

Larnac, Louis-Émile-Philippe. Faculté de droit de Paris. [Droit romain : du pécule castrense. Droit français : usufruit paternel.] Thèse pour le doctorat... par Louis-Émile-Philippe Larnac,..... 1855.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INVENTAIRE
F. 38.226

pour le Doctorat

par

Larnac (Louis Em. Ph.)

Paris 1855.

F

200
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

THÈSE

POUR LE DOCTORAT.



Agé public sur les matières ci-après sera soutenu,
le jeudi 22 mars 1855, à une heure et demie,

par **LOUIS-ÉMILE-PHILIPPE LARNAC,**
né à Nîmes (Gard),

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE.

Président : **M. ROYER-COLLARD, Professeur.**

MM.

SUFFRAGANTS :	{	PELLAT,	{	Professeurs
		PERREYVE,		
		DE VALROGER,		
		COLMET DE SANTERRE,		
				Suppléant.

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.*

PARIS,

VINCHON, FILS ET SUCCESSEUR DE M^{me} V^e BALLARD,
IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE DROIT,
rue J.-J. Rousseau, 8.

1855.

1276

38226

A MON PÈRE, A MA MÈRE.



A MON FRÈRE.

DROIT ROMAIN.

DU PÉCULE CASTRENSE.

L'apparition du pécule castrense dans la législation romaine est un fait singulier et digne d'une étude approfondie. Il serait intéressant d'examiner, au double point de vue historique et juridique, quel a été le sens de cette nouvelle institution, qui dérogeait si profondément à l'antique théorie de la puissance paternelle jusque-là demeurée intacte, d'en rechercher l'origine, d'en suivre les développements, d'en saisir le véritable caractère dans une législation et dans des mœurs qui semblent la repousser et l'exclure, de se rendre compte enfin des efforts des jurisconsultes pour lui trouver sa place, son équilibre parmi d'autres institutions dont le

principe ne paraît pas, au premier abord, pouvoir s'accorder avec le sien.

Nous ne nous proposons de remplir qu'une partie de cette tâche : laissant de côté le point de vue historique sur lequel règne une obscurité profonde, et qui ne pourrait guère nous fournir, dans l'état actuel de la science, que des conjectures plus ou moins ingénieuses, nous nous attacherons simplement au texte des Pandectes. Notre unique soin sera d'exposer avec un peu d'ordre et de clarté la doctrine souvent incertaine des jurisconsultes romains sur la matière qui fait le sujet de cette thèse, et dont les difficultés naturelles se compliquent encore des difficultés d'un autre ordre que suscite à chaque pas la précipitation et l'incohérence du travail de Tribonien.

I.

Pendant près de huit siècles, depuis Romulus jusqu'à César, la puissance paternelle, fondement de la famille et de l'État, n'a rien perdu de son énergie primitive.

La personnalité du père efface et absorbe celle du fils, — le fils, comme l'esclave, ne peut rien avoir en propre. — Il n'y a dans la famille qu'un patrimoine, celui du *paterfamilias*. — Tout ce que le fils acquiert est acquis au père.

Tels sont les principes rigoureux de l'ancien

droit : aussi longtemps que dure la république, ils ne reçoivent aucune atteinte et se maintiennent dans leur intégrité. Mais, dès les premières années de l'empire, on les voit s'adoucir peu à peu par le développement successif de la théorie des pécules (1). Il faut croire que ce changement était préparé par le progrès des mœurs, et que l'empereur Auguste, sous lequel le pécule castrense semble avoir fait sa première apparition, ne fit que donner la sanction législative à une institution depuis longtemps populaire. Le vieux droit de la famille fut par là profondément modifié ; il paraît même que certains jurisconsultes, exagérant les conséquences de la pensée qui avait présidé à cette création, voulurent y voir, pour les fils de famille militaires, le principe d'un complet affranchissement de la puissance paternelle. On trouve dans

(1) A peine peut-on considérer comme un véritable adoucissement de ce genre celui des deux pécules qui est le plus ancien, et qu'aussi on appelle souvent par excellence : *peculium*. C'était, en effet, seulement par une conséquence de l'assimilation du père de famille et de l'esclave, qu'une certaine somme, certains biens, pouvaient leur être confiés également à tous deux par le père ou le maître pour qu'ils en eussent l'administration jusqu'à révocation ; car ces biens restaient, sous tous les rapports, au père ou au maître avec tout ce qu'ils servaient à acquérir de nouveau. Cette séparation de fait d'un petit patrimoine du patrimoine principal n'avait d'importance juridique qu'en ce que le père ou le maître devait reconnaître les actes d'administration de son fils ou de son esclave comme les siens propres ; qu'il était tenu à cet égard envers les créanciers *peculio tenus*, et qu'il pouvait laisser ce pécule au fils de famille ou à l'esclave en l'affranchissant de sa puissance.

