sans donner de ses nou-
 « velles. » Cette observation, fort juste, trouve, au
 surplus, un appui dans la disposition de la loi, qui
 recommande aux tribunaux d'avoir égard aux causes
 qui ont pu empêcher de recevoir des nouvelles de l'ab-
 sent; car l'éloignement est au nombre de ces causes.

La déclaration d'absence peut bien être provoquée au
 bout des quatre ans ou des dix ans, suivant les distinc-
 tions ci-dessus, mais elle ne peut être prononcée qu'un
 an après le jugement qui a ordonné l'enquête, et dont
 nous parlerons à la section III. (Art. 119.)

SECTION II.

QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT DEMANDER LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

SOMMAIRE.

415. *Les créanciers n'ont pas le droit de provoquer la déclaration d'absence.*
416. *Les parties intéressées, dans le sens de l'article 115, sont celles qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent.*
417. *En première ligne sont les héritiers présomptifs.*
418. *Et le conjoint, mais avec une distinction.*
419. *Diverses autres personnes qui sont parties intéressées à ce que l'absence soit déclarée.*
420. *Peuvent-elles, en cas de refus d'agir de la part des héritiers, provoquer la déclaration d'absence ?*
- 420 bis. *Le ministère public n'a pas qualité pour provoquer une déclaration d'absence.*

415. Suivant l'article 115, les parties intéressées ont

le droit de provoquer la déclaration d'absence. Elle aura généralement pour effet de leur faire obtenir l'envoi en possession des biens de l'enfant. (Art. 120 et 123).

Mais quelles sont les parties intéressées dans le sens de cet article 115 ?

D'abord, ce ne sont plus, comme dans la première période, les créanciers, du moins généralement; ils n'ont plus d'intérêt : ils ont pu poursuivre leurs droits contre le présumé absent; s'ils ne l'ont point fait, parce que leurs créances n'étaient pas encore exigibles, ou pour toute autre cause, ils peuvent le faire encore : l'assigner, en observant les formalités prescrites au n° 8 de l'article 69 du Code de procédure, et poursuivre ensuite l'exécution des jugemens suivant les voies de droit. Ils pourront surtout le faire contre ceux qui seront envoyés en possession (art. 134). Enfin, comme la déclaration d'absence est fondée sur la présomption de mort, que c'est par suite de cette présomption que ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent peuvent les exercer et se faire envoyer en possession (art. 123), il est clair que les créanciers dont les droits ne sont pas de cette nature, n'ont pas qualité pour provoquer une mesure qui doit conduire à un tel résultat.

416. Les parties intéressées, ici, sont donc celles-là seulement qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et qui auront en vue, en provoquant la déclaration d'absence, de se faire envoyer en possession provisoire de ces mêmes droits.

417. En première ligne il faut placer les héritiers présomptifs au jour des dernières nouvelles, ou de la disparition, s'il n'y a pas eu de nouvelles (art. 120), et l'on suit l'ordre réglé au titre *des Successions*.

418. Le conjoint est aussi partie intéressée dans le sens de l'article 115. Tantôt il prime les héritiers, quant au droit de provoquer la déclaration d'absence et d'obtenir l'envoi en possession; tantôt il est primé par eux. Il les prime s'il est marié sous le régime de la communauté et s'il opte pour sa continuation (art. 124); il est primé par eux s'il est marié sous un autre régime (art. 140). Mais, au chapitre suivant, nous parlerons avec plus de développemens des droits du conjoint de l'absent.

419. Est aussi partie intéressée le donataire par contrat de mariage de tout ou partie des biens que l'absent laissera à son décès;

Le légataire universel ou à titre universel, et même à titre particulier;

L'appelé à une substitution permise dont est grevé l'absent;

L'ascendant donateur dans le cas prévu à l'article 747;

Le donateur avec stipulation du droit de retour;

Le propriétaire d'un bien sur lequel l'absent a un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation;

L'enfant naturel reconnu, encore qu'il y ait des héritiers légitimes;

L'État quand il n'y a point de parens;

Le créancier qui a fait une stipulation dont l'effet

ou l'exécution est subordonnée au décès de l'absent, ce qui sera rare, mais cependant ce qui pourra être licite dans certains cas : comme s'il avait stipulé de l'absent, qu'à sa mort, ses héritiers lui paieront mille francs; et peut-être quelques autres personnes encore.

Et comme nos créanciers exercent nos droits, excepté ceux qui sont exclusivement attachés à notre personne (art. 1166), et que celui dont il s'agit n'est pas de ce nombre, il n'est pas douteux, du moins pour nous, que les créanciers des diverses *parties intéressées* que nous venons de rappeler ne puissent, du chef de ces mêmes parties, exercer le droit de celles-ci à ce sujet, et obtenir l'envoi en possession provisoire, jusqu'à concurrence du montant de leur créance, à la charge par eux de remplir toutes les conditions de cet envoi ¹.

Et cela surtout ne doit souffrir aucune difficulté à l'égard du cessionnaire des droits de l'héritier présomptif de l'absent ².

420. Il semble toutefois, d'après l'article 123, que la plupart des personnes dont nous venons de parler n'ont pas qualité pour provoquer la déclaration d'absence, et quelles ne peuvent demander l'envoi en possession provisoire qu'autant que les héritiers présomptifs l'ont eux-mêmes obtenu; car cet article porte : « *Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire, le testament, s'il en existe un,*

¹ La cour de Colmar a jugé en ce sens, le 26 juin 1823. Sirey, 37, II, 484, note. Mais la même cour a jugé depuis le contraire, le 30 août 1837.

² Voyez en ce sens l'arrêt de la cour de Bordeaux, du 21 juin 1838. Sirey, 38, II, 413.

« sera ouvert à la requête des parties intéressées, ou du
« procureur du roi ; et les légataires, donataires et tous
« ceux qui avaient, sur les biens de l'absent, des droits
« subordonnés à la condition de son décès, pourront
« les exercer, à la charge de donner caution. »

Il paraît donc que ce n'est qu'*après* l'envoi en possession général que peuvent avoir lieu les envois particuliers ; et en effet, il en sera presque toujours ainsi. Mais nous ne croyons cependant pas que les droits des personnes que nous venons de rappeler doivent nécessairement demeurer assoupis par le refus des héritiers présomptifs de demander l'envoi en possession général : cela n'a pu entrer dans l'esprit de la loi, qui charge même le procureur du roi de requérir l'ouverture du testament, et cela évidemment dans un intérêt opposé à celui des héritiers présomptifs. On doit donc croire que, par ces mots, *auront obtenu l'envoi en possession provisoire*, la loi a plutôt voulu fixer une époque pour les cas ordinaires, qu'elle n'a entendu établir un préalable indispensable subordonné au pur arbitre des héritiers ; car il serait contraire à la raison et à la justice que leur insouciance, le défaut d'intérêt ou leur mauvaise foi, pussent ainsi paralyser indéfiniment l'exercice des droits légitimes qui compètent à des tiers.

Le temps écoulé depuis la disparition ou les dernières nouvelles établit une présomption de mort, comme nous le verrons plus tard, et il doit l'établir d'une manière indivisible, puisqu'il serait déraisonnable de considérer l'absent comme mort par rapport

aux héritiers présomptifs, s'il leur plaisait de provoquer la déclaration d'absence et de demander l'envoi en possession, et de le considérer cependant comme vivant par rapport à tout autre, s'ils se refusent à agir. Il est bien vrai que la loi se prête à cette double supposition à l'égard de l'époux commun en biens (art. 124), mais c'est une anomalie fondée sur des raisons particulières, que nous chercherons à expliquer plus tard, et qui ne doit pas tirer à conséquence. Nous ajouterons que, s'il en était autrement, les biens pourraient, contre l'intérêt général, rester indéfiniment sans possesseur, ce qui est inadmissible. Si l'absent n'avait d'autre successeur qu'un enfant naturel, comme celui-ci n'est pas *héritier*, l'article 123, entendu dans le sens que nous combattons, serait inapplicable, et il n'y aurait pas d'envoi en possession. Il n'y en aurait pas davantage si le fisc était appelé à recueillir les biens, à défaut de tout autre, puisqu'il n'est point non plus *héritier*. Enfin, le légataire universel n'est pas non plus *héritier présomptif*, quoiqu'il soit saisi de plein droit quand il n'y a pas d'héritiers auxquels la loi accorde une réserve (art. 1006), et cependant le legs deviendrait inutile dans sa main parce que les héritiers du sang, qui n'ont aucun intérêt dans ce cas à provoquer la déclaration d'absence et l'envoi en possession, se refuseraient à le faire; conséquence si évidemment injuste, qu'il est impossible d'admettre le principe d'où elle dériverait. Nous croyons donc, malgré l'opinion de plusieurs auteurs, mais avec d'autres, que, hors le cas de l'article 124, tous ceux qui ont des droits su-

bordonnés au décès de l'absent peuvent interpellier d'abord les héritiers présomptifs, s'adresser ensuite au tribunal, ceux-ci dûment appelés, pour faire déclarer l'absence et obtenir l'envoi en possession provisoire de leurs droits, sous la condition de donner caution. A cet effet, ils doivent, dans le cas du refus des héritiers, faire nommer, après la déclaration d'absence, un administrateur provisoire, contre lequel ils formeront leur demande d'envoi en possession provisoire. Ils pourraient agir ainsi un mois après l'interpellation faite aux héritiers présomptifs ¹.

A plus forte raison en doit-il être ainsi des cas où, après la déclaration d'absence prononcée à la poursuite des héritiers présomptifs, ceux-ci ne font aucune diligence pour se faire envoyer en possession provisoire.

Les motifs sur lesquels nous fondons ces décisions paraissent, au surplus, avoir dicté la disposition de l'article 11 de la loi du 13 janvier 1817, relative à la manière de constater le sort des militaires absents depuis le 21 avril 1792, jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815. Cet article est ainsi conçu : « Si les « héritiers présomptifs ou l'épouse négligent d'user du « bénéfice de la présente loi (c'est-à-dire de poursui- « vre la déclaration d'absence et l'envoi en possession « provisoire), les créanciers ou *autres personnes in- « téressées* pourront, mais après l'interpellation qu'ils « seront tenus de leur faire signifier, se pourvoir eux- « mêmes en déclaration d'absence ou de décès. »

Néanmoins la cour d'Aix a jugé, le 28 juillet 1807 (Sirey, 8, II, 50),

Ainsi, si les simples créanciers peuvent, après interpellation, provoquer la déclaration d'absence du militaire leur débiteur, l'on ne voit pas pourquoi, dans les cas ordinaires, les personnes que nous avons énumérées plus haut ne le pourraient pas, après avoir interpellé de le faire les héritiers présomptifs.

420 *bis*. Mais le ministère public n'a aucune qualité pour provoquer une déclaration d'absence. Le silence du Code à cet égard, quand on voit, au contraire, les obligations que la loi lui impose dans le cas de simple présomption d'absence (art. 114), démontre bien qu'on n'a pas entendu étendre ses pouvoirs jusque-là.

SECTION III.

A QUEL TRIBUNAL L'ON DOIT S'ADRESSER POUR FAIRE DÉCLARER L'ABSENCE, ET COMMENT ELLE DOIT ÊTRE CONSTATÉE ET DÉCLARÉE.

SOMMAIRE.

421. *Quel est le tribunal compétent pour statuer sur la demande en déclaration d'absence.*
 422. *Formalités à observer; jugement qui ordonne une enquête sur l'absent.*
 423. *Cette enquête n'est pas rigoureusement soumise aux principes du Droit commun.*
 424. *Le tribunal a égard aux motifs de l'absence.*
 425. *Le jugement est susceptible d'appel.*

qu'il était nécessaire que l'héritier présomptif, quoique d'ailleurs il définit les biens de l'absent au moment où l'absence avait été déclarée, eût obtenu du tribunal l'envoi en possession provisoire, pour que l'héritier testamentaire pût demander lui-même son envoi en possession; que cet héritier testamentaire devait former la demande d'envoi en possession contre l'héritier présomptif. Ainsi, selon cet arrêt, l'envoi en possession au profit des héritiers présomptifs serait un préalable indispensable, tandis que nous ne croyons d'indispensable que l'interpellation.

426. *Le jugement définitif ne peut être rendu qu'un an après celui qui a ordonné l'enquête.*
427. *Le ministère public peut requérir et le tribunal ordonner une nouvelle enquête avant de rendre le jugement définitif.*
428. *Ce jugement est aussi susceptible d'appel.*

421. Dans ce cas, comme dans celui où il s'agit de mesures à prendre pendant la première période, c'est au tribunal du domicile de l'absent, ou si ce domicile n'est pas connu, au tribunal de la résidence, que la demande doit être portée. C'est là, en quelque sorte, une question relative à l'état de la personne, du moins pour le présent, et les questions de cette nature sont généralement portées au tribunal du domicile de la personne¹. C'est d'ailleurs dans le ressort du tribunal du domicile ou de la résidence que sont ordinairement les personnes qui peuvent avoir des nouvelles de l'absent, puisque c'est là que sont ses rapports d'intérêts, et, le plus souvent, ses rapports d'amitié et de famille.

422. Les parties intéressées qui provoquent la déclaration d'absence présentent, à cet effet, requête au président du tribunal. A cette requête doivent être joints les pièces et documens. (Art. 859 et 860 du Cod. de procéd.)

Pour constater l'absence, le tribunal, d'après les pièces et documens produits, ordonne qu'une enquête sera faite contradictoirement avec le procureur du roi,

¹ Aussi les questions d'interdiction ou de nomination d'un conseil judiciaire doivent-elles être portées au tribunal de la personne qu'il s'agit d'interdire ou de placer sous l'assistance d'un conseil, et les demandes en séparation de corps ou de biens, doivent être portées au tribunal dans le ressort duquel les époux ont leur domicile.

dans l'arrondissement du domicile, et dans celui de la résidence¹, s'ils sont distincts l'un de l'autre. (Art. 116, Cod. civ.)

Puisque cette enquête doit être faite contradictoirement avec le procureur du roi, ce magistrat pourra appeler les témoins qu'il jugera convenable de faire entendre, même les parens et les successibles de l'absent, lesquels pourront aussi être appelés par ceux qui provoquent la déclaration d'absence; sauf au tribunal à avoir tel égard que de raison à leurs dépositions.

L'enquête doit essentiellement porter sur le point de savoir si l'on a eu ou non des nouvelles de l'absent, parce que si, d'une part, il est de son intérêt que ses biens soient administrés par ceux qui, dans l'ordre de la nature et de la loi, sont généralement appelés à les recueillir, et qui, par conséquent, en auront un soin plus particulier, d'autre part aussi, il est de son intérêt que l'envoi en possession ne soit pas trop précipité, puisqu'il fait acquérir à ceux qui l'obtiennent la majeure partie des fruits.

425. Cependant nous ne voyons pas pour cela des intérêts contradictoires dans ceux de l'absent et ceux des demandeurs; il y a simplement des intérêts divers: aussi s'agit-il ici d'une procédure particulière, qui n'exige pas l'application rigoureuse des articles 252 et suivans du Code de procédure sur la forme des enquêtes. Les intérêts de l'absent sont d'ailleurs garantis par la

¹ Et même de toutes les résidences, s'il y en a plusieurs. *AVIS* du conseil-d'état donné sur l'article 116.

contradiction du ministère public et par l'inventaire qui sera fait en sa présence. En conséquence, on doit croire, 1° qu'il n'y a pas lieu à reprocher, pour une des causes qui, dans les cas ordinaires, seraient le fondement d'un reproche légal, le témoin appelé soit à la requête des parties intéressées, soit à celle du ministère public, sauf, comme nous l'avons dit, au tribunal à avoir tel égard que de raison à sa déposition; 2° qu'il n'est pas nécessaire d'assigner l'absent, comme l'article 261 du Code de procédure prescrit d'assigner le défendeur à l'enquête, car c'est le procureur du roi qui l'est dans ce cas; 3° que ce magistrat peut bien demander la nullité de l'enquête, s'il y a lieu, mais que s'il ne la demande pas, l'absent de retour ne pourra pas la demander pour faire tomber l'envoi en possession et se faire rendre la totalité des fruits; 4° que, même lorsque la nullité de l'enquête a été demandée et obtenue par le ministère public, cette enquête peut être recommencée sur une nouvelle requête, nonobstant l'article 293 du même Code, puisqu'autrement il n'y aurait plus de moyen de faire déclarer l'absence, ce qui est inadmissible.

L'enquête ne doit pas avoir lieu sommairement et à l'audience, mais, au contraire, en observant les formes ordinaires. La cour de Colmar l'a ainsi jugé, en annulant une procédure en déclaration d'absence, dont l'enquête avait eu lieu comme en matière sommaire¹.

424. En statuant sur la demande, le tribunal a égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu

¹ Arrêt du 16 thermidor an XII. Sirey, tome 7, II, 936.

empêcher d'avoir des nouvelles de l'absent présumé (art. 117), telle qu'une guerre, une épidémie, etc. Si ces motifs ou ces causes font impression sur son esprit, il décide qu'il n'y a pas lieu, *quant à présent*, à déclarer l'absence, sauf à maintenir les précautions ou les mesures prises pour le temps de la présomption d'absence, et même à en ordonner de nouvelles.

425. Dans ce cas, ceux qui ont provoqué la déclaration d'absence peuvent appeler du jugement. La matière est d'une valeur indéterminée, et, comme telle, elle est soumise aux deux degrés de juridiction.

Si le tribunal, au contraire, accueille la demande, le ministère public envoie de suite au garde-des-sceaux le jugement préparatoire, pour être rendu public (art. 113). Mais il a, selon notre opinion, le droit d'appeler : il est le défenseur de l'absent. Par exemple, si, lorsqu'il ne s'était pas encore écoulé quatre ans depuis la disparition, ou dix ans quand l'absent avait laissé une procuration à laquelle le tribunal n'a eu aucun égard, la demande avait cependant été accueillie, le ministère public serait bien fondé dans son appel.

426. Ce n'est qu'après un an depuis le jugement qui a ordonné l'enquête, que peut être rendu le jugement définitif (art. 119). Ce délai a été prescrit afin que l'absent, instruit par la publicité donnée au jugement préparatoire par la voie du *Moniteur*, qui est répandu dans presque toutes les parties du monde, comme journal officiel du gouvernement français, ait le temps d'apprendre ce qui se passe à son égard, et de donner de ses nouvelles.

427. Mais, en disant que le jugement de déclaration d'absence ne sera rendu qu'un an après celui qui a ordonné l'enquête, la loi ne s'explique pas sur la question de savoir si le ministère public peut requérir et le tribunal ordonner qu'une nouvelle enquête soit faite, afin de s'assurer si l'on n'a pas eu des nouvelles de l'absent pendant cette année. Il nous semble que l'esprit de la loi est d'autoriser cette réquisition. Le délai n'a été évidemment prescrit qu'afin que l'absent pût être averti, et qu'on pût avoir le temps de recevoir de ses nouvelles : or, la nature des choses autorise l'emploi du moyen le plus propre à faire acquérir une certitude à cet égard. D'ailleurs, l'article 131 veut que si l'existence de l'absent est prouvée pendant l'envoi en possession provisoire, les effets de l'absence cessent aussitôt ; et comme cette preuve ne s'obtiendra, dans la plupart des cas, qu'au moyen d'une enquête, il est clair que la loi ne repousse pas, avant la déclaration d'absence, et pour statuer sur la demande qui en est faite, l'emploi d'un moyen qu'elle autorise même après l'envoi en possession provisoire. Il peut en résulter sans doute quelques frais, quelques longueurs, mais, en pareil cas, les précautions sont utiles, et souvent nécessaires. Au surplus, comme la loi ne prescrit pas formellement cette nouvelle enquête, les tribunaux pourraient, selon les circonstances, ne pas l'ordonner, lors même qu'elle serait requise par le ministère public. S'ils croyaient devoir l'ordonner, la partie poursuivante pourrait bien interjeter appel du jugement, comme d'un *mal jugé*, mais elle ne

pourrait y voir un déni de justice. Nous pensons aussi que , dans le cas où la réquisition du ministère public à ce sujet n'aurait pas été accueillie par le tribunal, ce magistrat pourrait interjeter appel de la décision.

428. Et quant au jugement définitif lui-même, les parties intéressées peuvent en appeler, comme nous l'avons dit du jugement préparatoire.

Le ministère public le peut également, s'il croit que ce jugement a mal-à-propos déclaré l'absence.

Enfin, après que le jugement définitif ou l'arrêt a été rendu, le procureur du roi l'adresse au garde-des-sceaux, qui le rend aussi public. (Art. 118.)

SECTION IV.

RÈGLES SPÉCIALES CONCERNANT LES MILITAIRES DE TERRE ET DE MER, ABSENS
DEPUIS LE 21 AVRIL 1792 JUSQU'AU 20 NOVEMBRE 1815.

SOMMAIRE.

429. *Lois des 11 ventôse et 16 fructidor an II.*
430. *Ces lois n'ont point été abrogées par les articles 135 et 136 du Code civil : arrêt de cassation.*
431. *Loi du 6 brumaire an V.*
432. *Loi du 13 janvier 1817, qui, en abrogeant implicitement celles des 11 ventôse et 16 fructidor an II, a rendu applicables aux militaires les articles 135 et 136 du Code civil.*
433. *Points dans lesquels cette loi déroge au droit commun en matière d'absence.*

429. Il existe sur l'absence des militaires, une législation spéciale, qu'il n'est pas inutile de connaître, parce qu'il importe de savoir en quoi elle a modifié les règles consacrées par le Code civil, sur la présomption

et la déclaration d'absence. Elle s'applique d'ailleurs à un si grand nombre d'individus, qu'elle est encore la législation de presque toutes les familles.

Les lois sur cet objet sont celles des 11 ventôse et 16 fructidor an II, celles des 6 brumaire an V, et 13 janvier 1817, la dernière relative aux moyens de constater le sort des militaires absents depuis le 21 avril 1792 jusqu'au 20 novembre 1815.

Celle du 11 ventôse de l'an II ordonnait, par son article 1^{er}, au juge de paix qui avait mis les scellés sur les effets et papiers d'une succession à laquelle un militaire était appelé, de lui en donner avis sur le champ, s'il savait à quel corps ou armée il était attaché. Il devait pareillement en instruire le ministre de la guerre, et le double de ses lettres devait être copié à la suite de son procès-verbal avant de le présenter à l'enregistrement.

Si, dans le délai d'un mois, le militaire ne donnait pas de ses nouvelles, et n'envoyait point de procuration, l'agent national de la commune dans laquelle la succession s'était ouverte devait convoquer, sans frais, un conseil de famille, pour nommer un curateur à l'absent.

Et suivant les articles 3 et 4, le curateur pouvait provoquer la levée des scellés, assister à leur reconnaissance, faire procéder à l'inventaire et à la vente des meubles, et en recevoir le prix, à la charge d'en rendre compte, soit au militaire, soit à son fondé de pouvoir. Il devait administrer les immeubles en bon père de famille.

Ces dispositions furent étendues par la loi du 16 fructidor de la même année aux officiers de santé et à tous les citoyens attachés au service des armées.

450. Reste à savoir si ces lois ont été abrogées par les articles 135 et 136 du Code.

Et, dans le cas de la négative, si elles s'appliquaient aussi bien aux successions testamentaires qu'aux successions *ab intestat*.

Nous dirons, sur la première question, que le Code civil ne s'occupe point des *militaires absens*, en conséquence, qu'il n'abroge point les lois précitées, puisque, d'après celle du 30 ventôse an xii, sur la réunion, en un seul Code, des lois qui composent le Code civil, il n'y a d'abrogé dans les lois antérieures que celles qui sont relatives à des matières qui font l'objet de ce Code. Aussi, par décret du 16 mars 1807, la publication de ces lois et de celle du 6 brumaire an v fut-elle ordonnée dans les départemens situés au-delà des Alpes, alors réunis à la France; ce qui suppose bien qu'on ne les considérait point comme abrogées par le Code. La cour de cassation a en effet reconnu que ces lois avaient conservé leur force jusqu'à celle du 13 janvier 1817, dont il sera bientôt parlé.

Comme l'arrêt a pareillement jugé qu'elles s'appliquaient aussi bien aux successions testamentaires qu'aux successions *ab intestat*, et que c'est aussi notre opinion, la seconde question se trouve par là même résolue. Voici l'espèce de l'arrêt, qui mérite d'autant mieux d'être rapporté, qu'il prouve, contre l'opinion d'un auteur, que les articles 135 et 136 du Code n'ont pas

toujours été, depuis leur promulgation, applicables aux militaires comme aux autres citoyens, et qu'il démontre aussi, contrairement à la décision d'un autre auteur, que les lois des 11 ventôse et 16 fructidor an 11 ne sont plus applicables maintenant, qu'elles ont cessé de l'être depuis celle du 31 janvier 1817 : conséquemment, pour les successions *ab intestat* ou testamentaires ouvertes au profit des militaires dont l'existence n'est pas reconnue, elles sont, comme dans les cas ordinaires, dévolues provisoirement à ceux avec lesquels ils auraient eu le droit de concourir, ou à ceux qui les auraient recueillies à leur défaut.

François Adar, curateur de Martin, dit Armand, inscrit de la classe de 1812, avait réclamé pour lui, en vertu de la loi spéciale du 11 ventôse de l'an 11, la succession *testamentaire* de Pierre-Élisée Martin, ouverte à son profit par le décès du testateur, arrivé en 1813.

Les hospices civils de Metz, appelés à recueillir cette succession au défaut dudit Armand, dans le cas où il aurait précédé le testateur, s'étaient opposés à l'envoi en possession demandé par le curateur d'Armand. A l'appui de leur opposition ils disaient, qu'étant justifié par un certificat du ministre de la guerre qu'Armand était resté en arrière de son corps le 3 décembre 1812, en revenant de Moscou, et ayant été, en conséquence, rayé du contrôle de sa compagnie, *il ne pouvait plus être considéré comme militaire.*

Un jugement contradictoire du tribunal de Metz avait fait main-levée de leur opposition, « parce que « la loi du 11 ventôse an 11, rendue en faveur des

« défenseurs de la patrie, n'avait été ni rapportée ni
« modifiée, qu'elle s'appliquait à toutes les successions
« déférées aux militaires, *ab intestat* ou autrement, et
« qu'Armand, quoique resté en arrière de son corps,
« n'avait pas cessé d'être légalement présumé mili-
« taire. »

Sur l'appel, la cour royale de Metz avait bien reconnu que la loi du 11 ventôse an 11 était encore en vigueur; elle n'avait pas non plus révoqué en doute qu'elle ne donnât droit aux militaires de recueillir toutes les successions qui leur étaient déférées *ab intestat* ou autrement; mais, en adoptant le système des appelans, elle avait jugé qu'Armand ayant été rayé du contrôle de son régiment, comme resté en arrière de son corps, le 3 décembre 1812, en revenant de Moscou, il avait cessé d'être militaire, et devait être privé du bénéfice de la loi du 11 ventôse an 11.

Pourvoi en cassation de la part du curateur, pour violation de cette loi, en ce que la cour de Metz n'en a point appliqué les dispositions, sous le prétexte qu'Armand n'était pas à son corps, et a ainsi fait une distinction qui n'est ni dans la lettre ni dans l'esprit de la loi.

Par arrêt du 9 mars 1819¹ :

¹ Sirey, 1819, I, 343. On trouve dans le même Recueil, même volume, part. II, p. 79, un arrêt de la cour de Rouen, du 29 janvier 1817, qui a jugé, au contraire, que cette loi du 11 ventôse an 11 ne peut être entendue en ce sens, qu'on puisse réclamer, au nom d'un militaire dont l'existence n'est pas reconnue au moment de l'ouverture de la succession, sa part dans cette succession nonobstant les articles 135 et 136 du Code civil; que cette loi avait seulement pour objet de constater et de conserver d'une manière spéciale les droits éventuels des militaires absents.

« Vu la loi du 11 ventôse an 11, et les articles 135,
« 136 et 137 du Code civil,

« Considérant que la loi du 11 ventôse an 11, ren-
« due en faveur des défenseurs de la patrie, *les répu-*
« *tait toujours vivans*, à l'effet de recueillir les succes-
« sions ouvertes à leur profit ;

« Que les malheurs des campagnes de 1812 et 1813
« *ayant fait reconnaître la nécessité de fixer un terme à*
« *la durée de cette présomption légale*, la loi du 13 jan-
« vier 1817 a autorisé les familles (ou autres y ayant
« intérêt) de ceux qui, comme Armand, étaient restés
« en arrière de leurs corps, sans que depuis on ait eu
« de leurs nouvelles, à faire déclarer leur absence,
« pour *les soumettre aux effets ordinaires de l'absence*,
« *tels qu'ils sont déterminés par le Code civil* ;

« Mais que de cette loi même il résulte que, *jus-*
« *qu'alors*, ces militaires, quoique absents, étaient tou-
« jours considérés comme militaires, et que la loi de
« ventôse an 11 leur était applicable; qu'ainsi, en dé-
« boutant François Adar, ès-noms et qualité, de sa
« demande en envoi en possession de la succession
« ouverte en 1813, en faveur d'Armand, conscrit de
« de la classe de 1812, par la seule raison qu'un cer-
« tificat du ministre de la guerre constatait que ce mi-
« litaire avait été séparé de son corps le 3 décembre
« 1813, l'arrêt a créé une distinction arbitraire entre
« les militaires présens et les militaires absents, et, par
« suite, a commis une contravention expresse à la loi
« du 11 ventôse an 11; par ces motifs, la cour
« casse, etc. »

Ainsi, suivant cet arrêt, la *présomption légale* que ces militaires étaient *toujours réputés vivans*, à l'effet de recueillir les successions ouvertes à leur profit, a cessé par la loi de 1817 : dès-lors, les articles 135, 136 et 137 leur sont applicables comme aux autres citoyens. La loi de ventôse était en effet une loi de *circonstance*; les causes qui l'avaient produite ayant cessé, les principes ont dû reprendre leur empire. Or, les principes veulent que, pour succéder, l'on soit *existant* au moment de l'ouverture de la succession (art. 725), et lorsque le fait de l'existence à cette époque est contesté, il faut qu'il soit prouvé par ceux qui veulent exercer le droit du chef de l'individu non présent.

451. La loi du 6 brumaire an v avait ajouté aux dispositions de celle des 11 ventôse et 16 fructidor an II, en prescrivant des mesures pour la conservation des droits et des propriétés des défenseurs de la patrie.

Elle voulait, 1° qu'il fût nommé, par les tribunaux civils, trois citoyens, pour former un conseil officieux chargé de consulter et de défendre gratuitement les affaires des défenseurs de la patrie et des autres citoyens absens pour le service des armées de terre et de mer.

Mais cette disposition est tombée bientôt en désuétude.

2° Qu'aucune prescription ni péremption d'instance ne pût s'acquérir contre eux, depuis leur départ jusqu'à l'expiration d'un mois après la publication de la paix générale, ou après la signature du congé absolu qui leur serait délivré avant cette époque.

Le délai était de trois mois si, au moment de la paix

ou de l'obtention du congé absolu, ces citoyens faisaient leur service hors de la république, mais en Europe; de dix-huit mois dans les colonies en-deçà du cap de Bonne-Espérance, et de deux ans au-delà de ce cap.

3° Que les jugemens prononcés contre eux ne pussent donner lieu au décret ni à la dépossession d'aucun immeuble pendant les délais ci-dessus, et qu'aucun de ces jugemens ne fût mis à exécution qu'au préalable la partie poursuivante n'eût présenté et fait recevoir, par le tribunal qui a rendu le jugement, une caution solvable de rapporter, le cas échéant.

Le délai fixé par cette loi a été prorogé par celle du 21 décembre 1814 (Bulletin, n° 558) jusqu'au 1^{er} avril 1815, en faveur des militaires et autres citoyens attachés aux armées, non rentrés en France à ladite époque du 21 décembre: et il était permis, en outre, aux cours et tribunaux d'accorder de nouveaux délais à ceux qui, n'étant pas rentrés audit jour 1^{er} avril 1815, auraient justifié en avoir été empêchés par maladie ou toute autre cause légitime, sauf aux créanciers le droit de faire, pendant ce délai, tous actes conservatoires.

Ces dispositions n'empêchaient toutefois point de poursuivre la déclaration d'absence des militaires; mais on le pouvait seulement dans le cas où ils avaient disparu du corps auquel ils étaient attachés; car tant que le militaire est sous le drapeau, il est vrai de dire qu'il est à son domicile. Aussi, sous ces lois, comme sous le régime actuel, il fallait d'abord s'assurer de la disparition du militaire dont on poursuivait l'absence.

A cet effet, les procureurs du roi étaient chargés (et ils le sont encore aujourd'hui) de demander préalablement, et par écrit, au ministre de la guerre ou de la marine, des renseignements sur le militaire présumé absent; il devait en être fait mention dans les jugemens, soit préparatoires, soit définitifs, suivant une circulaire du grand juge, en date du 16 décembre 1816. Sirey, 1808, II, 30.

452. Enfin est intervenue la loi du 13 janvier 1817, qui, comme nous l'avons dit, d'après l'arrêt de cassation cité au n° précédent, abroge implicitement celles des 11 ventôse et 16 fructidor an II, relativement aux successions ouvertes au profit des militaires dont l'existence n'est pas reconnue. Ainsi, pour les successions ouvertes depuis sa promulgation, la loi du 13 janvier 1817 a rendu applicables à ces militaires les articles 135, 136 et 137 du Code civil. Nous allons en rappeler les dispositions. Quoique transitoires de leur nature, elles seront long-temps encore susceptibles d'être appliquées. Nous donnerons ensuite une analyse sommaire des points dans lesquels cette loi déroge au droit commun du Code civil.

« Art. 1^{er}. Lorsqu'un militaire ou un marin, en activité pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 « avril 1792, jusqu'au traité de paix du 20 novembre « 1815, aura cessé de paraître, avant cette dernière « époque, à son corps et au lieu de son domicile ou « de sa résidence, ses héritiers présomptifs ou « son épouse pourront dès à présent se pourvoir au « tribunal de son dernier domicile, soit pour faire

« constater son décès, soit pour un de ces faits à défaut de l'autre.

« Art. 2. Leur requête et les pièces justificatives seront communiquées au procureur du roi, et par lui adressées au ministre de la justice, qui les mettra au ministre de la guerre ou de la marine, selon que l'individu appartiendra au service de terre ou à celui de mer, et rendra publique la demande, ainsi qu'il est prescrit à l'égard des jugemens d'absence par l'article 118 du Code civil.

« Art. 3. La requête, les extraits d'actes, pièces et renseignemens recueillis au ministère de la guerre ou de la marine, sur l'individu dénommé dans ladite requête, seront renvoyés par l'intermédiaire du ministre de la justice au procureur du roi.

« Si l'acte de décès a été transmis au procureur du roi, il en fera immédiatement le renvoi à l'officier de l'état civil, qui sera tenu de se conformer à l'article 98 du Code civil.

« Le procureur du roi remettra le surplus des pièces au greffe, après en avoir prévenu l'avoué des parties requérantes ; et, à défaut d'actes de décès, il donnera ses conclusions.

« Art. 4. Sur le vu du tout, le tribunal prononcera. S'il résulte des pièces et renseignemens fournis par le ministre que l'individu existe, la demande sera rejetée.

« S'il y a lieu seulement de présumer son existence, l'instruction pourra être ajournée pendant un délai qui n'excédera pas une année.

« Le tribunal pourra aussi ordonner les enquêtes
« prescrites par l'article 116 du Code civil, pour con-
« firmer les présomptions d'absence résultant desdites
« pièces et renseignemens.

« Enfin, l'absence pourra être déclarée, ou sans
« une autre instruction, ou après ajournement et en-
« quêtes, s'il est prouvé que l'individu ait disparu sans
« qu'on ait de ses nouvelles, savoir : depuis deux ans,
« quand le corps, le détachement ou l'équipage dont
« il faisait partie servait en Europe ; et depuis quatre
« ans, quand le corps, le détachement ou l'équipage
« se trouvait hors de l'Europe.

« Art. 5. La preuve testimoniale du décès pourra
« être ordonnée, conformément à l'article 46 du Code
« civil, s'il est prouvé, soit par l'attestation du ministre
« de la guerre ou de la marine, soit par toute autre
« voie légale, qu'il n'y a pas eu de registres, ou qu'ils
« ont été perdus ou détruits en tout ou en partie, ou
« que leur tenue a éprouvé des interruptions.

« Dans le cas du présent article, il sera procédé aux
« enquêtes contradictoirement avec le procureur du
« roi.

« Art 6. Dans aucun cas le jugement définitif por-
« tant déclaration d'absence ou de décès ne pourra in-
« tervenir qu'après le délai d'un an, à compter de
« l'annonce officielle prescrite par l'article 2.

« Art. 7. Lorsqu'il s'agira de déclarer l'absence ou
« de constater en justice le décès des personnes men-
« tionnées à l'article 1^{er} de la présente loi, les juge-
« mens contiendront uniquement les conclusions, le

« sommaire des motifs et le dispositif, sans que la
« requête puisse y être insérée. Les parties pourront
« même se faire délivrer, par simple extrait, le dis-
« positif des jugemens interlocutoires; et s'il y a lieu à
« enquêtes, elles seront mises en minute sous les yeux
« des juges.

« Art. 8. Le procureur du roi et les parties requé-
« rantes pourront interjeter appel des jugemens, soit
« interlocutoires, soit définitifs.

« L'appel du procureur du roi sera, dans le délai
« d'un mois, à dater du jugement, signifié à la partie,
« au domicile de son avoué.

« Les appels seront portés à l'audience, sur un
« simple acte de procédure.

« Art. 9. Dans le cas d'absence déclarée en vertu
« de la présente loi, si le présumé absent a laissé une
« procuration, l'envoi en possession provisoire sous
« caution pourra être demandé, sans attendre le délai
« prescrit par les articles 121 et 122 du Code civil,
« mais à charge de restituer, en cas de retour, sous
« les déductions de droit, la totalité des fruits perçus
« pendant les dix premières années de l'absence.

« Les parties requérantes qui posséderont des im-
« meubles reconnus suffisans pour répondre de la va-
« leur des objets susceptibles de restitution, en cas de
« retour, pourront être admises par le tribunal à se
« cautionner sur leurs propres biens.

« Art. 10. Feront preuve en justice, dans les cas
« prévus par la présente loi, les registres et actes de
« décès des militaires, tenus conformément aux arti-

« cles 88 et suivans du Code civil, bien que lesdits
« militaires soient décédés sur le territoire français,
« s'ils faisaient partie des corps ou détachemens d'une
« armée active ou de la garnison d'une ville assiégée.

« Art. 11. Si les héritiers présomptifs ou l'épouse
« négligent d'user du bénéfice de la présente loi, les
« créanciers ou autres personnes intéressées pourront,
« un mois après l'interpellation qu'ils seront tenus de
« leur faire signifier, se pourvoir eux-mêmes en dé-
« claration d'absence ou de décès.

« Art. 12. Les dispositions de la présente loi sont
« applicables à l'absence ou au décès de toutes les
« personnes inscrites au bureau des classes de la ma-
« rine, à celles attachées par brevets ou commissions
« au service de santé, aux services administratifs des
« armées de terre et de mer, ou portées sur les con-
« trôles réguliers des administrations militaires.

« Elles pourront être appliquées par nos tribunaux
« à l'absence et aux décès des domestiques, vivandiers
« et autres personnes à la suite des armées, s'il ré-
« sulte des rôles de l'équipage, des pièces produites et
« des registres de police, passe-ports, feuilles de route
« et autres registres déposés aux ministères de la
« guerre et de la marine, ou dans les bureaux en dé-
« pendans, des preuves et des documens suffisans sur
« la profession desdites personnes et sur leur sort.

« Article 13. Les dispositions du Code civil rela-
« tives aux absens, auxquelles il n'est pas dérogé par
« la présente loi, continuent d'être exécutées. »

455. Ainsi, 1^o lorsqu'un militaire ou marin, en ac-

tivité pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815, a cessé de paraître, avant cette dernière époque, à son corps et au lieu de son ancien domicile ou de sa résidence, ses héritiers peuvent *de suite* se pourvoir au tribunal de son dernier domicile pour faire déclarer son absence ; tandis que, d'après le Code civil, ils sont obligés d'attendre quatre ans, à compter du départ ou des dernières nouvelles si l'absent n'a pas laissé de procuration, et dix ans s'il en a laissé une.

2° Les enquêtes impérieusement prescrites par l'article 116 du Code civil, ne sont, à l'égard des militaires, que facultatives pour le tribunal.

3° *La demande* en déclaration d'absence doit être rendue publique, comme l'article 118 du Code civil le prescrit pour les jugemens d'absence, tandis que le Code n'exige point cette publicité.

4° L'absence peut être déclarée de suite, sans aucune distinction entre le cas où il y a procuration et celui où il n'y en a pas, s'il est prouvé que l'individu a disparu sans qu'on ait eu de ses nouvelles depuis deux ans, quand le corps ou le détachement dont il faisait partie servait en Europe, et depuis quatre ans, quand il servait hors de l'Europe ; tandis que, d'après le Droit commun, il faut nécessairement, pour que l'absence puisse être *déclarée*, qu'il se soit écoulé, depuis la disparition ou les dernières nouvelles, un délai de cinq ans s'il n'y a point de procuration, et de onze ans s'il y en a une.

5° Suivant le Code civil, au titre *des Absens*, on n'est

admis qu'à faire déclarer *l'absence*; tandis que suivant cette loi, on peut faire déclarer le *décès*, afin de faire disparaître toute incertitude; mais ce n'est qu'autant qu'il est *prouvé* qu'il n'y a pas eu de registres, ou qu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou en partie, ou que leur tenue a éprouvé des interruptions ¹.

CHAPITRE III.

DE L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE DES BIENS QUE POSSÉDAIT L'ABSENT AU JOUR DE SA DISPARITION, ET DES EFFETS DE L'ABSENCE PENDANT CETTE PÉRIODE.

SOMMAIRE.

434. *Présomption de mort résultant de la prolongation de l'absence sans nouvelles.*
 435. *Effets généraux de cette présomption.*
 436. *Ces effets ne s'étendent point à ce qui serait irréparable en définitive.*
 437. *Division du chapitre.*

434. Jusqu'à la déclaration d'absence, l'individu a été présumé vivant, ou du moins les présomptions de vie et de mort, en se balançant, se neutralisaient : aussi jusque-là, les mesures qui ont été prises, l'ont-elles été principalement dans son intérêt. Mais puisqu'un long temps s'est écoulé depuis sa disparition; que, pendant ce temps, l'on n'a point eu de ses nouvelles, malgré l'appel solennel qui lui a été fait; qu'il a interrompu toutes ses relations d'intérêts, d'affection et de famille, ordinairement si chères à l'homme, on doit naturellement imputer cette interruption absolue à des causes ex-

¹ Voy. aussi sur ce point l'avis du conseil-d'état du 17 germinal an XIII.

traordinaires, parmi lesquelles vient se placer le tribut réclamé par la nature. La présomption de la vie, d'après son cours ordinaire, est, sinon rendue vaine, du moins puissamment combattue, par le défaut absolu de renseignemens pendant un aussi long intervalle; et les années s'accumulant dans le même état de choses, la présomption de mort finit tellement par faire pencher la balance, jusqu'à ce que des nouvelles de l'absent viennent la dépouiller de sa force et de sa gravité, que la loi considère l'absent comme décédé, et dispose en conséquence à son égard.

455. C'est ainsi, 1° qu'on met à exécution ses dispositions testamentaires (art. 123), ce qui suffirait seul pour démontrer qu'il est alors considéré comme décédé, puisque *non est viventis hereditas*;

2° Sa succession *ab intestat* est considérée, en quelque sorte, comme ouverte, puisque les droits de mutation en sont dus dans les six mois de l'envoi en possession, ainsi qu'il résulte de plusieurs arrêts de cassation ¹;

3° Tous les droits subordonnés à la condition de son décès, même autres que ceux résultant de son testament, peuvent être exercés (art. 123);

4° Il y a lieu à la répétition provisoire de la dot de la femme (art. 124);

5° Ce n'est plus l'absent, que les créanciers ou autres personnes qui ont des droits à exercer contre lui

¹ Voyez ceux du 27 avril 1807 (Sirey, 7, I, 742), et du 2 juillet 1823 (Sir., 23, I, 401), lesquels ont même jugé que les droits sont dus dans le cas où les héritiers se sont mis d'eux-mêmes en possession et ont réglé le partage des biens sans déclaration préalable d'absence, encore que la régie ne rapporte pas la preuve du décès de l'absent.

peuvent mettre en cause : ce sont les envoyés en possession provisoire. (Art. 134.)

456. Mais, quelque grave que soit cette présomption de mort, ce n'est toujours qu'une présomption, et tous les effets qu'elle produit sont résolubles de leur nature : ils ne sont que provisoires, et, comme tels, ils ne s'étendent point à ce qui serait irréparable en définitive. C'est pour cela qu'elle n'autorise point le conjoint à passer à de secondes noces. Finit-elle par acquérir une telle force, qu'elle équivaldrait presque à une certitude morale du décès, par exemple, s'il s'était écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, le mariage ne serait encore point réputé dissous ; il subsisterait toujours jusqu'à la preuve positive de la mort de l'un des époux. (Art. 227.)

Tel est l'état de l'absent pendant cette seconde période : il s'agit maintenant d'en développer toutes les conséquences.

457. Nous verrons dans ce chapitre,

1° Quelles sont les personnes qui peuvent demander l'envoi en possession provisoire ; quelles sont les formalités à suivre pour l'obtenir, et de quels biens il a lieu ;

2° Des droits du conjoint présent ;

Et 3° des obligations de ceux qui obtiennent l'envoi en possession provisoire ; de leur pouvoir pendant cette seconde période, et de leurs droits.

SECTION PREMIÈRE.

QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT OBTENIR L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE, QUELLES SONT LES FORMALITÉS A SUIVRE POUR L'OBTENIR, ET DE QUELS BIENS IL A LIEU.

SOMMAIRE.

438. *Les héritiers présomptifs ont droit à l'envoi en possession provisoire des biens.*
439. *Ce sont ceux qui sont les plus proches au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et non au jour de l'envoï : conséquences.*
440. *Autres personnes qui peuvent demander l'envoi en possession provisoire : renvoi à un autre numéro.*
441. *On peut obtenir l'envoi par le jugement même qui déclare l'absence.*
442. *Formalités à observer pour obtenir l'envoi lorsqu'il n'est demandé qu'après le jugement qui a déclaré l'absence.*
443. *Le jugement qui statue sur la demande en envoi est susceptible d'appel.*
444. *Le ministère public pourrait-il, dans cet état, requérir une nouvelle enquête ?*
445. *L'envoi a lieu des biens qu'avait l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.*
446. *Application du principe à un bien stipulé sous condition.*
447. *Et aux actions réelles qu'avait l'absent lors de son départ.*
448. *Et à la possession utilitment conservée.*

§ 1^{er}.

Quelles sont les personnes qui peuvent obtenir l'envoi en possession provisoire.

438. Lorsque l'absence est déclarée, les héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, peuvent, en vertu du jugement, se faire envoyer en possession provisoire des biens qui apparte-

naient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, à la charge de donner caution (art. 120); sauf ce que nous dirons bientôt pour le cas où il est marié en communauté, et que le conjoint opte pour la continuation de la communauté.

Mais, comme on l'a vu, l'absence n'a pu être déclarée que onze ans après la disparition ou les dernières nouvelles, lorsque l'absent a laissé une procuration (art. 121), encore que la procuration eût cessé (art. 122,) , et dans le cas où il n'y avait pas de procuration, qu'après cinq ans; en sorte que l'envoi provisoire ne peut avoir lieu qu'au bout de cinq ans ou de onze ans.

439. La loi dit : Les héritiers présomptifs *au jour de la disparition ou des dernières nouvelles*, et non pas au jour de l'envoi en possession, parce qu'en effet on ne peut fixer la présomption de mort à une autre époque que la disparition ou les dernières nouvelles, sans le faire arbitrairement et au hasard. Ainsi, supposez que l'absent avait, lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, pour plus proches parents dans la ligne paternelle ou maternelle, Pierre et Paul, ses cousins-germains; que Paul soit venu à mourir avant l'envoi en possession provisoire, mais ayant un fils : ce dernier aura droit aussi à l'envoi en possession pour sa part dans sa ligne; tandis que si on l'accordait à ceux qui se trouvent héritiers présomptifs au jour où il a lieu, Pierre seul y aurait droit dans cette ligne, comme plus proche parent à cette époque, le fils de Paul ne pouvant représenter son père, attendu que la

représentation n'est pas admise dans ce cas. Mais il vient aux droits de son père *jure hereditario*, car non-seulement l'envoi en possession obtenu n'est point un droit personnel et non transmissible¹, mais, de plus, le droit de l'obtenir est transmissible comme les autres droits héréditaires dont il est l'image, puisqu'il est accordé aux héritiers présomptifs. On présume, en effet, la succession ouverte du jour de la disparition ou des dernières nouvelles; donc les héritiers présomptifs à cette époque sont censés l'avoir recueillie et l'avoir transmise à leurs propres héritiers ou légataires et ayant-cause. Leurs créanciers pourraient aussi exercer à cet égard les droits qu'ils auraient eus s'ils avaient vécu jusqu'au moment où l'envoi en possession a été obtenu. En un mot, cet envoi n'est qu'une exécution (provisoire, il est vrai) du droit d'hérédité; le tout sans préjudice de la preuve que l'absent a survécu à tel ou tel de ces héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Pareillement, s'il naissait un frère à l'absent plus de trois cents jours après sa disparition ou ses dernières nouvelles, comme cet enfant n'était point encore conçu à l'une ou à l'autre de ces époques, il n'aurait aucun droit à l'envoi en possession: car, pour succéder à quelqu'un, il faut être conçu à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 725), et suivant l'esprit de l'article 120, celle de l'absent est *présumée* ouverte, aux époques qu'il désigne, au profit des héritiers les plus proches, ou du moins l'envoi en possession

¹ Voir l'arrêt de la cour de Turin, du 5 mai 1810. Sirey, 1811, II, 95.

doit être considéré comme une image de l'ouverture de la succession.

Et même dans le cas où la femme de l'absent mettrait au monde un enfant plus de trois cents jours après sa disparition ou ses dernières nouvelles, les parents collatéraux, héritiers présomptifs à l'une ou à l'autre de ces époques, devraient, par une juste application de notre article 120, combiné avec l'article 315, obtenir l'envoi en possession, à l'exclusion de cet enfant, sans être tenu ni de le désavouer ni même simplement de *contester* en forme sa légitimité, ou du moins, leur contestation de légitimité devrait avoir un effet péremptoire, absolu, ainsi que nous le dirons plus tard quand nous traiterons de l'enfant né plus de trois cents jours à compter de la mort du mari, dans les cas ordinaires, au titre *de la Paternité et de la Filiation* ¹.

440. Quant aux autres personnes qui peuvent demander l'envoi en possession provisoire de leurs droits, nous en avons parlé à la section II du chapitre précédent, où nous avons aussi traité et résolu affirmativement la question de savoir si elles peuvent les exercer encore que les héritiers présomptifs ne demandent pas l'envoi en possession provisoire général : nous y renvoyons pour ne pas nous répéter.

§ II.

Des formalités à suivre pour obtenir l'envoi en possession provisoire.

441. Les héritiers présomptifs ou le conjoint qui

¹ Voy. sur le cas en question un arrêt de la cour de cassation, confirmatif d'une décision de la cour de Paris, en date du 3 décembre 1834. Sirey, 35, I, 230.

provoquent la déclaration d'absence, peuvent aussi, par le jugement qui la constate, se faire envoyer en possession provisoire. L'article 120 paraît supposer, il est vrai, que le jugement d'absence est déjà rendu lorsque l'envoi est demandé, puisqu'il dit : « Les héritiers...., « pourront, *en vertu du jugement définitif qui a déclaré l'absence, etc.* ; » mais c'est une disposition portée pour embrasser tous les cas, parce qu'en effet il ne doit y avoir d'envoi en possession qu'autant que l'absence est constante : or, le jugement qui la déclare, la rend telle, et rien n'empêche que, par un dispositif particulier, il ne statue aussi sur l'envoi en possession, si ceux qui ont provoqué l'absence sont aussi ceux qui ont droit à cet envoi : l'on évite ainsi des frais inutiles.

442. Si les héritiers présomptifs ou le conjoint se sont bornés d'abord à demander que l'absence soit déclarée, ils doivent, pour obtenir ensuite l'envoi en possession provisoire, présenter requête au président du tribunal. Sur cette requête, à laquelle est jointe l'expédition du jugement qui a déclaré l'absence, le président commet un juge pour faire son rapport au jour indiqué, et le jugement est prononcé, après avoir entendu le procureur du roi. (Art. 859 et 860 du Cod. de procéd., analysés et combinés.)

445. Il est susceptible d'appel, soit de la part des demandeurs déboutés, soit de la part du ministère public, dans le cas où il croirait que l'on a eu des nouvelles de l'absent depuis la déclaration d'absence, et même antérieurement, et qu'on les a dissimulées pour arriver à l'envoi en possession provisoire.

444. Nous avons décidé précédemment que le ministère public peut requérir et le tribunal ordonner une nouvelle enquête, lorsqu'il s'agit de statuer, par un jugement définitif, sur la demande en déclaration d'absence; mais on peut encore élever la question de savoir si cette enquête ne pourrait pas être ordonnée sur la demande d'envoi en possession provisoire? Dans l'état des choses, le refus de l'envoi, fondé sur la supposition que l'on a reçu des nouvelles de l'absent, constituerait-il un déni de justice? L'article 120 dit que les héritiers *pourront*, en vertu du jugement définitif qui a déclaré l'absence, se faire envoyer en possession; d'après cela, ordonner de nouvelles enquêtes, dont le résultat serait d'entraîner les parties dans des frais, des embarras et des longueurs, semble d'abord contraire à l'esprit de la loi, qui paraît n'avoir jugé utiles toutes ces précautions que pour constater l'absence. Cependant nous croyons que le tribunal aurait ce droit: nous nous fondons sur l'article 131, qui le lui accorde évidemment même pendant l'envoi en possession provisoire; or, ce qu'il peut faire après avoir accordé cet envoi, il peut, par la même raison, le faire auparavant; sauf aux parties à appeler du jugement, s'il leur paraissait blesser leurs droits.

Au reste, lorsqu'après une déclaration d'absence régulièrement prononcée, un tiers vient demander la préférence sur celui qui a obtenu l'envoi en possession provisoire, et qu'il s'élève une contestation pour fixer l'époque précise de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, une enquête contradictoire avec

le ministère public n'est pas nécessaire, attendu qu'il ne s'agit pas, dans ce cas, de l'intérêt de l'absent, mais bien de celui des prétendants. Les preuves à admettre sont subordonnées à la prudence des juges, qui peuvent même se contenter d'un simple acte de notoriété¹.

§ III.

De quels biens a lieu l'envoi provisoire.

445. L'article 120 autorise l'envoi en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles; par cela même, il paraît refuser l'envoi en possession de ceux qui ont pu lui échoir depuis. Cela, vrai en principe, demande néanmoins quelque explication.

Pour les successions testamentaires ou *ab intestat*, les donations de biens à venir faites en sa faveur, les donations entre vifs par lui faites avec stipulation du droit de retour, et tous les droits, en un mot, qui exigeaient, pour lui être acquis, qu'il existât au moment de leur ouverture, et qui ne se sont ouverts que depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles, il est clair, d'après les articles 135 et 136, que ses héritiers présomptifs, en principe, ne peuvent en réclamer la possession; c'est, au surplus, ce qui sera développé au chapitre v^e et dernier.

446. Mais il est tel bien qui n'appartenait réellement pas à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et dont cependant ses héritiers pourraient demander et obtenir l'envoi en possession pro-

¹ Voyez l'arrêt de rejet du 24 novembre 1811. Sirey, 1812, I, 83.

visoire. Par exemple, l'absent a stipulé ¹ tel immeuble sous condition, et la condition vient à s'accomplir durant son absence : en principe, il n'était point propriétaire de l'immeuble tant que la condition n'était point accomplie ; il y avait *tantum spes* ; mais l'accomplissement de la condition ayant un effet rétroactif (ce qui a surtout été admis en faveur des héritiers) (art. 1179), le droit de l'absent, par l'effet de cette règle, est censé avoir été parfait dès le jour du contrat, et en conséquence, ses héritiers présomptifs peuvent demander au tiers la délivrance de l'immeuble.

447. Les héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles exercent aussi les actions en réméré ou en rescision qu'avait l'absent lors de sa disparition, et qui ne sont point prescrites, suivant la règle de droit, *qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur*.

448. Ils ont pareillement droit à la simple *possession* qu'il avait de la chose d'autrui et qui n'a point été perdue ; en un mot, l'article 120 doit s'entendre de tous les droits acquis qu'avait l'absent lors de sa disparition et qui ont été utilement conservés.

SECTION II.

DES DROITS DU CONJOINT PRÉSENT.

SOMMAIRE.

449. *Droit qu'a le conjoint commun en biens d'opter pour la continuation de la communauté ou sa dissolution pro-*

¹ Nous disons *stipulé* : car si c'était un legs fait sous condition, ses héritiers présomptifs ne seraient admis à en demander la délivrance qu'en prouvant qu'il *existait* aussi au moment de l'accomplissement de la condition. (Art. 135 et 1040 combinés).

- visoire, et d'empêcher, dans le premier cas, l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent.
450. Il est indifférent que la communauté soit légale ou modifiée.
451. Dans les cas où les époux ne sont point communs en biens, et où c'est la femme qui a disparu, le mari a-t-il le droit de conserver la jouissance de la dot jusqu'à l'envoi définitif ou la dissolution du mariage?
452. Résolution de la question.
453. Droits de l'époux, en général, lorsque le conjoint absent n'a pas laissé de parens habiles à lui succéder.
454. Observations sur la faculté qu'a l'époux commun en biens et qui opte pour la continuation de la communauté, d'empêcher l'exercice des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent.
455. Dans ce cas, les héritiers présomptifs d'un appelé à une substitution dont est grevé l'absent, sont-ils obligés, même après la dissolution de la communauté, de prouver le prédécès de l'absent, pour obtenir l'envoi en possession provisoire des biens compris dans la substitution?
456. Dans le cas de la négative, quid des fruits perçus par l'administrateur légal sur les biens grevés?
457. Différens cas dans lesquels l'exercice des droits des tiers n'est plus paralysé par l'option que le conjoint avait faite pour la continuation de la communauté.
458. Obligation pour la femme présente de faire inventaire.
459. Étendue de ses pouvoirs comme administratrice légale.
460. Le mari dont la femme est absente doit aussi faire inventaire.
461. Étendue des pouvoirs du mari en sa qualité d'administrateur légal.
462. L'époux qui a d'abord opté pour la continuation de la communauté peut ensuite en demander la dissolution provisoire.
463. La femme qui a opté pour la continuation de la communauté a conservé le droit d'y renoncer ensuite.
464. Droits de l'administrateur légal en ce qui concerne les fruits.
465. L'administrateur légal ne doit pas caution.

466. *L'époux qui demande la dissolution provisoire de la communauté exerce ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution.*
467. *Droits légaux de la femme présente.*
468. *Ses droits conventionnels.*
469. *Pour quels objets elle doit caution.*
470. *Droits légaux et conventionnels du mari, et pour quels objets il doit caution.*
471. *Conditions que doit réunir la caution.*
472. *La communauté se rétablit par le retour de l'absent ou la réception de ses nouvelles : conséquences.*

449. Ce que nous avons dit précédemment, que les héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles peuvent se faire envoyer en possession provisoire des biens de l'absent, souffre exception dans le cas où il est marié sous le régime de la communauté et que son conjoint opte pour la continuation de la communauté. Voici ce que porte à cet égard l'article 124 :

« L'époux commun en biens, s'il opte pour la continuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver¹ par préférence l'administration des biens de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exerce tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution. »

Au premier coup-d'œil, cette disposition paraît très raisonnable : la communauté conjugale est une véri-

¹ La femme prend et le mari conserve l'administration.

table société, un contrat synallagmatique, qui s'est formé avec le mariage, et qui ne doit pas, par conséquent, se dissoudre contre la volonté et au préjudice de l'autre époux présent, dont le titre est au moins aussi puissant que celui des héritiers présomptifs. Aussi, nous applaudirions à cette disposition si ses effets avaient été mesurés sur ce qu'exigeait seulement l'exécution du contrat de communauté. Mais il n'en est pas ainsi, et nous ne pouvons nous empêcher de déclarer que cet article 124 présente, dans les conséquences du principe qui a présidé à sa rédaction, des anomalies avec d'autres principes de la matière, et même avec les règles ordinaires du Droit, comme on le verra par la suite.

450. On entend par communauté entre époux, une association de biens qui doit subsister pendant le mariage, du moins en général, et dont la composition et les effets sont réglés par la loi ou par des conventions spéciales.

Quant à l'application de l'article 124, il est indifférent que la communauté soit légale ou modifiée; qu'elle comprenne tout le mobilier présent et futur des époux, ou qu'elle soit simplement réduite aux acquêts; qu'elle doive être partagée par égales portions, ou qu'elle soit attribuée à l'un d'eux pour une part plus forte que la moitié, ou même pour le tout: la loi ne fait aucune distinction à cet égard; elle dit seulement, *l'époux commun en biens*, et il est commun en biens sous le régime de la communauté conventionnelle ou modifiée, comme sous celui de la communauté légale.

454. Mais si l'époux n'a le droit, d'après l'article 124, de prendre ou conserver l'administration des biens de l'absent, qu'autant qu'il est commun en biens, on peut toutefois demander si le mari dont la femme est absente a du moins celui de conserver, jusqu'à l'envoi définitif ou la dissolution du mariage, la jouissance et par suite l'administration de la dot qui lui a été apportée sous un autre régime que celui de la communauté ?

Ainsi, dans le cas d'exclusion de communauté, l'article 1531 lui accorde, pendant le mariage, et jusqu'à la séparation qui serait prononcée en justice, l'administration et la jouissance des biens meubles et immeubles de la femme.

Sous le régime dotal proprement dit, il a aussi, jusqu'à la dissolution du mariage ou la séparation de biens, la jouissance et l'administration des objets qui composent la dot.

Deux raisons très fortes semblent appuyer la prétention du mari, de conserver, vis-à-vis des héritiers de la femme, la jouissance de ce qui lui a été apporté pour l'aider à supporter les charges du mariage.

La première est fondée sur ce que la femme n'a pu, par son fait (sa disparition) altérer les droits du mari : or, les droits de celui-ci sont altérés s'il est obligé de restituer la dot avant les époques déterminées par la loi générale qui régit les conventions matrimoniales ; et si l'on prétend que la déclaration d'absence fait supposer le décès de l'absent, et par conséquent le cas où la dot devient restituable, on peut répondre que, rela-

tivement au mariage, la loi ne suppose pas le décès ; qu'au contraire, le mariage est toujours présumé subsister jusqu'à ce que sa dissolution soit prouvée ; que non-seulement il est présumé subsister quant au lien, mais encore quant aux intérêts pécuniaires, puisque l'époux commun en biens empêche, en optant pour la continuation de la communauté, l'envoi en possession de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. Donc, peut-on dire en faveur du mari, si le mariage est supposé subsister encore, la dot n'est point sujette à restitution.

La seconde raison consiste à dire que l'on ne voit pas pourquoi les constitutions de dot ne seraient pas respectées comme les clauses par lesquelles on a établi la communauté : les unes sont aussi dignes de faveur que les autres. Pour échapper à la force de cette objection, on est obligé de prêter au législateur des vues contradictoires, savoir : dans le cas de non-communauté, la supposition du décès de l'absent, c'est-à-dire la dissolution du mariage, du moins en ce qui concerne les intérêts pécuniaires ; et dans le cas de communauté, l'existence du mariage avec tous ses effets quelconques.

482. Néanmoins il faut croire que la prétention du mari n'est pas fondée sur l'intention du législateur. En établissant, en principe, que tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent pourront les exercer, à la charge de donner caution (art. 123), et en n'apportant à ce principe qu'une seule exception, le cas de communauté, il est évident

que la loi a entendu que les biens de la femme absente seraient restitués à qui de droit. Elle a très-probablement considéré que, s'il n'y a pas d'enfans, les charges du mariage n'existent plus de fait pour le mari, puisqu'il n'a plus à pourvoir qu'à ses besoins personnels, pour lesquels il a ses biens; que s'il y a des enfans, le mari ayant, jusqu'à ce qu'ils aient dix-huit ans, la jouissance légale de ceux qui leur appartiennent, ainsi que de ceux de leur mère absente, il peut, par ce moyen, comme s'il avait encore les biens à titre de dot, subvenir à toutes les charges du mariage.

455. Au surplus, dans le cas où l'époux absent n'a point laissé de parens habiles à lui succéder (ce qui comprend les enfans naturels reconnus, car, quoiqu'ils ne soient pas héritiers, ils sont préférés au conjoint, art. 767), l'autre époux peut demander l'envoi en possession provisoire. (Art 140.)

Pour expliquer avec méthode les difficultés que présente l'article 124, nous distinguerons les deux cas : celui où l'époux commun en biens opte pour la continuation de la communauté, et celui où il opte pour sa dissolution provisoire; les effets sont très différens.

1^{er} Cas : celui où, commun en biens, il opte pour la continuation provisoire de la communauté.

454. La faculté accordée à l'époux commun en biens qui opte pour la continuation de la communauté, de prendre ou conserver l'administration des biens de l'absent, et d'empêcher ainsi l'exercice provisoire des droits subordonnés à la condition de son

décès, est susceptible, comme nous l'avons déjà dit, de quelques observations.

D'abord, s'il paraît conforme aux principes sur l'absence déclarée, combinés avec ceux de la communauté, que le mari conserve l'administration des biens de sa femme absente, parce qu'il reste dans la même position qu'auparavant, au premier coup-d'œil cela ne paraît pas aussi conforme à ces mêmes principes quand c'est le mari qui est absent : la femme prend alors une administration qu'elle n'avait point ; elle empêche l'exécution du testament de son mari, qui eût été *présumé décédé* si ses héritiers présomptifs, au lieu d'elle, avaient eu l'envoi en possession (art. 123) ; et la présomption de mort, qui naît généralement de la déclaration d'absence, et que l'on conteste en vain ¹, puisque *nulla est viventis hereditas*, a effet dans un cas et non dans l'autre, ou pour mieux dire, la même cause produit des effets différens. Mais on répond à cette objection en disant que la communauté est une société, un contrat synallagmatique, et qu'à ce titre elle doit primer un acte de pure libéralité, comme le testament, et faire taire la présomption de mort. Cette espèce d'anomalie se justifie donc par les principes qui régissent la communauté entre époux.

¹ Anciennement elle avait aussi trouvé des contradicteurs ; mais elle avait fini par prévaloir. Voyez Rousseau de Lacombe, v^o *Absent*, qui rapporte un arrêt de 1731, rendu en ce sens. On en trouve deux précédens au *Journal des Audiences*, l'un du 2 janvier 1634, et l'autre de mars 1638. Lebrun, *des Successions*, liv. I, chap. 1, sect. 1, n^o 3, et M. de Lamignon, dans ses *Arrêtés*, avaient également reconnu l'existence de cette présomption, dont les effets, au surplus, ne sauraient être étendus au-delà des limites déterminées par la loi.

D'après cela, comme tous les produits et revenus des biens de l'un et l'autre époux tombent dans la communauté (art. 1401), les héritiers présomptifs de l'absent ne pourraient demander l'envoi en possession de ses biens personnels. Ce n'est point assurément, comme l'a dit un auteur, parce que ces héritiers ne prouvent point que l'absent est décédé, puisque toutes les autres personnes qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès peuvent les exercer vis-à-vis des héritiers présomptifs, sans être davantage astreintes à cette preuve, la présomption de la loi leur en tenant lieu; mais c'est parce que cette présomption existe dans un cas, et non dans l'autre, suivant la qualité de la personne à qui la loi accorde l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent.

Ainsi, en donnant à l'époux, dans ce cas, la faculté d'empêcher l'exercice des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, la disposition de l'article 124 est tout-à-fait équitable, si on ne l'applique qu'à ceux de ces droits qui ont leur principe dans la loi, comme l'hérédité, ou dans la libéralité de l'absent, comme les donations de biens à venir et les legs. Mais si l'on veut l'appliquer aussi aux cas où cet absent est donataire ou acquéreur en usufruit, ou grevé d'une substitution, ou donataire avec stipulation du droit de retour, alors il est permis de croire que cette disposition a un effet trop général, puisque, excepté le cas unique d'époux commun en biens qui opte pour la continuation de la communauté, l'absent eût été présumé mort par l'effet de la déclaration d'absence (sauf en ce

qui touche son mariage), et tous ceux qui auraient eu des droits subordonnés à la condition de son décès, tels que ceux dont il vient d'être parlé, auraient pu les exercer provisoirement. Et on le demande, que fait, quant à l'extinction présumée du droit d'usufruit qu'avait l'absent lors de son départ, l'option de son conjoint pour la continuation de la communauté? En quoi la présomption de mort, et par suite celle de l'extinction de l'usufruit, est-elle affaiblie par cette option? On conçoit très bien la supposition de la vie de l'absent dans l'intérêt du conjoint lorsqu'il ne s'agit que des biens de cet absent; mais on ne la conçoit pas aussi facilement lorsqu'il s'agit des droits des tiers : ces tiers, s'ils n'acquièrent la preuve du décès de l'absent, seront obligés d'attendre pour exercer ces droits, peut-être déjà ouverts depuis longtemps, qu'il se soit écoulé un temps qui pourra être de trente ans depuis la déclaration d'absence. Ces droits sont d'ailleurs plus ou moins compromis, en ce que l'époux ne doit pas caution dans ce cas, et c'est un inconvénient de plus. Mais la loi est absolue : elle dit, *tous les droits* subordonnés au décès de l'absent.

455. Quelques personnes pensent que le principe de l'article 135, qui oblige ceux qui réclament un droit échu à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, à prouver que cet individu existait au moment de l'ouverture du droit, s'applique aussi en *sens inverse*, c'est-à-dire que si l'on réclame un droit subordonné au décès d'un individu absent, l'on doit prouver ce décès : par exemple, si un absent a reçu une donation faite avec stipulation du droit de retour, ou s'il est grevé

d'une substitution, ceux qui réclameront l'objet donné ou les biens grevés, devront prouver que l'absent est décédé avant le donateur ou l'appelé à la substitution.

Si ce système était fondé, il en résulterait que la position des héritiers de ces derniers serait bien différente dans le cas où il n'y aurait pas lieu à appliquer l'article 124, de ce qu'elle serait dans le cas contraire. Dans le premier, ils auraient incontestablement le droit de se faire envoyer en possession de l'objet donné ou des biens grevés de substitution, puisque l'article 123 dit : « Tous ceux qui auront des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent pourront les exercer, etc. » Or, le droit de retour et l'ouverture de la substitution sont subordonnés au décès de l'absent. Au contraire, si c'est l'époux qui obtient l'envoi, il empêche l'exercice provisoire de *tous* les droits subordonnés à la condition du décès de son conjoint, et si l'on suppose que le donateur ou l'appelé soit mort, ses héritiers seraient obligés de prouver que leur auteur a survécu à l'absent ; en sorte que, si l'on n'en avait jamais de nouvelles, le droit de retour et la substitution deviendraient caducs, faute de pouvoir prouver son prédécès. Dans ce système, l'envoi définitif même ne changerait rien à cet égard, puisqu'il n'a lieu qu'au profit des *ayant-droit*, ce qui ramènerait la question de savoir si le donateur ou l'appelé ont été des *ayant-droit*, c'est-à-dire, ce qui ramènerait l'obligation de prouver le prédécès de l'absent ; tandis que si l'époux n'avait pas pris l'administration des biens de ce dernier, le donateur et l'appelé ayant eux-mêmes obtenu

l'envoi en possession, c'eût été aux héritiers de l'absent, comme demandeurs en restitution, à prouver que leur auteur a survécu au donateur ou à l'appelé.

Cette notable différence n'existerait pas, ou du moins elle n'aurait pas les mêmes conséquences, si l'on adoptait le sentiment de ceux qui pensent que, dans le cas où l'absent ne reparait pas et qu'on n'a point de ses nouvelles, il doit être considéré comme mort au jour de sa disparition, parce que telle est la présomption de la loi (art. 120) : en conséquence, si l'époux, par son option pour la continuation de la communauté, empêche l'exercice du droit de retour ou l'ouverture de la substitution, tant que la communauté n'est pas dissoute par sa mort ou par l'envoi définitif, du moins ces droits ne sont pas autant compromis qu'ils le sont dans le premier système : ceux auxquels ils compétent pourraient les exercer lors de la dissolution de la communauté, sauf à les restituer s'il était ensuite prouvé que l'absent a survécu.

Nous adoptons ce dernier sentiment, d'autant mieux que la règle inverse de l'article 135 ne se trouve nulle part. A la vérité, tout demandeur doit prouver sa demande; mais la présomption de la loi tient lieu de preuve : or, il y a présomption qu'un individu qui disparaît, sans qu'on ait depuis de ses nouvelles, est mort au jour de sa disparition. La loi considère cette époque pour conférer provisoirement les biens à ceux qui sont appelés dans l'ordre de succéder. Ceux-là même dont nous combattons l'opinion paraissent se contredire, en accordant aux héritiers des individus qui avaient droit

à l'envoi en possession provisoire (par conséquent aux héritiers des légataires de l'absent) le droit d'obtenir cet envoi, sans cependant les assujettir à prouver le prédécès de l'absent.

456. En admettant que notre opinion soit fondée sur les principes de la matière, elle fera naître, dans le cas où l'époux opte pour la continuation de la communauté, et empêche ainsi l'exercice du droit de retour et l'ouverture de la substitution, la question de savoir à qui appartiendront les fruits, si l'on ne reçoit aucune nouvelle de l'absent. Comme nous le réputons mort du jour de la disparition, et que l'article 127 n'autorise la retenue des fruits qu'autant qu'ils ont été perçus sur ses biens, il semblerait que l'époux les ayant perçus sur ceux d'autrui, il les a perçus *sine causâ, aut saltem falsâ causâ*, et qu'il doit les restituer. D'autre part, l'époux *possède*, et on suppose qu'il possède de bonne foi : il doit donc, d'après l'article 550, gagner les fruits jusqu'à la demande. Nous croyons que l'on doit appliquer à ce cas la disposition de l'article 130 ; il y a parité de raison. Dans le cas de cet article, celui qui croyait avoir droit aux biens les restitue, sous la réserve des fruits accordés en tout ou partie par l'article 127 : l'époux croyait avoir le droit de jouir de l'objet donné ou des biens substitués, il les rend pareillement, et il doit retenir les fruits dans les proportions fixées par cet article.

457. Mais il faut remarquer que le droit attribué à l'époux présent, de maintenir la communauté, est uniquement introduit dans son intérêt ; en sorte que s'il

meurt, la communauté se trouvant par conséquent dissoute, tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent pourront alors les exercer, à la charge de donner caution.

S'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, la présomption de mort est pour ainsi dire devenue une certitude, et l'envoi en possession définitif de ses biens ne peut plus être entravé par la volonté de l'époux présent. On doit dire la même chose s'il s'est écoulé trente ans depuis que le conjoint commun en biens a pris l'administration des biens de l'absent ; et, dans ces divers cas, il n'y a même plus de caution à fournir. Enfin, si l'époux présent, qui avait d'abord opté pour la continuation de la communauté, en demande maintenant la dissolution provisoire, ainsi que nous démontrerons bientôt qu'il en a le droit, le principe de l'article 123 reprend aussi son empire.

458. La femme dont le mari est absent, et qui opte pour la continuation de la communauté, doit faire inventaire des meubles et des titres qui la composent, des siens propres et de ceux du mari. Les fruits de ces biens tombent en effet dans la communauté, et sont en quelque sorte ceux du mari tant qu'elle dure : il en a la disposition, même à titre gratuit, sous les distinctions établies par l'article 1422. La femme n'est donc ici qu'un mandataire intéressé.

L'inventaire doit être fait en présence du procureur du roi au tribunal de première instance, ou d'un juge de paix par lui requis ¹. (Art. 126.)

¹ Les héritiers présomptifs du mari pourraient toutefois demander à

459. Elle a l'administration des biens de la communauté, de ceux du mari et de siens propres¹ : elle peut donc, sans autorisation judiciaire, faire tous les actes relatifs à cette administration. Mais il ne s'agit ici que de la simple administration ; pour les actes d'aliénation d'immeubles, les transactions, etc., soit sur les biens de la communauté, soit sur les siens, elle a besoin d'être autorisée en justice (art. 222 et 1427). Quant à l'aliénation des meubles, nous ne croyons pas qu'elle ait besoin de cette autorisation (argument des articles 1449 et 1536). Il pourrait y avoir exception pour les rentes et créances, en ce sens que la femme pourrait bien, sans avoir besoin d'être autorisée en justice, en recevoir le paiement ou le remboursement, dans les cas de droit, mais non en ce sens qu'elle dût pouvoir en faire à des tiers le transport à un taux inférieur au montant du capital.

Elle a besoin d'être autorisée pour ester en jugement (art. 125 et 222). Au surplus, le tribunal peut ordonner, s'il y a lieu, la vente de tout ou partie du mobilier du mari, ou même de la communauté ; et il est fait emploi du prix, ainsi que des fruits échus (art. 126). Nous ne disons pas la même chose, du moins en général, dans le cas où c'est le mari qui est présent : la disposition de cet article ne lui est applicable qu'avec beaucoup de restrictions.

assister à l'inventaire : ils ont un grand intérêt à ce qu'il soit fait avec exactitude ; le procureur du roi ne connaît probablement pas aussi bien qu'eux les affaires de l'absent.

¹ Car il serait absurde qu'elle eût l'administration des biens de la communauté, et même des biens propres au mari, et qu'elle n'eût pas celle des choses qui lui appartiennent.

460. La question de savoir si, lorsque c'est le mari qui est présent, il est obligé de faire inventaire des meubles et titres de la communauté, est controversée. L'on dit, pour la négative, que l'absence de la femme ne doit rien diminuer des droits du mari, ni rien ajouter à ses obligations; que la présomption de mort n'a pas lieu dans ce cas, puisque la communauté se continue; en un mot, qu'il doit rester absolument dans la même position que si la femme était présente; que s'il doit faire l'inventaire des meubles de la femme qui ne tombent pas dans la communauté, c'est parce qu'il en prend l'administration par l'effet de la disposition de l'article 124.

C'est d'abord une erreur de principe que de dire, comme M. Toullier, que le mari *prend* l'administration des meubles de la femme qui ne sont point entrés en communauté. Dès qu'il y a communauté, même réduite aux acquêts, le mari a de plein droit l'administration de tous les biens de sa femme¹ : l'article 124 n'ajoute rien à ses droits à cet égard. Et comme il n'y a aucun inconvénient à faire l'inventaire, et qu'il y en aurait de très-graves à ne pas le faire, nous pensons que le mari doit le faire aussi bien des meubles et titres de la communauté, puisque la femme y a des droits, que des meubles et titres personnels de celle-ci.