(MAREZOLL, II^e partie, livre 4, § 156, traduction de M. Pellat.)

le Code (1) une constitution d'Alexandre, dont le seul but est de réfuter cette erreur ; elle déclare positivement que les soldats restent soumis, comme les autres citoyens, au pouvoir de leur père, et que leur privilège se borne au droit d'avoir un patrimoine propre, parfaitement distinct et séparé du patrimoine paternel.

Ce privilège prit sans doute naissance au temps des guerres civiles ; il fut créé, en faveur des militaires, par les généraux ambitieux qui se disputaient alors le pouvoir, et qui se souciaient peu de violer les lois et de bouleverser l'antique constitution de la patrie, pourvu que leur armée se recrutât de partisans nombreux et dévoués à leur fortune.

Il est probable néanmoins que le désir de favoriser les soldats ne fut que le prétexte et l'occasion de cette dérogation aux lois anciennes : sa cause première est sans doute dans le mouvement de réaction qui avait dû se produire contre l'excès de la puissance paternelle, dans la tendance qu'avait déjà la personnalité du fils à se dégager de la personnalité du père. Cette réaction dut être exploitée par l'ambition des généraux, et plus tard par la politique des empereurs (2), mais c'est elle

(1) L. 3, de castrensi peculio.

(2) Le testament militaire, dit Montesquieu, ne fut établi que par les constitutions des empereurs ; ce fut une de leurs *cajoleries* envers les soldats.

(MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, liv. XXVII, chapitre unique.)

qui la première avait provoqué cet affranchissement partiel de l'autorité paternelle.

Quoi qu'il en soit, le fait existe : la propriété devient accessible au fils de famille : le pécule castrense est sa chose, son domaine propre, son patrimoine : il l'administre sans contrôle, il en dispose à son gré, comme un *paterfamilias* !

De là des conséquences étranges :

Un *alieni juris* propriétaire, acquérant pour lui-même ;

Un *paterfamilias*, duquel on ne peut plus dire d'une manière absolue, comme on le disait autrefois qu'il a le domaine quiritaire de tout ce qui entre, par lui ou par les siens, dans sa maison (*in domo dominium habet*) ;

Une puissance paternelle incomplète ;

Le fils de famille, soldat, affranchi en partie d'un pouvoir auquel le fils de famille *paganus* reste complètement soumis ;

Deux législations, l'une large et libérale pour le pécule castrense ; l'autre, étroite et rigoureuse pour tous les biens qui ne sont pas acquis à l'armée ou à l'occasion du service militaire ;

A côté du pécule castrense, le pécule profectice qui assimile presque le fils à l'esclave ; — dans la même famille, chez la même personne, l'extrême liberté à côté d'une quasi-servitude ;

Deux patrimoines, celui du père et du fils, qui n'ont rien de commun pendant la vie du fils, mais

que sa volonté seule, formellement exprimée, peut empêcher de se confondre à sa mort ;

Un fils de famille, un *alieni juris* pouvant faire un testament, conséquence extrême du droit de propriété, dernière limite de la libre disposition ! Mais à côté de ce droit, s'il néglige d'en user, le droit du père, qui n'a fait que sommeiller, qui se réveille quand le soldat meurt sans testament, et qui vient ressaisir le pécule castrense comme s'il n'eût jamais été qu'un simple pécule profectice !

Et alors, grande controverse des jurisconsultes sur l'étendue et les effets de cette rétroactivité du droit de puissance paternelle, — singulière doctrine de Papinien, que Tribonien corrige pour la mettre d'accord avec la doctrine contraire d'Ulpien !

Telles sont les conséquences principales de la situation exceptionnelle que le pécule castrense faisait aux fils de famille militaires ; tels sont les points principaux que nous aurons successivement à examiner, et que nous étudierons sous les rubriques suivantes :

1° De quels biens se compose le pécule castrense ?

2° Quels sont les droits du fils ? — Quels sont les droits du père, selon que le fils meurt avec ou sans testament ?

II.

§ 1^{er}. — De quels biens se compose le pécule castrense ?