461. Nous ne refusons pas, du reste, au mari le droit de vendre et d'hypothéquer les biens de la com-

¹ Articles 1428, 1528 et 1408, analysés et combinés. En effet, les fruits de ces biens entrent tous dans la communauté : donc le mari, chef de la communauté, a l'administration des biens eux-mêmes.

munauté, de disposer même à titre gratuit du mobilier qui la compose, en observant toutefois les dispositions restrictives de l'article 1422 ; mais l'inventaire pouvant prévenir les fraudes, il aura toujours un très grand avantage : cela n'a pas besoin d'être démontré.

Les aliénations¹ qui seront prouvées avoir été faites depuis la mort de la femme absente, au profit des tiers qui ignoraient le décès, seront aussi maintenues comme celles faites par un mandataire à des tiers qui ignoraient la révocation du mandat (art. 2009), et le mari répondra, au surplus, de ses actes, s'il y a lieu, vis-à-vis des héritiers de la femme ; et si l'on n'a plus de nouvelles de celle-ci, comme alors la communauté sera présumée dissoute du jour de sa disparition, il répondra de ses actes s'il a excédé les bornes du pouvoir que la loi accorde au mari sur les biens de la communauté.

462. L'époux présent qui a opté d'abord pour la continuation de la communauté peut ensuite, selon notre opinion, en demander la dissolution provisoire, et qui sera définitive si le conjoint ne reparaît plus ou ne donne pas de ses nouvelles. Il peut renoncer à un droit uniquement introduit en sa faveur, et qu'il aurait pu répudier d'abord. S'il ne l'a pas fait, on peut raisonnablement supposer qu'il avait encore l'espoir de voir bientôt reparaître son conjoint ; mais cette situation se prolongeant, il a le droit d'en sortir. Il signi-

¹ Mais le mari ne peut pas donner les immeubles, si ce n'est pour l'établissement des enfans communs. (Art. 1422.)

fiera donc sa volonté aux héritiers de l'absent, et alors on agira comme nous le dirons sur le second cas.

465. L'option que la femme a faite d'abord pour la continuation de la communauté n'est point un obstacle à ce qu'elle y renonce ensuite, lorsqu'elle se dissoudra provisoirement ou définitivement. (Art. 124 analysé.)

464. En ce qui concerne les fruits, l'application des dispositions de l'article 127 au conjoint qui a opté pour la continuation de la communauté, n'est pas sans quelque difficulté.

Il porte que « ceux qui, par suite de l'envoi en possession provisoire, ou de l'administration légale, auront joui des biens de l'absent, ne seront tenus de lui rendre que le cinquième des revenus, s'il reparait avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition, et le dixième s'il ne reparait qu'après les quinze ans.

« Après trente ans d'absence, la totalité des fruits leur appartiendra. »

Comment, en effet, concilier cette disposition avec celle de l'article 1401, qui fait tomber dans la communauté tous les fruits, revenus et produits perçus pendant son cours, tant sur les biens personnels de chacun des époux, que sur ceux de la communauté, ainsi que les gains provenant de l'industrie commune¹? car si l'absent revient ou donne de ses nouvelles, la communauté n'ayant jamais été dissoute, il

¹ Ce qui a lieu également dans la simple communauté d'acquêts. (Art. 1498.)

semble qu'elle peut réclamer la portion de fruits attribuée à l'époux administrateur légal, et celui-ci remettrait ainsi d'une main ce qu'il retirerait de l'autre : c'est, en effet, ainsi que plusieurs personnes entendent la disposition de cet article 127 pour ce cas.

Il en est cependant qui, pour lui donner une application quelconque (relativement à l'époux administrateur légal), conviennent que si l'absent ne reparait pas dans les trente ans, ou si son décès est prouvé dans l'intervalle, comme la communauté est alors dissoute de droit, l'époux administrateur pourra faire, vis-à-vis des héritiers de l'absent avec lesquels il partage la communauté, les retenues de fruits autorisées par l'article 127, bien que, d'après le principe de l'article 1401 précité, la communauté ait gagné tous les fruits perçus pendant le temps de sa durée.

En supposant, dans ce système, que, depuis l'inventaire fait lors de la déclaration d'absence, jusqu'à l'époque de la dissolution de la communauté, la communauté se trouvât augmentée d'une somme de 100,000 fr., provenant de fruits, revenus et bénéfices industriels¹, l'époux présent aurait, sur les 50,000 fr. d'augmentation revenant aux héritiers de l'absent, savoir : 40,000 fr. si le partage avait lieu dans les quinze ans depuis la disparition ; 45,000 fr. s'il avait lieu après les quinze ans ; et enfin la totalité, si l'absence, sans nouvelles, s'était prolongée pendant trente ans. Dans ce

¹ Nous disons *fruits, revenus et bénéfices industriels*, parce que l'augmentation de la communauté qui proviendrait d'autres causes, par exemple, d'une succession mobilière, ne serait pas sujette à la retenue de l'époux, en sa qualité d'administrateur légal.

cas, l'époux présent serait traité comme les envoyés en possession provisoire le seraient eux-mêmes, s'ils étaient obligés, comme dans l'espèce de l'article 130, de rendre la succession à d'autres personnes. Au contraire, si l'absent reparaît, les fruits dont il s'agit restent communs, comme les autres objets dont se compose la communauté.

Mais cette distinction, qui n'est point dans la lettre de la loi, se trouve-t-elle au moins dans son esprit? L'article accorde à l'époux administrateur légal, la retenue de tout ou partie des fruits, sans dire que ce sera seulement vis-à-vis des héritiers de l'absent; bien mieux, il dit, en parlant de l'absent lui-même, *s'il reparaît*, ce qui exclut la supposition que, d'après les principes qui régissent la communauté, cet article n'est applicable qu'au cas où le partage n'a lieu qu'avec ses héritiers. C'est très probablement, au contraire, une dérogation au système de la communauté, et si elle existe, elle doit exister dans un cas comme dans l'autre, puisque dans tous deux la raison est la même. En effet, la communauté se continuant jusqu'au décès de l'un des époux, ou jusqu'à l'envoi définitif, elle a dû gagner tous les produits quelconques, en vertu de l'article 1401. Et cependant si, nonobstant cet article, on croit devoir accorder à l'époux administrateur légal la retenue des fruits mentionnés à l'article 127, lorsqu'il partage la communauté avec les héritiers de l'absent, par la même raison, il doit pouvoir faire cette retenue aussi quand c'est avec l'absent lui-même de retour qu'il partage la communauté.

On peut d'ailleurs considérer cette portion de fruits comme une donation de choses mobilières faite à l'époux *par la loi*, avec clause qu'elle n'entrera point en communauté; et comme les donations faites avec cette clause n'y tombent point en effet (art. 1401 lui-même), l'époux présent l'aurait en propre, soit que l'absent reparût ou non. Cela est d'autant mieux fondé que, à raison de son absence, celui-ci n'a pas exécuté le contrat de communauté; qu'assez généralement, en pareil cas, c'est par un fait volontaire de sa part qu'il a privé l'association conjugale du fruit de ses travaux, qu'il ne doit s'en prendre qu'à lui-même s'il ne retire pas sa portion intégrale de tous les effets résultant du système de la communauté.

Après avoir mûrement envisagé la question sous toutes ses faces et dans toutes ses conséquences, et attendu que l'article 127 ne distingue pas; bien mieux, qu'il suppose même que l'absent *reparaît*, et par conséquent que le partage a lieu avec lui, nous pensons, en effet, que la retenue peut être faite. C'est une exception aux principes généraux qui régissent la composition de la communauté.

465. Nous terminerons nos observations sur le premier cas de l'article 124, en disant que l'époux administrateur légal n'est point astreint à fournir caution: l'article ne l'exige pas pour ce cas. Elle ne pouvait d'ailleurs raisonnablement être exigée du mari, puisque ses droits ne devaient point être altérés par l'absence de sa femme; et celle-ci, par d'autres motifs, est dispensée de la donner.

II^e CAS : celui où l'époux opte pour la dissolution provisoire de la communauté.

466. Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté, il exerce ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution. (Art. 124.)

Il faut encore distinguer le cas où c'est le mari qui est absent, de celui où c'est la femme.

467. Si c'est le mari, les droits *légaux* de la femme sont, 1^o ses propres, mobiliers ou immobiliers, n'importe; 2^o le prix de ceux qui ont été aliénés et dont il n'a point été fait emploi; 3^o les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté (art. 1470); 4^o sa part dans cette même communauté, si elle l'accepte (art. 1474); 5^o elle a, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, droit à sa nourriture et à celle de ses domestiques sur la communauté, ainsi qu'à son logement. (Art. 1465.)

468. Ses droits *conventionnels* sont, 1^o le préciput qu'elle a stipulé, soit pour le cas d'acceptation, soit pour le cas contraire (art. 1515); 2^o les objets qui sont entrés de son chef dans la communauté, mais quand elle en a stipulé la reprise en cas de renonciation, et qu'elle renonce en effet (art. 1514); 3^o les objets mobiliers qui, dans le cas de communauté légale, lui ont été donnés avec la condition qu'ils n'entreraient point dans la communauté; 4^o les donations qui lui ont été faites

par son conjoint, soit par le contrat de mariage, soit depuis.

469. Mais quelles sont les choses susceptibles de restitution, pour le cas où l'absent reviendrait ou donnerait de ses nouvelles, et pour lesquelles la femme doit fournir caution? Ces choses, si la femme accepte la communauté, sont la part qu'elle y a prise, ainsi que ses prélèvements. Cependant, pour ses propres immobiliers, comme il ne peut guère y avoir de compromis que la jouissance qu'en aurait l'absent, en cas du rétablissement de la communauté, par son retour ou la réception de ses nouvelles, nous pensons qu'on ne devrait prendre en considération que cette jouissance. En effet, la femme ne pourrait aliéner ses immeubles qu'avec l'autorisation de la justice. La caution serait due aussi pour la restitution des gains de survie; ce qui comprend, quoique improprement, les dispositions testamentaires faites en faveur de la femme.

Si elle renonce, ces choses sont le préciput convenu pour ce cas : ses apports, si elle en a stipulé la reprise; ses indemnités, ses propres, ses autres gains de survie, et peut-être quelques autres objets encore.

Elle doit donc caution pour tous ces objets.

470. Si c'est la femme qui est absente, comme le mari ne peut renoncer à la communauté, les mêmes distinctions n'ont pas toutes lieu sous les mêmes rapports.

Mais ses droits *légaux et conventionnels* ont ou peuvent avoir les mêmes objets, sauf quelques exceptions. Néanmoins il ne peut être assujéti à donner caution

pour toutes les choses dont il exerce la reprise. Ce ne peut être en effet pour sa part dans la communauté, puisqu'il avait, en principe, la faculté d'aliéner les biens qui la composaient (art. 1421), sous les seules limitations posées dans les art. 1422 et 1423, et que, par le partage, ses droits, loin d'être étendus, sont au contraire restreints. C'est encore bien moins à l'égard de la reprise de ses propres biens qu'il peut être assujéti à donner caution.

Si c'est un gain de survie à prendre sur la communauté, ce qui vient d'être dit pour le premier objet reçoit aussi son application à ce cas.

Si la femme lui a donné, par le contrat de mariage, des biens présents, il n'y a pas lieu non plus à exiger de lui la caution pour sûreté de la restitution, puisqu'il n'y a rien à restituer, lors même que la femme reviendrait.

Mais la caution pourrait être exigée du mari pour sûreté de la restitution des legs que la femme absente lui a faits, ou des donations *de biens à venir*, parce qu'elles deviennent aussi caduques par le prédécès du donataire (art. 1093), et conséquemment qu'elles sont sujettes à restitution ¹. Elle serait pareillement due à l'égard d'une donation faite au mari, en cas de survie, de biens meubles ou immeubles *propres* à la femme. Quant aux donations de biens présents faites pendant le mariage, nous avons pensé précédemment que le mari donataire ne devait pas caution, attendu que ces

¹ Nous aurons à développer ce point à la section V du chapitre V^o et dernier.

donations ont effet de suite, sauf le droit qu'a le donateur de les révoquer (art. 1096), révocation qui ne résulte point de la dissolution provisoire de la communauté ; mais en y réfléchissant davantage, nous avons pensé que la caution était due, attendu que, suivant nous, ces sortes de donations deviennent caduques par le prédécès de l'époux donataire, comme un legs est caduc par le prédécès du légataire ; par conséquent, la chose comprise dans une telle donation est éventuellement sujette à restitution, comme pour les legs et les donations de biens à venir, et, de plus, le droit de révocation, pour le donateur, rend encore davantage la chose susceptible de restitution. Mais, à l'égard des immeubles, ce serait peut-être seulement pour les dégradations possibles, et non pour la propriété, qui serait peu compromise, puisque la femme ou ses héritiers auraient la revendication tant que la prescription ne serait pas acquise au profit des tiers à qui le mari vendrait ces mêmes immeubles, et que, dans ce cas, la prescription ne court pas contre la femme pendant le mariage (2236). Ce n'est pas non plus pour les fruits de ces immeubles, que le mari devrait être astreint à donner caution, puisqu'il les percevrait également si la femme était présente.

471. La caution étant exigée par la loi, elle doit réunir les conditions prescrites par les articles 2018, 2019 et 2040 combinés.

472. Si l'absent reparait ou donne de ses nouvelles, la communauté se rétablit par ce seul fait (art. 131). En conséquence, les objets échus à l'un ou à l'autre

époux pendant la dissolution provisoire, et qui, de leur nature, entrent en communauté, devront être rapportés. (Art. 1451 par argument.)

Les actes faits, même par la femme, dans les limites de ses pouvoirs, devront être respectés. (Même article 1451, aussi par argument.)

SECTION III.

DES OBLIGATIONS DE CEUX QUI OBTIENNENT L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE, DE LEUR POUVOIR PENDANT CETTE SECONDE PÉRIODE, ET DE LEURS DROITS.

SOMMAIRE.

- 473. *Les envoyés en possession doivent caution.*
- 474. *Ils doivent faire faire inventaire.*
- 475. *Ils sont tenus des charges usufruituaires en proportion de leurs droits aux fruits.*
- 476. *A la charge de qui sont les frais de l'inventaire ?*
- 477. *Le tribunal peut ordonner la vente de tout ou partie du mobilier.*
- 478. *La vente ne doit pas nécessairement être faite en justice.*
- 479. *Il doit être fait emploi du prix de la vente, ainsi que des fruits échus jusqu'à l'envoi, et des sommes dont les envoyés sont débiteurs envers l'absent.*
- 480. *La loi n'a pas tracé de mode d'emploi.*
- 481. *Elle garde aussi le silence sur le délai dans lequel il doit être fait.*
- 482. *Les envoyés doivent le droit de mutation dans les six mois, sauf restitution si l'absent reparait ou donne de ses nouvelles.*
- 483. *La possession provisoire n'est qu'un dépôt, dont l'effet est d'interdire aux envoyés le pouvoir d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles.*
- 484. *Le tribunal pourrait, dans certains cas, autoriser l'hypothèque.*
- 485. *Les envoyés n'ont pas le droit de vendre les meubles dont le tribunal n'a pas jugé à propos d'ordonner la vente ;*

mais les acheteurs de bonne foi ne pourraient cependant en être évincés.

486. *Si, nonobstant la prohibition de la loi, les immeubles ont été vendus, les tiers pourront prescrire d'après les principes du Droit commun.*
487. *Caractères du pouvoir des envoyés en possession provisoire.*
488. *Conséquence relativement à la contrainte par corps.*
489. *Et relativement à l'appréciation des fautes commises dans leur gestion.*
490. *Les baux faits par les envoyés et qui n'excèdent pas neuf ans, doivent être exécutés par l'absent de retour.*
491. *Distinctions à faire quant aux pertes résultant de l'insolvabilité des débiteurs de l'absent.*
492. *Les envoyés en possession provisoire ont généralement les actions actives et passives; mais ils doivent se faire autoriser pour intenter une action immobilière, ou pour acquiescer à une demande de cette nature.*
493. *Ils peuvent cependant provoquer un partage, même définitif, d'une succession échue à l'absent.*
494. *Selon l'auteur, la prescription ne court point entre l'absent et les envoyés en possession.*
495. *Si des tiers ont à l'opposer, faut-il considérer la qualité de l'absent ou celle de l'envoyé qui serait mineur ou interdit, pour savoir si son cours a été suspendu depuis l'envoi, et même depuis la disparition?*
496. *Quotité des fruits attribuée aux envoyés en possession.*
497. *Le cohéritier qui n'a pas jugé à propos de demander l'envoi n'a pas le droit d'exiger une part dans les fruits.*
498. *Opinion relative aux fruits pendans par racines, soit au moment de l'envoi, soit au moment où il cesse.*
499. *Le retour ou la preuve de l'existence de l'absent fait cesser les effets de l'envoi en possession provisoire.*

§ 1^{er}.

Des obligations de ceux qui obtiennent l'envoi en possession provisoire.

475. *Ils doivent d'abord fournir caution (art. 120). Cette caution, ainsi qu'il vient d'être dit, relativement*

à l'époux qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté, et qui exerce ses droits légaux et conventionnels, doit réunir les conditions exigées par les articles 2018, 2019 et 2040 combinés.

Ainsi, sa solvabilité doit être en rapport avec la valeur présumée des objets à garantir.

Les envoyés en possession peuvent se cautionner eux-mêmes avec leurs immeubles : ils seraient admis à fournir une bonne et suffisante hypothèque (art. 2041); ils en feraient offre au tribunal, qui leur en donnerait acte, et cet acte *judiciaire* emporterait hypothèque, aux termes de l'article 2123.

474. Ils doivent ensuite faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur du roi, ou d'un juge de paix requis par ce magistrat. (Art. 126.)

Ils peuvent demander, pour leur sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles, à l'effet d'en constater l'état. Le rapport doit être homologué par le tribunal, en présence du procureur du roi : les frais en sont pris sur les biens de l'absent. (*Ibid.*) S'ils négligent de prendre cette mesure, ils sont censés avoir reçu les immeubles en bon état.

475. Ils doivent faire, à leurs frais, les réparations locatives et celles d'entretien qui sont à la charge d'un usufruitier, parce que ces sortes de réparations sont une charge des fruits. Néanmoins, quant à celles d'entretien, ils n'en doivent supporter qu'une part proportionnelle à celle qu'ils ont dans les fruits.

Ils doivent faire faire aussi les grosses réparations; mais le montant intégral en reste à la charge de l'absent, à moins qu'elles ne soient occasionnées par défaut de celles d'entretien, auquel cas ils seraient responsables de ce fait de mauvaise administration ¹.

476. L'article 126 dit bien que les frais du rapport de l'expert qui a visité les immeubles seront pris sur les biens de l'absent, mais il garde le silence sur les frais de l'inventaire. Ce n'est toutefois pas le cas d'appliquer l'adage *qui dicit de uno, negat de altero*; car il n'était pas nécessaire de s'expliquer sur ces derniers frais : de droit, ils devaient être à la charge de l'absent, puisqu'ils sont faits dans son intérêt; au lieu qu'il pouvait y avoir du doute pour ceux de la visite des immeubles, puisqu'elle est facultative pour les envoyés en possession, et qu'elle est principalement faite dans le leur. Si la loi a mis ces frais à la charge de l'absent, c'est que ce sont des frais faits à l'occasion du mandat conféré aux envoyés en possession, et les frais faits à l'occasion du mandat sont à la charge du mandant (art. 1999). Aussi nous n'approuvons point une décision de la cour de Colmar, du 4 mai 1815 (Sirey, 1816, II, 38), qui a jugé que les frais de la procédure en déclaration d'absence et d'envoi en possession provisoire, ne sont pas à la charge de l'absent, en cas de retour de celui-ci; que la quotité de fruits allouée aux envoyés leur tient lieu de toute indemnité. Cela est démenti par l'article 126. La conséquence de ce système pourrait être, si l'absent reparaisait aussitôt après

¹ Voir les articles 605 et 606, par argument.

l'envoi en possession, que les envoyés supporteraient sans indemnité des frais qui ont été faits principalement dans son intérêt ; ce qui n'est ni juste, ni en harmonie avec les principes, soit de la tutelle, soit de la gestion des affaires d'autrui, soit du mandat.

477. Ce même article 126 abandonne à la sagesse du tribunal le soin d'ordonner la vente du mobilier.

Cette mesure est toute dans l'intérêt de l'absent. C'est lui qui va perdre le droit de propriété sur ce mobilier par la vente qui en sera faite ; le tribunal doit donc consulter ce qui lui sera le plus avantageux. Ainsi, pour les denrées, les choses formant l'objet d'un commerce, la plupart des meubles meublans sujets à dépérissement, les chevaux, équipages, etc., il est de l'intérêt de l'absent que ces choses soient vendues, et le tribunal agira sagement en en ordonnant la vente. Il devra être plus réservé à l'égard des tableaux ¹, d'une collection de médailles, et autres objets auxquels l'absent pouvait attacher un prix d'affection, qu'il ne s'est peut-être procurés qu'à grands frais, et qui ne rendraient peut-être que peu de chose en les vendant.

478. Quoique les absents soient, en général, pendant les deux premières périodes, assimilés, en quelque sorte, aux mineurs, en tant que la loi défend l'aliénation et l'hypothèque de leurs biens, si ce n'est dans les cas autorisés par elle, nous ne pensons cependant pas que le tribunal doive nécessairement, et dans tous les cas, ordonner que la vente sera faite suivant les for-

¹ Et surtout des portraits de famille, qui n'ont généralement que peu de valeur dans le commerce.

malités prescrites pour la vente du mobilier appartenant à des mineurs, c'est-à-dire aux enchères publiques, et après affiches. Les frais considérables qu'entraînent ces ventes ont probablement été la raison pour laquelle la loi n'a pas prescrit que celle des meubles de l'absent serait faite en cette forme. C'est un point laissé à la prudence du tribunal, qui aura égard aux circonstances, à la nature des choses à vendre, et à la qualité des envoyés en possession.

479. Dans le cas de vente, il ordonne l'emploi du prix, ainsi que des fruits échus jusqu'à l'envoi en possession ¹, et dont les envoyés n'ont aucune portion, puisqu'il ne leur en est accordé qu'à titre d'indemnité de leurs soins, qui vont seulement commencer. Il en est ainsi, encore que celui qui a l'envoi en possession ait été nommé administrateur ou curateur pendant la présomption d'absence : aucune portion des fruits n'est attachée à cette qualité.

Les envoyés en possession doivent aussi faire emploi des sommes dont ils sont débiteurs envers l'absent, toutefois quand elles sont devenues exigibles. S'ils ne le font pas, ils en doivent les intérêts, quand bien même la dette aurait été originairement stipulée sans intérêts : *A semetipso cur non exegerit ei imputabitur : si fortè non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium*. L. 6, § 12, ff. de *Negot. gest.* ; sauf, bien entendu, les compensations telles que de droit.

S'ils sont créanciers sans être débiteurs, ils doivent

¹ Quant aux fruits pendans par branches ou racines au moment de l'envoi en possession provisoire, voir au n° 498, *infra*.

se payer de ce qui leur est dû, plutôt que de laisser courir les intérêts et de garder oisives les rentrées qui pourront avoir lieu pendant l'envoi en possession, rentrées dont ils doivent également faire emploi.

480. Quant au mode d'emploi, la loi n'a rien prescrit à cet égard. Elle semble avoir voulu s'en rapporter aux envoyés en possession, qui ont intérêt à en faire un sûr et avantageux, puisqu'ils sont responsables de leur négligence. Mais généralement il doit se faire en paiement des dettes de l'absent, en réparation de ses biens ou en acquisitions d'immeubles, ou de rentes sur le Grand-Livre de la dette publique, ou en prêts avec hypothèque; et nous verrons tout-à-l'heure qui devrait supporter la perte en cas de faillite ou de déconfiture des emprunteurs.

481. La loi garde également le silence sur le délai dans lequel l'emploi doit avoir lieu. On pourrait, à cause de la grande analogie d'un cas à l'autre, appliquer les articles 1065 et 1066 et dire, d'après cela, que les envoyés ont six mois pour les deniers dus par eux et devenus exigibles lors de l'envoi en possession, pour ceux provenant des fruits échus à cette époque, ou de la vente du mobilier; et trois mois pour les capitaux remboursés pendant leur jouissance.

482. Ils doivent, comme nous l'avons dit (n° 435), le droit de mutation dans les six mois de la déclaration d'absence, parce que, le *décès étant présumé*, la succession est présumée ouverte.

Mais si l'absent reparaît, le droit de mutation est restitué, sous la déduction de celui auquel donne lieu

la jouissance des revenus, d'après les bases posées à l'article 127¹.

§ II.

Du pouvoir des envoyés en possession provisoire, et de l'étendue de leur mandat.

483. La possession provisoire n'est qu'un dépôt qui donne à ceux qui l'obtiennent l'administration des biens de l'absent, et qui les rend comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles. (Art. 125.)

Cette administration a presque tous les caractères de celle des tuteurs.

Ainsi, comme les tuteurs, les envoyés en possession provisoire ne peuvent ni hypothéquer, ni aliéner les immeubles de l'absent. (Art. 128.)

Mais un créancier de ce dernier peut, en vertu d'un titre exécutoire, faire saisir et vendre ses immeubles, ainsi que les meubles dont le tribunal n'a pas cru devoir ordonner la vente; il peut aussi, en vertu d'un titre emportant hypothèque, prendre inscription. (Art. 2123 et 2126.)

484. Le tribunal pourrait même, s'il y avait nécessité d'emprunter, autoriser la soumission de tel ou tel immeuble à l'hypothèque (art. 2126). Dans le cas de dégradations d'un immeuble, il pourrait en autoriser la réparation, et alors le privilège des entrepreneurs pourrait aussi s'acquérir par l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2103-4°.

¹ Décision ministérielle du 24 fructidor an XIII. Sirey, tome v, part. II, pag. 288.

485. Quant aux meubles dont le tribunal n'a pas jugé à propos d'ordonner la vente, les envoyés en possession n'ont pas le droit de les vendre. Cependant, s'ils le font, les acquéreurs ne peuvent être évincés, à cause de la maxime, *en fait de meubles la possession vaut titre* (art. 2279). Mais cette décision ne s'appliquerait pas au cas où il serait prouvé que les acheteurs étaient de mauvaise foi (art. 1141 et 2268). Elle ne s'appliquerait généralement pas non plus aux meubles incorporels, tels que les contrats de rente, cédés ou vendus par les envoyés en possession, car la maxime en fait de meubles possession vaut titre n'est établie que pour les meubles corporels, du moins généralement¹ : eux seuls ont une existence réelle, eux seuls peuvent être possédés. D'ailleurs, l'acheteur ou cessionnaire, voyant dans le titre le nom de l'absent, ne pourrait être que très-difficilement de bonne foi. Les envoyés en possession n'ont donc pas le droit d'aliéner les meubles incorporels, quoiqu'ils aient celui de recouvrer le montant des créances, en leur qualité d'administrateurs ; car, aliéner, c'est faire passer la propriété à un autre, tandis que le paiement ou remboursement ne transporte rien : il produit seulement la libération du débiteur.

486. Si, nonobstant la prohibition portée à l'article 128, les envoyés en possession aliènent les immeubles de l'absent, la vente est nulle, aux termes de l'article

¹ Nous disons *généralement*, parce que nous faisons exception pour les effets ou actions au porteur et les billets de banque, qui sont bien des meubles incorporels si l'on considère la créance qu'ils représentent, et à l'égard desquels cependant la règle en fait de meubles possession vaut titre recevrait aussi son application.

1599. Mais la nullité ne pourrait être invoquée par eux : ils sont garans de leurs faits.

L'acquéreur pourra, au surplus, prescrire par dix ans entre présens, et vingt ans entre absens, s'il est de bonne foi, s'il a acheté dans l'ignorance que c'était un bien d'absent, et il suffira qu'il ait été de bonne foi dès le principe de son acquisition (art. 2265 et 2269). S'il n'est pas de bonne foi, il ne prescrira que par trente ans; le tout, sauf les cas de suspension et d'interruption de prescription telles que de droit.

487. C'est principalement en ce qui concerne l'administration des biens, que la qualité des envoyés en possession a du rapport avec celle des tuteurs. Mais il y a néanmoins de notables différences; car le ministère des envoyés en possession est libre et volontaire, tandis que celui des tuteurs est presque toujours forcé, parce que la tutelle est une charge civile qu'ils ne peuvent refuser. Le premier n'est pas sans indemnité pour ceux qui l'exercent; le second trouve sa récompense dans le bienfait qu'il procure.

On pourrait, avec plus d'exactitude, comparer l'envoyé en possession au *negotiorum gestor*, si ce dernier, comme le tuteur, n'administrerait pas gratuitement. En effet, le gérant d'affaires et l'envoyé en possession ont cela de commun, qu'ils se chargent librement de l'administration des biens de l'absent; mais ils diffèrent en ce que le gérant le fait de sa propre autorité, tandis que l'envoyé en possession a besoin pour cela du concours de la justice : aussi regardons-nous ses fonctions comme un mandat judiciaire avec salaire, mais

avec certains caractères particuliers, notamment avec ceux du dépôt.

488. Ainsi, dit l'article 125, c'est un *dépôt* : d'où nous tirerons la conséquence que l'envoyé en possession infidèle ne serait point admis au bénéfice de cession, si, d'après l'article 126 du Code de procédure, les juges le condamnaient par corps au paiement des dommages-intérêts (art. 1945 du Cod. civ., et 905 du Cod. de procéd.). Il en serait de même, encore qu'il n'eût point été infidèle ; car il est comptable, il est dépositaire, et, à ce double titre, cet article 905 lui dénie le bénéfice de cession. Ce sera aux tribunaux à peser dans leur sagesse s'ils doivent prononcer la contrainte contre lui : ils ont un pouvoir discrétionnaire dans ce cas (art. 126 du Cod. de procéd.), parce que ce n'est point un dépôt *nécessaire*, le seul qui, d'après la combinaison des articles 2060 et 2063, paraisse devoir, en cas de non restitution, faire prononcer la contrainte par corps, du moins en ne consultant que les principes du Code civil.

489. Relativement à l'appréciation des fautes commises dans l'administration des biens, on devrait suivre les règles du mandat ; et comme ici le mandat n'est pas gratuit, la responsabilité devrait être appliquée plus rigoureusement à l'envoyé en possession, qu'au mandataire qui rend un bon office sans aucune rétribution. (Art. 1992.)

490. Les baux que les envoyés en possession auraient passés sans fraude, et qui n'excéderaient pas neuf ans, devraient être exécutés par l'absent de re-

tour, ou par ses héritiers, si les envoyés n'étaient pas les plus proches parens au jour du décès prouvé. (Argument de l'art. 595.)

491. Quant aux pertes arrivées par l'insolvabilité des débiteurs de l'absent, s'il y a eu négligence de la part des envoyés en possession provisoire à les poursuivre, ceux-ci en seront responsables; ce sera un point laissé à la sagesse des tribunaux, qui apprécieront toutes les circonstances de l'affaire.

Si les deniers placés par les envoyés en possession viennent à périr, il faut distinguer: si les envoyés ont placé en leur propre nom, la perte les concerne, encore qu'il n'y eût aucune faute ou manque de précaution à leur reprocher. Mais s'ils ont fait le placement en qualité d'envoyés en possession des biens d'un TEL, et qu'ils aient exigé une bonne hypothèque, la perte, dont l'hypothèque ne préserve pas toujours, serait supportée par l'absent. Les tribunaux prendraient d'ailleurs en considération les circonstances de l'affaire, comme si l'hypothèque était restée sans efficacité à cause d'un vice dans l'acte qui la constituait, ou dans l'inscription, etc. Ils auraient aussi égard au plus ou moins de gravité de la faute commise en cette occasion par l'envoyé en possession provisoire. On ne peut leur tracer des règles précises sur l'appréciation des fautes: c'est à leurs lumières et à leur équité que la loi abandonne le soin de juger les difficultés qu'elles peuvent faire naître.

492. Les envoyés en possession provisoire ont les actions actives et passives de l'absent. L'article 134 le

dit positivement pour les dernières. Il porte : « Après le jugement d'absence, ceux qui ont des droits à exercer contre l'absent ne pourront les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens, ou qui en auront l'administration légale ¹. »

Or, la raison est la même quant aux actions actives, toutefois avec une distinction, comme en matière de tutelle, c'est-à-dire que, pour les actions mobilières, les envoyés ont, par la nature de leur mandat, pleine qualité pour les exercer ; et ce qui sera jugé avec eux sera jugé avec l'absent lui-même. Mais pour intenter une action immobilière, ils devront, comme un tuteur (art. 464), se faire autoriser, sinon l'absent ne serait pas lié par le jugement qui lui serait contraire. Dès lors le défendeur a droit d'exiger que ceux qui le poursuivent aient obtenu cette autorisation.

S'il en était autrement, le principe qui interdit aux envoyés en possession l'aliénation des immeubles, et qui a motivé la disposition de l'article 464, pourrait être facilement éludé. Il suffirait de mettre, de fait, le tiers en possession de l'immeuble, et de diriger contre lui une demande en revendication, sur laquelle, au moyen de la connivence, l'envoyé en possession devrait succomber indubitablement. Cela serait d'autant

¹ Les condamnations seront prononcées contre les envoyés en possession, et exécutées contre eux en cette qualité.

Mais en seront-ils tenus *ultrâ vires*? Nous ne le croyons pas, à cause de l'incertitude des effets de l'envoi en possession provisoire, incertitude qui ne permet pas de croire que ceux qui l'ont obtenu aient voulu s'exposer, surtout à l'égard d'un absent, dont les affaires sont assez ordinairement dérangées, à l'obligation de payer toutes ses dettes ; ils ne sont que des dépositaires, quoique dépositaires intéressés.

plus aisé, que l'intervention du ministère public n'est plus exigée dans les deux dernières périodes de l'absence (art. 83 du Cod. de procéd., et 114 du Cod. civil). Si nous décidons le contraire relativement à la *défense* à une action immobilière qui compète à un tiers contre l'absent, c'est parce que la raison n'est pas la même que dans le cas de la *demande*. Il faut bien, en effet, que le tiers exerce son droit, et que l'envoyé en possession défende celui de l'absent : aussi l'autorisation du conseil de famille n'est-elle pas nécessaire au tuteur dans ce cas.

Mais comme elle lui est nécessaire pour l'acquiescement à une action immobilière (art. 464), nous croyons, dans le cas d'acquiescement de la part des envoyés en possession, que les conclusions conformes du ministère public seraient nécessaires aussi pour que le jugement fût obligatoire pour l'absent de retour, ou ses héritiers, s'ils étaient autres que les envoyés en possession ; encore est-il douteux que cet acquiescement fit loi pour eux dans tous les cas : la solution de cette question dépendrait des circonstances dans lesquelles l'envoi en possession aurait été obtenu, et de la bonne ou mauvaise foi de celui qui plaiderait avec les envoyés en possession.

495. Quant aux partages dans lesquels les absents seraient intéressés, une loi positive, l'article 817, donne formellement l'action aux envoyés en possession. Les formalités qui sont tracées par les Codes civil et de procédure sont une suffisante garantie que les intérêts de l'absent ne seront pas sacrifiés par la fraude

et la connivence. En effet, pour être définitif, le partage, porte l'article 840, doit être fait conformément aux règles prescrites par les articles 819 et suivans ; sinon il n'est que provisionnel.

Les envoyés en possession ne pourraient toutefois attaquer le partage qu'ils auraient fait, sous le prétexte que les formalités n'ont pas été observées. Ils doivent respecter leurs conventions ; ce n'est point en leur faveur que ces formalités ont été introduites. Mais nous ne portons cette décision que pour le cas où il résulterait de la teneur de l'acte qu'ils n'ont pas seulement entendu faire un partage provisionnel : c'est une question d'intention.

494. La prescription ne court point à leur profit contre l'absent. L. 8, ff. *de Negot. gestis*. Ils doivent défendre ses intérêts envers tous, par conséquent envers eux-mêmes comme envers tous autres.

Par réciprocité, l'absent de retour, ou ses héritiers, dans le cas où les envoyés n'étaient pas les plus proches parens au jour du décès prouvé, ne pourraient, selon nous, la leur opposer, à moins qu'elle ne fût acquise lors de l'envoi. En un mot, dans les deux cas, il y a *suspension* du cours de la prescription pendant l'envoi, quoique le Code civil dise que la prescription court contre toute personne, à moins qu'elle ne soit dans un cas excepté par la loi (art. 2251) et qu'il ne fasse nulle part exception pour ceux dont il s'agit. Ce n'est pas une omission volontaire, mais bien un pur oubli. Voyez, au surplus, ce que nous disons à ce sujet au titre *de la Prescription*, tome XXI, nos 294 et 295.

495. Si des tiers ont à l'opposer, il faut, selon nous, pour savoir si son cours a été ou non suspendu depuis la disparition jusqu'à la demande, considérer uniquement la qualité de l'absent ; c'est le véritable adversaire des tiers : en sorte qu'un envoyé en possession ne pourrait exciper de sa minorité pour prétendre que la prescription n'a point couru contre lui depuis l'envoi, qu'elle n'a même point couru depuis la disparition, parce que l'article 120, en accordant l'envoi aux plus proches héritiers à cette époque, paraît supposer que l'absent est décédé dans le même temps : car l'envoyé en possession provisoire n'est toujours qu'un dépositaire avec mandat, et n'est réellement point l'adversaire des tiers. Or, comme ceux-ci pourraient, on le suppose, opposer la prescription à l'absent lui-même, si c'était lui qui formait la demande, par la même raison ils doivent pouvoir l'opposer à son mandataire : le fait de l'absence ne doit point changer leur position. Si cette opinion n'était pas admise, le tiers qui invoquerait la prescription, et dont l'exception serait repoussée, sur le fondement de la minorité de l'envoyé, pourrait demander au tribunal acte de ses réserves du droit de répéter, dans le cas où l'absent reparaitrait ou donnerait de ses nouvelles, et cette réserve devrait être accueillie.

§ III.

Des droits des envoyés en possession provisoire, quant aux fruits.

496. Ceux qui, par suite de l'envoi provisoire ou de l'administration légale, ont joui des biens de l'ab-

sent, ne sont tenus de lui rendre que le cinquième des fruits ¹, s'il reparaît dans les quinze ans depuis le jour de sa disparition ; le dixième, s'il ne reparaît qu'après les quinze ans ; et enfin ils ont droit à la totalité des fruits après trente ans d'absence ². (Art. 127.)

Cette quotité de fruits appartient également aux donataires, aux légataires, aux substitués, aux donateurs avec stipulation du droit de retour, aux propriétaires de biens dont l'absent avait l'usufruit, en un mot, à tous ceux qui ont joui en vertu d'un envoi en possession spécial ou général.

Et la cour de cassation ³, réformant une décision de

¹ Les articles 583 et suiv. déterminent ce qu'on doit entendre par fruits. Mais il n'y a de fruits que déduction faite des dépenses pour les obtenir, tels que les impôts, frais de labour, de semences, et autres.

² Les *Motifs* disent que les quatre cinquièmes des fruits sont accordés aux envoyés en possession, si l'absent reparaît avant les quinze ans d'absence ; et l'absence, dans cette section, se prend pour l'absence déclarée. Mais l'article dit formellement, dans les quinze ans depuis sa disparition. C'était d'ailleurs la rédaction dont on devait se servir. En effet, que l'absent reparaît dans les quinze ans depuis sa disparition ou depuis la déclaration d'absence, on devait toujours accorder aux envoyés en possession une quotité des fruits par eux perçus, et dans le système de l'article 127, la moindre quotité est celle des quatre cinquièmes. Il est vrai que si l'article eût dit, depuis l'absence, cette expression eût partagé l'absence en deux périodes égales, et il ne serait point arrivé, comme cela peut avoir lieu, que la seconde époque déterminée pour la retenue des neuf dixièmes des fruits commençât presque en même temps que l'envoi en possession, par exemple, s'il n'est obtenu qu'à la quatorzième année depuis la disparition. Mais la réponse est simple : comme ce n'est que sur les fruits perçus depuis l'envoi en possession que la loi autorise la retenue, plus les héritiers tarderont à le demander, moins les intérêts de l'absent seront blessés sous ce rapport.