Le pécule castrense a dû se composer d'abord de tout ce que le fils de famille acquérait à l'armée, c'est-à-dire de sa solde et de sa part de butin (1); il était tout simple que chez un peuple dont la constitution reposait sur l'état permanent de guerre et de conquête, on fit une estime particulière des biens pris à l'ennemi et que le butin du soldat fût considéré comme la propriété la plus légitime et la plus respectable. De cette pensée dut naître une première dérogation au droit de puissance paternelle ; on permit au militaire de garder pour lui la solde et la part de butin acquis au prix de son sang. La famille ne pouvait pas se plaindre, car ces biens avaient peu de valeur ; la solde était modique, et quand on avait prélevé sur le produit du pillage la part de l'état, des dieux et des généraux, celle du simple soldat devait être bien minime. Il n'y avait donc pas grand inconvénient à la lui laisser en pleine propriété.

(1) Nam quæ sunt parta labore
Militiæ, placuit non esse in corpore census
Omne tenet cujus regimen pater.

(JUVÉNAL, sect. ult., l. 4, C., de cast. pec. milit.
— PAUL, sent., lib. III, tit. 4, § 3.)

Mais ce petit pécule s'augmenta bientôt de toutes les acquisitions faites par le fils de famille à l'occasion du service militaire ; et c'est alors que la puissance paternelle reçut une atteinte grave.

A dater de ce moment, quand il s'agit de savoir quels biens composaient le pécule castrense, il faut se demander quelle en était l'origine et la destination :

Ont-ils été donnés au fils de famille en sa qualité de soldat ? ils font partie du pécule castrense : si c'est le père qui les a donnés, le fils les prend dans sa succession et a sur eux un droit de préciput.

Si au contraire le fils devait les acquérir, alors même qu'il fût resté étranger à la profession des armes, ils sont acquis à son père ; et lorsque plus tard il les retrouve dans la succession paternelle, il n'a sur eux aucun droit de préférence et ne prend que la part que sa qualité d'héritier l'autorisait à prendre (1).

Ainsi les donations faites par un père à son fils, quand il a obtenu son congé et qu'il revient au foyer domestique, restent en dehors du pécule castrense et constituent simplement un pécule profectice dont le fils a la jouissance, la propriété restant au père (2). De là il ne faudrait pas induire que le vétérân, au moment où il est délié de son serment

(1) L. 4, ff., de cast. pec.

(2) L. 45, ff., de cast. pec.

et où il rentre dans la vie civile, perd aussitôt son pécule castrense ; il conserve au contraire celui qu'il avait déjà ; mais s'il ne possédait pas encore de pécule à cette époque , il ne peut plus en acquérir. L'existence actuelle du service militaire n'est donc pas une condition indispensable pour la conservation de ce patrimoine exceptionnel ; elle ne l'est pas non plus pour sa naissance : les dons que le fils de famille reçoit de ses proches et de ses amis, à la veille de son départ pour l'armée, restent sa propriété exclusive : destinés au service militaire, ils forment au profit de la recrue un pécule castrense avant même qu'elle fasse partie de l'armée et qu'elle se soit rendue sous les drapeaux.

Dans toutes les hypothèses que nous venons de parcourir, nous avons, pour déterminer la composition du pécule castrense, uniquement considéré la personne du donataire ; il faut aussi considérer la personne du donateur et la nature des objets donnés.

Sont-ce des meubles , tels qu'un cheval , des armes, une cuirasse ? par cela seul qu'ils ont été donnés à l'occasion du service militaire, et quelle que soit la qualité du donateur, ils font partie du pécule.

Sont-ce des immeubles ? la solution varie alors selon que le donateur est le père de famille lui-même ou un étranger : si c'est le père de famille,

la donation est nulle et ne produit aucun effet (1). Si c'est un étranger, même alors, en règle générale, la donation n'a pas pour effet d'augmenter le pécule castrense, elle rentre sous l'empire du droit commun qui veut que tout ce qui est acquis au fils soit acquis au père; c'est donc le patrimoine du *paterfamilias* qui en profite. On considère en effet que si le donateur avait voulu gratifier personnellement le fils de famille et adoucir par ses libéralités les fatigues de la vie des camps, il lui aurait fait une donation d'un autre genre, plus conforme à cette destination; qu'ainsi, au lieu d'un immeuble, il lui aurait donné des objets mieux appropriés aux besoins d'un soldat et qu'il eût pu facilement emporter avec lui. Mais ce n'est là bien entendu qu'une présomption qui peut être détruite par la déclaration expresse de la volonté du donateur: si cette volonté est bien constante et ne laisse aucune place au doute; s'il est démontré que c'est au fils de famille, au soldat que la libéralité s'adresse, alors l'immeuble donné échappe à l'acquisition paternelle et grossit le pécule castrense.