Et quant au mot *absence*, employé dans la fin de l'article, il est certain qu'il exprime l'absence déclarée. Les héritiers n'auront prescrit contre l'action en restitution des fruits, pour une portion quelconque, que par le laps de trente années depuis qu'ils ont commencé à devenir comptables ; de même que les cautions ne sont déchargées qu'au bout de ce temps, à partir de l'envoi en possession. (Art. 129.)

³ Arrêt du 29 décembre 1830. Sirey, 31, I, 80.

la cour royale de Pau, est même allé jusqu'à décider que l'article 127 du Code civil est applicable à l'administrateur non successible, ni conjoint marié en communauté et optant pour la continuation de la communauté, mais qui a simplement été commis par justice, à titre de confiance, dans le pur intérêt de l'absent. Nous ne le croyons certainement pas, car ce n'est point là un administrateur *légal*; c'est un mandataire judiciaire et voilà tout. Or, nulle part la loi n'attribue à un tel mandataire l'énorme quotité de fruits que l'article 127 accorde à ceux qui ont *joui* des biens de l'absent par suite de l'*envoi provisoire* ou de l'*administration légale*. Cet arrêt, nous le croyons, ne fera pas jurisprudence.

497. On a écrit que le cohéritier qui a négligé de demander l'envoi en possession avait, comme les autres, droit à cette quotité de fruits. Mais cela ne doit être admis qu'avec une distinction, car il ne serait pas juste qu'un individu qui, pouvant se faire envoyer en possession avec d'autres, ou même préférablement à d'autres, garderait le silence, et s'affranchirait ainsi des soins et des embarras de l'administration, pût venir ensuite réclamer sa part, ou même la totalité des fruits; ce serait blesser le principe *ubi est onus, ibi emolumentum esse debet*: aussi l'article 127 n'accorde-t-il une portion des fruits qu'aux envoyés en possession et à l'administrateur légal. On ne devait les donner, en effet, qu'à ceux qui cultivent les biens; tout autre les réclamerait *sine causâ*. Enfin, ce serait aussi violer la règle établie par les arti-

cles 138 et 550, qui attribuent les fruits au possesseur de bonne foi. L'opinion que nous combattons ne devrait être admise que dans le cas où les envoyés en possession, connaissant l'existence de l'autre héritier présomptif, ne l'auraient point averti de ce qui se passait à l'égard de l'absent, mais non dans celui où cet héritier présomptif avait une parfaite connaissance de la demande d'envoi en possession, et a gardé le silence pour ne pas prendre sur lui les soins et les embarras que cette possession entraîne avec elle.

498. A l'égard des fruits pendans par branches ou par racines au moment du retour de l'absent, nous ne croyons pas que l'on doive appliquer les règles de l'usufruit et de la communauté entre époux, c'est-à-dire que l'absent doive avoir ces fruits en totalité (art. 585 et 1401 analysés) : il est plus raisonnable d'appliquer, au contraire, celles du régime dotal, de faire ainsi une première division de ces fruits, en proportion du temps qu'a duré l'envoi pendant la dernière année, et de prélever ensuite, sur la part attribuée aux envoyés en possession, le cinquième ou le dixième, selon les distinctions établies à l'article 127. En effet, les fruits sont attribués aux envoyés pour les indemniser de leurs soins et de leurs peines, comme ceux de la dot sont acquis au mari pour supporter les charges du mariage : au lieu que l'usufruitier n'a droit aux fruits qu'autant qu'il a qualité pour les percevoir, c'est-à-dire qu'autant que l'usufruit subsiste ; et il en est de même du mari dans le cas de communauté. Nous décidons la même chose à l'égard des fruits pendans par

racines au moment de l'envoi en possession : car il ne serait pas juste, en s'attachant rigoureusement à la lettre de l'article 127, d'attribuer, par exemple, aux envoyés les quatre cinquièmes d'une récolte qui était à la veille d'être faite au moment de l'envoi, pas plus qu'il ne serait juste de les priver de tout droit aux fruits d'une récolte sur le point d'être levée au moment du retour de l'absent : ce que la loi a dû principalement considérer, ce sont les soins de la gestion ; c'est là surtout que les fruits ont dû être accordés *procurâ et culturâ*.

499. Si, pendant cette seconde période, l'absent reparait, ou si son existence est prouvée, les effets du jugement qui a déclaré l'absence cessent, sans préjudice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au chapitre premier du présent titre, pour l'administration de ses biens. (Art. 131.)

Néanmoins, si les envoyés en possession ignoraient l'existence de l'absent, ils continueraient d'être considérés comme possesseurs de bonne foi, jusqu'à ce qu'ils en eussent connaissance, et, comme tels, ils conserveraient leur droit à la quotité de fruits réglée par l'article 127. Mais on pourrait prouver par tous les moyens de droit, même par témoins, qu'ils ont connu l'existence de l'absent à telle ou telle époque : c'est un simple fait.

CHAPITRE IV.

DE L'ENVOI EN POSSESSION DÉFINITIF, ET DE SES EFFETS.

SOMMAIRE.

500. *Après trente ans depuis l'envoi provisoire, ou lorsqu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, les cau-*

- tions sont déchargées de plein droit, et l'envoi définitif et le partage des biens peuvent avoir lieu.*
501. *Il faut un jugement pour obtenir l'envoi définitif.*
502. *Les cautions sont déchargées pour le passé comme pour l'avenir.*
503. *Les envoyés en possession ont pu, avant l'envoi définitif, faire un partage conditionnel.*
504. *Les effets de l'envoi définitif cessent si l'absent reparait ou donne de ses nouvelles : en conséquence, il reprend ses biens dans l'état où ils se trouvent, le prix des biens vendus et ceux acquis en emploi.*
505. *Mais il ne peut réclamer les biens aliénés, quoiqu'ils l'eussent été à titre gratuit.*
506. *Généralement il n'a pas même droit à une indemnité pour les biens donnés.*
507. *Il ne reprend pas les fermages et arrérages échus, quoiqu'ils fussent encore dus.*
508. *Il recouvre ce qui a été payé aux envoyés en possession, soit pendant l'envoi provisoire, soit pendant l'envoi définitif.*
509. *En général, les restitutions doivent être mesurées sur ce dont se sont enrichis les envoyés en possession, même à l'égard des dégradations.*
510. *Le droit de l'absent est imprescriptible.*
511. *Il en est autrement de celui des héritiers les plus proches au jour du décès prouvé.*
512. *Les enfans et descendans directs de l'absent peuvent, dans les trente ans depuis l'envoi définitif, réclamer les biens, et dans l'état où ils se trouvent.*
513. *Dans ce cas, les trente ans sont-ils un délai préfix, ou le temps d'une prescription ordinaire, suspendue pendant la minorité des enfans ou descendans de l'absent ?*

500. Lorsque l'absence a duré trente ans sans nouvelles depuis l'envoi provisoire, ou lorsqu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, la présomption qu'il a payé le tribut à la nature a acquis une telle

gravité, que la loi règle cette situation comme si le décès était prouvé, comme si la succession était réellement ouverte; sauf ce qui sera dit tout-à-l'heure pour le cas où cette présomption serait démentie par le fait.

Ainsi, porte l'article 129, « si l'absence a continué
« pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou de-
« puis l'époque à laquelle l'époux marié en commu-
« nauté a pris l'administration des biens de l'absent,
« ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la nais-
« sance de l'absent ¹, les cautions sont déchargées,
« tous les ayant-droit peuvent demander le partage
« des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en
« possession définitif par le tribunal de première in-
« stance. »

501. Il faut, d'après cela, un nouveau jugement pour que les héritiers soient envoyés en possession définitive, et il ne doit être rendu qu'après de nouvelles enquêtes faites contradictoirement avec le ministère public, pour s'assurer que l'on n'a pas eu de nouvelles de l'absent, et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer plutôt l'article 131 que l'article 129.

Ce jugement n'est pas nécessaire pour que les cautions soient déchargées : le seul laps de temps déterminé par l'article les libère de plein droit.

502. Elles ne sont pas seulement déchargées pour l'avenir, et relativement aux restitutions auxquelles pourraient être tenus les envoyés en possession, si l'ab-

¹ En sorte que l'envoi en possession définitif peut avoir lieu quand bien même il n'y aurait pas eu d'envoi en possession provisoire.

sent reparaisait ou donnait de ses nouvelles ; elles le sont aussi pour le passé. Leur obligation est prescrite par le laps de trente ans, parce que toutes les actions, aujourd'hui, se prescrivent par ce temps (art. 2262), si la prescription a pu courir. En vain l'absent prétendrait-il que, pour tel ou tel fait d'administration, antérieur à l'envoi définitif, mais qui a moins de trente ans de date, les envoyés en possession, et par suite les cautions, sont devenus responsables, et en conséquence, que la prescription n'est point acquise pour ce fait : les cautions repousseraient cette prétention. Elles n'ont point cautionné les faits de la gestion considérés isolément, mais bien la gestion dans son ensemble ; et leur obligation à cet égard ayant commencé au jour de l'envoi en possession provisoire, elle est éteinte par la prescription de trente ans.

503. En disant qu'après les trente ans depuis l'envoi en possession provisoire, ou s'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, tous les ayant-droit¹ pourront demander le partage de ses biens, l'article 129 n'interdit pas pour cela aux héritiers présumptifs envoyés en possession, la faculté de faire entre eux le partage avant l'une ou l'autre de ces époques : assurément ils l'ont pu pour ce qui les concernait,

¹ Les *ayant-droit* ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux à qui appartiendra la succession, laquelle est déférée aux plus proches parens au jour du décès prouvé (art. 130) ; car il peut se faire que tel individu qui n'était pas le plus proche au jour de l'envoi provisoire, et qui, par conséquent, ne l'a point obtenu, par exemple, un cousin germain de l'absent, quand il y avait un oncle de celui-ci dans la même ligne, se trouve, par la mort de cet oncle, le plus proche dans cette ligne au jour du décès prouvé. Il peut aussi se présenter des enfans ou des descendans de l'absent ; la loi le suppose dans l'article 133. Nous parlerons bientôt de ce cas.

sauf la résolution de ce partage en cas de retour de l'absent, ou si l'on recevait de ses nouvelles (art. 131). Mais il a eu principalement en vue le cas où l'envoi en possession provisoire n'a pas eu lieu, parce que l'absent était commun en biens, et que l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté. (Art. 124.)

504. Si l'on a des nouvelles de l'absent depuis l'envoi définitif, les effets de l'absence doivent cesser, et il y a lieu alors d'appliquer l'article 112, si toutefois les biens exigent des mesures conservatoires. Cela ne résulte pas, sans doute, de l'article 131, qui statue sur le cas où l'on a des nouvelles de l'absent pendant l'envoi provisoire ; mais cela résulte de l'article suivant, qui porte que, « si l'absent reparaît, ou si son existence « est prouvée, même après *l'envoi définitif*, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le « prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens « provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix des « biens vendus. » Ainsi, dès que l'existence de l'absent est prouvée par la réception de ses nouvelles, même depuis l'envoi définitif, il recouvre la propriété de ses biens, dans l'état où ils se trouvent, et par conséquent l'effet de l'envoi cesse. L'individu est tout au plus replacé en état de présomption d'absence.

505. L'absent de retour, ou dont l'existence est prouvée, reprend donc ses biens dans l'état où ils se trouvent ; par conséquent il ne peut inquiéter les acquéreurs, si les biens ont été vendus par les envoyés en possession définitive. Il n'y a pas lieu d'appliquer à ce cas la maxime *nemo plus juris in alium transferre potest, quàm*

ipse habet, maxime consacrée par une foule de dispositions du Code, notamment par les articles 1599 et 2182. Il n'y a pas lieu non plus à appliquer la règle *soluta jure dantis, solvitur jus accipientis*, également adoptée par le Code (art. 2125). En un mot, les aliénations faites depuis l'envoi définitif sont irrévocables, sans que les acquéreurs aient besoin du secours de la prescription ; et elles le sont, encore qu'elles aient été faites à titre gratuit, et qu'ainsi les acquéreurs combattent pour faire ou du moins pour conserver un gain, tandis que l'absent combat pour ne pas perdre, position infiniment plus favorable en Droit que la première. La loi ne distingue pas : l'absent recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent, c'est-à-dire s'ils sont dans les mains des envoyés en possession définitive, et tels qu'ils y sont. Sur la foi des donations, il a pu se former des alliances, et si on les révoquait, les donataires par contrat de mariage qui ont reçu les biens à titre de dot ayant un recours en garantie contre les donateurs (art. 1440 et 1547), ceux-ci, en définitive, éprouveraient un préjudice auquel la loi a voulu et a dû les soustraire.

Les hypothèques consenties par les envoyés en possession définitive, les constitutions de droits d'usufruit ou de servitudes faites par eux, seraient pareillement maintenues, puisque l'absent ne recouvre ses biens que *dans l'état où ils se trouvent*.

506. Les envoyés en possession définitive ne s'étant point enrichis par les aliénations à titre gratuit, et l'article ne les soumettant qu'à la restitution *du prix* des

biens aliénés, ou à celle des biens provenant de l'emploi de ce prix, l'absent, ses enfans ou descendans, ne pourraient élever contre eux de réclamations. Voilà le principe.

Mais nous exceptons toutefois le cas où les biens auraient été donnés, par avancement d'hoirie ou constitution de dot, aux enfans des donateurs; car, quoique l'enfant n'ait aucune action contre ses père et mère pour obtenir un établissement quelconque (art. 204), et qu'ainsi le père ne lui devant légalement rien à cet égard, il n'a point, par l'effet de la donation, épargné sa propre bourse, et ne s'est dès-lors point enrichi, néanmoins cela n'est vrai que dans les termes rigoureux du Droit : en réalité, et suivant l'ordre naturel et ordinaire des choses, le père doit doter ses enfans; presque tous les pères qui en ont les moyens s'en font un plaisir et un devoir. Il est donc plus raisonnable de dire qu'en dotant ainsi l'enfant avec les biens de l'absent, le donateur *eatenis locupletior factus est, quatenus pecuniæ propriæ pepercit*. Au surplus, les tribunaux devraient prendre en considération, non pas le montant intégral de la donation, mais ce que le donateur aurait pu vraisemblablement donner s'il n'avait pas possédé les biens de l'absent : cela seul devrait être remboursé à ce dernier, et l'enfant ne serait tenu de rapporter à la succession du donateur que cette valeur seulement; le surplus serait une bonne fortune pour lui.

507. Il ne faut pas croire, comme on l'a dit, que, parce que l'absent reprend ses biens dans l'état où ils

se trouvent, il a droit *aux fermages arriérés encore dus par les fermiers*. Les fermages représentent les fruits : ce sont des fruits civils qui s'acquièrent jour par jour (art. 584), qu'ils soient encore dus ou qu'ils soient déjà payés, peu importe. Il serait absurde qu'il pût les réclamer en totalité, tandis qu'il n'en pourrait réclamer qu'un cinquième ou un dixième s'il reparaisait pendant l'envoi provisoire. Mais en réalité il n'y a aucun droit d'après les dispositions du Code.

508. Il en est autrement de ce que doivent encore les débiteurs, et même de ce qui a été payé par eux, soit pendant l'envoi provisoire, soit depuis l'envoi définitif : l'absent de retour, ou ses enfans ou descendans, recouvre ces objets. Il est vrai que, par le paiement, les sommes payées se sont confondues dans le patrimoine des envoyés en possession ; mais cette raison, qui a prévalu contre l'ascendant donateur, dans le cas de l'article 747, qui ne lui accorde le prix des objets aliénés qu'autant qu'il est encore dû, n'a pas la même force vis-à-vis de l'absent. Celui-ci réclame des biens qui sont encore à lui ; il est plus digne de faveur : aussi a-t-il droit au prix de ceux qui ont été aliénés, qu'il soit dû ou non ; en sorte que la confusion, du moins quant au prix des biens aliénés, n'est point, dans la disposition de l'article 132, un obstacle à ce que l'absent le recouvre. Évidemment il doit en être de même de ce qui lui était dû par ses débiteurs directs, et qui a été payé aux envoyés en possession.

509. Mais nous pensons, au reste, que ces derniers ne doivent tenir compte de ce qu'ils ont reçu des débi-

teurs de l'absent, ou des acquéreurs des biens, ou pour les dégradations par eux commises, que *quatenus locupletiores facti sunt*. Nous appliquons à tous ces cas le sage tempérament offert par les lois 20, § 6; 25, § 11; et 31, § 3, ff. de *Heredit. petitione*, sur un cas analogue à l'envoi en possession des biens d'un absent. Et en effet, *is qui rem quasi suam neglexit, nulli culpæ subjectus est*. D'après cela, en cédant les actions qu'ils ont contre les acquéreurs des biens, les envoyés en possession définitive se libéreraient d'autant, ainsi que le porte la loi 25, § 11, précitée.

Quant à la disposition finale de l'article 132, conçue en ces termes : « ou les biens provenant de l'emploi « qui aurait été fait du prix de ses biens vendus, » elle donne simplement aux envoyés en possession la faculté d'abandonner à l'absent les biens acquis pour se libérer envers lui. Cette subrogation réelle a été introduite en leur faveur : ils peuvent y renoncer, en remboursant le prix des biens aliénés. Ils sont débiteurs sous une alternative, et, comme tels, ils ont le choix (art. 1190); mais ils ne pourraient scinder leur option. (Art. 1191.)

Cependant il ne faut pas conclure de cette dernière décision, qu'ils sont obligés d'abandonner tous les biens qu'ils ont acquis, en paiement de ceux qu'ils ont aliénés; car très probablement ils n'auront pas songé, après un aussi long temps, au retour de l'absent, ni à inscrire dans leurs contrats d'acquisition la clause d'emploi ou de remploi : ils ne devraient donc point être forcés, lors même qu'ils opteraient pour l'a-

bandon des biens, de les abandonner en totalité, s'ils leur avaient coûté un prix supérieur à celui provenant des biens vendus. Cette disposition, dont au reste l'application aura rarement lieu, ne sera pas sans difficulté dans la pratique. Les juges prononceront *ex æquo et bono*.

510. Le droit accordé par l'article 132 peut toujours être exercé par l'absent : il n'est pas limité à trente ans, comme celui des enfans et autres descendans, dont nous allons parler. Ce n'est pas que les envoyés en possession définitive soient encore des dépositaires, qui ne prescrivent point contre le déposant (art. 2236) ; ils sont propriétaires, mais sous une condition résolutoire. La véritable raison, c'est qu'ils possèdent en qualité d'héritiers, et que leur titre s'évanouit dès qu'il est établi que l'absent est vivant.

511. Il en serait autrement si, à raison de l'époque à laquelle il serait prouvé qu'a eu lieu le décès de l'absent, d'autres parens avaient droit à la succession¹ : l'action de ces derniers serait la pétition d'hérité ordinaire, prescriptible, comme toutes les autres actions, par trente ans, à partir de l'ouverture de la succession (art. 2262), et sans préjudice des suspensions et interruptions de prescription telles que de droit.

Si l'époque du décès n'est pas prouvée, il sera censé avoir eu lieu lors de la disparition ou des dernières nouvelles : on ne pourrait le placer à une autre époque

¹ Nous démontrerons plus loin, nos 530 et 531, que ces héritiers plus proches pourraient, en vertu de l'article 130, et nonobstant l'article 133, réclamer la succession.

sans le faire arbitrairement et au hasard. Dans ce cas, les envoyés en possession provisoire prescriront par trente ans contre les collatéraux plus proches en degré qui ont négligé de demander l'envoi en possession; et le point de départ de la prescription, sera ce même envoi. Par rapport aux parens plus éloignés, ceux qui l'ont obtenu prescrivent à l'effet de se libérer de l'action en restitution de la possession, action qu'on peut assimiler, quant à ce, à la pétition d'hérédité.

§12. Les enfans et descendans directs de l'absent peuvent également, disons-nous, mais dans les trente ans à compter de l'envoi définitif, demander la restitution des biens (art. 133); ils n'ont pas besoin pour cela de prouver le décès de l'absent; il leur suffit d'établir leur filiation ¹. Leur qualité de descendans est un titre supérieur à celui des ascendans ou des collatéraux, et si le délai ne commence à courir contre eux qu'à partir de l'envoi définitif, c'est parce que cet envoi est le titre des possesseurs, qui n'étant jusque-là que des dépositaires, ne peuvent par conséquent commencer à prescrire contre les enfans pendant l'envoi en possession provisoire.

Mais, en supposant que le décès soit prouvé avoir eu lieu avant l'envoi en possession définitif, on peut demander si le délai ne commence pas à courir du jour du décès; car alors c'est la pétition d'hérédité, prescriptible par trente ans à compter du jour de l'ouver-

¹ L'enfant naturel légalement reconnu a le même droit quant à la quotité que lui attribue l'article 757, au titre *des Successions*. Cela ne saurait être douteux.

ture de la succession (sans préjudice des suspensions pour minorité ou autre cause), qui compète aux enfans et descendans. Le doute s'augmente encore de ce que, s'il est vrai que les envoyés en possession n'ont pas possédé *cum animo sibi habendi* tant que l'envoi définitif n'avait pas encore eu lieu, puisqu'ils ignoraient le décès, et, dès-lors, s'ils n'ont pu prescrire à l'effet d'acquérir, du moins ils ont prescrit à l'effet de se libérer de l'action en pétition d'hérédité par trente ans; car la faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par trente ans (art. 789), à compter du jour de son ouverture.

Cependant nous croyons que les trente ans ne courent pas à partir du jour du décès, mais seulement à partir de l'envoi définitif; et voici ce qui nous détermine à le décider ainsi. L'hérédité de l'absent n'était pas plus au lieu où sont les biens possédés, que dans le pays où il est mort: un être de raison ne peut avoir de situation; ces biens n'ont donc réellement pas été possédés comme une hérédité proprement dite, notwithstanding ce que nous avons dit plusieurs fois, que l'envoi en possession est l'image de l'ouverture de la succession; car ce n'est là qu'une fiction, dont les effets doivent être restreints au cas pour lequel elle a été établie. D'après cela, il est plus vrai de dire que les enfans ont eux-mêmes recueilli l'hérédité, en faisant dans le pays où leur père s'était retiré, ou partout ailleurs, un acte quelconque d'héritier; et presque toujours il en sera ainsi, parce qu'ils auront presque toujours recueilli quelque chose de lui, ne fût-ce qu'un

effet mobilier. Ainsi, devenus héritiers, l'article 789, même entendu dans le sens de l'objection, ne serait point applicable, et les enfans étant propriétaires des biens, en quelque pays qu'ils fussent situés, les envoyés en possession provisoire auraient continué, jusqu'à l'envoi définitif, à n'être, par rapport à eux, que de simples dépositaires, soumis, à ce titre, à l'action en revendication, le dépositaire ne prescrivant à l'effet d'acquérir par quelque laps de temps que ce soit (art. 2236), et il en est de même de son héritier. (Art. 2237.)

545. Mais quant aux trente ans que la loi accorde aux enfans et descendans pour réclamer les biens depuis l'*envoi définitif*, c'est une question que de savoir si ces trente ans ne sont qu'un simple délai préfix, ou bien une prescription ordinaire, suspendue, par conséquent, par la minorité des enfans et descendans.

Il nous semble que le législateur n'a voulu établir qu'un simple délai. Cette opinion, qui a trouvé des contradicteurs¹, mais qui a des partisans², paraît en effet avoir pour elle l'esprit et la lettre de la loi, qui ne dit pas que l'action des enfans sera prescrite par trente ans, ce qui serait une prescription ordinaire; mais qui dit que les enfans pourront réclamer les biens *dans les trente ans*, sans ajouter, ainsi qu'elle le fait à l'article 966, en matière de donation révoquée pour survivance d'enfans, « *sans préjudice des interruptions telles que de droit.* » Que l'on remarque bien, d'ailleurs, qu'il s'est écoulé au moins trente-cinq ans depuis la

¹ M. Malleville, un des rédacteurs du Code, est de ce nombre.

² M. Delvincourt la professe.

disparition jusqu'au moment où l'envoi en possession définitif a eu lieu ¹; que les enfans auront trente ans à partir de cette dernière époque, et que si le délai doit être suspendu par les minorités, qui peuvent se succéder à l'infini, le sort de ces propriétés ne sera jamais fixé. Tel n'est pas l'esprit général du Code. On peut encore tirer argument de l'article 129, suivant lequel les cautions *sont déchargées* après trente ans depuis l'envoi provisoire, ce qui n'est qu'un temps préfix, et non une prescription ordinaire : de telle sorte que les enfans de l'absent ne pourraient prétendre contre les cautions, que le délai n'a point couru contre eux à cause de leur minorité; car l'article dit positivement qu'après trente ans, les cautions sont déchargées. Or, si la loi a établi pour leur libération un délai préfix, on peut bien croire qu'elle a aussi voulu, et par les mêmes motifs, en établir un pour opérer la décharge des envoyés en possession définitive, d'autant mieux que ce dernier délai ne commence à courir qu'à dater de l'expiration du premier.

Les enfans naturels légalement reconnus ont aussi, dans les limites tracées par les articles 757 et 908, le droit de réclamer les biens dans les trente ans.

CHAPITRE V.

DES EFFETS DE L'ABSENCE EN GÉNÉRAL.

SOMMAIRE.

514. *Objets généraux de ce titre.*

514. Il nous reste à expliquer sur cette matière les

¹ Sauf le cas extraordinaire où il se serait écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent.

dispositions relatives aux enfans mineurs de l'époux qui a disparu, à son mariage, à l'ouverture de sa succession, et aux droits qui peuvent s'ouvrir à son profit. En plaçant à la fin de ce titre ce qui nous reste à dire à cet égard, nous avons ainsi dégagé l'explication du sujet d'une foule d'observations qui en auraient entravé la marche, et dont la plupart s'appliquent, comme on le verra, aussi bien au cas où l'absence n'a point encore été déclarée, qu'au cas contraire.

SECTION PREMIÈRE.

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT A LA SURVEILLANCE DES ENFANS MINEURS DE L'ÉPOUX QUI A DISPARU.

SOMMAIRE.

515. *Généralement, la disparition de la mère ne modifie point la puissance du père sur les enfans mineurs, et il n'est point obligé de leur faire nommer un subrogé-tuteur.*
516. *Dans certains cas il devrait en faire nommer un.*
517. *Si c'est le père qui a disparu, la mère exerce les droits du mari quant à la surveillance et à l'éducation des enfans, et quant à l'administration de leurs biens.*
518. *La mère n'est pas, à proprement parler, tutrice; cependant, après la déclaration d'absence, elle doit généralement faire nommer un subrogé-tuteur.*
519. *Quel est son pouvoir de correction sur les enfans.*
520. *Elle n'a pas besoin d'une autorisation judiciaire pour les actes de pure administration : elle tient son mandat de la loi.*
521. *La mère a-t-elle la jouissance légale des biens des enfans mineurs de dix-huit ans; et si elle lui appartient, sous quelle condition lui est-elle attribuée?*
522. *Nomination d'un tuteur provisoire aux enfans mineurs dans les cas prévus aux articles 142 et 143.*

545. Si c'est la mère qui a disparu, les droits du père n'étant point altérés par cette disparition, il con-

serve sur ses enfans la surveillance et la puissance qu'il avait auparavant : l'absence de la mère ne change rien à cet égard ; seulement, si cette absence se prolonge assez long-temps pour qu'elle soit déclarée, alors nous croyons qu'il faut distinguer.

516. Si les époux sont mariés en communauté, et que le père opte pour la dissolution provisoire de la communauté, comme les enfans ont des intérêts à défendre contre lui ; que le testament de leur mère, s'il en existe un, est mis à exécution ; que tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absente peuvent les exercer (art. 123 et 124, combinés) ; en un mot, comme il y a *présomption de mort*, et par conséquent lieu en quelque sorte à l'ouverture de la tutelle, le père doit faire nommer un subrogé-tuteur à ses enfans mineurs non émancipés. Ce sera contradictoirement avec ce subrogé-tuteur qu'il liquidera leurs droits, soit par rapport à la communauté, provisoirement dissoute, soit par rapport aux biens personnels de la mère absente ; ce qui ne l'empêchera pas, au surplus, de conserver l'administration et la jouissance des biens des enfans, conformément aux articles 384 et 450.

Dans le cas où il opte pour la continuation de la communauté, comme il n'a point d'intérêts opposés à ceux des enfans, du moins ordinairement ; qu'il empêche ceux-ci d'obtenir l'envoi en possession provisoire, même des biens propres de leur mère (art. 124), il n'est généralement point obligé de leur faire nommer un subrogé-tuteur.

Il en serait autrement s'il était marié sous un régime qui autoriserait les enfans à demander l'envoi en possession provisoire des biens de leur mère.

Au reste, ces diverses décisions, conformes aux principes, pourraient néanmoins subir des modifications suivant les circonstances, surtout si le ministère public, chargé de veiller à la conservation des droits des personnes présumées absentes, avait de justes motifs de craindre que le défaut de nomination d'un subrogé-tuteur aux enfans ne fût un obstacle à ce qu'on fût instruit du sort de la femme absente.

517. Si c'est le père qui a disparu, la mère acquiert un droit qu'elle n'avait pas légalement pendant la présence du père (art. 373); et voici ce que porte à cet égard l'article 141 : « Si le père a disparu laissant des « enfans mineurs issus d'un commun mariage, la mère « en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits « du mari, quant à leur éducation et à l'administration « de leurs biens. »

Cette disposition a son effet, non-seulement durant la présomption d'absence, mais encore après que l'absence a été déclarée.

518. Mais n'exerçant que les droits du père, la mère n'est point tutrice : le père ne serait point tuteur s'il était présent; il serait simplement administrateur (art. 389 et 390 combinés) ¹. En conséquence, la mère n'est point obligée, du moins pendant la pré-

¹ Aussi a-t-il été jugé par la cour de cassation, que, pendant le mariage, les enfans n'ont point d'hypothèque légale sur les biens de leur père, parce qu'il n'y a pas encore de *tutelle*. Arrêt de rejet du 3 décembre 1821. Sirey, 1822, I, 80.

somption d'absence, de faire nommer un subrogé-tuteur, à moins qu'elle n'eût à débattre ou à liquider des intérêts opposés à ceux des enfans.

Lorsque l'absence a été déclarée, elle doit en faire nommer un, excepté dans le cas où elle est mariée sous le régime de la communauté, qu'elle opte pour sa continuation, et que les enfans n'ont pas de biens particuliers ; parce que, prenant l'administration de ceux du mari, dont les revenus tombent dans la communauté, elle n'a pas, pour le moment, d'intérêts opposés à ceux des enfans, du moins ordinairement.

519. Exerçant les droits du père quant à la surveillance des enfans, elle exerce par conséquent la puissance paternelle, mais comme elle l'exercerait si cette puissance résidait absolument dans sa main par la mort du père. D'après cela, elle pourra bien faire détenir l'enfant qui lui donnera de graves sujets de mécontentement, mais elle devra le faire avec le concours des deux plus proches parens paternels (art. 381). Il serait inconséquent de lui donner plus de pouvoir que la loi n'a voulu lui en conférer lorsque la puissance sur les enfans lui appartient en propre.

520. Elle exerce la puissance *administrative* du père sur les biens des enfans. Elle n'a pas besoin pour cela d'une autorisation judiciaire spéciale pour chaque acte d'administration, ni d'une autorisation générale : cette autorisation se trouve dans son *mandat légal*, auquel un mandat judiciaire ne saurait rien ajouter.

S'il est nécessaire de faire des actes qui sortent des bornes de l'administration ordinaire, comme le mari

lui-même, en sa seule qualité d'administrateur, ne pourrait généralement les faire¹ sans avoir obtenu l'autorisation d'un conseil de famille, la mère doit demander cette autorisation, et la faire homologuer par le tribunal.

Si, dans certains cas, ses intérêts étaient en opposition avec ceux des enfans, elle devrait faire nommer à ceux-ci un subrogé-tuteur, ainsi qu'en agirait le père en pareille circonstance s'il était présent.

§21. Quant à la jouissance des biens des enfans, il semble, d'après l'article 141, qui dit simplement que la mère exercera tous les droits du mari, *quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens*, il semble, disons-nous, que cette jouissance est déniée à la mère. Cependant nous croyons, en principe, qu'elle doit avoir lieu à son profit, à partir de la disparition du père, si celui-ci ne reparaît point ou ne donne pas de ses nouvelles : c'est en effet de ce jour que, dans cette hypothèse, la loi le présume mort (art. 120). Il n'y a donc pas lieu de faire emploi des fruits perçus sur les biens des enfans. Rien ne démontre qu'ils appartiennent au père; au contraire, il y a présomption, mais dont les effets sont résolubles, qu'ils appartiennent à la mère. La jouissance légale des biens des enfans est d'ailleurs, en principe, une dépendance de la puissance paternelle ou maternelle, et la mère exerçant ici la puissance du père, elle doit l'exercer avec ses conséquences et ses attributs.

¹ Car il n'a pas plus de pouvoir qu'un tuteur quand il s'agit de disposer des biens de ses enfans.

Mais si le père reparaît ou donne de ses nouvelles, la cause de cette jouissance étant reconnue fausse, la mère, dans l'hypothèse où, commune en biens, elle a opté pour la continuation de la communauté, doit restituer à son mari les fruits qu'elle a perçus avant d'être envoyée en possession provisoire, et ces fruits entreront dans la communauté. Pour ceux qu'elle a perçus depuis l'envoi en possession, on suivra les règles que nous avons posées, d'après l'article 127, en parlant des droits de l'administrateur légal¹. Enfin, si les époux sont mariés sous tout autre régime, ou même sous celui de la communauté, mais quand la femme a opté pour sa dissolution provisoire, celle-ci doit restituer au mari de retour ou qui a donné de ses nouvelles, les fruits qu'elle a perçus d'après un titre reconnu faux, et, dans tous les cas, sous la déduction des dépenses qu'elle a dû raisonnablement faire pour l'éducation des enfans, et des autres charges mentionnées à l'article 385.

522. Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, la surveillance des enfans doit être déférée par un conseil de famille aux ascendans les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire. (Art. 142.)

Il en est de même dans le cas où l'un des époux qui a disparu a laissé des enfans mineurs issus d'un précédent mariage (art. 143) : l'existence du nouvel époux est une circonstance indifférente quant à ces mêmes enfans.

¹ Voyez le n° 464.

SECTION II.

DES EFFETS DE L'ABSENCE PAR RAPPORT AU MARIAGE DE L'ABSENT.

SOMMAIRE.

523. *L'absence la plus longue d'un individu n'autorise pas son conjoint à contracter un nouveau mariage, s'il n'a la preuve de son décès.*
524. *Si, de fait, un second mariage a été contracté, l'absent est seul recevable à l'attaquer.*
525. *Difficulté que présente le rapprochement des articles 139, 147 et 184.*
526. *Quand le second mariage a été contracté durant la présomption d'absence, l'article 139 n'est pas nécessairement applicable.*
527. *Si l'absent reparait et s'il n'attaque point le mariage, le ministère public, le nouvel époux, et même le conjoint de bonne foi, peuvent en demander la nullité.*
528. *Effets de la bonne foi des époux, ou de l'un d'eux, lorsque le mariage est annulé.*

§25. Suivant l'article 147, on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier; et cette dissolution n'a lieu que par la mort naturelle de l'un des époux, ou par la condamnation devenue définitive de l'un d'eux à une peine emportant mort civile. (Art. 227.)

Quelque grave que soit la présomption de mort après une longue absence, durant laquelle on n'a point reçu de nouvelles de l'absent, son mariage n'est point pour cela dissous. Il ne l'est point non plus lors même qu'il s'est écoulé cent ans depuis sa naissance. Rien, en un mot, dans l'esprit de l'article 147, ne peut suppléer à la preuve du décès. Il y avait trop de danger à permettre à un époux de passer à de secondes noces sur la

foi d'une présomption toujours incertaine. D'après cela, si le conjoint d'un absent voulait former une nouvelle union, sans rapporter la preuve que la première est rompue, toutes les personnes à qui la loi donne le droit de former opposition à la célébration du mariage, et même le ministère public, pourraient s'y opposer.

524. Mais les lois les plus expresses ne sont pas toujours fidèlement observées. D'abord, cet époux a pu, même en s'y conformant, contracter un second mariage sur la foi d'un acte de décès de l'absent, ou d'un rapport qui le représentait comme ayant perdu la vie dans un naufrage, un combat, un incendie : fallait-il, dans ce cas, permettre d'attaquer cette nouvelle union, dont la nullité est subordonnée à l'existence de l'absent ; s'exposer ainsi à rompre un mariage qui réunit peut-être toutes les conditions exigées par les lois ; enlever aux enfans leur état, ou du moins le compromettre, et jeter ainsi le trouble dans deux familles ? Non, sans doute : la justice et la prudence commandaient plus de circonspection : elles voulaient que celui qui a le plus grand intérêt à l'annulation de ces nouveaux liens, et qui est lui-même la preuve irréfragable qu'ils ont été formés contre le vœu de la loi, fût le seul qui pût en demander la dissolution ; et tel est le principe consacré par l'article 139 : « L'époux absent dont
« le conjoint a contracté une nouvelle union sera seul
« recevable à en demander la nullité, par lui-même,
« ou par son fondé de pouvoir ¹ muni de la preuve de
« son existence. »

¹ La loi n'exige pas que la procuration soit authentique ; elle n'exige pas

L'incertitude de la mort de l'un des époux, disaient MM. Gilbert des Voisins et d'Aguesseau, ne doit jamais suffire pour contracter un nouveau mariage ; mais elle ne doit non plus jamais suffire pour troubler un mariage contracté.

525. La difficulté de concilier la disposition de cet article 139 avec celles des articles 147 et 184 combinés, est une des plus graves que présente le Code, et celle qui porte sur l'objet le plus important. En effet, il se présente ici deux questions principales, sur lesquelles les esprits sont loin d'être unanimes.

La première est celle de savoir si l'article 139 est applicable aussi au cas où l'individu dont le conjoint a contracté une nouvelle union, était seulement alors en présomption d'absence ?

La seconde est celle de savoir si, dans le cas du retour de l'absent, déclaré tel, ou non, à l'époque du mariage, le ministère public, le conjoint de bonne foi, et le nouvel époux, peuvent en demander la nullité ?

526. Il nous semble que la première question doit être décidée en principe pour la négative. L'époux qui a négligé de faire déclarer l'absence de son conjoint avant de passer à de secondes noces, qui a ainsi dédai-

non plus qu'elle soit spéciale, c'est-à-dire uniquement pour cet objet ; mais il faut du moins qu'elle renferme formellement le pouvoir d'attaquer le mariage.