Ce pécule en effet n'est pas restreint à des biens de telle ou telle nature; il peut comprendre des immeubles aussi bien que des meubles (2). D'au-

(1) Du moins au temps de la jurisprudence classique, Constantin modifia la législation sur ce point.

(2) L. 1. C., de cast. pec.; L. 4, C., famil. erclsc.

tre part, la donation d'un immeuble peut très-bien s'expliquer dans l'intention du donateur, soit par l'impossibilité où il se trouve de donner autre chose; soit par la facilité laissée au donataire de se procurer, en l'aliénant, ce qui lui conviendra le mieux; soit même enfin par cette pensée que le don d'un immeuble, avec ses revenus annuels et périodiques, sera plus avantageux au donataire qu'une libéralité une fois faite et dont le produit peut être en un instant dissipé. Mais, nous le répétons, une semblable intention ne se présume pas; elle doit être expressément déclarée (1).

Par exception à la règle qui prohibait les donations entre époux, une femme pouvait donner à son mari des esclaves à affranchir (2). On peut dire, pour justifier cette exception, que les droits de patronage étant surtout honorifiques, le donataire ne s'enrichissait point au préjudice du donateur; qu'ainsi le motif qui a fait prohiber les donations entre époux n'existait pas dans cette hypothèse, et que dès lors la prohibition devait cesser.

Mais cette raison n'est pas suffisante : car au titre de patron étaient attachés des émoluments utiles, et notamment des droits de succession : le véritable motif de cette exception à la règle générale n'est autre que la faveur accordée aux affran-

(1) L. 4, C., famil. erclsc.

(2) L. 22, ff., de donat. inter vir. et ux.

chissements (1). Quoi qu'il en soit, il est constant qu'une femme peut donner à son mari un esclave à la condition de l'affranchir. Supposons maintenant que ce mari est fils de famille et soldat : quel sera l'effet de la donation ?

Si nous nous reportons aux premiers temps de la jurisprudence romaine, la donation est nulle ; car le fils de famille ne peut compter dans son pécule castrense des droits de patronage ; et en affranchissant un esclave pécuniaire, il lui donne pour patron l'ascendant sous la puissance duquel il se trouve lui-même.

Tel est le droit primitif ; mais bientôt on le modifie, et le jurisconsulte Julien (2), tout en déclarant dans notre hypothèse que le père devient le patron de l'esclave affranchi, apporte à cette décision un tempérament remarquable : il accorde au fils, sa vie durant, tous les droits de patronage (*sed quandiu vivit, præfertur filius in bona ejus patri*). Cette opinion sert de transition entre le principe absolu de l'ancien droit et le principe tout contraire que proclame une constitution d'Adrien, mentionnée dans plusieurs textes du Digeste (3). De cette constitution il résulte que désormais l'es-

(1) Sentences de Paul, II, 28, § 2.

(2) L. 22, ff., de bonis libert.

(3) L. 8, § 8, 22, ff., de bonis libert.—L. 8, ff., de jure patronatus.—L. 19, § 3, ff., de cast. pec.

clave affranchi aura pour patron le fils de famille qui lui a donné la liberté, et non plus le père.

Cela posé, que devons-nous décider dans le cas où une femme donne à son mari, fils de famille et soldat, un esclave pour qu'il l'affranchisse? Les droits de patronage que lui procurera cet affranchissement feront-ils partie de son pécule castrense?

Ulpien distingue :

Si l'affranchi peut accompagner le fils de famille à l'armée et lui rendre d'utiles services; si par exemple il peut y remplir les fonctions de médecin, alors il a pour patron le mari donataire.

Si au contraire il reste à la ville pour y exercer des fonctions étrangères à la profession du mari, s'il ne doit lui être d'aucun secours, d'aucune utilité pendant son séjour dans les camps; si par exemple il joue le simple rôle d'un *procurator*, alors il est considéré comme étranger au pécule castrense, et c'est le père de famille qui acquiert sur sa personne les droits de patronage (1).

Toutes ces distinctions ne s'appliquent qu'aux donations faites par les père, mère, aïeuls, aïeules ou autres parents et alliés. Elles ne reçoivent aucune application dans le cas où le donateur n'est entré en relation avec le donataire qu'à l'occasion

(1) L. 6, ff., de cast. pec.



de l'exercice de sa profession et pendant son séjour dans les camps (1).

Ce qu'un compagnon d'armes laisse ou donne au fils de famille, lors même qu'il l'aurait connu ailleurs que sous les drapeaux, est censé lui avoir été donné ou laissé à cause de leur confraternité militaire et fait partie du pécule castrense. Ainsi un soldat institué héritier par l'un de ses compagnons d'armes n'aura pas besoin d'attendre le *jussus patris* pour faire une adition valable : tout dépendra de sa seule volonté. Les biens acquis par cette adition iront se confondre dans son pécule, qui seul répondra des dettes héréditaires; et, s'il est insuffisant, les créanciers du défunt n'auront aucun recours à exercer sur le patrimoine paternel (2).

Il en sera tout autrement, si c'est sa mère qui l'a institué héritier : la voix du sang, la tendresse maternelle expliquent suffisamment cette libéralité; ce n'est pas parce que son fils est soldat, c'est par ce qu'il est son fils qu'elle lui a laissé sa fortune. Aussi cette institution profite au père de famille; il en a tout l'émolument, il en supporte toutes les charges (3). Le fils ne peut faire adition que sur son ordre exprès (4); il joue un rôle pure-

(1) L. 4, C., hoc tit.

(2) L. 5, ff., de cast. pec.

(3) L. 4, C., hoc tit.

(4) L. 12, § 4, ff., de capt. et postl.

ment passif ; il n'est, comme l'esclave, qu'un instrument d'acquisition pour le patrimoine paternel.

Une difficulté se présente si le disposant est à la fois un compagnon d'armes et un agnat. Est-ce au parent, est-ce au compagnon d'armes que s'adresse alors la libéralité ? Scaevola hésitait à se prononcer ; Tryphoninus résout la question par une distinction ingénieuse :

La disposition a-t-elle eu lieu avant le départ du donataire pour l'armée, c'est à l'agnat qu'elle s'adresse ; par lui on a voulu enrichir le patrimoine de la famille ; le fils ne sera donc ici qu'un instrument d'acquisition, et c'est le père qui recueillera le fruit de la libéralité.

Au contraire, le testament, la donation ont-ils été faits pendant le cours du service militaire, c'est le compagnon d'armes que l'on avait en vue, c'est lui qu'on voulait gratifier : la communauté de travaux et de dangers, l'intimité de la vie des camps ont dû les unir plus étroitement qu'un simple lien de parenté. Aussi les biens ainsi donnés feront-ils partie du pécule castrense. Cette opinion de Tryphoninus est confirmée par un rescrit de Gordien (1). Elle n'est vraie que si le donateur et le donataire servaient ensemble dans le même camp (2) ; s'ils servaient dans des camps séparés,

(1) L. 4, C., hoc tit.

(2) L. 46, § 4, ff., hoc tit.

s'ils n'avaient jamais supporté les mêmes fatigues ni encouru les mêmes dangers, le lien du sang suffirait à expliquer la donation, qui ne devrait plus, dans ce cas, faire partie du pécule castrense.

Quand une personne unie à un fils de famille par les liens de la parenté, mais qui n'est pas son compagnon d'armes, lui fait une donation, les choses données font partie du pécule castrense ou lui sont étrangères, selon qu'il résulte ou non des circonstances que la donation a été faite *occasione militiæ*.

En vertu de ce principe, Ulpien déclare dans la loi 8 de notre titre que les dons ou legs faits à un fils de famille soldat par sa femme, par des parents ou même par quiconque ne l'aurait pas connu à l'occasion du service militaire, ne font pas partie du pécule castrense, alors même que le donateur ou le testateur aurait expressément déclaré que son intention était de les y faire entrer. Cette loi semble être en contradiction avec le rescrit rapporté par Papinien dans la loi 43, qui décide que le fils de famille soldat, institué héritier par sa femme, l'est pour son propre compte, et que s'il affranchit des esclaves héréditaires, il acquiert sur eux le droit de patronage.

Cujas et Pothier cherchent à lever cette contradiction en se référant à la loi Papia Poppæa, qui privait les femmes stériles du droit de tester en faveur de leur mari : d'après eux, d'après Pothier

surtout, qui est sur ce point plus explicite que Cujas, le rescrit d'Adrien avait pour but de soustraire les soldats aux rigoureuses prescriptions de cette loi, et d'abroger la théorie des dixièmes que nous expose le titre xv des règles d'Ulpien ; ce point de départ admis, Pothier semble raisonner de la manière suivante :

Dans l'espèce de la loi 13, il s'agit d'une femme stérile qui teste en faveur de son mari ; cette femme doit être nécessairement considérée comme ayant voulu lui faire une libéralité *occasione militiæ* ; car s'il n'eût pas été soldat, elle n'aurait pas pu tester en sa faveur.