Et comme l'article 139 veut que le mandataire soit muni de la preuve de l'existence de l'absent, il est clair qu'on n'a pas regardé la procuration comme la prouvant suffisamment. Il faudrait donc un acte de notoriété séparé, attestant l'existence de l'absent au moment où il a donné le pouvoir d'attaquer le mariage ; ou du moins il faudrait que la procuration fût donnée par acte authentique, qu'elle fût délivrée par un officier public ayant qualité pour délivrer les actes de notoriété ou certificats de vie, et avec toutes les formalités requises pour ces sortes d'actes.

gné le moyen qui lui était offert pour obtenir des renseignements sur son sort, et qui savait d'ailleurs que la loi lui défendait de contracter un nouveau mariage avant d'avoir acquis la preuve positive de la dissolution du premier, cet époux, disons-nous, n'a pu être facilement de bonne foi; tout s'élève contre lui, du moins dans les cas ordinaires. Si le ministère public ne pouvait agir même dans celui-ci, les dispositions des articles 147 et 184 combinés seraient presque toujours sans application, puisqu'il n'arrivera guère qu'un époux contracte un second mariage pour ainsi dire sous les yeux de son conjoint. Dans ce système, quel temps devrait s'écouler depuis la disparition jusqu'à la célébration du mariage, pour que le ministère public fût non recevable à l'attaquer? Serait-ce un mois, six mois, un an, deux ans, plus ou moins? L'impossibilité d'établir une règle à cet égard nous porte donc à croire que l'article 139 ne s'applique généralement pas aussi bien au cas où l'absence n'était point déclarée à l'époque du mariage, qu'au cas contraire. Il est placé sous le chapitre qui traite des effets de l'absence, ce qui suppose par conséquent qu'elle était déclarée. C'est aussi l'avis de M. Proudhon (tom. I, pag. 165), mais non celui de M. Delvincourt (tom. I, pag. 301).

Voilà le principe; mais s'il s'était déjà écoulé un temps très long depuis la disparition, au moment de la célébration de ce mariage, et s'il régnait la plus grande incertitude sur la vie de l'époux qui a disparu, ces circonstances devraient être un obstacle à l'exercice de l'action en nullité, soit de la part des nouveaux

époux, soit de la part du ministère public, quoique l'absence, on le suppose, ne fût pas encore déclarée au moment du mariage, d'autant mieux qu'il ne serait pas impossible que ces nouveaux époux fussent de bonne foi ¹. Les monumens de la jurisprudence nous offrent, en effet, des exemples de cas extraordinaires, où l'erreur était pour ainsi dire invincible : on a vu des mariages contractés sur la foi d'un acte de décès d'un individu qui vivait encore. Le conjoint pourrait aussi être considéré comme de bonne foi, quoique le mariage n'eût pas été contracté sur le vu d'un acte de décès, s'il s'était écoulé un très long temps depuis la disparition et qu'il y eût des circonstances particulières qui dussent naturellement faire croire à la mort de l'absent : dans ces cas, que l'on ne peut caractériser, il y aurait lieu d'appliquer la maxime, que *l'incertitude sur la vie ou la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour troubler un mariage contracté*. Et si l'époux était poursuivi pour fait de bigamie, il pourrait faire valoir l'exception de bonne foi, pour repousser l'accusation. Le Code pénal de 1791, sect. 1^{re}, part. 2, art. 33, lui en donnait le droit en ces termes : « En « cas d'accusation de ce crime (de bigamie), l'exception de bonne foi pourra être admise lorsqu'elle sera « prouvée. » Et cette exception avait lieu même dans

¹ Jugé en cassation, le 21 juin 1831 (Sirey, 31, I, 262), que la nullité du mariage contracté durant l'état de *présomption* d'absence du conjoint, ne devait être prononcée qu'autant qu'il était prouvé que le second mariage avait été contracté avant la dissolution du premier.

Voyez un autre arrêt de rejet rendu dans le même sens, le 18 avril 1838. Sirey, 38, I, 296.

le cas où l'absence du conjoint n'avait pas été judiciairement déclarée.

527. Quant à la seconde question, quelques jurisconsultes, combattus par d'autres, l'ont décidée négativement de la manière la plus absolue, refusant ainsi au ministère public et au nouvel époux lui-même, le droit de demander la nullité du mariage, quoique l'absent revînt dans ses foyers. C'est méconnaître le véritable esprit de l'article 139. Non, assurément, *l'incertitude de la mort de l'un des deux époux ne doit jamais suffire pour troubler un mariage contracté*; mais lorsqu'au lieu de l'incertitude, il n'y a que le spectacle scandaleux offert par une femme qui appartient publiquement à deux maris (probablement, on n'oserait pas aller jusqu'à prétendre que le premier mariage est dissous; ce serait une nullité d'une nouvelle sorte), ou d'un mari qui a deux femmes, les principes du Droit, comme ceux de la morale, réclament hautement contre un tel scandale. Il n'a pu entrer dans la pensée du législateur de vouloir faire produire à cet article des conséquences aussi funestes. Et en effet, s'il nait des enfans, à qui appartiendront-ils? Seront-ils étrangers au premier mari, sous le prétexte que celui-ci n'ayant point demandé la nullité du second mariage, les enfans sont censés en être issus? Mais le premier n'est pas rompu; il ne pouvait prendre fin que par la mort naturelle ou civile de l'un des époux: les enfans appartiennent donc au premier mari, en vertu de l'article 312; le silence de leur père *légal* ne doit point les priver de leur état. D'un autre côté, si le nouvel époux

réclame ces enfans, il devra aussi être écouté dans le système outré que nous combattons, puisque son mariage n'étant point dissous, il doit produire ses effets civils jusqu'à ce qu'il soit anéanti. La possibilité d'un tel résultat suffirait seule pour faire repousser avec force le système qui le produirait.

Dira-t-on que la femme sera punie comme bigame? D'abord, comme l'a très-bien observé M. Delvincourt, cela ne ferait rien quant à la légitimité des enfans; en second lieu, il serait très-possible qu'attendu sa bonne foi, la femme ne fût point condamnée; enfin, fût-elle condamnée, les inconvéniens que nous venons de signaler pourraient renaître après qu'elle aurait subi sa peine. Pourrait-on, d'ailleurs, dénier au nouvel époux le droit de demander d'être légalement séparé d'une femme qui appartient à un autre individu? Et peut-on forcer cette femme, que nous supposons de bonne foi, à vivre dans ce qu'elle doit considérer comme un adultère perpétuel? n'y a-t-il pas dans ce cas une erreur qui vicie le mariage? Il nous semble que le droit d'en demander la nullité est fondé sur la loi, comme sur les principes de la morale, même la moins sévère.

Enfin, l'opinion contraire ouvrirait la porte à une sorte de divorce par consentement mutuel : deux époux à qui la vie commune serait devenue une chaîne pesante formeraient, de concert, le dessein de la rompre; l'un d'eux disparaîtrait sans donner de ses nouvelles; après quelques années, l'autre poursuivrait la déclaration d'absence, et le ministère public, qui ne pourrait connaître la connivence, n'apporterait

aucun obstacle à la demande. Les précautions seraient même prises pour ménager à l'époux présent l'exception de bonne foi, afin de repousser les suites de l'action de bigamie ; et le second mariage, ainsi préparé à l'avance, serait contracté dans une commune éloignée, où l'on pourrait plus facilement tromper un officier de l'état civil. Disons encore une fois que telle n'a pu être la pensée du législateur. Il n'a sans doute pas voulu que, *dans l'incertitude* de la validité ou de la nullité d'un mariage, tout autre que l'individu qui est la preuve vivante de cette nullité, fût recevable à l'attaquer : mais quand l'absent est de retour, et qu'au lieu de l'incertitude à cet égard, il n'y a plus que le spectacle scandaleux qu'offre la bigamie connue de tout le public, les principes doivent reprendre leur empire.

Il reste toutefois à réfuter une dernière objection, puisée dans la rédaction de cet article 139 : elle consiste à dire que la loi suppose bien le retour de l'absent, puisqu'elle dit que celui-ci sera seul recevable à attaquer le mariage *par lui-même*, ou par son fondé de pouvoir. Nous croyons cette conséquence fausement déduite. En effet, on a posé le principe que l'absent serait seul recevable à attaquer le mariage, et nous en tombons d'accord pour le cas que le législateur a pu raisonnablement avoir en vue, celui de l'incertitude de la vie de cet absent, incertitude que lui seul fait cesser par son retour, ou par la procuration qu'il donne à l'effet d'attaquer le mariage ; mais cela ne veut pas dire que, lorsqu'il n'y a plus le moindre doute sur son

existence, les deux mariages doivent subsister simultanément, au mépris des articles 147 et 184.

528. Dans le cas où le mariage est annulé, il produit ses effets civils tant en faveur des époux de bonne foi, qu'en faveur des enfans. Si l'un des deux époux seulement était de bonne foi, le mariage produit ses effets civils tant en faveur de cet époux, qu'en faveur des enfans ; mais l'époux de mauvaise foi ne peut les invoquer. (Art. 201 et 202.)

SECTION III.

DE L'OUVERTURE DE LA SUCCESSION DE L'ABSENT.

SOMMAIRE.

529. *La succession de l'absent appartient à ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé.*
530. *Lors même que ceux-ci ne seraient ni enfans ni descendans, et qu'ils se présenteraient après l'envoi définitif, ils pourraient intenter la pétition d'hérédité, en prouvant le décès et leur priorité de degré à l'époque où il a eu lieu : conciliation des articles 130 et 133.*
531. *Les plus proches parens au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, peuvent réclamer la possession contre ceux qui l'ont obtenue, en prouvant simplement qu'ils étaient en degré utile.*

529. La succession de l'absent peut s'ouvrir pendant la présomption d'absence, pendant l'envoi provisoire, enfin après l'envoi définitif.

Dans tous les cas, elle appartient aux héritiers les plus proches à l'époque du décès prouvé : « La succession de l'absent, dit l'article 130, sera ouverte du
« jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les
« plus proches à cette époque; et ceux qui auraient

« joui des biens de l'absent seront tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127. »

550. Mais cet article 130 paraît présenter une contradiction avec l'article 133, qui n'accorde qu'aux enfans et descendans directs de l'absent le droit de réclamer les biens après l'envoi définitif, et qui limite même la durée de l'action à trente ans depuis cet envoi. On peut cependant concilier ces deux dispositions, en disant que les héritiers, autres que les enfans et descendans, devront, pour pouvoir réclamer les biens après l'envoi définitif, prouver et le décès et leur priorité de degré au jour du décès; tandis que les enfans et descendans n'auront besoin que de prouver leur filiation, parce que c'est un titre supérieur à celui des collatéraux. Que l'on remarque bien, en effet, que l'article 130 est placé immédiatement après celui qui traite de l'envoi définitif, qu'il le suppose, et qu'il en modifie par conséquent les effets, en disant d'une manière générale que la succession de l'absent sera ouverte *du jour de son décès prouvé, au profit de ses héritiers les plus proches à cette époque*. C'est donc simplement l'attribution de la pétition d'hérédité aux plus proches héritiers qui ne posséderaient pas les biens. Au lieu que lorsque l'envoi en possession définitif n'a pas encore été obtenu, ceux des héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles qui ont négligé de demander l'envoi en possession provisoire, peuvent le demander, dans les trente ans, contre ceux qui l'ont mal à propos obtenu, sans être tenus de prouver le

décès de l'absent, mais seulement leur priorité de degré.

551. Ainsi, il résulte de cet article 130, combiné avec l'article 120, que ceux qui voudront réclamer des envoyés en possession la succession de l'absent, comme étant ses plus proches parents, devront prouver deux choses : 1° que le décès a eu lieu; 2° qu'ils étaient les plus proches à l'époque où il est arrivé; et alors ils pourront agir pendant trente ans, à compter du décès, quoique l'envoi définitif ait eu lieu; du moins c'est notre opinion, et c'est aussi celle de M. Delvincourt.

Mais s'ils ne réclament que *l'envoi provisoire* de ceux qui l'ont obtenu, il leur suffira, comme nous venons de le dire, d'intenter leur action dans les trente ans depuis cet envoi, et de prouver qu'ils étaient les plus proches parents à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles : c'est la voie qu'ils devront choisir, s'ils sont encore dans le délai utile; de cette manière, ils se déchargeront de l'obligation de prouver le décès. Par exemple, Primus est absent; il a pour plus proches parents, dans la ligne paternelle, Secundus et Tertius, ses cousins-germains; Tertius a un fils, et il meurt pendant l'envoi provisoire, qui a été obtenu seulement par Secundus, pour la part attribuée à la ligne paternelle. Si le fils de Tertius réclamait une part dans la *succession*, il serait obligé de prouver que son père l'a recueillie : pour cela, il devrait établir, 1° que Primus est mort; 2° que Tertius lui a survécu. Mais se bornant à demander une part dans la *possession* des biens,

et agissant à cet effet en temps utile, il lui suffit de prouver que Tertius, en sa qualité d'héritier présomptif de Primus au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de celui-ci, avait, concurremment avec Secundus, droit à être envoyé en possession; car ce droit, comme nous l'avons dit au n° 439, est transmissible comme celui d'hérédité, dont il est l'image.

Mais si Secundus prouvait ensuite que l'absent a survécu à Tertius, il pourrait réclamer la part de biens dont il a été obligé de relâcher la possession au fils de celui-ci; sauf à ce dernier le droit de retenir les fruits par lui perçus de bonne foi. Quant à ces fruits, le fils de Tertius garderait tous ceux qu'il aurait perçus de bonne foi depuis la mort de l'absent, parce que ce seraient les règles sur la pétition d'hérédité qui seraient applicables; mais quant à ceux qu'il a perçus sur la portion de biens dont la possession lui a été relâchée tardivement, et jusqu'à la mort de l'absent, on suivrait les distinctions établies à l'article 127.

SECTION IV.

DES EFFETS DE L'ABSENCE EN GÉNÉRAL, PAR RAPPORT AUX DROITS ÉCHUS A UN INDIVIDU DONT L'EXISTENCE N'EST PAS RECONNUE.

SOMMAIRE.

- 532. *Celui qui réclame un droit échu à un individu doit prouver que ce dernier existait lors de l'ouverture du droit.*
- 533. *Ce principe érigé en loi par les articles 135 et 136.*
- 534. *Discussion au conseil-d'état sur l'étendue du principe.*
- 535. *Il s'applique au cas d'un présumé absent comme à celui d'absence déclarée.*
- 536. *Régulièrement il ne s'applique pas lorsqu'il y a simplement non-présence de l'un des successibles.*

537. *L'héritier d'un légataire sous condition doit prouver que son auteur a survécu au testateur et à l'accomplissement de la condition.*
538. *Application du principe au cas où l'absent présumé ou déclaré absent est donateur avec stipulation du droit de retour, et que le donataire vient à mourir.*
539. *A celui où une rente viagère est créée sur sa tête.*
540. *Où qu'il est appelé à une substitution, et que le grevé meurt.*
541. *Où qu'il a stipulé un préciput, ou la totalité de la communauté, en cas de survie.*
542. *Du cas où la communauté a été stipulée au profit du survivant, que l'un des époux disparait, et que l'autre meurt avant la déclaration d'absence.*
543. *Du cas où une donation de biens à venir a été faite par un tiers qui a disparu et dont l'existence n'est pas reconnue au moment du décès de l'époux donataire.*
544. *Quid si, dans l'espèce, c'est le donataire qui a disparu ?*
545. *Diverses manières dont on peut venir à une succession.*
546. *Dans les cas des articles 720, 721 et 722, la présomption de la loi tient lieu de preuve de l'existence de telle personne lors de l'ouverture de la succession de telle autre.*
547. *Lorsqu'une personne peut venir à la succession aussi bien par droit de représentation que par droit de transmission, elle ne peut être écartée sur le seul fondement qu'elle ne prouve ni le prédécès ni l'existence de celui qui la précédait dans l'ordre de parenté.*
548. *Elle pourra venir par droit de représentation, afin de n'être pas obligée au paiement des dettes de l'absent.*
549. *Elle devra alors, de Droit commun, le rapport de ce qu'elle a reçu et de ce qu'a reçu ce dernier.*
550. *Les actions en pétition, d'hérédité et d'autres droits sont réservées à l'absent ou à ses représentans.*
551. *Le Code, en parlant de la pétition d'hérédité au titre des Absens, suppose que les règles en sont connues.*
552. *La question de savoir si l'héritier apparent a pu vendre, avec effet, les biens de l'hérédité, a été jugée ancienne-*

- ment, et depuis le Code, affirmativement, par une fausse interprétation du Droit romain.*
553. *Ce qu'on entend par pétition d'hérédité.*
554. *Cette action est réelle.*
555. *Elle a lieu au profit de tout successeur universel ou à titre universel.*
556. *Ce que doit prouver le demandeur dans cette action.*
557. *Elle s'intente contre quiconque possède l'hérédité ou une part aliquote, ou même une chose particulière, à titre d'héritier.*
558. *Diverses espèces de possesseurs, suivant le Droit romain.*
559. *Dans les principes de cette législation, nul doute que l'action (utilis) ne pût s'intenter contre le cessionnaire du droit d'hérédité.*
560. *Jusqu'à la Constitution de Zénon, elle pouvait s'intenter contre le tiers acquéreur lors même qu'il avait acquis du fisc.*
561. *L'héritier de l'acquéreur était également passible de la pétition d'hérédité utilis.*
562. *Textes formels qui décident aussi que le véritable héritier a une action contre les tiers qui ont acquis, même de bonne foi, de l'héritier apparent, des choses particulières de l'hérédité; mais c'est la revendication ordinaire.*
563. *Décisions de Voët et de Vinnius à cet égard.*
564. *Résumé de l'esprit de ces lois.*
565. *Controverse, à ce sujet, entre les auteurs modernes.*
566. *Explication donnée par M. Merlin, du § 17 de la loi 25, ff. de Heredit. petit.*
567. *Interprétation fautive donnée par ce jurisconsulte, de la première partie de ce paragraphe.*
568. *Il n'y aurait d'ailleurs, quant au droit qu'a ou n'a pas le véritable héritier, d'exercer une action contre les tiers acquéreurs qui n'ont point encore prescrit, aucune raison de différence entre le cas de la vente de l'hérédité et d'une quote-part, et celui d'un objet déterminé.*
569. *Résumé de l'interprétation donnée par M. Merlin, du § 17 précité.*

570. *En lui supposant le sens que lui attribue ce jurisconsulte, il ne serait d'aucune autorité dans notre Droit.*
571. *Mais il ne faisait point, comme le dit M. Merlin, obstacle à ce que la qualité de l'héritier qui attaquait les tiers acquéreurs pût être jugée avec le possesseur de l'hérité, quoique celui-ci n'eût plus rien qui en provint.*
572. *La faveur accordée par le Droit romain, d'une manière générale, au possesseur de bonne foi, de n'être tenu à la restitution que quatenus locupletior factus erat, n'a pas été consacrée dans notre Droit, et dès-lors le système de M. Merlin pêche par sa base.*
573. *Sens probable de ce § 17.*
574. *En admettant que l'interprétation que nous lui donnons fût fondée, l'héritier n'aurait-il, dans notre Droit, comme dans le Droit romain, d'action contre les tiers acquéreurs, qu'après discussion de l'héritier apparent ?*
575. *Diverses lois romaines dont on a mal à propos argumenté contre le véritable héritier.*
576. *Arrêts qui ont jugé, depuis le Code civil, que l'héritier n'avait pas d'action contre les tiers acquéreurs qui n'avaient point encore prescrit ; arrêt contraire postérieur.*
577. *Démonstration que ces premiers arrêts ne sont conformes ni à la lettre ni à l'esprit du Code civil.*
578. *Considérations, mais impuissantes, en faveur des tiers acquéreurs.*
- 578 bis. *Nouveaux arrêts cités qui ont admis la validité des ventes faites par l'héritier apparent, et réfutation des motifs nouveaux sur lesquels ces arrêts sont fondés.*
579. *Lorsqu'une succession dévolue à quatre individus a été seulement partagée entre trois, parce que l'un était absent, que l'un des copartageans devient insolvable, et que l'absent reparait, d'après quelle base se règlent ses droits ?*
580. *L'action en pétition d'hérédité ne s'éteint que par la prescription ordinaire de trente ans.*
581. *Le cessionnaire en tout ou partie du droit d'hérédité ne peut invoquer que la même prescription.*

582. *L'héritier apparent ne se libère point, comme les débiteurs, par la prescription de cinq ans, des arrérages, fermages ou intérêts échus avant ou pendant le cours de sa possession.*
583. *Le possesseur de bonne foi gagne les fruits : différence, à cet égard, du Droit français d'avec le Droit romain.*
584. *Tout possesseur est présumé de bonne foi.*
585. *Quand cesse-t-il d'être de bonne foi?*
586. *Le possesseur de mauvaise foi restitue tous les fruits, même ceux qu'il a négligé de percevoir.*
587. *La restitution n'a lieu que de dépenses déduites.*

552. Lorsqu'il s'agit des droits des tiers sur les biens d'un individu déclaré absent, et subordonnés à la condition de son décès, la loi, pour que l'exercice de ces droits ne fût pas indéfiniment paralysé, suppose, sinon dans les termes, du moins dans les effets, qu'il a payé le tribut à la nature, et elle leur permet de les exercer provisoirement, en ordonnant toutefois des mesures propres à le préserver de tout dommage dans le cas où la supposition de son décès n'était pas fondée. Mais lorsqu'il s'agit de droits échus à un individu dont l'existence est incertaine, et qui sont réclamés par d'autres, sur le motif qu'il les a recueillis et les leur a transmis, alors il n'est pas permis de conclure de ce que, dans l'esprit de la loi, l'absent déclaré tel est présumé décédé, que l'individu non déclaré absent est présumé vivant. Il est bien présumé vivant quant à la *conservation* de ses droits vis-à-vis des tiers, qui en ont aussi de subordonnés à la condition de son décès, puisque ceux-ci ne peuvent les exercer, si ce n'est provisoirement; mais quant à l'*acquisition* de droits subordonnés à la condition de son existence à

l'époque de leur ouverture, il est plus vrai de dire que la présomption de mort neutralise celle de la vie ; et dès-lors le principe que tout demandeur doit prouver le fondement de sa demande, s'applique dans toute sa force. Or, le fondement de la demande de ceux qui réclament un droit échu à un individu, et subordonné à la condition de l'existence de celui-ci lors de son ouverture, c'est la survie de cet individu. Les demandeurs doivent donc prouver l'accomplissement de cette condition, puisque la loi ne la présume point accomplie¹.

§53. Ce principe est érigé en loi par l'article 135, ainsi conçu :

« Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait à l'époque de l'ouverture du droit. Jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande. »

L'article suivant, appliquant spécialement le principe aux successions, décide aussi que, « s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. »

§54. Au conseil-d'état, on agita la question de savoir si ces articles seraient applicables seulement aux cas d'absens *déclarés* tels. D'une part, on craignait,

¹ Voyez toutefois ce qui a été exposé touchant les militaires en activité de service depuis le 21 avril 1792 jusqu'au 20 novembre 1815, à la section IV du chapitre 2 de ce titre, par application de la loi du 11 ventôse an XI.

en les appliquant à celui d'un individu non déclaré absent lors de l'ouverture d'un droit subordonné à la condition de son existence, d'exposer ainsi une foule de citoyens à éprouver un préjudice, souvent irréparable. Ainsi, disait-on, à peine un citoyen sera-t-il embarqué, qu'il deviendra incapable de succéder. Inutilement aura-t-il chargé quelqu'un du soin de ses affaires, en vain enverra-t-il, des lieux où il se trouve, une procuration, tout sera méconnu ; on demandera la preuve qu'il existait au moment de l'ouverture de la succession à laquelle il était appelé, attendu qu'il a pu décéder depuis son départ ou la signature du pouvoir qu'il a envoyé, et avant l'ouverture du droit : alors plus de sécurité, plus d'opérations commerciales dans les pays lointains, plus de moyens d'agir par un mandataire. Les partisans de ce sentiment alléguaient, en outre, que la question se trouvait d'ailleurs résolue en faveur des présumés absents par l'article 113, qui ordonne de commettre un notaire pour les représenter dans les comptes et partages des successions. Mais l'on ne faisait pas attention que cet article reçoit fort bien son application dans le cas où la succession s'est ouverte avant la disparition et qu'elle n'a point encore été liquidée, ainsi que pour celui où, ne s'étant ouverte que depuis, les cohéritiers de l'absent le croient vivant, et voulant néanmoins faire la liquidation et le partage de cette succession, ils reconnaissent qu'il existait à l'époque de son ouverture ¹. Voy. le n° 394.

¹ De ce que quelques-uns des cohéritiers reconnaîtraient l'existence de l'absent ou du présumé absent, ce ne serait pas une raison pour que les

D'autre part, l'on disait, et avec raison, que les héritiers présents tirent leur droit de la loi, qui les appelle à succéder, à la charge de prouver qu'ils sont au degré utile, et qu'ils font cette preuve par leur présence; que ceux qui réclament les mêmes droits au nom d'un autre individu, ont aussi la même obligation à remplir : par conséquent, que ces personnes doivent prouver que cet individu, dont la présence n'atteste pas l'existence, existait cependant à l'époque de l'ouverture du droit, puisque c'est la condition *sine qua non* sous laquelle il a pu le recueillir. On ajoutait, au surplus, que la dévolution attribuée par les articles 135 et 136 n'est pas définitive; que les actions en pétition d'hérédité et d'autres droits sont réservées à l'absent et à ses représentans.

Cette dernière opinion prévalut, et comme on pensait que le mot *absent*, employé dans le projet de loi¹, donnerait lieu à la controverse, à raison de la place qu'il devait occuper, on y substitua ceux-ci, dont le sens est plus général : *l'individu dont l'existence ne sera pas reconnue*.

555. Ainsi, lorsque l'existence de l'appelé à l'é-

autres fussent forcés, sans preuve, de la reconnaître : ce serait l'admettre au partage d'une succession qui est dévolue exclusivement à d'autres (Voyez l'arrêt de la cour de Turin, du 15 juin 1808. Sirey, 1810, 2, 538). Ainsi, supposez 20 à partager entre quatre héritiers présents et un absent : l'un deux seulement ne reconnaît pas et l'on ne prouve pas contre lui l'existence de cet absent ; il a droit à 5, et chacun des autres à $3\frac{3}{4}$ des 15 restans ; sauf, si l'on a des nouvelles de l'absent, l'action en répétition contre celui qui a reçu au-delà de ce qui lui revenait réellement.

¹ Le projet de loi portait : « Toute succession sera dévolue exclusivement « aux seuls parens avec lesquels l'*absent* aurait eu droit de concourir, ou « aux parens du degré subséquent. »

poque où le droit s'est ouvert ne sera pas reconnue par les héritiers présents, ou qu'elle ne sera pas prouvée contre eux, le droit leur sera exclusivement dévolu. À cet égard la loi ne fait aucune distinction entre le cas où l'individu n'était, lors de l'ouverture du droit, qu'en simple présomption d'absence, et celui où il était déjà déclaré absent. La discussion élevée au conseil-d'état à ce sujet, et les nombreux arrêts rendus en ce sens, ne permettent pas le moindre doute sur ce point. D'après cela, l'on doit regarder comme un individu dont l'existence n'est pas reconnue, dans le sens de l'article 136, celui qui a disparu sans qu'on ait de ses nouvelles, dont on ignore la résidence, et qui n'a point fait connaître les motifs de son absence : à son égard, on doit moins s'attacher à la durée de la disparition qu'à ses caractères, qui sont tels que *l'existence n'est pas reconnue*, non-seulement par ceux qui ont intérêt à la méconnaître, mais encore, du moins en réalité, par ceux qui ont un intérêt tout contraire, ainsi que par les tribunaux.

Il ne serait même pas nécessaire, pour que l'article 136 fût applicable, qu'il régnât la plus grande incertitude sur la vie de l'appelé : il suffirait qu'il s'élevât des soupçons raisonnables sur son existence, parce qu'alors il serait encore vrai de dire qu'elle n'est pas reconnue.

536. Mais ces soupçons ne s'élèvent point à l'égard d'un individu qui a quitté son domicile pour des motifs prouvés, ni même à l'égard d'une personne qui s'est embarquée depuis un temps trop récent pour qu'on

puisse supposer son décès, quoiqu'on ne connût pas positivement les motifs de son voyage, ni enfin par rapport à un citoyen qui aurait envoyé une procuration dont la date serait récente : dans ces cas, l'individu serait simplement un *non présent*, dont parle l'article 840, et il serait admis, comme tel, au partage avec les autres héritiers. En effet, il n'est pas vraisemblable que le législateur ait voulu rendre ceux-ci juges souverains de la question de savoir si l'existence de l'appelé est ou non *reconnue*, puisqu'ils ont intérêt à ne la point reconnaître; c'est un point qu'il a abandonné à la sagesse des tribunaux : l'équité le voulait ainsi.

Nous pensons toutefois que, s'il s'écoulait ensuite le temps nécessaire pour que l'absence pût être déclarée, sans que l'individu donnât de ses nouvelles, les cohéritiers pourraient réclamer la portion de biens qui lui a été attribuée, sauf à la lui restituer s'il reparaisait ensuite ou donnait de ses nouvelles; car cette prolongation de l'absence donne lieu de croire que l'article 136 était applicable, et ce n'est que dans une supposition qui ne s'est point réalisée, que l'absent a été admis au partage.

Au surplus, les cohéritiers agiraient prudemment en faisant la réserve du droit de réclamer les biens dans ce cas, et le tribunal ne devrait point la repousser.

Ainsi, la dévolution n'étant que conditionnelle de part et d'autre, les droits de tous sont conservés autant qu'il est possible, et l'article 136 est appliqué dans un sens conforme à l'équité.

537. Il n'est pas inutile de rappeler les cas ordinaires auxquels s'appliquent ces articles 135 et 136.

1° Un legs est fait à un absent : ses héritiers doivent prouver que leur auteur existait à l'époque de la mort du testateur, si le legs est pur et simple ; et, de plus, qu'il existait au jour de l'accomplissement de la condition, si le legs est conditionnel : jusque-là ils seront déclarés non-recevables dans leur demande. (Art. 1039, 1040 et 135, analysés et combinés.)

Mais comme ce n'est que par fin de non-recevoir *quant à présent* qu'ils seront repoussés, ils pourront, lorsqu'ils auront acquis leurs preuves, renouveler leur demande, sans craindre l'exception de la chose jugée.

538. 2° Un donateur a stipulé le droit de retour, et il s'absente; le donataire meurt, les héritiers du premier devront prouver qu'il a survécu au second.

539. 3° Le créancier d'une rente viagère disparaît; les administrateurs de ses biens devront, pour pouvoir réclamer les arrérages de la rente échus à telle et telle époque, prouver l'existence de l'absent à ces époques (art. 1983). Si la rente, sans appartenir à l'absent, était néanmoins constituée sur sa tête (art. 1971), le créancier devrait aussi faire la même preuve.

540. 4° Un appelé à une substitution permise disparaît; le grévé meurt : les héritiers de l'appelé devront prouver qu'il a survécu au grévé.

541. 5° Un époux a stipulé un préciput pour le cas où il survivrait à son conjoint, et il disparaît; ses héritiers ne pourront réclamer le préciput qu'en prouvant sa survie.

Il en serait de même si cet époux avait stipulé que la totalité de la communauté, ou une part plus forte que la moitié, lui appartiendrait en cas de survie, cas prévu par l'article 1520 : à défaut de cette preuve, on resterait dans les termes du Droit commun, et la communauté se partagerait provisoirement par portions égales.

542. Si elle avait été stipulée au profit du survivant indistinctement, et que l'époux présent vînt à mourir avant la déclaration d'absence, la communauté se partagerait aussi provisoirement par portions égales, puisque les héritiers, soit de l'un, soit de l'autre, ne pourraient, on le suppose, prouver la survie de leur auteur, pour réclamer le bénéfice de la clause.

Mais, après la déclaration d'absence, ceux de l'époux présent exerceraient le droit qu'aurait eu leur auteur s'il eût vécu jusqu'à cette époque : en conséquence, ils pourraient demander, contre les héritiers de l'absent, l'envoi en possession provisoire de la part qu'ils ont eue dans la communauté, à la charge de leur donner caution. Nous n'admettons point, dans ce cas (lorsqu'il y a déclaration d'absence), la prétendue règle en sens inverse de l'article 135¹ : nous ne pensons pas qu'il y ait obligation pour les héritiers de l'époux présent, de *prouver* que l'absent était *décédé* à l'époque où leur auteur est venu à décéder lui-même. Cet article 135 ni aucun autre n'établissent cette prétendue règle, quand l'absence est déclarée ; au contraire, dans ce cas, tous ceux qui ont des droits subordonnés

¹ Voir ce que nous avons dit à ce sujet au n° 455.

à la condition du décès de l'absent, et le conjoint était de ce nombre, peuvent les exercer provisoirement, à la charge de donner caution (art. 123). La présomption de la loi tient lieu de preuve du prédécès, jusqu'à preuve du contraire.

543. 6° Si une donation de biens à venir a été faite à un époux par un tiers qui a disparu, et dont l'existence n'est pas reconnue au moment du décès du donataire, il n'y a aucune difficulté si celui-ci a laissé des enfans ou descendans du mariage en faveur duquel la donation a eu lieu, parce qu'elle est censée faite aussi à leur profit (art. 1082). S'il n'a pas laissé d'enfans ou de descendans de ce mariage, les biens donnés resteront, jusqu'à la déclaration d'absence ou jusqu'à la preuve du prédécès du donateur, entre les mains des héritiers de celui-ci; mais après la déclaration d'absence, ceux du donataire pourront obtenir l'envoi en possession provisoire, à la charge de donner caution, comme il est dit sur le cas précédent.

544. Si c'est le donataire qui est absent, il n'y a pas non plus de difficulté s'il a laissé des enfans issus du mariage et existans lors du décès du donateur. Dans le cas contraire, ses héritiers, à quelque époque qu'ils réclament les biens donnés, devront prouver que leur auteur existait au moment de ce décès, car la donation de biens à venir devient caduque si le donataire (ou sa postérité du mariage) n'existe pas à la mort du donateur (art. 1089); et comme ce n'est qu'à cette époque qu'il devait être saisi avec effet irrésoluble, ses héritiers doivent prouver qu'il existait à ce

moment. Il ne s'agit pas, en effet, comme dans l'autre cas, d'exercer, après la déclaration d'absence, un droit subordonné à la condition du décès de l'absent; il s'agit, au contraire, de savoir si l'absent lui-même a recueilli un droit subordonné à la condition du décès d'une autre personne. C'est donc positivement le cas prévu et régi par l'article 135.

545. 7° Mais c'est surtout en matière de succession que le principe reçoit fréquemment son application. Pour l'intelligence de l'article 136, il faut voir de combien de manières on peut arriver à une succession.

On peut y venir seul, parce qu'on est le plus proche parent du défunt : comme un fils unique qui vient à la succession de son père.

On y vient avec d'autres, soit de son chef, soit par le bénéfice de la représentation : *de son chef*, lorsqu'on est au même degré de parenté que d'autres qui sont aussi appelés : comme deux frères, deux cousins-germains, relativement à la succession de leur père ou d'un oncle ; *par représentation*, lorsqu'on prend la place d'une personne qui, si elle vivait, aurait exclu celui qui se présente, et aurait été au moins à un degré égal à celui des autres héritiers : comme un petit-fils qui vient avec ses oncles à la succession de son aïeul¹ ; enfin, on peut aussi venir à une succession par droit *de transmission*, comme ayant succédé à une personne qui a recueilli le droit et qui est morte sans l'avoir accepté ni répudié. (Art. 781.)

¹ Voyez, relativement aux cas dans lesquels la représentation est admise, les articles 740 et 742.

Cela posé, nous aurons à voir si l'article 136 s'applique indistinctement, comme on l'a prétendu, aussi bien au cas où la personne que l'on veut exclure peut venir à la succession par le bénéfice de la représentation, qu'à celui où elle ne pourrait invoquer que le droit de transmission.

546. Auparavant, nous ferons observer que, dans les cas des articles 720, 721 et 722, la présomption de survie résultant des diverses circonstances énoncées à ces articles tient lieu de preuve, et établit suffisamment que l'individu, dont l'existence à l'époque de l'ouverture d'une succession à laquelle il était appelé n'est pas reconnue, existait en effet; qu'il a recueilli le droit et l'a transmis à ses héritiers : « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. » (Art. 1350.)

547. Quant à la question ci-dessus, elle est fort controversée : elle peut se présenter dans deux cas, mais elle réclame la même solution dans l'un et dans l'autre.

1° Sempronius meurt : il a deux fils, Titius, présent, et Claudius, absent, mais qui a laissé un fils, Caius.

2° Sempronius meurt : ses plus proches héritiers sont Titius, son frère, et Claudius autre frère, absent, mais qui a laissé un fils, Caius.

Suivant les principes, la représentation est admise dans les deux cas (art. 740 et 742); mais on ne représente pas les personnes vivantes, on ne représente que celles qui sont mortes naturellement ou civilement. (Art. 744.)

Pour empêcher Caius de venir, concurremment avec Titius, à la succession de Sempronius, l'aïeul ou l'oncle, on a prêté (M. Proudhon) à Titius à peu près l'argumentation suivante :

« On ne vient à une succession du chef d'une autre personne que de deux manières : ou par droit de transmission, ou par droit de représentation ; et quant à vous, Caius, vous ne pouvez venir de votre chef, puisque vous êtes à un degré plus éloigné que moi. Vous ne pouvez pas davantage venir du chef de l'absent, et par droit de transmission, puisque ce serait supposer qu'il a survécu à Sempronius, ce que je nie et ce que vous ne prouvez pas : aussi l'article 136 accorde-t-il la succession exclusivement à ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir. Or, il n'aurait concouru qu'avec moi, et non avec vous. D'ailleurs, en supposant même son existence lors de l'ouverture de la succession, comme rien n'atteste qu'il aurait accepté, que peut-être il eût renoncé, vous ne pouvez réclamer de son chef un droit qui n'est pas prouvé lui avoir été acquis. Enfin, vous ne pouvez venir par représentation de Claudius, parce qu'on ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes naturellement ou civilement, et vous ne prouvez pas que Claudius est mort naturellement ou civilement. Ainsi, c'est à vous de déclarer de quelle manière vous voulez venir à l'hérédité, et de prouver, par conséquent, que vous êtes dans le cas d'y être admis d'après le mode que vous choisirez. Quant à moi, je fais ma preuve. »

Comme on le voit, ce langage de Titius revient à dire : Je regarde Claudius, mon frère, comme mort avant le décès de Sempronius, à l'effet de vous empêcher, vous, Caius, de venir à la succession de son chef par droit de *transmission*; mais je le tiens pour vivant, en tant que vous voudriez le représenter.

Voici la réponse que nous prêtons à Caius :

Au décès de Sempronius, Claudius était mort ou vivant; s'il était vivant, moi, son fils, j'exerce ses droits comme administrateur de ses biens, dans le cas où il vivrait encore, et comme son héritier, s'il est mort depuis. S'il était décédé lors de la mort de Sempronius, je le représente. Ainsi, de quelque manière que vous vouliez me considérer, ma position doit être la même par rapport à vous, parce que la vôtre doit être la même par rapport à moi : la corrélation est intime. Vous ne devez toujours avoir que la moitié de la succession; et quand vous me dites : choisissez la manière dont vous voulez venir à cette succession, et prouvez que vous êtes dans le cas prévu par la loi, je vous réponds à mon tour : choisissez la manière dont vous voudrez me considérer, puisque vous ne pouvez avoir que le choix du mode, et non l'exclusion de tous les deux. Vous voulez me réduire au rôle de demandeur et à l'obligation de prouver l'existence ou la mort de mon père; mais d'abord votre prétention est un cercle vicieux; elle suppose que vous êtes saisi de toute la succession, et que je ne le suis nullement : or, c'est ce qu'il vous faut prouver vous-même, et vous n'en viendrez à bout qu'en établissant qu'un homme qui a

plusieurs enfans ou descendans, ne laisse néanmoins sa succession qu'à l'un d'eux, quand bien même les autres ne sont point déclarés indignes, et n'ont pas renoncé. Mais l'article 731 fera la preuve contraire, en disant que « les successions sont déférées aux enfans et descendans du défunt; » donc il vous faut prouver que vous êtes le seul enfant ou descendant, ou prouver que mon père a renoncé ou qu'il est indigne. Si la raison voulait qu'un fils prît la place de son père décédé, si, pour cela, l'on a imaginé le bénéfice de la représentation, on ne l'a fait qu'en faveur de ce fils, et vous voulez tourner contre lui cette même faveur, en le plaçant dans un état impossible à concevoir, celui de fils d'un homme qui n'était ni mort ni vivant au moment de l'ouverture de la succession, ou pour mieux dire, vous voulez que, par rapport à vous, Claudius fût mort, mais qu'il ne le fût pas par rapport à moi, ou *vice versâ*. Cependant s'il l'était par rapport à l'un, il devait l'être nécessairement par rapport à l'autre. Votre prétention prouve d'ailleurs qu'il était alors décédé, puisque vous ne voulez pas que je recueille par droit de transmission sa part dans la succession; et elle prouve aussi qu'il était vivant, puisque vous ne voulez pas que je le représente.