Au contraire, dans l'espèce de la loi 8, qui se placerait, d'après ce système, en dehors des cas d'application de la loi Papia Poppæa, la libéralité qui a été faite à un soldat eût pu l'être tout aussi bien à un *paganus*, et dès lors il faut rentrer dans la règle générale et dire avec Ulpien que les objets donnés ou légués ne feront pas partie du pécule castrense (*veritatem enim spectamus, non quod quis finxit*).

Cette explication ne saurait nous satisfaire ; elle ne ressort pas en effet du rapprochement des deux lois qu'il s'agit de concilier ; la circonstance essentielle, décisive de la stérilité de la femme, n'est indiquée par Papinien ni dans la loi 13, ni dans la loi 16. D'un autre côté, aucun texte ne fait allusion à cette dérogation à la loi Papia Poppæa : bien

plus, elle ne peut pas exister; elle serait inutile en présence du passage d'Ulpien (1) qui déclare que la loi des dixièmes ne s'applique pas au mari absent pour le service de l'Etat (*rei publicæ causa*). Evidemment le mari soldat rentre dans les termes de cette exception : ainsi tombe l'explication de Pothier. Nous avons dit que Cujas était moins explicite; il semble s'être aperçu, en effet, que le rescrit d'Adrien est étranger à la question de validité de la disposition testamentaire faite par une femme en faveur de son mari soldat; que cette validité est hors de doute dans l'hypothèse où se place le rescrit, et qu'il s'agit simplement de la question de savoir si la libéralité fait partie du pécule castrense. Cette question, Adrien se la pose à propos des *institutions d'héritier*, et il la résout affirmativement. Ulpien se la pose également dans la loi 8, à propos des *dons* et des *legs*, et il la résout négativement. Que conclure de là, sinon qu'Adrien avait établi à cet égard, en faveur des soldats, une nouvelle dérogation aux règles ordinaires, et que les jurisconsultes n'avaient pas voulu étendre, en dehors du cas spécial en vue duquel il avait été créé, un privilège qui n'a pas son fondement et son principe dans les idées juridiques, et qui n'est après tout qu'une *cajolerie* de plus envers les soldats?

Si cette conciliation ne paraissait pas satisfaisante,

(1) *Regulæ*, tit. xvi,

et si l'on voulait à toute force assimiler les donations et les legs aux institutions d'héritier, peut-être pourrait-on faire remarquer que le rescrit d'Adrien suppose un soldat sous les drapeaux (*militantem*, l. 13 — *militem*, l. 16), tandis que la loi 8 semble se référer à un soldat rentré dans la vie civile, redevenu *paganus*. On en conclurait que l'empereur Adrien, dérogeant aux règles ordinaires en faveur des soldats en service actif et faisant entrer, à leur profit, dans le pécule castrense, les institutions d'héritier, les donations et les legs, n'avait pas voulu étendre ce privilège aux vétérans. Ainsi disparaîtrait l'antinomie.

La dot donnée ou promise à un fils de famille ne tombe jamais dans le pécule castrense : destinée à suffire aux charges du mariage, il est juste que le père, à qui incombent ces charges, en ait la jouissance. S'il en est différemment de l'hérédité de la femme, laissée au fils de famille, c'est que cette hérédité est complètement étrangère aux charges du mariage.

Quand le fils est émancipé, il supporte seul alors les dépenses du ménage et la dot lui revient (1). Si le père de famille prédécède, le mari, dans tous les cas, qu'il soit institué ou exhéredé, prélève les biens dotaux dans sa succession. Le mariage vient-il à se dissoudre pendant que le mari est encore sou-

(1) L. 56, § 1 et 2, de jure dotium,

mis à la puissance paternelle, il importe que la femme contracte une union nouvelle, et pour cela il faut lui rendre sa dot : « *Rei publicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint.* » Aussi, la femme aura-t-elle pour garantie de sa créance deux patrimoines (1) : celui du père, jusqu'à concurrence des biens dotaux ; celui du mari, jusqu'à concurrence de son pécule castrense.

Tout ce qui vient se joindre au pécule par accession ou par l'effet de la consolidation, en fait également partie. Ainsi, le père a perdu par le non-usage ou par une *cessio in jure* l'usufruit d'un esclave dont la nue propriété était dans le pécule castrense de son fils ; ce dernier en acquiert la propriété pleine (2).