Quant à l'argument tiré de ce que, en supposant l'absent vivant lors de l'ouverture de la succession, celui-ci aurait pu y renoncer, il est sans force, parce que la renonciation à une succession ne se présume pas (art. 784); raison pour laquelle l'article 781 donne aux héritiers de celui qui est mort sans l'avoir

acceptée ni répudiée, le droit de l'accepter de son chef.

On pourrait encore dire à Titius qu'il transforme une question de Droit en un point de métaphysique, et qu'il s'écarte de la règle qui prescrit d'entendre les lois dans un sens raisonnable et conforme à la pensée du législateur. Que veut l'article 136? qu'une succession qui ne pourrait appartenir en tout ou partie à telle personne que parce qu'elle *aurait été recueillie* par un individu dont l'existence n'est pas reconnue au moment où elle s'ouvre, appartienne à ceux qui l'auraient eue si cet individu eût été décédé à cette époque, parce qu'en effet l'incertitude de son existence le fait, en quelque sorte, présumer mort : voilà tout ce qu'a voulu l'article. Mais, dans l'espèce, il n'était pas nécessaire, pour que Caius eût droit à la succession de Sempronius, que Claudius l'eût recueillie : au contraire, on ne lui élèverait aucune difficulté s'il était prouvé que son père a précédé Sempronius. Et si ces mots de l'article, *elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir*, paraissent appuyer la prétention de Titius, ceux qui suivent, *ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut*, la combattent avec force; car on ne peut nier qu'à défaut de Claudius, Caius, son fils, ne fût venu à la succession. Nous convenons toutefois qu'ils présentent aussi un autre sens, celui, par exemple, de déférer à Titius, supposé cousin-germain de Sempronius, la succession de celui-ci, à l'exclusion de Caius, fils de Claudius, absent, et aussi cousin-germain du même côté. La rédaction est

donc ambiguë. Mais si, dans les contrats, l'on doit entendre une clause qui présente deux sens, dans celui qui convient le plus à la matière du contrat, on doit aussi entendre les lois dans le sens qui est le plus en rapport avec la matière pour laquelle elles ont été portées; par conséquent, on doit entendre l'article 136 de manière à ce qu'il soit en harmonie avec les principes sur les successions; et vouloir qu'il s'applique aussi bien au cas où la représentation a lieu qu'à celui où le réclamant ne pourrait invoquer que le droit de transmission, c'est l'entendre dans un sens contraire à ces mêmes principes. Appliquée à ce dernier cas, la disposition est fort juste, d'autant plus que ses effets peuvent n'être que provisoires, au moyen de l'action en pétition d'hérédité, réservée par l'article suivant; mais étendue à l'autre cas, elle serait une véritable anomalie, une dérogation faite sans aucun motif au système des successions, et une violation manifeste des principes de la justice et de l'humanité. L'enfant est déjà assez malheureux par l'absence de son père, pour qu'on ne doive point le priver, par l'effet de cette circonstance, de sa part dans une succession à laquelle il était appelé médiatement ou immédiatement par la nature et par la loi.

La question a été jugée absolument en ce sens par la cour de Paris, le 27 janvier 1812. (Sirey, 1812, II, 292.)

« Attendu, porte l'arrêt, que ladite d'Aigremont,
« pouvant venir et se présentant en ce moment à la
« succession de son chef, n'a pas besoin ni de se faire

« envoyer en possession des biens de l'absent, ni d'é-
 « tablir son décès à l'effet de le représenter; mais que
 « c'est à ses adversaires, s'ils prétendent le degré
 « rempli par l'absent, à prouver eux-mêmes son
 « existence; que l'article 136 du Code civil, saine-
 « ment entendu, autorise la demande de ladite d'Ai-
 « gremont, bien loin de lui être contraire, lorsqu'il dé-
 « clare que s'il s'ouvre une succession à laquelle soit ap-
 « pelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue,
 « elle sera dévolue non-seulement à ceux avec lesquels
 « il aurait eu le droit de concourir, mais à ceux *qui l'au-
 « raient recueillie à son défaut*, conséquemment, à
 « *une petite-fille venant au défaut de l'enfant du premier*
 « *degré*; met l'appellation et ce dont est appel au
 « néant. »

548. Comme Caius a intérêt à accepter la succession plutôt par droit de représentation que par droit de transmission, parce que, sous le premier mode, il n'est point obligé au paiement des dettes de l'absent, il pourra le choisir. Les créanciers n'ont pas le droit de s'y opposer, tant qu'ils ne prouveront pas que leur débiteur a survécu à celui de la succession duquel il s'agit. Les articles 120 et 123 supposent, en effet, que l'absent dont on n'a plus de nouvelles est mort du jour de sa disparition : on ne pourrait assigner une autre époque au décès sans le faire arbitrairement.

549. Nous croyons que l'oncle pourrait contraindre le neveu au rapport de ce qu'il aurait reçu du défunt, parce que, dans l'esprit de l'article 136, il y a présomption que l'absent était mort à l'époque de l'ou-

verture de la succession ; par conséquent, si son fils est admis, il doit rapporter (art. 843), sauf la restitution dans le cas où l'absent reparaîtrait ou donnerait de ses nouvelles (art. 847). Le rapport serait dû aussi de ce que l'absent lui-même avait reçu, car, ainsi qu'il est dit par l'arrêt ci-dessus, l'absent n'est pas présumé avoir rempli le degré : dès-lors il est présumé mort avant l'ouverture de la succession ; son fils vient donc par représentation ; or, d'après l'article 848, le rapport est dû dans ce cas.

550. Nous avons dit que l'article 137 réserve la pétition d'hérédité ; voici ce qu'il porte : « Les dispositions des deux articles précédens auront lieu « sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et « d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent ou à « ses représentans ou ayant-cause, et ne s'éteindront « que par le laps de temps établi pour la prescription ; » c'est-à-dire, d'après l'article 2262, par trente ans.

551. Comme c'est ordinairement dans le cas où le parent le plus proche d'un défunt est absent, que ceux du degré plus éloigné appréhendent la succession, ce qui donne lieu ensuite à l'action en pétition d'hérédité s'il reparaît, le Code civil a dû s'occuper de cette action au titre *des Absens*. Il est vrai que les développemens que comporte la matière se rattachent plus spécialement soit au titre *des Successions*, soit à celui *des Testamens* : mais il nous était cependant impossible, en traitant *des Absens*, de passer sous silence les dispositions des articles 137 et 138 ; et nous avons cru devoir expliquer ici, d'une manière générale et com-

plète, les règles de la pétition d'hérédité, sauf à y renvoyer lorsque nous traiterons des successions et des testamens.

552. En accordant à l'absent la pétition d'hérédité, le Code part de la supposition que les règles de cette action sont déjà connues; cependant elles méritaient d'être clairement posées, et surtout le point de savoir si l'héritier apparent a pu conférer irrévocablement à des tiers la propriété des biens de l'hérédité, tellement que la prescription ne soit pas nécessaire aux acquéreurs, était un point digne de toute l'attention des rédacteurs du Code; car cette question, qui a fait naître dans l'ancienne jurisprudence une si vive controverse, partage encore les auteurs en deux écoles.

Comme les arrêts rendus dans l'ancienne jurisprudence, et qui l'ont jugée dans le sens de la validité des ventes, l'ont fait par suite d'une fausse interprétation des lois romaines, nous croyons utile de rectifier, autant qu'il est en nous, les inductions erronées que l'on a tirées de ces lois, et de démontrer, au contraire, que, dans leur véritable esprit, la question devait être décidée différemment : par là nous saperons dans leur base ces divers arrêts, et nous aurons aussi démontré que celui rendu par la cour de Caen, confirmé par la cour de cassation, mais pour ainsi dire sans aucun motif exprimé, et dont nous parlerons ultérieurement, n'a été rendu que par application d'une jurisprudence fautive et contraire aux principes sur lesquels repose le droit de propriété.

553. Pour cela, nous devons d'abord clairement

exposer ceux qui régissent l'action en pétition d'hérédité dans ses effets.

L'action en pétition d'hérédité est une action *réelle*, à titre universel, par laquelle un individu demande, contre son adversaire, d'être reconnu héritier d'une personne, et demande aussi, en conséquence, les choses de l'hérédité possédées par le défendeur. Voët, AD PANDECT., tit. de *Heredit. petit.*

554. La loi 25, § 18, ff. de *Heredit. petit.*, dit que cette action est réelle, et non pas personnelle, ni même *mixte*, ainsi que plusieurs jurisconsultes l'ont prétendu : *Petitio hereditatis, etsi IN REM sit actio, habet tamen præstationes quasdam personales, ut putà eorum, quæ à debitoribus sunt exacta; item pretiorum.* Donc cette action est réelle, quoiqu'elle ait pour objet certaines prestations personnelles de la part du défendeur; car si elle était personnelle, ou même mixte, il n'y aurait rien d'étonnant qu'elle eût pour objet des prestations personnelles, et par conséquent la particule adversative *ETSI in rem sit actio*, suivie du modificatif *TAMEN præstationes quasdam personales*, n'aurait aucun sens. D'ailleurs le caractère des actions réelles est de suivre la chose qui en est l'objet en quelques mains qu'elle se trouve, comme celui des actions personnelles est de donner le droit de poursuivre la personne obligée, encore qu'elle ait cessé de posséder la chose qui est l'objet de la demande : or, l'action en pétition d'hérédité s'intente contre quiconque possède la succession, ou contre celui qui, par dol, a cessé de la posséder, lequel, en droit, est considéré comme pos-

esseur, d'après la règle *qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur*. L. 25, § 8, *hoc tit.*

Enfin l'abdication ou l'abandon que fait de l'hérédité celui qui la possédait au moment de la demande, l'affranchit de suite de l'action ; et il s'en affranchit encore mieux, s'il est possible, par l'abandon qu'il fait avant la demande ; L. 13, § 14, ff. *hoc tit.* ; second caractère auquel on peut reconnaître avec certitude que l'action est réelle.

Peu importe que la loi 7, au Code de *Petit. hered.*, qui fixe la durée de cette action à trente ans, se fonde sur ce motif : *Cum mixtæ personalis actionis ratio hoc respondere compellat* ; car le rescrit entend par les mots *personalis actionis*, les prestations personnelles qui forment le troisième chef de l'action en pétition d'hérédité¹.

De ce que l'action est réelle, la demande doit être portée au tribunal de la situation morale de l'hérédité, c'est-à-dire au tribunal du domicile du défunt, lieu où elle s'est ouverte. (Art. 110.)

555. Cette action n'a pas lieu seulement en matière de succession légitime ou *ab intestat* ; elle a lieu aussi au profit du légataire universel ou à titre universel, qui remplace, chez nous, l'héritier testamentaire des Romains, institué pour toute la succession, ou seulement pour une partie aliquote. L. 3, ff. *hoc tit*².

¹ Vinnius, *Selectæ Quæst.*, lib. I, cap. 23 ; et les professeurs de Louvain, *Recitationes in Pandectas*, tit. de *Hered. pet.*, décident en effet que l'action est réelle.

² Mais comme le légataire à titre universel n'est pas saisi, qu'il doit former sa demande en délivrance contre les héritiers *ab intestat* (art. 1011),

Elle appartiendrait aussi au donataire, par contrat de mariage, de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, et qu'on appelle *héritier contractuel*.

L'appelé à une substitution faite à titre universel aurait aussi cette action ¹.

Enfin, l'enfant naturel, le conjoint survivant et l'État, pourraient également l'exercer dans l'ordre établi par la loi.

L'article 137 s'appliquerait à tous ces cas, si, en vertu de l'article 136, la succession testamentaire ou *ab intestat*, les biens donnés avec ou sans charge de substitution, avaient été recueillis par d'autres, au défaut de l'absent.

556. Dans cette action, le demandeur doit prouver deux choses : 1° qu'il est héritier *ab intestat*, ou testamentaire, ou contractuel, ou qu'il est appelé à la substitution ; 2° que celui contre qui il dirige son action possède l'hérédité. L. 9, ff. *hoc tit.*

557. Mais l'action a lieu non-seulement contre celui qui possède toute l'hérédité ou qui en possède une part aliquote, mais aussi contre celui qui en possède quelque chose à titre particulier, en *qualité d'héritier*. LL. 9 et 10, ff. *hoc tit.*

A cet égard, il n'y a aucune différence à faire en-

cette demande se confond avec la pétition d'hérédité. Il en est de même du cas du légataire universel, lorsqu'il y a des héritiers ayant droit à une réserve. (Art. 1004.)

¹ *Nam quicumque in universum jus succedit, loco heredis habetur.* L. 128, ff. *de Reg. juris.* Voyez, au surplus, la loi 54, *princip.*, ff. *de Heredit. petit.*

tre le possesseur de bonne foi et celui qui possède de mauvaise foi; la différence qui existe entre eux n'est relative, dans notre Droit, qu'aux fruits, dont nous parlerons bientôt.

558. Suivant le Droit romain, on distingue également deux classes de possesseurs d'une hérédité :

1° Le possesseur *pro herede*, c'est-à-dire celui qui se croit héritier, et qui cependant ne l'est pas : toute la faveur des lois romaines s'est attachée à ce possesseur, tellement qu'il n'est obligé de restituer de l'hérédité que ce dont il s'est enrichi par elle.

2° Le possesseur qui détient l'hérédité *pro possessore*, et qui est qualifié *prædo* lorsqu'il ne peut attribuer à sa possession aucune autre cause que celle-ci : *possideo quia possideo*; L. 10, § 1, *et seq.*, ff. *hoc tit.*; ou qui allègue, à la vérité, une cause de possession, mais qui n'a aucun fondement avoué par les lois. Et l'on considère aussi, non pas il est vrai comme *prædo*, mais comme possesseur de mauvaise foi, celui qui a acheté l'hérédité d'un individu qu'il savait n'être pas héritier. L. 2, Cod. *hoc tit.*

559. Suivant les principes de la même législation, la pétition d'hérédité peut incontestablement s'exercer contre ceux qui ont acquis du possesseur l'hérédité dont il s'agit. C'est ce qu'il importe de démontrer jusqu'à la dernière évidence, afin que, si l'on juge encore que l'héritier apparent a pu vendre, avec effet irrévocable, les biens de l'hérédité aux tiers de bonne foi, de manière que ceux-ci n'aient pas besoin de la prescription, et si l'on continue à se fonder, à cet égard, sur les

lois romaines, cette dissertation soit du moins la preuve que ces mêmes lois repoussent, au contraire, une jurisprudence qui blesse les principes sur lesquels repose le droit inviolable de la propriété.

Supposons d'abord que l'héritier apparent ait vendu le droit d'hérédité : le véritable héritier a contre l'acquéreur la pétition d'hérédité *utilis*; c'est ce que porte formellement la loi 13, § 4, ff. *hoc tit.* : *Quid, si quis hereditatem emerit : an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est. Sed finge non exstare venditorem, vel modico vendidisse, et bonæ fidei possessorem fuisse : an porrigi manus ad emptorem debeant? Et putat Cæius Cassius dandam utilem actionem.*

Ainsi, quoique l'acheteur ne détienne point les biens comme héritier apparent, mais seulement à titre d'achat, ce qui n'est qu'un titre particulier (bien qu'il ait ici pour objet une universalité de choses), il est néanmoins passible de l'action en pétition d'hérédité, non pas, il est vrai, de celle qu'on appelait *actio directa*, mais de celle qu'on appelait *actio utilis*, et qui était donnée à cause de la grande analogie du cas avec celui pour lequel la loi donnait l'action directe ; car l'acquéreur de l'hérédité est au lieu et place de l'héritier apparent, son vendeur : *vicem hereditatem gerentis sustinet*, comme dit Voët, *ad Pandectas*, tit. *de Heredit. petit.*

M. Merlin, dans sa dissertation sur la question de savoir si l'héritier apparent a pu vendre avec effet aux tiers de bonne foi les biens de l'hérédité, et que l'on

trouve dans ses *Questions de Droit*, au mot *Héritier*, § 3, rapporte ces mots, *ne singulis judiciis vexaretur*, au véritable héritier, tandis que tout le contexte de ce paragraphe veut évidemment qu'ils se réfèrent à l'acheteur. Ce n'est point une erreur indifférente, car le jurisconsulte n'hésiterait pas à donner contre lui la *revendication* pour chaque chose de l'hérédité, si cette multiplicité d'actions ne lui était pas plus préjudiciable que la pétition d'hérédité *utilis* : d'où il faut conclure qu'en principe, la revendication a lieu contre lui. Et comme M. Merlin convient que l'acheteur de l'hérédité, ou d'une quote-part, est soumis à l'action du véritable héritier, tandis qu'il prétend que l'acheteur de choses particulières dépendantes de la succession n'y est pas soumis, s'il avait son recours en garantie contre l'héritier apparent de bonne foi, qui ne se trouverait pas plus riche par l'effet de l'hérédité, notre observation a son importance, parce qu'elle démontre que M. Merlin part d'une fausse interprétation de la loi, et par suite d'un faux principe, puisque, dans l'espèce, on suppose que l'héritier apparent ne s'est pas enrichi, ou ne s'est enrichi que de fort peu de chose (*vel modico vendidisse*), et cependant que la revendication serait donnée contre l'acheteur, si ce n'était l'inconvénient résultant de la multiplicité des actions.

560. Poursuivons. Malgré la faveur et la protection qui couvraient les aliénations faites par le fisc, tellement que, d'après l'édit de l'empereur Marc-Antonin, l'individu qui en avait acquis le bien d'autrui ne pouvait, après cinq ans, être inquiété par le proprié-

taire¹, celui qui avait acheté du fisc une hérédité comme vacante, était passible de la pétition d'hérédité *utilis* : *Si quis à fisco hereditatem, quasi vacantem, emerit, æquissimum erit utilem actionem adversus eum dari*. Même loi, § 9.

Ainsi, quoique le recours en garantie contre le fisc ne fût pas toujours assuré du succès, l'acquéreur n'en était pas moins soumis à l'action en pétition d'hérédité; et cela, dit le jurisconsulte, était très-juste : *æquissimum erit*.

561. Dans l'un et l'autre cas, l'héritier de l'acquéreur est également passible de l'action, quoiqu'on puisse raisonnablement supposer qu'il n'aurait peut-être pas accepté la succession de son auteur, s'il n'y avait vu celle dont ce dernier n'était que possesseur : son erreur à cet égard ne le protège pas, encore qu'elle puisse lui causer un grave préjudice, puisqu'il est soumis à l'obligation de payer toutes les dettes du défunt, qui excèdent peut-être de beaucoup l'actif : *Heredem autem etiam earum rerum nomine quas defunctus pro emptore possedit, hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat : quamvis etiam earum rerum nomine, quas pro herede, vel pro possessore, defunctus possidet, utique teneatur*. Ibid., § 11.

562. Voilà pour l'acquisition de l'hérédité, du *nomen hereditatis*, du *jus hereditarium*, en totalité ou pour une quote-part. Nous pourrions rapporter plu-

¹ Et même, depuis, la constitution de Zénon a rendu inattaquable toute aliénation faite par le fisc de la chose d'autrui, sauf au propriétaire son recours contre lui pendant quatre ans. Voyez le § 9, Inst., de *Usucap.*

sieurs autres textes, qui décident également que l'acheteur est soumis à l'action en pétition d'hérédité, mais cela serait superflu. Nous allons démontrer que les détenteurs qui ont acquis les choses particulières de l'hérédité sont également passibles de l'action du véritable héritier, et nous expliquerons ensuite le § 17 de la loi 25, ff. *hoc tit.*, qui sert de base à l'opinion contraire, et dont l'interprétation divinatoire, fautive, et qui serait d'ailleurs fondée sur une raison qui n'aurait aucune force dans la législation française, a cependant servi de motif à plusieurs décisions dans l'ancienne jurisprudence, lesquelles, à leur tour, ont donné lieu à l'arrêt de la cour de Caen, confirmé ensuite en cassation.

Trois lois, claires, précises, ne laissent aucun doute sur le point en question, et, nous le dirons, ce n'est pas sans étonnement que, dans les procès nés à ce sujet, nous ne les avons pas vues invoquées en faveur de notre opinion, quoique nous y ayons toujours vu figurer ce § 17 de la loi 25, véritable énigme même pour ceux qui l'ont constamment cité à l'appui de leur sentiment.

L'une de ces lois est la seconde au Code, *de Petitione hereditatis*, ainsi conçue : *Si post motam controversiam Menecratis bonorum partem dimidiam Musæus ab herede scripto quæstionis illatæ non ignarus comparavit : tam ipse quasi malæ fidei possessor, quàm heredes ejus, fructus restituere coguntur. Si verò venditionem lite antiquiorem esse, liquidò probetur, ex eo die fructus restituantur, ex quo lis in judicium deducta est. Fructibus enim au-*

getur hereditas, cum ab eo possidetur à quo peti potest.

EMPTOR AUTEM, QUI PROPRIO TITULO POSSESSIONIS MUNITUS EST, ETIAM SINGULARUM RERUM JURE CONVENITUR.

Suivant cette loi, dont voici la paraphrase, Musceus avait acquis d'un héritier testamentaire, dont l'institution a été attaquée avec succès (soit parce que le testament était nul, soit parce que l'institué n'avait pas les qualités requises), une partie de l'hérédité de Ménécrate, sachant qu'une action était formée contre l'institué : on décide que, possesseur de mauvaise foi, il sera tenu, ainsi que ses héritiers, à la restitution des fruits ; mais que s'il était démontré que la vente qui lui a été faite était antérieure à la demande formée contre l'institué (par les héritiers du sang), il devrait encore les fruits par lui perçus depuis le jour de cette demande, car les fruits accroissent à l'hérédité, lorsqu'elle est possédée par celui dont on peut en exiger la restitution : or l'acquéreur est dans ce cas. Enfin l'acquéreur qui a acquis à titre particulier est passible de l'action (en revendication) à l'égard des choses dont il est détenteur.

Et que l'on ne dise pas qu'il s'agit ici d'un acheteur qui a acquis d'un autre que l'héritier apparent : la teneur de la loi ne permet pas de douter, au contraire, qu'il n'ait acquis de cet héritier irrégulièrement institué ; et cependant il peut être actionné pour toutes les choses qu'il a acquises : *etiam singularum rerum jure convenitur*.

La seconde de ces lois est la septième au Code, au

même titre : *Hereditatis petitionem, quæ adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, præscriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est : cum mixtæ personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A cæteris autem tantùm specialibus in rem actionibus, vindicare posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem, vel longum tempus, explosa sit.*

Il résulte de cette loi trois choses bien manifestes : 1° que ceux qui sont passibles de la pétition d'hérédité, soit qu'ils possèdent de bonne foi, soit qu'ils possèdent de mauvaise foi, ne s'affranchissent de cette action que par la prescription de trente ans, parce qu'elle participe, sous quelque rapport, de la nature des actions personnelles : *cum mixtæ personalis actionis ratio hoc respondere compellat* ; 2° que ceux qui sont tenus de la simple action réelle ou en revendication, comme acquéreurs d'objets spéciaux de l'hérédité, ne s'en affranchissent que par l'usucapion ou par la prescription de long temps : *si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus, explosa sit* ; 3° mais que tant qu'ils n'ont pas prescrit, ils sont soumis à l'action en revendication du véritable héritier, et c'est là le point capital de la question, du moins agitée dans les principes du Droit romain.

Le troisième texte est aussi positif que les deux précédents ; c'est la loi 4, au Code, *in quibus causis cessat longi temporis præscriptio*, dont voici la disposition : *Hereditatem quidem petentibus longi temporis præscriptio nocere non potest : verùm his qui, nec pro herede, nec pro possessore, sed pro empto, vel donato, seu alio titulo,*

res, quæ ex hereditate sunt, vel fuerunt, possident : cum ab his successio vindicari non possit, nihil hæc juris definitio nocet.

On voit encore ici que celui qui détient l'hérédité *vel pro herede, vel pro possessore*, ne peut se libérer de la pétition d'hérédité que par la prescription de trente ans; que ceux qui ont acquis les choses de l'hérédité (*quæ ex hereditate sunt, vel fuerunt*) à titre particulier, comme l'achat, la donation, ou tout autre titre, sont soumis à l'action en revendication du véritable héritier; que, n'étant point passibles de la pétition d'hérédité, ce n'est pas par la prescription de trente ans qu'ils se libèrent, mais par celle appelée *longi temporis*, c'est-à-dire, par celle de dix ans entre présents, et de vingt ans entre absents, pour les immeubles situés dans les provinces ¹.

565. Le sens que nous attribuons à ces lois est aussi celui dans lequel Voët les a entendues : ce qu'il dit à cet égard est trop clair, trop formel, pour n'être pas cité dans cette discussion. Il s'exprime ainsi au n° 10 de son commentaire du titre de *Hereditatis petitione* : *Licet autem nihil intersit, utrum quis totam hereditatem possideat, possideritve, secundum antè dicta; aut partem ejus, aut etiam rem singularem licet minimam (LL. 9 et 10, ff. hoc tit.) : tamen, si particulari donationis, emptionisve, aut alio scilicet titulo valido, rerum singularum*

¹ Justinien, par sa constitution, qui est la loi unique au Code, de *Usucap. transform.*, a supprimé la distinction qu'il y avait à cet égard entre les fonds provinciaux et les fonds situés en Italie, lesquels, jusqu'à lui, étaient soumis à l'usucapion établie par la loi des Douze-Tables; et l'usucapion, d'après cette loi, s'opérait par la possession d'un an pour les meubles, et de deux ans pour les immeubles.

hereditiarum possessor sit, singulare quoque in rem iudicium potius quàm hoc in universale in eum dandum foret, etiamsi ab eo emisset qui pro herede vel pro possessore possidebat, et ità poterat hereditatis petitione conveniri; cum emptor rei singularis non sit heredis loco, aut vicem ejus subeat (L. 4, Cod. In quib. causis cessat longi temp. præscript.; L. 7, Cod., hoc tit.). Planè, si quis emptionis titulo, non res hereditarias, sed jus hereditarium sibi comparaverit, aut dotis titulo, jus illud ei ab uxore aut pro uxore collatum sit : adversus eum, tanquàm vice heredis gerentem, aut saltem non longè ab eo diversum, vel utilis hereditatis petitio, vel specialis rei vindicatio datur, actoris arbitrio (L. 13, §§ 4, 9 et 10, ff. hoc tit.; L. 2, Cod. hoc tit.; Cujac., lib. 9, Observat. 2, 5).

Vinnius¹ ne s'exprime pas en termes moins clairs : *Quòd si quis à justo aliquo titulo rem hereditariam possideat, veluti pro empto, vel donato, res vindicanda est speciali in rem actione, quæ simpliciter adversus quemcumque possessorem datur; et il se fonde aussi sur les lois 7 et 4 précitées. Que l'on ne croie pas, au surplus, que Vinnius entend peut-être parler de l'acquéreur de l'hérédité ou d'une quote-part de l'hérédité, et non de celui qui a acquis des choses particulières; res singulas; car, pour ce cas, qu'il résout plus loin, il dit qu'il y a lieu à l'action en pétition d'hérédité utilis : *Utili petitione tenentur bonorum possessor non verus; fideicommissarius, qui hereditatem à falso herede accepit; item EMPTOR, qui hereditatem aut partem universi juris emit à non vero herede.**

Select. Quæst., lib. I, cap. 23.

564. Il nous serait facile de citer beaucoup d'autres autorités, également imposantes, pour justifier notre opinion, que, suivant le Droit romain, dont on a si souvent et mal à propos invoqué l'appui en faveur du système que nous combattons, le véritable héritier a l'action en pétition d'hérédité directe contre celui qui possède l'hérédité de bonne ou de mauvaise foi, *pro herede vel pro possessore*; qu'il a la pétition d'hérédité *utilis* contre celui qui a acquis de l'héritier apparent l'hérédité, *jus hereditarium*, en tout ou partie; et enfin qu'il a la revendication contre ceux qui ont acquis de lui des choses particulières de l'hérédité: sans que ni les lois ni les interprètes distinguent entre le cas où le vendeur était de bonne foi, et le cas contraire; ni entre ceux où l'acheteur connaissait ou non le vice de la possession de son auteur; ni enfin entre ceux où il a ou n'a pas un recours en garantie à exercer contre lui. Toutes ces lois sont absolues; elles ne sont d'ailleurs que l'application de ces deux principes, qu'on ne peut conférer à un tiers la propriété que l'on n'a pas, et que personne ne peut, sans son fait, être valablement dépouillé de la sienne. Or, l'héritier est propriétaire des biens de la succession: donc le simple possesseur n'a pu l'en dépouiller sans sa participation.

565. Cependant M. Merlin ¹ entreprend la défense de l'arrêt de la cour de cassation, confirmatif de celui de la cour de Caen, que M. Toullier avait critiqué dans une dissertation insérée au Recueil de Sirey (1815, part. II, p. 276), laquelle, tout en laissant beaucoup à

¹ *Questions de Droit*, au mot *Héritier*, § 3.

désirer, ainsi que l'addition qu'il a faite, au tome IX de son ouvrage, sur ce point, est néanmoins plus conforme aux principes que celle de M. Merlin; car celle-ci n'est appuyée que sur une interprétation divinatoire du § 17 de la loi 25 ff. *de Hered. petit.*, que nous citerons bientôt textuellement. Voici ce que dit à ce sujet M. Merlin :

« Nous lisons, continue M. Toullier, dans le traité
« *des Successions* de Lebrun, liv. 3, ch. 4, n° 57, que
« *l'héritier plus éloigné ne pourrait aliéner pendant sa*
« *jouissance, au préjudice du plus proche héritier, et*
« *que cela est certain.*

« Oui, répond M. Merlin, cela est *certain* dans cer-
« tains cas, mais *faux* dans les circonstances sur les-
« quelles sont intervenus les arrêts cités du parlement
« de Rouen, de la cour d'appel de Paris, de la cour
« royale de Caen et de la cour de cassation; et, après
« tout, la seule autorité de Lebrun ne prouve pas que
« ces arrêts soient contraires à l'*ancienne jurispru-*
« *dence.* »

Un peu plus haut, M. Merlin dit aussi que « M. Toul-
« lier prétend que le parlement de Rouen était le
« seul qui jugeât ainsi, et que, dans les autres, *on en-*
« *seignait une doctrine contraire*; mais qu'il a vaine-
« ment cherché la preuve de ce qu'a avancé M. Toul-
« lier à cet égard. » Sur ce point, M. Merlin a du moins
l'avantage de l'exactitude sur M. Toullier; car, dans
l'affaire plaidée par Cochin ¹, et dont M. Merlin lui-
même ne parle pas, le parlement de Paris, ainsi que

¹ Tome VII de ses Œuvres, édition de Paris, 1788, 139° plaidoyer.

nous l'avons vérifié, a jugé que l'acquéreur devait être maintenu, quoiqu'il n'eût pas encore prescrit.

« En second lieu, continue M. Merlin, le dernier
 « de ces arrêts, celui de la cour de cassation, a-t-il
 « erré, comme le prétend M. Toullier, en avançant
 « que *la doctrine qu'il a suivie est conforme au Droit*
 « *romain* ; que celle qui a prévalu n'est appuyée par la
 « citation d'aucunes lois, d'aucun auteur, et qu'après
 « les recherches les plus exactes il n'a trouvé dans la
 « législation romaine que des décisions contraires ?

« Quelles sont donc ces décisions ? M. Toullier en
 « allègue de deux sortes : les unes qui établissent que,
 « lorsqu'avant la demande en délivrance d'un legs,
 « l'héritier a vendu la chose léguée, le légataire peut
 « la revendiquer contre le tiers acquéreur ; les autres
 « qui obligent celui qui a vendu une hérédité qu'il
 « croyait lui appartenir, à garantir l'acquéreur en cas
 « d'éviction, ce qui suppose clairement que l'acquéreur
 « peut être évincé par l'héritier véritable.

« Je conviens avec lui que l'acquéreur d'une héré-
 « dité vendue par l'héritier putatif pouvait, dans le
 « Droit romain, *comme il le peut encore dans nos mœurs,*
 « *être évincé, malgré sa bonne foi et celle de son vendeur,*
 « *par un véritable héritier* ¹ ; et j'ajoute même que
 « cette doctrine n'est pas seulement fondée sur l'induc-
 « tion qui sort des lois relatives à la garantie par le
 « vendeur d'une hérédité en cas d'éviction, mais que
 « cela est écrit textuellement dans la loi 13, ff. *de*
 « *Hered. petit.* »

¹ Nous notons cette importante concession.

Ici M. Merlin, prenant ses avantages sur M. Toullier, qui ne décide la question, en Droit romain, que par des inductions, quand elle est tranchée, du moins dans son sens et dans le nôtre, par une foule de textes les plus formels, rapporte, en en faisant une paraphrase plus ou moins exacte, les paragraphes 4, 9 et 10 de la loi 13, que nous avons précédemment expliqués, mais sans parler lui-même des lois 2 et 7 au Code, à ce titre, ni de la loi 4, aussi au Code, *in quibus causis longi temporis cessat præscriptio*, qui sont encore plus spécialement applicables, puisqu'il y est question de l'acheteur qui a acquis de l'héritier apparent des choses particulières de l'hérédité, seul cas dans lequel, si nous avons bien saisi sa doctrine, M. Merlin diffère d'opinion avec M. Toullier, lorsque l'acquéreur a son recours en garantie contre son vendeur.

Mais, dans sa dissertation, M. Merlin s'attache avec force au § 17 de la loi 25, précité; et après avoir, sans grande utilité et sans beaucoup de peine, réfuté la traduction de ce paragraphe par Hullot, il établit son système, qui, nous le répétons, ne repose que sur une fausse interprétation de ce même paragraphe, ainsi que nous allons le démontrer. En voici le texte : *Item, si rem distraxit bonæ fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum res usucaptæ sint, vindicare petitor ab emptore poterit? et si vindicet, an exceptione non repellatur, QUOD PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT INTER ACTOREM ET EUM QUI VENUMDIDIT, quia non videtur venire in petitione hereditatis pretium earum, quamquàm victi emptores reversuri sint ad*

eum qui distraxit? et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent. Quid tamen, si is qui vendidit, paratus sit ita defendere hereditatem, ut perindè atque si possideret, conveniatur? incipit exceptio locum habere ex personâ emptorum: certè, si minori pretio res venierint, et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multò magis potuit dici eum summoveri.

C'est en se fondant sur ce texte, que M. Merlin dit :
 « Il y a donc une distinction essentielle à faire; et si
 « la conséquence que M. Toullier tire d'un cas à
 « l'autre est vraie lorsque, dans la vente *de biens particuliers* dépendant d'une succession, il n'y a eu
 « de bonne foi que de la part de l'acquéreur, elle est
 « fautive, ou du moins elle doit être singulièrement
 « restreinte, lorsque l'héritier putatif qui a vendu se
 « croyait de bonne foi héritier véritable.

« Ce texte, comme on le voit, est assez obscur :
 « *difficilis est*, dit Barthole, dans une note qu'il y a
 « mise.

« Cependant il s'y trouve une décision sur laquelle
 « il n'y a aucun nuage : c'est celle qui porte que,
 « DANS LE CAS OU LES ACQUÉREURS ONT UN RECOURS
 « EN GARANTIE CONTRE LE POSSESSEUR DE BONNE FOI
 « DE L'HÉRÉDITÉ ¹, QUI LEUR A VENDU LES BIENS DONT

¹ Nous notons encore cette décision de M. Merlin, parce qu'il dénie la revendication pour cette seule cause. Nous demanderons plus loin pourquoi la pétition d'hérédité *utilis* est donnée contre l'acquéreur de l'hérédité, du *jus hereditarium*, encore qu'il ait son recours en garantie contre son vendeur, l'héritier apparent, et pourquoi M. Merlin paraît-il adhérer à cette opinion en ne faisant exception que pour le cas unique maintenant en question?

« LE VÉRITABLE HÉRITIER PRÉTEND LES ÉVINCER, LA
 « DEMANDE EN REVENDICATION DE CELUI-CI DOIT ÊTRE
 « REJETÉE : *et puto posse res vindicari, nisi emptores*
 « *regressum ad bonæ fidei possessorem habent* ; et nous
 « ne devons pas oublier la grande règle de Descartes,
 « *clara non sunt neganda propter quædam obscura*. La
 « décision que je viens de signaler ne perd donc rien
 « de son autorité, par cela seul qu'elle est précédée et
 « accompagnée d'accessoires plus ou moins obscurs.

« Mais d'ailleurs s'il est, comme le dit Barthole,
 « difficile de bien entendre le paragraphe entier,
 « cela n'est du moins pas impossible ; il y a plus :
 « Paul de Castre, dans son Commentaire sur ce texte
 « même, le trouve très-clair¹ ; et quoique l'explica-
 « tion qu'il en donne ne soit pas absolument satisfai-
 « sante, je crois que nous parviendrons *facilement* à
 « l'éclaircir tout-à-fait, en le divisant, et en méditant
 « séparément chacune des parties dont il se com-
 « pose. »

366. Nous allons développer l'explication que M. Merlin donne de ce paragraphe, et puis nous l'interpréterons à notre tour. Quoique ce travail de glossateur ne soit nullement de notre goût, l'autorité de M. Merlin, dans les matières du Droit civil, est assez imposante pour nous faire surmonter notre répugnance à l'entreprendre, et nous porter à faire tous nos efforts pour empêcher de se consolider une jurispru-

¹ *Iste paragraphus, dit-il, reputatur valdè difficilis, secundùm Bartholum. Mihi tamen videtur quod difficultas procedit ex confusione verborum tam glossarum quàm ipsius, in positione casûs ; sed reverà de se videtur clarus.*

dence contraire aux principes, et qui trouverait un appui dans l'opinion d'un jurisconsulte si versé dans la science du Droit.

M. Merlin dit que le paragraphe se compose d'abord de deux questions :

« La première, dit-il, porte sur le cas où le possesseur de bonne foi de l'hérédité a vendu ce qu'Ulpien appelle *rem* ; et nous devons avant tout nous fixer sur le sens de ce mot. Ne désigne-t-il qu'un effet de la succession ? Plusieurs interprètes l'entendent ainsi : mais deux raisons également tranchantes me portent à croire qu'en disant *rem distraxit*, Ulpien est censé dire, a vendu tous les biens de l'hérédité ¹.
 « 1° Immédiatement après avoir employé ces expressions, *rem distraxit*, Ulpien parle des objets particuliers, *res singulas*, qui, par l'effet de la vente de ce qu'il a d'abord appelé *rem*, se trouvent entre les mains des tiers acquéreurs. Bien sûrement, si le possesseur de bonne foi de l'hérédité n'avait vendu qu'un seul objet, les tiers acquéreurs n'en posséderaient qu'un seul ; et dès qu'ils en possèdent plusieurs, il faut de toute nécessité entendre les mots *rem distraxit* de manière à leur faire signifier la vente de l'hérédité entière. 2° Dans la suite du paragraphe, Ulpien prévoit le cas où le vendeur se

¹ Mais comment l'entend M. Merlin ? Est-ce en détail, ou en masse, que tout les biens ont été vendus ? La question n'est pas indifférente relativement à l'usucapion qu'Ulpien suppose possible dans ce cas ; et l'on est porté à penser que, dans l'opinion de M. Merlin, les biens ont été vendus en masse ; que c'est le *jus hereditarium* qui a été aliéné. La suite de son argumentation laisse peu de doute à cet égard : mais cette interprétation serait fautive, ainsi qu'on va le voir.

LIVRE I.— DES PERSONNES.

« présente volontairement pour défendre à la demande
« en délaissement de l'hérédité, comme s'il la possé-
« dait encore : *quid tamen si is qui vendidit paratus sit*
« *defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret,*
« *conveniatur?* ce qui suppose clairement que le juris-
« consulte parle du cas où le vendeur ne possède plus
« l'hérédité, où par conséquent il a vendu tous les
« biens, et où par suite il serait, *s'il le voulait*¹, à
« l'abri de la pétition d'hérédité, qui ne peut être in-
« tentée que contre celui qui possède, ou qui n'a cessé
« de posséder que par dol. »

Et voici la conclusion que M. Merlin tire de l'inter-
prétation qu'il donne aux mots *rem distraxit* : « Si,
« suivant Ulpien, le possesseur de bonne foi a vendu
« tous les biens de la succession, et que le prix qu'il
« en a reçu ne l'ait pas rendu plus riche, soit qu'on
« le lui ait volé, soit qu'il en ait fait un emploi dont il
« ne lui reste plus rien², le demandeur en délaisse-
« ment d'hérédité, c'est-à-dire le véritable héritier,
« peut-il, en cas que les acquéreurs n'en aient pas en-
« core prescrit la propriété, en faire la revendication

¹ Ces mots ne reposent que sur une erreur de principe; la loi 16, § 5, ff. *hoc tit.*, nous en offre la preuve irrécusable : *Idem Julianus ait, si quis possidens, sive non, rem vendiderit, petitione hereditatis eum teneri; sive jam pretium recepit, sive petere possit, ut et hic actionibus cedat.* Ainsi M. Merlin a évidemment tort de dire que l'héritier apparent, qui a *vendu* les biens de l'hérédité, serait, *s'il le voulait*, à l'abri de la pétition d'hérédité. Mais ce point sera encore mieux démontré par la suite de la discussion.

² D'après un sénatus-consulte, dont la teneur se trouve dans la loi 20, § 6, au même titre, et l'application dans la loi 23, le possesseur de bonne foi de l'hérédité n'était en effet tenu à la restitution, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouvait, par l'effet de sa possession, plus riche au moment du jugement : *finge*, dit cette loi 23, *pretium acceptum vel perdidisse consumpsisse, vel donasse, etc.*

« sur eux? » *Item, si rem distraxit bonæ fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptæ sint, vindicare petitor ab emptore poterit?...* Non, il n'y a pas lieu à la revendication. »

567. Mais la supposition que fait le jurisconsulte, que l'acquéreur n'a point encore acquis la propriété par l'usucapion, entraînant avec elle la supposition que le contraire eût été possible, détruit complètement l'interprétation que M. Merlin donne des mots *si rem distraxit*, qui signifient, selon lui, la vente de toute l'hérédité. En effet, si le possesseur a vendu toute l'hérédité, le *jus hereditarium*, l'acheteur est soumis à la pétition d'hérédité *utilis*, suivant la loi 13, §§ 4, 9 et 10, ff. *hoc tit.*, précités, et suivant M. Merlin lui-même; parce que, dit Voët, *vicem hereditatem gerentis sustinet, et non longè ab eo diversus est*. Or, l'héritier apparent, comme possesseur d'une universalité, ne prescrivait pas *per usucapionem* les biens de l'hérédité; il ne se libérait pas même de la pétition d'hérédité par la prescription de trente ans, puisqu'elle était inconnue dans le Droit du Digeste; par conséquent Ulprien, qui, dans cette même loi 13, assimile l'acheteur de l'hérédité à l'héritier apparent, si ce n'est qu'il accorde contre l'un l'action *directe*, et contre l'autre l'action *utile*, Ulprien, disons-nous, ne peut pas supposer que cet acquéreur a pu avoir acquis les biens par l'usucapion. Et que l'on ne dise pas, pour justifier l'interprétation de M. Merlin, que celui qui avait acquis l'hérédité en avait revendu les biens en détail, et que c'était

un sous-acheteur qui était poursuivi, lequel possédait *res singulas* ; car le contexte de la loi ne permet pas de supposer qu'il y ait eu plusieurs transmissions successives.

568. Quelle conséquence, au surplus, y aurait-il à tirer de ce qu'il s'agirait, dans cette première partie du § 17 de la loi 25, de la vente de l'hérédité, au lieu de celle de choses particulières ? quelle influence cela peut-il avoir sur la décision de la question ? Nous sentons bien que cela importe beaucoup au système de M. Merlin, afin d'éviter l'application du § 4 de la loi 13 ; mais il n'y aurait rien à inférer, dans notre Droit, de cette circonstance, si ce n'est en ce qui touche la prescription, dont nous parlerons ultérieurement.

Et si, dans la vente de choses particulières, le recours en garantie que l'acheteur aurait contre l'héritier putatif, vendeur de bonne foi, et qui ne se trouve pas plus riche par l'effet de l'hérédité, doit, selon M. Merlin, soustraire l'acheteur à la revendication, pourquoi, dans le même cas, ce recours n'y soustrairait-il pas également l'acheteur de l'hérédité ou d'une quote-part ?

En d'autres termes, si, d'après la manière dont ce savant jurisconsulte entend ces mots *et si vindicet, an exceptione repellatur, QUOD PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT INTER ACTOREM ET EUM QUI VENUMDEDIT*, l'acquéreur de choses particulières, qui aurait son recours en garantie, peut tirer une exception *ex personâ venditoris*, pour repousser la revendication, pourquoi l'acheteur de l'hérédité ne pourrait-il pas aussi user de la même exception ? Cependant la loi 13, § 4, ff. *hoc tit.*, dit

formellement, et M. Merlin en convient, qu'il est possible de la pétition d'hérédité *utilis*; et dans quel cas? précisément dans celui que, suivant M. Merlin, Ulpien a eu en vue, c'est-à-dire le cas où l'héritier apparent n'est pas plus riche par l'effet de l'aliénation, parce qu'elle a été faite à titre gratuit ou à très vil prix¹. S'il y a une raison particulière de différence, M. Merlin aurait dû l'indiquer; mais nous l'avons vainement cherchée dans sa dissertation, qui ne repose que sur une interprétation divinatoire du paragraphe 17 de la loi 25 ff. de *Heredit. petit.*, précité, et sur des citations morcelées de différens auteurs, qui n'ont même pas tous entendu ce paragraphe dans le même sens: témoin la fin du passage du président Favre, que M. Merlin cite cependant pour étayer d'un côté le système qu'il a édifié, et qui, au contraire, finit, après avoir expliqué les raisons de douter, par reconnaître dans l'héritier le droit de poursuivre l'acquéreur par voie de revendication. Voici ce qu'il dit à cet égard: *Sed tamen nihil habet ea res commune cum petitione hereditatis, quæ scilicet cum in rem sit, licet mixtas habeat præstationes personales, non adversus alium dari potest, quàm adversus eum qui vel adhuc possidet aliquid hereditarium, vel dolo malo desierit possidere, quorum neutrum in propositâ specie de bonæ fidei possessore dici potest. Consequens igitur est ut non possit hic petitor re-*

¹ *Sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, et bonæ fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeant? et putat Cassius dandam utilem actionem.* Dans le cas de donation, il n'y a pas lieu, de Droit commun, à la garantie; mais dans celui de vente, la garantie est due, de Droit commun, quoique la vente ait été faite à vil prix.

pellī exceptione illā, QUOD PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT, si velit res singulas ab emptoribus vindicare, AC PROINDÈ UT NON SIT EI VINDICATIO DENEGANDA.

Voilà qui est formel. D'ailleurs, lors même que, notwithstanding les lois 2 et 7, au Code, à ce titre, et la loi 4, *in quibus causis longi temporis cessat præscriptio*, dont M. Merlin ne parle pas, quoique Voët et Vinnius en aient fait la base de leurs décisions, on pourrait prétendre que le Droit romain admettait cette distinction, elle n'aurait chez nous aucun fondement ; dès-lors il faudrait n'appliquer du Droit romain que ce qui est incontestable en principe, et rejeter ce qui pouvait faire exception à la règle, comme n'étant fondé que sur des raisons particulières qui n'ont aucune force dans notre législation.

569. Nous terminerons cette polémique, dans laquelle nous avons été forcé d'entrer, par un résumé de la doctrine de M. Merlin sur ce paragraphe 17 de la loi 25.

Après avoir établi que ces mots, qu'Ulpien n'emploie que par forme d'objection, *et si vindicet, an exceptione non repellatur QUOD PRÆJUDICIUM HEREDITATI NON FIAT*, ne veulent pas dire, comme l'a entendu Hullot, *que la succession ne doit point souffrir de préjudice entre le demandeur et le vendeur*, ce qui en effet ne présente aucun sens, M. Merlin les traduit ainsi : « Si le véritable héritier revendique les biens, et que les acquéreurs lui opposent l'exception *qu'il ne doit être rien préjugé par rapport à l'hérédité entre le demandeur et le vendeur*, ne pourrait-il pas répliquer

« que le prix de ces biens ne peut pas entrer dans la
« pétition d'hérédité, et que dès-lors il importe peu
« que les acquéreurs aient, en cas d'éviction, un re-
« cours contre leurs vendeurs ?

« Enfin voici, en forme de paraphrase, toute la
« pensée d'Ulpien :

« Une demande en revendication est formée par
« une personne qui se qualifie de véritable héritier,
« contre les acquéreurs de biens dépendans de la suc-
« cession, que leur a vendus une autre personne qui
« la possédait de bonne foi, et à qui il ne reste rien
« du prix qu'ils lui ont payé. Les acquéreurs opposent
« au prétendu héritier revendiquant l'exception *quòd*
« *præjudicium hereditati non fiat*, ou, en d'autres ter-
« mes, ils lui disent : Avant de vous en prendre à
« nous, pourvoyez-vous contre notre vendeur ; faites
« préalablement juger votre qualité contradictoire-
« ment avec lui.

« Le demandeur en revendication leur réplique :
« Comment pourrais-je, avant de vous actionner, me
« pourvoir contre votre vendeur ? Il ne possède plus
« rien de l'hérédité, pas même le prix qu'il a reçu de
« vous, et il est de principe que la pétition d'héré-
« dité ne peut être intentée que contre celui qui pos-
« sède, ou qui n'a cessé que par dol de posséder
« soit l'hérédité entière, soit un droit qui en dépend,
« soit un objet qui en provient. D'après cela, com-
« ment pouvez-vous sérieusement m'opposer cette ex-
« ception *quòd præjudicium hereditati non fiat* ? ex-
« ception qui par sa nature n'est que *dilatoire* ; et ce-

« pendant, dans la position où je me trouve par rap-
« port à votre vendeur, elle deviendrait péremptoire
« par le fait ; car si, sous le prétexte que je n'ai pas
« encore fait juger ma qualité d'héritier contradictoi-
« rement avec votre vendeur, je n'étais pas admis en
« ce moment à revendiquer, je ne pourrais jamais
« l'être, puisque votre vendeur, ne possédant rien de
« la succession et n'ayant plus entre les mains le prix
« qu'il a tiré des biens que je réclame, *n'est plus pas-*
« *sible de la pétition d'hérédité.* Ainsi, me déclarer non
« recevable quant à présent, par suite de l'exception
« *quòd præjudicium hereditati non fiat,* ce serait réel-
« lement me déclarer non recevable pour toujours,
« puisque n'ayant point de contradicteur légitime
« contre qui je puisse intenter la pétition d'hérédité,
« et par là faire reconnaître ma qualité d'héritier par
« un jugement, je ne pourrais jamais revenir contre
« vous, qui cependant avez acheté à *non domino.*

« A cette réplique les acquéreurs répondent : Mais
« si nous succombons, nous avons un recours à exer-
« cer contre notre vendeur. Il faudra donc toujours
« tôt ou tard juger si notre vendeur est héritier ou
« non ; et on ne le pourra juger que contradictoire-
« ment avec vous, qui lui disputez cette qualité. Ce
« serait donc préjuger à l'avance cette question entre
« vous et notre vendeur, que d'admettre en ce mo-
« ment votre demande en revendication.

« Le demandeur réplique de nouveau : Eh ! que
« m'importe que vous ayez ou non un recours contre
« votre vendeur ? En est-il moins vrai que votre ven-

« leur ne possédant plus rien de la succession, il ne
 « me reste aucun moyen de l'attirer au tribunal des
 « centumvirs, seul compétent pour connaître de la
 « pétition d'hérédité? Votre exception *quòd præjudi-*
 « *cium hereditati non fiat* ne peut donc pas être ac-
 « cueillie, à moins qu'on ne veuille lui donner un ef-
 « fet perpétuel, et en faire résulter contre moi une fin
 « de non-recevoir absolue; ce qui serait d'une iniquité
 « monstrueuse.

« Ulpien, poursuit M. Merlin, n'admet donc cepen-
 « dant la revendication du véritable héritier contre les
 « tiers acquéreurs que dans le cas où ceux-ci n'ont
 « pas de recours à exercer contre l'héritier putatif,
 « qui, possédant l'hérédité de bonne foi, leur en a
 « vendu les biens et en a consumé le prix, etc. »

570. Arrêtons-nous là dans nos citations de la doctrine de M. Merlin, et disons qu'en admettant que *la forme de procéder* en matière de pétition d'hérédité au temps d'Ulpien eût pu faire écarter la demande en revendication du véritable héritier contre les tiers, cet obstacle avait cessé par la loi dernière, au Code, *de Petitione hereditatis*, qui a supprimé, comme M. Merlin lui-même le reconnaît, cette exception *quòd præjudicium hereditati non fiat*, quoique l'exception préjudicielle entre le véritable héritier et le possesseur n'ait pas moins continué d'avoir lieu, comme elle a lieu aujourd'hui, dans les cas où la qualité du demandeur était contestée; par conséquent ce n'est point dans notre législation que l'on peut, pour écarter l'exercice du droit de propriété, tirer argument d'une forme de pro-

cédures abrogées depuis treize siècles, quand il y a d'ailleurs des textes formels qui tranchent la question en principe pour quiconque veut se donner la peine de les lire.

574. Mais comment M. Merlin peut-il d'ailleurs faire dire au véritable héritier : « Puis-je, avant de vous actionner, me pourvoir contre votre vendeur ; il ne possède plus rien de l'hérédité, pas même le prix qu'il a reçu de vous ; et il est de principe que la pétition d'hérédité ne peut être intentée que contre celui qui possède, ou contre celui qui n'a cessé que par dol de posséder, soit l'hérédité entière, soit un droit qui en dépend, soit un objet qui en provient..... ; et votre vendeur n'ayant plus rien entre les mains n'est plus passible de la pétition d'hérédité ? » M. Merlin fait ici une fausse application du sénatus-consulte dont nous avons parlé. En effet, en nous plaçant avec lui, par la pensée, dans l'hypothèse extraordinaire où l'héritier ne possède plus rien de l'hérédité, où il n'a aucune action à céder à cet égard, et où il ne se trouve pas plus riche d'un sou par le maniement des biens de cette hérédité, hypothèse hors de laquelle le système de M. Merlin ne peut plus faire un seul pas, il ne nous sera pas difficile de démontrer que, même réduit à ce cas, pour ainsi dire de pure abstraction, le sénatus-consulte ne lui fournirait encore aucun appui, parce qu'en effet il n'a point dit ni ne pouvait dire que la pétition d'hérédité serait éteinte par la circonstance que l'héritier putatif ne posséderait plus rien de l'hérédité dont il a vendu les biens : il a seulement intro-

duit une exception en sa faveur : or, qui dit *exception* suppose par cela même l'*existence d'une action*, car l'une ne peut être opposée qu'à l'autre. Il faut donc juger s'il y a lieu à cette exception : pour cela il faut une discussion des faits, afin de savoir si l'héritier apparent s'est ou non enrichi, et de combien, par le maniement des choses héréditaires ; si ce sont les biens de l'hérédité ou les siens propres qui ont péri dans ses mains, etc. Et comment pourra-t-on s'assurer de tous ces faits, s'il n'y a pas d'action en pétition d'hérédité ? Tout héritier apparent, dans ce système, s'affranchirait donc de l'obligation de rendre compte, par une simple allégation extrajudiciaire ? l'action se trouverait donc éteinte avant que l'exception du sénatus-consulte fût vérifiée ? Cela ne mérite réellement pas une plus longue réfutation. M. Merlin confond ici l'*action* avec les *effets de l'action*, et c'est cependant ce qu'il importe de bien distinguer, puisque ce que nous cherchons en ce moment n'est pas de savoir à quoi l'héritier apparent pourra être condamné envers le véritable héritier, mais le moyen qu'a celui-ci de faire reconnaître sa qualité, soit devant le tribunal extraordinaire des centumvirs, soit, depuis sa suppression, devant tout autre. Or, il a toujours eu ce droit, depuis comme avant le sénatus-consulte : la partie de sa demande, renfermant ce qu'on appelait *intentionem*, c'est-à-dire la reconnaissance de la qualité, aurait toujours été bien fondée ; seulement celle qui contenait ce qu'on nommait *condemnationem* aurait été repoussée par l'exception tirée du sénatus-

consulte, si, en effet, l'héritier apparent n'eût plus rien eu entre les mains. Il en était de ce cas comme de celui où un individu qui s'était mis en possession de l'hérédité en avait été expulsé par violence par un tiers, ou avait restitué l'hérédité en vertu d'un fidéicommiss, ou avait payé des legs ou une prétendue dette de la succession, cas dans lesquels il n'était pas moins passible de la pétition d'hérédité, à l'effet de céder du moins ses actions au véritable héritier¹, et où il se libérait par le moyen de cette cession, comme l'héritier apparent, dans l'espèce, se serait libéré par l'exception tirée du sénatus-consulte, après discussion du mérite de cette exception, c'est-à-dire après vérification des faits sur lesquels elle était fondée. Nous le répétons, M. Merlin confond ici mal-à-propos les effets de l'action, son résultat quant aux *condamnations*, avec l'action elle-même, dont le principe réside dans le fait de la possession de l'hérédité, du *jus hereditarium*, par le défendeur.

Où est donc alors cette prétendue impossibilité, dans l'héritier, de faire reconnaître sa qualité contradictoirement avec le vendeur des biens de l'hérédité ? où était-elle surtout depuis la suppression du tribunal des centumvirs ? et, dans la suite, qu'est-elle devenue par l'abrogation de l'exception *quod præjudicium hereditati non fiat* ? En outre, de quelle importance pourrait être, dans notre législation, cette *difficulté de procédure*, si jamais elle a existé, comme le prétend M. Merlin, quand le principe sur le *fond* du droit de

¹ L. 13, § 10; L. 16, §§ 4, 5 et 7; L. 35, ff. *hoc tit.*; Voët, n° 9.

revendication est attesté par tous les textes cités précédemment? Dès-lors, à quoi bon s'attacher à une loi dont le sens est si douteux, pour s'en faire un motif d'exclusion de l'application du principe, qui est incontestable? Enfin, pourquoi prendre comme des décisions, ce qu'Ulpien, très probablement, ne jette en avant que comme des objections plus ou moins fortes contre l'action en revendication?

De plus, si, par son action contre les tiers acquéreurs, le véritable héritier avait préjugé la question d'hérédité entre lui et l'héritier apparent, nous soutenons que la circonstance que ces tiers avaient ou non un recours en garantie contre leur vendeur était indifférente, puisque, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, si les biens lui avaient été rendus, c'est qu'on aurait préjugé qu'il était héritier. Mais comme le jugement aurait été, à l'égard de l'héritier apparent, *res inter alios judicata*, en réalité il n'aurait encore rien préjugé contre lui¹. Nous disons, en outre, qu'il aurait dû en être de même dans le cas où c'eût été l'hérédité, le *jus hereditarium*, qui aurait été vendue; qu'on aurait dû aussi, dans ce cas, distinguer si l'acheteur avait, ou non, un recours en garantie: cependant, la loi 13, § 4, ff. *hoc tit.*, dit positivement, sans aucune distinction, que cet acheteur est passible de la

¹ M. Merlin ne pense pas ainsi; il dit qu'il fallait que l'action en pétition d'hérédité arrivât vierge devant le tribunal des centumvirs, et que pour cela il n'aurait pas fallu accueillir la revendication formée contre les tiers acquéreurs par le véritable héritier. Nous répondons qu'elle y serait venue vierge tout de même, par la raison qu'alors, comme plus tard, la chose jugée ne faisait loi qu'entre les parties.

pétition d'hérédité *utilis*; la loi 2, au Code, porte formellement aussi, sans distinguer entre l'aliénation de l'hérédité et celle de certaines choses particulières, sans distinguer non plus si l'acquéreur a, ou non, un recours en garantie contre son vendeur, qu'il est soumis à la revendication; et, comme nous l'avons dit, les lois 7, au Code, au même titre, et 4, *in quib. caus. cessat longi temp. præscript.*, déterminent la durée de l'action en revendication sur le temps de la prescription *longi temporis*, c'est-à-dire à dix ans entre présents, et vingt ans entre absents, pour les immeubles provinciaux.

572. Enfin, pour invoquer, dans notre législation, le § 17 de cette loi 25, M. Merlin doit nécessairement partir de la supposition que l'exception introduite par le sénatus-consulte en faveur de l'héritier apparent de bonne foi, de ne pouvoir être condamné qu'à restituer ce qu'il a entre les mains au moment du jugement, subsiste aussi dans notre Droit; car sans cela sa doctrine n'a plus de base; on n'est plus dans le cas prévu par Ulpien; l'acquéreur ne se défend plus par cette exception *ex personâ venditoris*, qui est le nœud de ce système. Mais cette supposition n'est fondée sur aucune loi. Rien, en effet, dans le Code, n'autorise cette dérogation aux principes du Droit commun pour le cas dont il s'agit. Si nous l'avons admise nous-même en traitant de l'article 132¹, c'est parce que l'absent qui ne revient qu'après l'envoi en possession définitif ne reprend ses biens que *dans l'état où ils se trouvent*; au

¹ Voyez le n° 509.

lieu que l'article 137 ne dit rien de semblable : par conséquent le véritable héritier doit reprendre ceux de l'hérédité *dans l'état où ils devraient être*, sauf les pertes arrivées par force majeure. Mais les augmentations de dépenses que l'héritier apparent aurait cru devoir faire dans sa maison, les libéralités qu'il aurait faites à des tiers avec les biens de l'hérédité, et qui motivaient aussi l'exception du sénatus-consulte¹, ne le dispenseraient point de restituer ce qu'il a réellement recueilli.

573. Au reste, nous serions assez porté à croire que c'est cette même faveur, accordée par le sénatus-consulte à l'héritier apparent, qu'a eue en vue Ulpien dans la loi 25, § 17, lorsqu'il dit : *Et puto res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent* ; voulant empêcher, autant que possible, lorsque les acquéreurs ont le recours en garantie contre leur vendeur, que celui-ci n'éprouve un dommage auquel le sénatus-consulte a voulu le soustraire. Pour cela, Ulpien entend probablement que la pétition d'hérédité doit être *préalablement* vidée avec lui ; que, s'il est reliquataire, il devra être discuté dans ses biens, et que ce ne serait qu'en cas d'insuffisance que le véritable héritier retournerait aux acquéreurs. Cette interprétation paraît confirmée par la loi 13, § 4, qui est aussi d'Ulpien, où, après avoir supposé que le possesseur a vendu l'hérédité à vil prix, *modico vindidisse* (ce qui, de Droit commun, ne l'affranchissait point de l'obligation de garantir), ce jurisconsulte se demande si l'héritier pourra s'adresser à l'acquéreur : *An porrigi ma-*

¹ Voyez les LL. 25, §§ 8 et 11 ; et 16, ff. *hoc tit.*

nus ad emptorem debeant? Et il ajoute : *Et putat Caius Cassius dandam utilem actionem.* Il nous semble donc que ces mots, *an porrigi manus ad emptorem*, indiquent une action subsidiaire, en cas d'insuffisance du résultat de la pétition d'hérédité. Cette interprétation est aussi celle que donne Vinnius, qui s'exprime ainsi dans sa vingt-troisième *Question choisie*, livre I^{er} : *Utiles petitione tenetur emptor qui hereditatem aut partem universi juris emit à non vero herede : sed ita demum emptorem conveniri placet, si aliter res petitori salva esse non potest, aut si non expediat petitori hereditatem à venditore peti, quem directâ petitione teneri certum est.* Et Vinnius cite à l'appui de sa doctrine ce même § 4 de la loi 13 à ce titre.

574. Si le § 17 en question était entendu en ce sens, la difficulté qu'il a fait naître ne serait plus, dans notre Droit, que de savoir si, en admettant en principe que le véritable héritier a l'action en revendication contre les tiers de bonne foi qui n'ont point encore prescrit, il ne peut néanmoins l'exercer que discussion préalablement faite des biens de l'héritier apparent. Cette opinion serait assez raisonnable, elle rentrerait parfaitement dans l'esprit général du Code; mais malheureusement elle ne trouverait d'appui dans aucune loi précise.

575. Avant de discuter la question dans les principes du Code, nous écarterons l'objection que l'on a voulu quelquefois tirer de certains textes du Droit romain, pour prétendre que la bonne foi des tiers qui ont traité avec le possesseur de l'hérédité doit les protéger contre l'action du véritable héritier.

L'un de ces textes est la loi 104, ff. *de Solutionibus*. D'après cette loi, les paiemens faits à l'héritier chargé de restituer l'hérédité à un tiers, et avant la restitution, sont valables à l'égard du fidéicommissaire. La raison en est simple; l'héritier, quoique grevé de la charge de rendre l'hérédité, n'en était pas moins celui à qui la chose était due; les débiteurs ont donc pu valablement lui payer; de même que, d'après l'article 1240 du Code civil, les paiemens faits de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, sont valables, encore que le possesseur en soit par la suite évincé.

Un autre texte est la loi 70, § 1^{er}, ff. *ad Senatusconsultum Trebell.*, qui suppose que l'héritier chargé de restituer l'hérédité à un tiers en a aliéné certaines choses, ou donné la liberté aux esclaves, avant d'avoir fait la restitution au fideicommissaire; et cette loi ne regarde point comme sans effet, par rapport à ce dernier, et les affranchissemens et les aliénations: mais c'est par l'effet du même principe qui a dicté la décision de la première de ces lois. Et nous trouvons pareille décision dans la loi 17 de *Transact.* au sujet de la transaction faite par l'héritier vendeur de l'hérédité, avec un débiteur de la succession, depuis la vente, lorsque le tiers débiteur ignorait la vente de l'hérédité.

Au contraire, lorsque celui qui a traité avec les tiers n'était point héritier, qu'il n'était qu'un simple possesseur de l'hérédité, le véritable héritier n'était pas obligé de respecter ses actes. C'est ainsi que, d'après la loi 17, § 6, ff. *de Pactis*, si le possesseur de l'hérédité a fait une convention, un pacte, avec

quelqu'un relativement à quelque chose ou à quelque créance de l'hérédité, cette convention, ce pacte, s'il vient à être évincé, ne peut ni nuire ni profiter au véritable héritier : *Cum possessor alienæ hereditatis pactus est, heredi, si evicerit, neque nocere, neque prodesse, plerique putant*. Et cependant ici l'on suppose que le possesseur de l'hérédité était de bonne foi, puisqu'il n'est fait mention d'aucune circonstance qui indique le contraire.

Scævola, dans la loi 3, § 2, ff. de *Transact.* décide pareillement que la transaction faite entre celui qui se donnait comme héritier, et un tiers, ne peut être invoquée par l'héritier véritable, ni lui être opposée; et cependant les transactions ont toujours été considérées comme dignes de faveur, puisqu'elles ont pour objet d'assoupir les procès ou de les prévenir.

Ainsi, il est bien démontré que, en Droit romain du moins, le véritable héritier n'était pas obligé d'exécuter les actes faits par le simple possesseur de l'hérédité, quoique ce dernier fût de bonne foi, et quoique les tiers qui avaient traité avec lui l'eussent fait aussi de bonne foi; sauf ce qui vient d'être dit sur le cas d'hérédité fideicommissaire.

576. Maintenant, voyons si, dans la législation actuelle, les aliénations faites par l'héritier apparent sont inattaquables, comme l'a jugé la cour de Caen, par l'arrêt dont nous avons parlé en commençant cette discussion, et dont voici l'espèce, que nous puisons, par extrait; dans le recueil de Sirey. (1815, I, 286.)

Le 8 germinal an XIII, décès du sieur Famesson, dont la succession s'est trouvée dévolue par la loi, moitié aux parens les plus proches dans la ligne paternelle, moitié à ceux de la ligne maternelle.

Le sieur d'Ormont, qui n'était pas le plus proche dans la ligne maternelle, se présenta cependant, et reçut la part contingente à cette ligne, au préjudice des sieurs Duguay et de Prépetil, qui se présentèrent plus tard.

Il fit faire l'inventaire dans les délais de la loi, avec l'héritier de la ligne paternelle, et, par acte en bonne forme, partagea avec lui les biens de la succession. Il jouit publiquement de la portion qui lui était attribuée, fit toutes sortes d'actes de propriétaire, et notamment vendit une pièce de terre qui en dépendait. Trente mois après l'ouverture de la succession, les sieurs de Prépetil et Duguay se présentèrent pour la recueillir.

Ils formèrent d'abord, contre le sieur d'Ormont, une action en pétition d'hérédité, qui fut accueillie par le tribunal d'Argentan; ensuite le sieur de Prépetil, cessionnaire (quoique notaire) de son cohéritier, intenta contre les acquéreurs de la pièce de terre une action en revendication.

Les acquéreurs repoussaient cette demande, en alléguant qu'ils avaient acquis, de bonne foi, d'un individu qui passait pour le véritable héritier, et possédait publiquement en cette qualité; que, dans tous les temps, les actes faits avec l'héritier apparent avaient été reconnus irrévocables, dans l'intérêt des tiers, soit par la loi, soit par la jurisprudence.

Le sieur de Prépetil répondait ce que nous avons déjà dit, que l'héritier apparent n'étant point propriétaire, la vente par lui faite était nulle, comme vente de la chose d'autrui; que la bonne foi des acquéreurs ne pouvait fournir une fin de non-recevoir qu'autant qu'elle serait accompagnée d'une possession suffisante pour prescrire; et le tribunal d'Argentan reçut la demande en revendication: mais sa décision a été infirmée par arrêt de la cour d'appel de Caen, en date du 21 février 1814, dont voici les motifs:

« Considérant, *en droit*, qu'il est constant que, suivant l'ancienne jurisprudence, attestée par les auteurs normands, et puisée dans l'arrêt *Malaudin*, du 19 juin 1739¹, celui qui a acquis d'un héritier apparent tout ou partie des biens d'une succession, de laquelle ensuite un autre parent plus proche a été envoyé en possession, a été maintenu dans son acquisition toutes les fois qu'il a été reconnu qu'il l'avait faite de bonne foi², parce qu'en pareil cas le nouvel héritier a dû s'imputer la faute de ne s'être pas présenté plus tôt³; raison qui a fait penser qu'il

¹ On a le droit de s'étonner que, sous l'empire d'une loi qui a abrogé celles qui l'ont précédée, une cour royale *motive* sa décision sur une jurisprudence ancienne, plus ou moins constante, *attestée* par des auteurs, et puisée dans *un arrêt* dont on ne rapporte pas même l'espèce ni le dispositif.

² Ce n'est pas ce que considère M. Merlin; il ne voit que la bonne foi du vendeur et le recours en garantie de l'acheteur. D'abord il ne parle que de l'acheteur *de choses particulières* (voyez le n° 565); ensuite il semble étendre sa décision à l'acheteur *de l'hérédité* (voyez le n° 566); mais le § 4 de la loi 13 repousse évidemment cette décision, qui ne serait d'ailleurs point en harmonie avec la première.

³ Mais dira-t-on cela d'un absent? Et la loi ne parle de la pétition d'hérédité qu'au titre des *Absens* , parce qu'en effet le plus souvent c'est lors-

« devait au respect de l'acquéreur prendre les choses
« dans l'état où il les trouvait ;

« Considérant que le tribunal dont est appel, en re-
« connaissant la vérité de ce *principe*¹, a décidé que,
« d'après le Code civil, cette ancienne jurisprudence
« ne devait plus être maintenue; qu'ainsi il s'agit d'ap-
« profondir ce dernier point ;

« Considérant que l'intimé, pour soutenir les juge-
« mens qu'il a obtenus, fait valoir deux principaux
« moyens, tirés, le premier, des articles 724, 729,
« 789, 790 et 2265 du Code civil, et le second, de
« l'art. 1599; qu'en les examinant, *on reconnaît des*
« *principes généraux*² posés par le législateur pour les
« cas ordinaires, mais qui ne sont nullement capables
« de porter atteinte à la jurisprudence ci-devant rap-
« portée; si les héritiers plus proches, représentés
« aujourd'hui par l'intimé, se fussent présentés plus
« tôt³, *il est hors de doute qu'ils pourraient à bon droit*
« *réclamer avec avantage les articles du Code civil qu'ils*
« *invoquent*⁴ ;

que le plus proche parent est absent que l'hérédité est appréhendée par d'autres.

¹ Un principe fondé sur quelques arrêts combattus par d'autres !

² Et où sont donc les exceptions ? Il n'y a pas une disposition dans le Code civil qu'on ne puisse rendre illusoire avec de pareils raisonnemens.

³ Ils se sont présentés trente mois après l'ouverture de la succession. Dans le système de cet arrêt, où est, on le demande, la garantie qu'a un absent, quand on songe que ceux qui recueillent la succession à son défaut ne doivent pas caution ?

⁴ C'est une grande concession que fait ici l'arrêt; il abandonne le *principe* de l'ancienne jurisprudence pour juger en *fait*; mais du moins il aurait dû préciser à quelle époque le sieur Prépétit devait se présenter, pour que le Code civil l'emportât sur le *principe* de l'ancienne jurisprudence, et passé laquelle c'était l'ancienne jurisprudence qui l'emportait sur le Code; par exemple, il devait fixer trois mois, ou six mois juste, et

« Le répertoire a été fait dans le délai de trois mois,
 « accordé par la loi ¹ ; les quarante jours pour déli-
 « bérer se sont écoulés ; d'Ormond, qui, comme pa-
 « rent, s'était présenté en qualité d'héritier, et a fait
 « tous les actes, d'abord en partageant les biens avec
 « l'héritier de la ligne paternelle, en acquittant les
 « droits de mutation ², en jouissant des biens de la li-
 « gne maternelle, en faisant des abatis de bois, en ven-
 « dant aux appelans partie desdits biens ; et tout cela
 « s'est passé publiquement, sans que les héritiers plus
 « proches soient venus réclamer l'hérédité ³, et sans
 « même qu'ils eussent manifesté, par des oppositions
 « ou autres actes ⁴, l'intention de se présenter, de ré-
 « clamer et faire valoir leurs droits dans la suite ; que
 « de ces faits il résulte que d'Ormond, qui a pris la

établir ainsi, à côté de la prescription légale, une prescription particu-
 lière et toute parlementaire. La cour de Paris aurait pu fixer un an,
 celle de Bordeaux quinze mois, et ainsi de suite : de manière que, pour ce
 cas du moins, nous aurions encore eu un Droit coutumier.

¹ Mais ce *répertoire* a-t-il rendu d'Ormond propriétaire? J'ai trente ans
 pour accepter une succession, dont je suis *saisi* par la loi aussitôt son ou-
 verture ; et il n'y avait pas plus de raison de débouter le sieur de Prépétit
 de sa demande en revendication des biens de la succession, ouverte seu-
 lement depuis trente mois, qu'il n'y en aurait eu de le repousser d'une de-
 mande en revendication de ses biens particuliers, attendu que les premiers
 étaient devenus aussi ses biens propres.

² Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent font aussi
 inventaire, et acquittent les droits de mutation, cependant les aliénations
 qu'ils se permettraient de faire seraient nulles et de nul effet, comme ventes
 de la chose d'autrui. (Art. 128 et 1599.)

³ Pourquoi d'Ormond a-t-il appréhendé cette hérédité avant que les plus
 proches parens y eussent renoncé? De quoi se mêlait-il? Était-il de bonne
 foi? Non, certes, s'il connaissait l'existence de ceux qui le précédaient en
 degré : dès-lors, même dans le système de M. Merlin, ses acquéreurs,
 quoique de bonne foi, étaient passibles de l'éviction : ils n'auraient pu op-
 poser, *ex personâ venditoris*, l'exception *quod hereditati præjudicium
 non fiat inter heredem et eum qui venumdedit*.

⁴ Où est la loi qui les obligeait d'en faire?

« *saisine légale*¹ de la succession, est *présu*mé, aux
 « *yeux de la loi*, avoir été véritable héritier, avoir ad-
 « ministré pour lui, et disposé comme propriétaire ;
 « Qu'on ne peut pas dire, dans la circonstance,
 « qu'il a vendu la chose d'autrui, *parce qu'il a vendu*
 « *un bien dont il se regardait comme propriétaire* ; et ceux
 « qui l'ont trouvé investi de la qualité d'héritier,
 « ayant traité avec lui de bonne foi avant aucune re-
 « vendication ni opposition, sont fondés à réclamer
 « comme tiers acquéreurs les droits qui leur ont été
 « cédés ; et enfin il serait déraisonnable de soute-
 « nir que, dans l'incertitude où il pourrait exister un
 « parent plus proche qui se serait *abstenu*², ou qui au-
 « rait négligé ou différé de se faire reconnaître pour
 « l'héritier, l'héritier apparent n'aurait pu disposer de
 « tout ou partie de la succession qu'après l'expiration
 « des longs délais pour la prescription : de tout quoi
 « il résulte que les jugemens dont est appel ont été
 « mal rendus, et que l'*intimé, qui a traité de droits li-*
 « *tigieux, en perdant de vue ses fonctions de notaire*³,

¹ Voilà qui est par trop fort : *prendre la saisine légale*, la possession de fait, de bonne ou de mauvaise foi, à la bonne heure ; mais la *saisine légale*, ne se *prend* pas ; on en reçoit l'impression de la loi elle-même ; et voilà tout.

² Nous sommes encore obligé de faire une remarque : personne n'a dit et ne dira que, lorsque le plus proche parent s'est *abstenu*, dans le sens que l'arrêt attache à ce mot, sens qui n'est pas douteux d'après ce qui suit, celui qui a accepté à son défaut, en degré utile, n'ait pas pu vendre, puisque la part du renonçant accroît à ses cohéritiers, et, s'il est seul, que la succession est dévolue au degré subséquent. (Art. 786.)

³ Nous sommes satisfait de voir cette circonstance prise en considération par la cour. Ne pourrait-on pas supposer qu'elle a beaucoup aidé à faire prévaloir le *principe constant* de l'ancienne jurisprudence ? Nous le pensons ; en sorte qu'il y a tout lieu de croire que cet arrêt est au moins autant rendu en *fait* qu'en *droit*.