Fait encore partie de ce pécule tout ce qui est acquis *ex rebus castrensibus* (3) et, par exemple, ce que l'esclave pécuniaire acquiert par stipulation, par tradition, par l'effet d'une institution d'héritier ou d'un legs.

Que décider dans le cas où le fils stipule de son père ? Papinien distingue : si cette stipulation est faite à l'occasion du pécule castrense, elle est valable

(1) L. 7, ff., hoc tit.

(2) Cela sert à démontrer que le fils, durant sa vie (*quamdiu vivit*), est seul et exclusivement propriétaire du pécule castrense.

(3) L. 3, ff., hoc tit.

et oblige civilement le père; si elle est faite pour toute autre cause (*ex causa pagana*), alors il n'y a qu'une obligation naturelle.

Même distinction dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire dans le cas où le père stipule du fils.

Il en est autrement quand c'est un esclave du pécule qui a fait la stipulation; on n'a plus alors à se demander si la stipulation a eu lieu *ex causa castrensi* ou *ex causa pagana*. Cette différence entre le fils de famille et l'esclave provient de la différence même de leur situation.

Le fils de famille joue deux rôles : celui de *paterfamilias* à l'égard du pécule castrense; celui de *filiusfamilias alieni juris*, pour tout le reste.

L'esclave, lui, ne joue qu'un seul rôle; c'est toujours l'esclave du pécule castrense; pendant la vie du fils, il est étranger au père. Quand donc il stipule d'un tiers ou quand il reçoit quelque chose par tradition, sans désigner pour qui, c'est au fils seul qu'il acquiert. S'il avait désigné le père, s'il avait dit qu'il stipule ou qu'il se fait livrer la chose au nom du père, alors la stipulation, la tradition resteraient en suspens jusqu'à la mort du fils; elles auraient effet ou non selon que le fils serait mort avec ou sans testament.

Papinien suppose ensuite que l'esclave, au lieu de stipuler d'un étranger, a stipulé du père lui-même, et il décide que la chose promise sera acquise au fils, comme si elle eût été promise par un

étranger. C'est en effet la personne du stipulant qu'il faut ici considérer; or, cette personne est telle que toutes ses acquisitions, de quelque nature qu'elles soient, doivent profiter à son maître (1).

Si un esclave du pécule est institué héritier, il devra, pour faire adition, obtenir le consentement du fils de famille; et les biens ainsi acquis feront partie du pécule castrense (2).

S'il est institué par le père de son maître, il rend ce dernier héritier nécessaire de son père (3); en quoi il diffère de l'esclave du pécule profectice, lequel, institué héritier par le père, devient à la fois, par l'effet de cette institution, libre et héritier comme le serait le propre esclave du testateur.

Un père de famille acquiert à l'armée des biens qui s'ajoutent à son patrimoine; car, étant *sui juris*, il ne saurait être question de pécule en ce qui le concerne. Néanmoins il peut y avoir intérêt à constater que, si ces biens avaient été acquis par un fils de famille, ils auraient fait partie du pécule castrense. En effet la qualité de *paterfamilias* n'est pas irrévocable: on l'abdique quand on se donne en adrogation; devenu fils de famille, *alieni juris*, on n'a plus alors de patrimoine; et cependant Tertullien décide que l'on conservera en propre, à titre

(1) L. 15, § 1, 2, 3, ff., de cast. pec.

(2) L. 19, § 1, ff., de cast. pec.

(3) L. 18, princ., ff., de cast. pec.

de pécule castrense, les biens que l'on avait acquis à l'armée avant l'adrogation (1).

§ 2. — Quels sont les droits du fils sur le pécule castrense?—Quels sont les droits du père : 1° pendant la vie du fils ; 2° après sa mort, selon qu'il meurt avec ou sans testament.

Le pécule castrense constitue, pour le fils de famille, un patrimoine dont il a la propriété exclusive et à l'égard duquel il se comporte, sauf quelques restrictions, comme le ferait une personne *sui juris*, un véritable *paterfamilias*.

Ainsi, d'une part il exerce sans contrôle les actions relatives à ce pécule (2), et d'autre part ses créanciers personnels *ex quacumque causa* ont le droit de se faire payer sur les biens qui le composent (3).

Institué héritier par un de ses compagnons d'armes, il n'a pas besoin, pour faire adition, du consentement de son père (4).