« ne peut être écouté à venir troubler de légitimes acquéreurs. »

Le sieur de Prépetil s'est pourvu en cassation, et sur son pourvoi est intervenu le très succinct arrêt que voici :

« Attendu que l'arrêt dénoncé est fondé sur une ancienne jurisprudence, conforme au Droit romain¹, et soutenu par les motifs les plus puissans d'ordre et d'intérêt public ; qu'elle se concilie avec les articles, prétendus violés, 549, 724, 1599 et 2265 du Code civil, qui n'ont statué qu'en principe et règle générale, la cour rejette². »

Au surplus, la cour de Douai a jugé dans un sens contraire. L'arrêt, qui est du 17 août 1822, et dont nous avons eu la copie sous les yeux, n'était, lors de la publication de la première édition de cet ouvrage, encore inséré dans aucun recueil. Voici dans quelle espèce il est intervenu.

Par suite d'une fausse interprétation de la loi du 17 nivôse an II, sur les *Successions*, le partage d'une hérédité avait eu lieu, pour la part attribuée à la ligne maternelle, entre un cousin-germain du défunt et des enfans d'un cousin au même degré, d'après le système de la *refente*. Plus tard, lorsque la jurisprudence de la cour de cassation n'a plus permis de donner ce sens à la loi de l'an II, le parent qui était appelé seul dans sa ligne a demandé la nullité du partage, et, contre des cessionnaires de la part attribuée au copartageant,

¹ Nous pensons fermement avoir démontré le contraire.

² Du 3 août 1815. Sirey, 1825, I, 286.

héritier putatif, la restitution des biens que ceux-ci possédaient depuis plus de dix ans entre présents. La cour a jugé, 1° que l'erreur (et cependant elle était de droit) viciait le partage; 2° que le cessionnaire du copartageant était passible de la revendication; 3° qu'il ne pouvait pas invoquer la prescription de dix et vingt ans, parce qu'il ne défendait pas à une action en *revendication d'immeubles déterminés*.

En effet, il était *loco possessoris hereditatis*.

577. Ainsi, malgré la juste déférence que nous avons pour les décisions de la cour de cassation, il nous semble que celle rapportée plus haut ne s'accorde point avec celles qu'elle rend journellement en faveur du maintien des principes.

D'abord, elle paraît en opposition avec l'art. 1599, invoqué dans la cause, et suivant lequel la vente de la chose d'autrui est nulle, tant que l'acquéreur n'a pas acquis la propriété par le moyen de la prescription. (Art. 2265.)

Elle paraît aussi blesser le principe consacré par l'article 2182, qui porte que le vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits qu'il avait sur la chose vendue¹, principe si juste, et dont l'observation est si essentielle au maintien du droit de propriété, qu'il a même été appliqué aux ventes judiciaires par l'article 717 du Code de procédure, bien que toutes les formalités prescrites pour ces sortes de ventes, la publicité qui leur est donnée, eussent dû, peut-être, comme dans l'ancien Droit, protéger l'adjudicataire

¹ *Nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet.*

contre toute demande en revendication formée par le véritable propriétaire¹. Même règle dans l'article 2125, relativement à l'hypothèque, et pas une seule disposition dans les différens Codes qui puisse fournir un appui à la prétention des acquéreurs.

Serait-ce en effet l'article 132? Mais l'exception que la loi a cru devoir faire au principe général, dans ce cas extraordinaire, ne saurait tirer à conséquence.

Serait-ce l'article 790, qui maintient les actes faits avec le curateur à la succession vacante? Mais ce curateur *représente l'héritier* : il défend ses droits et ne les détruit pas, comme l'héritier apparent; le produit des biens n'est pas touché par lui, il est employé à l'acquittement des dettes et charges de la succession, et le reliquat, s'il y en a un, reste en dépôt dans la caisse publique; tandis que l'héritier apparent qui vend les biens et en touche le produit peut le dévorer promptement. Il n'y a donc aucune parité de raison dans les deux cas : d'ailleurs, la loi s'est formellement expliquée sur l'un, et a laissé l'autre soumis à l'empire du Droit commun.

Invokerait-on aussi l'article 1240? Mais cet article est fondé sur une raison particulière, et d'une évidente justice. Il faut bien, en effet, que le débiteur puisse se libérer, pour qu'il n'éprouve pas de frais de la part de celui qui est en possession de la créance; et lorsqu'il paie de bonne foi, c'est-à-dire croyant que celui qui

¹ C'était, en effet, dans ces sortes de ventes qu'il pouvait y avoir lieu, ou jamais, à faire fléchir le principe.

a le titre en main est réellement le créancier, la loi le protège et a dû le protéger contre la demande d'un nouveau paiement qui viendrait à être ensuite formée par une autre personne. Mais rien n'oblige d'acheter des biens ; si on le fait, on doit s'assurer de la qualité de celui qui les vend, et si on néglige de prendre cette précaution, on doit s'imputer sa faute.

578. Il faut donc renoncer, et les motifs des deux arrêts ne le prouvent que trop, à l'espérance de pouvoir soutenir ce système par l'appui d'une loi quelconque ; il faut aussi, comme nous croyons l'avoir prouvé, désespérer de lui trouver un soutien dans les lois romaines, bien interprétées ; et il ne restera plus en sa faveur que quelques considérations, aussi puissantes dans d'autres cas, sans que cependant la loi y ait eu égard. C'est en les passant rapidement en revue que nous terminerons cette longue, peut-être trop longue discussion.

On dit : Mais la bonne foi des tiers doit les protéger. Eh ! sans doute ; aussi la loi y a-t-elle attaché de puissants effets : elle a établi en faveur de ceux qui peuvent l'invoquer, un moyen d'acquérir la propriété par une possession beaucoup plus courte que celle qu'il aurait fallu en l'absence de cette bonne foi, et, de plus, elle leur fait gagner les fruits par eux perçus tant que dure cette bonne foi ; elle est même, à cet égard, plus libérale que la loi romaine : car, dans cette législation, d'après le principe *fructibus augetur hereditas*, les fruits non consommés étaient restitués avec la chose, même par le possesseur de bonne foi. Mais sa faveur s'est

arrêtée là, parce qu'en effet la sagesse des lois réside dans une juste appréciation des droits de chacun, par conséquent, dans la protection que mérite celui de propriété, et que, *inter errantem et patientem nulla est dubitatio*.

A quoi servirait, en effet, à celui qui, ayant acquis des biens compris dans une donation qui a ensuite été révoquée pour survenance d'enfans, d'alléguer sa bonne foi, l'ignorance, pour ainsi dire invincible, dans laquelle il était relativement aux causes qui pouvaient entraîner la résolution du droit de son vendeur? on lui répondrait, avec l'article 966, que sa bonne foi est insuffisante. En vain même se retrancherait-il dans la prescription de dix et vingt ans, que du moins peut invoquer celui qui a acquis de bonne foi de l'héritier apparent : cette ressource lui échapperait encore. Cependant, lorsqu'il a acheté, son vendeur était *encore* propriétaire, et peut-être le droit de celui-ci, quant à la donation, a subsisté, depuis la vente, pendant plus de temps qu'il n'en fallait pour la prescription ordinaire au profit des tiers, tandis que l'héritier apparent était sans droit, sans titre : toutes ces considérations seront néanmoins insuffisantes ; cet acquéreur ne pourra invoquer que la prescription de trente ans, qui ne commenceront à courir que du jour de la naissance du dernier enfant survenu au donateur, et ce, sans préjudice des suspensions et interruptions de prescription pour minorité ou autre cause. Et remarquez que cela n'est pas particulier au premier acquéreur qui a traité avec le donataire : cela s'applique aussi au sous-

acheteur, à l'infini, en un mot, à *tout détenteur* des biens donnés.

Mais, dira-t-on, quand je traite avec un donataire, je vois sa qualité dans son titre, que je dois me faire représenter, et si je ne le fais pas, je dois me l'imputer. J'y vois donc par conséquent les chances de résolution de son droit, ou du moins je puis les concevoir en m'informant de la position du donateur quand il a fait la donation. Mais quand je traite avec le possesseur paisible et public d'une hérédité, les seuls moyens que je puis avoir de m'assurer de sa qualité, lors même que je pourrais concevoir des doutes à cet égard, c'est de me faire représenter ou un acte de notoriété, ou l'intitulé de l'inventaire : achetant de lui sur la foi de sa qualité authentiquement constatée, mon erreur est invincible ; je n'ai pu éviter d'y tomber : je dois donc être protégé dans mon acquisition.

Nous répondons : 1° Quand vous achetez d'un sous-acheteur, vous ne voyez pas nécessairement dans son titre que les biens provenaient originellement d'une donation, et l'on ne peut vous reprocher raisonnablement de ne pas vous être fait représenter les titres des précédens propriétaires jusqu'au donataire inclusivement ; vous n'en êtes cependant pas moins soumis à la disposition de l'article 966. De même, lorsque vous achetez en justice, pouvez-vous raisonnablement craindre, d'après la publicité donnée à la vente, que ce peut être l'immeuble d'un tiers. Vous achetez sur la foi d'un jugement, après l'accomplissement de formalités sans nombre et des délais bien suffisans pour avertir le pro-

priétaire ; néanmoins vous serez évincé, si c'est l'immeuble d'un tiers, et vous n'aurez même généralement de recours que contre un individu qui, en pareil cas, est ordinairement insolvable.

2° L'inventaire, ou un acte de notoriété, vous dit bien qu'un tel se donne pour plus proche parent du défunt, mais cet acte est fait à sa requête : le notaire n'a pas sous les yeux l'arbre généalogique de la famille, et, l'eût-il, cela ne dirait encore pas grand'chose. Vous n'avez donc pas dû faire un grand fond sur cet acte ; l'événement lui-même prouve bien qu'il ne méritait pas en effet votre confiance ; et comme cette erreur est assez fréquente dans le cas dont il s'agit, averti par l'expérience, vous auriez pu aussi, comme celui qui achète en justice, ou qui traite avec le sous-acheteur de biens donnés depuis long-temps, prendre de plus sûres précautions, ou du moins vous ne devez pas, si vous les avez négligées, vous plaindre d'être soumis à la même loi qu'eux.

3° Votre bonne foi d'ailleurs produira ses effets, tels qu'ils sont déterminés par les lois.

4° Enfin, si les absents (même présumés), que l'article 136 repousse de la succession, en la déférant à d'autres, et sans que ceux-ci soient assujétis à donner caution, doivent être non-recevables dans leur action en revendication contre les tiers acquéreurs, on doit le dire, cet article n'offre qu'une disposition pleine de dangers pour les absents, et il faut s'empresse de la modifier. Mais, précisément, parce que la loi n'a pas exigé de caution dans ce cas, et que dans l'article sui-

vant elle réserve à l'absent et à ses héritiers les actions en pétition d'hérédité, et d'autres droits, nous sommes fondé à en conclure qu'elle a pensé que leurs intérêts étaient suffisamment garantis, et par conséquent qu'elle n'a point entendu les priver de la protection du Droit commun.

Ce qu'il y aurait de mieux à dire, non pas en principe, mais en équité, ce serait qu'on ne devrait admettre l'action de l'absent contre les tiers acquéreurs de bonne foi, que discussion préalablement faite des biens de l'héritier apparent : mais, nous le disons à regret, cette exception, que les tribunaux accueilleront peut-être avec la faveur qu'elle mérite, n'a son principe dans aucune loi précise : c'est une lacune qui se comblera probablement par la jurisprudence.

578 bis. Cette question, les ventes faites par l'héritier apparent sont-elles inattaquables par le véritable héritier avant que les tiers acquéreurs aient prescrit? cette question, disons-nous, vient d'être jugée, dans trois affaires, par la cour de cassation, le 16 janvier 1843. On trouve, dans le recueil de Sirey, à cette date, les arrêts avec les espèces sur lesquelles ils ont été rendus.

Dans la première affaire, la cour de Montpellier avait jugé que les ventes faites par l'héritier apparent n'étaient point valables au regard du véritable héritier. C'est notre doctrine. L'arrêt a été cassé, après délibéré en la chambre du conseil, et l'affaire renvoyée à une autre cour. Si cette cour juge comme celle de Montpellier, et qu'il y ait nouveau pourvoi, la ques-

tion sera jugée par la cour de cassation, sections réunies. Il est bon d'observer toutefois que, dans cette affaire, la cour de Montpellier avait écarté la prescription invoquée par les tiers acquéreurs, et que la cour de cassation a fondé aussi son arrêt sur la prescription valablement acquise, suivant elle.

Dans la seconde affaire, il y a eu simplement arrêt de rejet de pourvoi contre un arrêt de la cour de Rouen qui avait reconnu la validité des ventes.

Enfin dans la troisième, il y a eu arrêt de cassation d'une décision de la cour royale de Poitiers qui n'avait pas admis la validité des ventes. Cependant, circonstance remarquable, les ventes, dans l'espèce, avaient été faites par l'héritier du sang, qui avait soustrait et supprimé un testament qui instituait un étranger légataire universel. L'erreur des tiers acquéreurs était donc pour ainsi dire invincible.

C'est le même conseiller qui a fait les rapports dans les trois affaires.

Nous ne répéterons pas les motifs que nous venons d'exposer pour démontrer que, sous le Code civil pas plus qu'en Droit romain, les ventes faites par celui qui s'est emparé sans droit, de bonne ou mauvaise foi n'importe, d'une succession, ne sont point valables au regard du véritable héritier, encore que les tiers eussent acquis de bonne foi : cela serait inutile. Mais nous ne pouvons laisser passer, sans la réfuter, l'étrange doctrine que la cour de cassation a mise en avant, pour la première fois, pour justifier la validité de ces ventes ; c'est pour nous un devoir. On objectera

peut-être que cette doctrine appartient au conseiller rédacteur de l'arrêt, et non à la cour ; c'est possible, c'est même probable, mais la cour ne devait pas la sanctionner, et le devoir du jurisconsulte est de réfuter les erreurs de principes partout où elles se trouvent.

La cour de cassation dit donc : « Attendu qu'une
« succession, aussitôt son ouverture, est dévolue par
« les articles 755 et 767 du Code civil, aux parens du
« défunt jusqu'au douzième degré inclusivement, à leur
« défaut, aux enfans naturels, et au défaut de ceux-ci,
« au conjoint survivant ; qu'elle ne tombe en déshé-
« rence et qu'elle n'est pourvue d'un curateur, que
« lorsqu'aucun des appelés ne répond à la vocation de
« la loi ; attendu que, malgré la dévolution faite par les
« art. 755 et 767, il n'y a point d'héritier nécessaire ;
« aussi l'article 775 déclare expressément que nul n'est
« tenu d'accepter une succession qui lui est échue ;
« qu'il résulte virtuellement de cet article que le degré
« de parenté ne suffit pas pour faire reposer sur la tête
« du parent le plus proche la pleine et actuelle propriété
« des biens héréditaires ; que c'est l'acceptation qui l'in-
« vestit réellement de tous les droits et le soumet à
« toutes les charges de l'hérédité, et qui le constitue
« le véritable représentant du défunt ; et que, lorsque
« pendant son abstention ¹, un parent plus éloigné ac-
« cepte la succession, et en jouit paisiblement et pu-

¹ Remarquez bien que, par *abstention*, on entend ici parler même de l'absence forcée ou volontaire des plus proches parens de l'héritier, *seul saisi* d'après le Code, tant qu'il n'a pas *répudié*.

« bliquement, ce parent gère et administre pour lui-
« même et dans son intérêt personnel, et s'il vend un
« meuble ou un immeuble de la succession, il est rè-
« puté disposer non de la chose appartenant à un autre,
« mais de sa chose propre;... attendu que l'article 724,
« relatif à la saisine du droit des héritiers légitimes, et
« l'article 777, qui fait remonter leur acceptation au
« jour de l'ouverture de la succession, posent des rè-
« gles générales, sans égard au degré plus ou moins
« rapproché des successibles, et que ces règles s'appli-
« quent, quant aux tiers, au parent qui se présente le
« premier, et empêche, par son acceptation, que la
« succession ne soit déclarée vacante, etc. »

On n'en croit réellement pas ses yeux quand on lit une semblable doctrine dans l'arrêt d'une cour qui est chargée plus que toute autre encore du maintien des véritables règles de la loi; tout ce qui en résulte, c'est la preuve de l'impuissance où était le rédacteur de l'arrêt de fonder la cassation sur des motifs puisés dans les vrais principes du Droit, du Code civil. Quoi! le parent au douzième degré est saisi de la propriété actuelle des biens de la succession, par cela seul que le parent au premier degré se trouve en pays éloigné au moment de la mort du défunt! et l'effet de l'art. 724 s'applique, quant aux tiers, au parent qui se présente le premier! et l'art. 777 qui fait remonter l'effet de l'acceptation de l'héritier saisi au jour de l'ouverture de la succession, sera de la sorte mis sous le boisseau! non, il n'en saurait être ainsi, ou le Code civil n'est qu'un vain mot, un texte mort dont on pourra se jouer par de

purs sophismes. Nous soutenons, nous, au contraire, qu'il n'y a, jusqu'à *renonciation*, que le plus proche parent qui soit saisi; que tout autre n'a pas qualité pour accepter une succession qui ne lui est pas dévolue d'après son degré de parenté, et que s'il dispose des biens héréditaires, il le fait sans droit, sans qualité, dans le cas où le parent plus proche se porte ensuite héritier. Sans doute, il n'y a pas, dans notre Droit, d'héritiers *nécessaires*, mais il y a du moins des héritiers *volontaires*, des héritiers qui sont saisis du droit à la succession, même à leur insu, à compter du moment où elle s'ouvre; des héritiers à qui la loi fixe même un délai, un délai de trente années, pour répudier ce droit (art. 789), et qui ne peuvent être dépouillés des avantages qui y sont attachés, que par leur renonciation, ou par la prescription, qui éteint tous les droits. Le parent du second degré, tant que celui du premier degré n'a pas renoncé à la succession, ou n'a pas laissé prescrire ses droits, est tout aussi étranger à l'hérédité que le Persan, le Turc ou le Chinois, et s'il vend les biens de la succession avant qu'elle lui soit dévolue par l'une des causes rappelées ci-dessus, il vend incontestablement la chose d'autrui, la chose de celui qui a accepté l'hérédité en temps utile. Or, la vente de la chose d'autrui en transporte-t-elle la propriété au tiers acheteur? le Code nous dit formellement que non... Mais nous ne voulons pas rentrer dans l'examen de la question en elle-même; nous avons seulement voulu démontrer, pour les refuter, la futilité et la fausseté des motifs allégués en Droit, dans ces ar-

rêts, pour valider les ventes au regard du véritable héritier.

579. Lorsqu'au partage d'une succession échue à plusieurs, l'un des héritiers n'a eu aucune part, parce qu'il était absent; que l'un des copartageans devient ensuite insolvable, et que l'absent intente la pétition d'hérédité, par qui est supportée la perte résultant de l'insolvabilité? Par exemple, une succession d'une valeur de 60,000 francs, composée d'objets mobiliers ou immobiliers, échue à quatre enfans, a été partagée seulement entre trois, et l'un d'eux est ensuite tombé en déconfiture: celui qui n'a eu aucune part peut-il obliger les deux autres à lui relâcher un quart franc de l'hérédité?

Ou ceux-ci ne lui doivent-ils restituer chacun que 5,000 francs de valeurs, c'est-à-dire les deux tiers de ce qui lui revenait?

Ou enfin doit-il s'opérer, au moins fictivement, entre eux trois, un partage par égales portions des deux parts qui ont été conservées?

La première opinion ne nous paraît pas admissible, puisque chacun des deux autres copartageans ne se trouverait plus avoir que 12,500 francs, tandis que l'absent de retour en aurait 15,000. En vain celui-ci prétendrait-il que c'est par leur fait, d'avoir provoqué le partage ou d'y avoir consenti, qu'il souffrirait un préjudice si sa part ne lui était pas intégralement restituée, et en vain argumenterait-il aussi de la garantie légale due à un copartageant par les autres: on lui répondrait, avec raison, que le partage est un acte en

quelque sorte nécessaire, lors même qu'on le provoque ¹, parce qu'en effet on ne peut pas toujours rester dans l'indivision : la demande que l'on forme à cet égard ne fait bien souvent d'ailleurs que prévenir celle qui serait formée par un cohéritier. Quant à l'argument tiré de la garantie des lots, il est sans force, attendu qu'elle n'est pas due dans ce cas : il n'est pas question en effet d'éviction de la part d'un tiers, ce qui rend inapplicable l'article 885, second alinéa.

La seconde opinion, qui aurait pour résultat de faire donner à l'absent de retour, par chacun des deux copartageans solvables, le tiers du quart qui lui revenait dans la succession, c'est-à-dire 10,000 fr. en tout, comme s'ils étaient devenus, par le partage, ses débiteurs personnels de 5,000 fr. chacun, cette opinion, disons-nous, ne nous paraît pas non plus devoir être suivie. L'absent n'a point donné son consentement à la transformation de son droit d'hérédité en une simple créance ; et, sans sa participation, une novation de cette nature ne pouvait s'opérer. Il faudrait le décider ainsi, lors même que les 60,000 fr. partagés auraient consisté en argent comptant ². Son droit sur les choses de la succession a été conservé comme s'il n'y avait pas eu de partage, sauf à lui à contribuer à la perte

¹ Nous ne méconnaissons toutefois pas, pour cela, les différences qu'il peut y avoir en Droit entre le cas où le partage est provoqué contre un des intéressés, ou son tuteur, et le cas où c'est lui qui le provoque ; mais dans l'espèce il ne doit y en avoir aucune.

² Mais non en créances ; car chacun aurait eu de plein droit son quart dans chaque créance (art. 2220), et par conséquent chacun d'eux ayant, dans l'espèce, reçu 20,000 fr. au lieu de 25,000 fr. que la loi lui attribuait, serait devenu débiteur personnel, mais sans solidarité, envers l'absent, de la somme de 5,000 fr.

résultant de la déconfiture du cohéritier. Il ne serait pas juste, en effet, qu'il n'eût que pour 10,000 fr. des corps héréditaires, quand les deux autres en auraient chacun pour 15,000 francs.

Cette décision, que nous avons vue contestée, est confirmée par la loi 17, Cod. *Familiæ eriscundæ*, qui porte que, dans le cas où le partage a eu lieu sans la participation de l'un des intéressés, ce partage ne peut faire aucun préjudice à ses droits, et qui décide aussi formellement qu'il conserve sa part *pro indiviso* dans les objets héréditaires, comme s'il n'y avait pas eu de partage : *Coheredibus divisionem inter se facientibus, juri absentis et ignorantis minimè derogari, AC PRO INDIVISO portionem eam quæ initio ipsius fuit, IN OMNIBUS COMMUNIBUS REBUS eum retinerz, certissimum est.* Ainsi, en principe, il a conservé sa part *pro indiviso* dans les choses de l'hérédité; et ce partage qui a eu lieu, au moins par erreur en ce qui le concernait, ne pouvant lui être opposé, il doit avoir sa part dans ce qui n'a point péri. En vain dirait-on que c'est par sa faute, de s'être absenté, que les deux copartageans supporteront une perte par l'effet de l'insolvabilité du cohéritier : il était le maître de s'absenter, que n'a-t-on mis sa part en réserve? On a voulu partager entre trois, on a gagné par là les fruits, et puisque l'on a voulu avoir les avantages, la perte au moins doit être commune. Écartez ce partage, qui ne repose pas moins sur une erreur, bien que la loi l'autorisât, que reste-t-il? des choses communes, dans lesquelles l'absent a par conséquent sa part. Ce serait d'ailleurs, comme nous l'a-

vons dit, transformer l'action en pétition d'hérédité, qui est réelle, en une simple action personnelle, ayant pour objet une créance, novation qui n'a pu se former sans sa participation ou son aveu. *Voy.* Brunemann, dans son commentaire sur le Code, sur cette loi ; il le décide ainsi, même dans le cas où le partage a eu lieu en justice.

Il faut donc s'en tenir au troisième parti, et partager les 40,000 fr. conservés, en trois parts égales, sauf à chacun son action en répétition contre l'insolvable, pour 1,666 fr. 66 centimes. L'absent, en effet, retrouve 40,000 fr. des biens de l'hérédité, et il y a son tiers, abstraction faite de la perte arrivée par l'insolvabilité de celui qui a absorbé sa part ; il doit donc avoir son tiers sur ce qu'il retrouve. Cette perte est un fait qui lui est étranger ; et si nous ne l'admettons pas à prétendre que ses deux cohéritiers doivent pleinement l'en indemniser, d'autre part, ceux-ci ne peuvent s'en affranchir entièrement.

580. L'action en pétition d'hérédité ne s'éteint que par la prescription ordinaire de trente ans. (Art. 137, 789 et 2262, combinés et analysés ; L. 7, *Cod. de Petit. hered.* ; et L. 4, *Cod. in quib. causis cess. long. temp. præscript.*)

Par conséquent, la prescription ne court pas contre les mineurs, même venant du chef d'un majeur, ni contre les interdits. (Art. 2252.)

Elle est aussi suspendue dans les autres cas déterminés par la loi.

584. Comme le cessionnaire en tout ou partie du

droit d'hérédité est au lieu et place de son vendeur (*vicem hereditatem gerentis sustinet*), il ne prescrit pas les immeubles individuellement par dix ans entre présents et vingt ans entre absents ; il ne peut invoquer pareillement que la prescription de trente ans, s'il n'est pas dans le cas de l'art. 2265, lequel ne s'applique, comme l'a très-bien dit la cour de Douai¹, qu'à des immeubles déterminés. S'il en était autrement, il faudrait dire qu'à l'égard des choses mobilières, le cessionnaire se trouve affranchi de toute action, même de celle de trois ans, mentionnée à l'art. 2280 ; car les meubles n'ayant été ni perdus ni volés dans le sens de cet article, la seule exception *en fait de meubles, possession vaut titre*, suffirait, contre les véritables principes, pour le libérer. Les lois 7 et 4 précitées ne laissent d'ailleurs aucun doute sur ce point, en les rapprochant de celles qui donnent contre l'acheteur du *jus hereditarum*, c'est-à-dire du cessionnaire, la pétition d'hérédité *utilis*².

Cette décision s'appliquerait même au cas où tels ou tels immeubles auraient été désignés dans la cession à titre universel, s'ils ne formaient pas par eux-mêmes l'objet d'une vente spéciale, ayant leur prix distinct et particulier, ou si la garantie, pour le cas d'éviction, n'avait été convenue : sans cela, ce serait toujours une cession proprement dite du droit héréditaire, et l'indication de ces immeubles serait seulement considérée comme faite *demonstrationis causâ*.

¹ Par l'arrêt que nous avons cité au n° 576.

² Voyez aussi Pothier, *ad Pandectas*, tit. de *Heredit. petit.*, n° 16 et 62 combinés.

582. A l'égard des arrérages, fermages et intérêts échus au moment où l'héritier putatif, ou son cessionnaire, s'est mis en possession de l'hérédité, et qui par conséquent ne leur sont point acquis, ces objets se prescrivent bien, il est vrai, de la part des débiteurs, par cinq ans depuis les diverses échéances (art. 2277); mais si l'héritier putatif, ou son cessionnaire, les a perçus, ils ne se prescriront, comme le surplus de l'hérédité à laquelle ils ont accru, que par trente ans ¹.

583. Enfin, l'article 138 porte : « Tant que l'absent ne se représentera pas, ou que les actions ne seront pas exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi. »

Comme nous l'avons dit, en passant, le Droit français s'est écarté du Droit romain relativement aux fruits, comme il s'en est écarté à l'égard de la faveur que le sénatus-consulte accordait d'une manière générale au possesseur de bonne foi, d'être seulement tenu à la restitution des choses de l'hérédité *quatenus locupletior factus erat*. Car suivant cette législation, les fruits accroissaient à l'hérédité : *Enim fructibus augetur hereditas*; L. 2. Cod. de Petit. hered. En sorte que si le possesseur de bonne foi était plus favorisé sous un rapport, il l'était moins sous l'autre.

584. Le possesseur est de bonne foi quand il pos-

¹ Il existe à ce sujet une décision du ministre des finances, en date du 14 décembre 1810 (Sirey, 1812, II, 143), suivant laquelle la prescription de cinq ans, établie par l'article 2277, ne l'a été qu'en faveur des débiteurs directs, et non au profit de ceux qui ont touché à la place du créancier, et qui sont comptables envers lui. Dans l'espèce, c'était la Régie des domaines.

sède en vertu d'un titre dont il ignore les vices (art. 549), et il est toujours présumé de bonne foi jusqu'à preuve du contraire. (Art. 2268.)

383. Il cesse d'être de bonne foi, dit l'article 550, du moment que les vices de son titre lui sont connus.

Mais quand ces vices lui seront-ils connus ? Sera-ce du moment qu'il aura connaissance, par des lettres ou des rapports, de l'existence de l'absent (ou de tout autre à qui appartiendrait l'hérédité), ou qu'il connaîtra le retour de cet absent ? L'article 138 dit : « Tant que l'absent ne se représentera pas, ou que les actions ne seront pas exercées de son chef, le possesseur gagera les fruits. » C'est donc, à ce qu'il paraît, l'exercice du droit qui constitue l'héritier apparent en mauvaise foi ; ou du moins on pourrait croire qu'il faut pour cela un acte qui le mette en demeure, comme une notification ou sommation de délaisser l'hérédité (art. 1139), ou une citation en conciliation, suivi dans le mois d'une demande en justice (par argument de l'article 57, Cod. de procéd.) ; car, quoiqu'en Droit la renonciation à une succession ne se présume point, néanmoins, en fait, le possesseur ne sait pas s'il conviendra au véritable héritier d'accepter l'hérédité : son silence l'autorise à continuer de se croire légitime possesseur ; cela paraît surtout généralement vrai à l'égard d'un cessionnaire, qui ne peut savoir si l'héritier attaquera son vendeur pour lui disputer sa qualité.

Cependant il n'en est pas absolument ainsi, et cette

opinion est repoussée par le Droit romain, dont les principes, à cet égard, ne paraissent point avoir été rejetés par le Code, puisqu'il ne s'explique pas sur le cas dont il s'agit, quoiqu'il l'ait fait en matière de donation révoquée pour survenance d'enfans, ou pour cause d'ingratitude. (Art. 962 et 958.)

Ainsi, après avoir dit, dans les §§ 6 et 11 de la loi 25, ff. *hoc tit.*, que le possesseur est censé avoir connu que l'hérédité ne lui appartient pas, lorsqu'elle lui a été demandée (*petitam*) par une dénonciation ou par des lettres d'avis ou un décret, le jurisconsulte, dans le dernier de ces paragraphes, poursuit, et se fait cette question : *Quid ergo, si scit quidem, nemo autem ei denuntiavit? An incipiat usuras debere pecuniæ redactæ? Et puto debere : COEPIT ENIM MALE FIDEI POSSESSOR ESSE.* Donc il cesse, de ce moment, de faire les fruits siens; mais comme c'est là une question de fait, sa décision pourrait dépendre beaucoup des circonstances.

586. Le possesseur de mauvaise foi restitue tous les fruits par lui perçus (art. 549), et tous ceux qu'il a négligé de percevoir; L. 25, § 4, ff. *hoc tit.*, qui serait certainement applicable dans notre Droit.

587. La restitution des fruits ne se fait toutefois que sous la déduction des frais de semences et de labour. (Art. 548.)



TABLE DES MATIÈRES.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

Du Droit et des Lois en général.

CHAPITRE PREMIER.

Du Droit en général. Pag. 1

CHAPITRE II.

De la Loi. 19

SECTION PREMIÈRE.

Des caractères généraux de la loi, et de ses diverses espèces. *ibid.*

SECTION II.

De la formation de la loi en France dans l'ordre politique actuel. . . 22

SECTION III.

De la sanction, de la promulgation et de l'exécution de la loi. . . . 24

SECTION IV.

Sur quel temps la loi exerce son empire. 30

SECTION V.

De l'effet de la loi quant aux personnes et aux biens. 48

SECTION VI.

De l'application de la loi. 59

SECTION VII.

De l'abrogation de la loi, et de la renonciation que les parties peuvent faire au bénéfice de ses dispositions. 66

LIVRE PREMIER.

Des Personnes.

TITRE PREMIER.

De la Jouissance et de la Privation des Droits civils.

Observations préliminaires.	Pag.	73
-------------------------------------	------	----

CHAPITRE PREMIER.

De la distinction des personnes en Français et étrangers, et de la jouissance des droits civils.		77
--	--	----

SECTION PREMIÈRE.

Des Français.	<i>ibid.</i>	
§ I ^{er} . Des Français par droit de naissance.		78
§ II. Des Français par le bienfait de la loi.		84
§ III. De l'acquisition de la qualité de Français par la réunion d'un territoire à la France.		88

SECTION II.

Des droits résultant de la qualité de Français.		89
---	--	----

SECTION III.

Des droits attribués aux étrangers non devenus Français.		93
--	--	----

CHAPITRE II.

De la privation des droits civils.		114
--	--	-----

SECTION PREMIÈRE.

De la privation des droits civils par suite de la perte de la qualité de Français.	<i>ibid.</i>	
§ I ^{er} . De la naturalisation acquise en pays étranger.		117
I ^{er} CAS : Celui où la naturalisation a été autorisée.		121
II ^e CAS : Celui de la naturalisation non autorisée.		122
§ II. De l'acceptation, non autorisée par le roi, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.		129

TABLE DES MATIÈRES.

539

§ III. De l'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour.	Pag.	129
§ IV. Du mariage de la femme française avec un étranger.		130
§ V. Du Français qui a pris du service militaire chez l'étranger, ou qui s'est affilié à une corporation militaire étrangère sans l'autorisation du roi.		133

SECTION II.

Des manières de recouvrer la qualité de Français, et des effets résultant de cette qualité recouvrée.		136
§ 1 ^{er} . Des manières de recouvrer la qualité de Français.	<i>ibid.</i>	
§ II. Des effets de la qualité de Français recouvrée.		139

CHAPITRE III.

De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires.		146
Observations préliminaires.	<i>ibid.</i>	

SECTION PREMIÈRE.

De la privation totale ou partielle des droits civils prononcée directement par forme de peine.		148
---	--	-----

SECTION II.

De la privation de certains droits civils et politiques, comme conséquence d'une peine.		151
---	--	-----

SECTION III.

De la mort civile.		154
§ 1 ^{er} . Qu'est-ce que la mort civile.		157
§ II. Des peines emportant mort civile.		158
§ III. De quand la mort civile est-elle encourue		162
1 ^{er} CAS : Des condamnations contradictoires.	<i>ibid.</i>	
II ^e CAS : Quand la mort civile est-elle encourue à l'égard des condamnations prononcées par contumace.		167
§ IV. Des condamnations prononcées par contumace à une peine emportant mort civile, et de leurs effets.		168
I ^{re} PÉRIODE, ou état des contumaces pendant les cinq ans, et avant leur représentation ou arrestation, ou leur décès.		169
II ^e PÉRIODE, celle qui s'écoule depuis les cinq ans jusqu'à l'époque où le condamné ne peut plus purger la contumace, à l'effet de		

recouvrer la vie civile pour l'avenir, c'est-à-dire après vingt ans depuis le jugement.	Pag. 184
III ^e PÉRIODE, c'est-à-dire après les vingt ans depuis la condamnation par contumace.	193
§ V. Des effets de la mort civile.	194

TITRE II.

Des Actes de l'État civil.

Observations préliminaires.	213
-------------------------------------	-----

CHAPITRE PREMIER.

Dispositions générales sur la tenue des registres, la rédaction des actes, et la preuve qu'ils font de leur contenu.	219
--	-----

SECTION PREMIÈRE.

Des dispositions générales concernant les registres et les obligations des officiers de l'état civil relativement à la tenue de ces registres.	220
--	-----

SECTION II.

Des dispositions relatives aux formalités à observer dans la rédaction des actes en général; des actes de l'état civil reçus en pays étranger; et des cas où il n'a pas existé de registres, ou qu'ils ont été perdus.	282
§ I ^{er} . Des formalités à observer dans la rédaction des actes en général	224
§ II. Des actes de l'état civil reçus en pays étranger.	230
§ III. Du cas où il n'a pas existé de registres, et de celui où ils ont été perdus	233

SECTION III.

De la preuve résultant des actes de l'état civil.	237
---	-----

CHAPITRE II.

Des actes de naissance	257
----------------------------------	-----

TABLE DES MATIÈRES.	541
CHAPITRE III.	
Des actes de décès.	Pag. 263
SECTION PREMIÈRE.	
Des décès dans les cas ordinaires.	<i>ibid.</i>
SECTION II.	
Décès dans les cas extraordinaires.	267
CHAPITRE IV.	
Des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire du royaume.	270
CHAPITRE V.	
De la rectification des actes de l'état civil	274
—	
TITRE III.	
<i>Du Domicile.</i>	
Observations préliminaires.	285
CHAPITRE PREMIER.	
Du domicile réel	290
CHAPITRE II.	
Du domicile d'élection.	305
—	
TITRE IV.	
<i>Des Absens.</i>	
Observations préliminaires	309
CHAPITRE PREMIER.	
De la présomption d'absence, et des mesures à prendre durant la première période.	314

CHAPITRE II.

De la déclaration d'absence, et des conditions et formalités à observer pour qu'elle ait lieu.	Pag. 332
--	----------

SECTION PREMIÈRE.

A quelle époque la déclaration d'absence peut être provoquée et obtenue.	333
--	-----

SECTION II.

Quelles sont les personnes qui peuvent demander la déclaration d'absence	340
--	-----

SECTION III.

A quel tribunal l'on doit s'adresser pour faire déclarer l'absence, et comment elle doit être constatée et déclarée.	347
--	-----

SECTION IV.

Des règles spéciales concernant les militaires de terre et de mer absents depuis le 21 avril 1792, jusqu'au 20 novembre 1815.	353
---	-----

CHAPITRE III.

De l'envoi en possession provisoire des biens que possédait l'absent au jour de sa disparition, et des effets de l'absence pendant cette période	367
--	-----

SECTION PREMIÈRE.

Quelles sont les personnes qui peuvent obtenir l'envoi en possession provisoire, quelles sont les formalités à suivre pour l'obtenir, et de quels biens il a lieu.	370
--	-----

§ I ^{er} . Quelles sont les personnes qui peuvent obtenir l'envoi en possession provisoire.	<i>ibid.</i>
--	--------------

§ II. Des formalités à suivre pour obtenir l'envoi en possession provisoire.	373
--	-----

§ III. De quels biens a lieu l'envoi provisoire.	376
--	-----

SECTION II.

Des droits du conjoint présent.	377
---	-----

I ^{er} CAS : Celui où, commun en biens, il opte pour la continuation provisoire de la communauté.	383
--	-----

II ^e CAS : Celui où l'époux opte pour la dissolution provisoire de la communauté.	398
--	-----

TABLE DES MATIÈRES. 543

SECTION III.

Des obligations de ceux qui obtiennent l'envoi en possession provisoire, de leur pouvoir pendant cette seconde période, et de leurs droits. Pag. 402

§ I^{er} Des obligations de ceux qui obtiennent l'envoi en possession provisoire. 403

§ II. Du pouvoir des envoyés en possession provisoire, et de l'étendue de leur mandat. 409

§ III. Des droits des envoyés en possession provisoire. 417

CHAPITRE IV.

De l'envoi en possession définitive, et de ses effets. 421

CHAPITRE V.

Des effets de l'absence en général. 434

SECTION PREMIÈRE.

Des effets de l'absence relativement à la surveillance des enfans mineurs de l'époux qui a disparu. 435

SECTION II.

Des effets de l'absence par rapport au mariage de l'absent. 441

SECTION III

De l'ouverture de la succession de l'absent. 448

SECTION IV.

Des effets de l'absence en général, par rapport aux droits échus à un individu dont l'existence n'est pas reconnue. 454

FIN DE LA TABLE.