La prohibition du sénatus-consulte macédonien cesse de lui être applicable dans les limites de son pécule ; et tandis que les plus hautes dignités civiles ne donneraient pas au fils de famille, qui en

(1) L. 4, § 2, ff., de cast. pec.

(2) L. 4, § 1, ff., hoc tit.

(3) L. 7, ff., hoc tit. — Il jouit, à leur égard, tant qu'il reste sous les drapeaux, du bénéfice de compétence (L. 6, 16, de re judic.) ; ce bénéfice cesse aussitôt qu'il a obtenu son congé.

(4) L. 5, ff., de cast. pec.

est revêtu, la capacité d'emprunter, il suffit d'embrasser la carrière des armes pour conserver son crédit intact et contracter valablement un *mutuum* (1).

La somme d'argent que reçoit le soldat à titre de prêt est censée avoir été empruntée pour les besoins du service et devoir être consacrée à un usage militaire : cette présomption suffit pour rendre inapplicable dans l'espèce le sénatus-consulte macédonien.

Voilà donc un fils de famille propriétaire, assimilé à une personne indépendante, et pour lequel son propre père devient à certains égards un étranger. Il est vrai que cet affranchissement n'est que partiel : pour tout ce qui n'est pas son pécule castrense, la personnalité du fils continue à s'absorber dans celle du père. De là naît une situation complexe, régie par deux législations différentes, dont l'une s'applique à la propriété individuelle du fils de famille, et l'autre à la propriété collective dont l'ascendant est le seul maître et le souverain administrateur. Le fils de famille se dédouble, pour ainsi dire, en deux personnes bien distinctes : la première reste assimilée à l'esclave, se confond et s'absorbe dans la personnalité dominante du *paterfamilias* ; la seconde a une existence séparée, indé-

(1) L. 1, § 3, et L. 2, ff., ad sen.-cons. maced.

pendante ; elle vit et elle meurt avec le pécule castrense.

Il y a aussi deux patrimoines : celui de la famille, qui appartient au père, et celui du fils ; les créanciers de l'un ne peuvent pas agir sur les biens de l'autre.

Si le fils détient des objets qui ne lui appartiennent pas, c'est contre lui que le propriétaire intente la revendication, sans même être tenu de mettre l'ascendant en cause (1). Les intérêts du fils sont tellement séparés de ceux du père qu'ils peuvent contracter ensemble, promettre, stipuler l'un de l'autre, s'obliger civilement (2), plaider (3). Une action utile de vol peut même, s'il y a lieu, être intentée par l'ascendant contre le fils (4). Le père ne saurait être poursuivi pour les dettes du fils ; et s'il s'offre lui-même à le défendre, il faut qu'il donne caution de payer les créanciers, non pas seulement dans les limites du pécule, mais jusqu'à concurrence du montant intégral de la condamnation (5).

(1) L. 18, § 4, ff., de cast. pec.

(2) L. 15, § 1, ff., de cast. pec.

(3) L. 4, ff., de judic. — Mais le fils ne pourra citer son père en justice qu'après avoir obtenu l'autorisation du magistrat (L. 8, princ. de in jus vocando). Le fils peut même forcer le père, institué héritier à condition que l'hérédité sera restituée au fils pour faire partie du pécule castrense, à faire adition ; mais il devra auparavant *impetrare veniam a prætore fideicommissario* (L. 16, 12, ad sen.-cons. Trebell.).

(4) L. 52, § 5, de furtis, ff.

(5) L. 18, § 5, ff., de cast. pec.

Sur tous ces points, le pécule castrense diffère du pécule profectice. — D'une manière générale, on peut dire qu'il échappe en quelque sorte au pouvoir du père ; le fils ne peut en être privé, soit qu'il reste soumis à la puissance paternelle, soit qu'il devienne *sui juris* par l'effet d'une émancipation, soit enfin qu'une adoption le fasse passer dans une autre famille (4). Il est donc, pendant sa vie, propriétaire incommutable ; mais, quelle que soit l'étendue de ses droits, il y manque quelque chose encore, tant qu'une dernière faveur n'est pas venue couronner toutes les autres. Maître de disposer de ses biens par actes entre vifs, à titre onéreux, à titre gratuit, par donation à cause de mort (2), son droit de propriété est incomplet tant qu'il ne peut pas disposer pour le temps où il ne sera plus. C'est sans doute une chose grave, dans la législation romaine, que de donner à un fils de famille le droit de faire un testament, de régler sa propre succession, de se désigner un héritier. Néanmoins les empereurs n'hésitent pas à pousser jusque-là les conséquences de l'institution du pécule castrense (3).

(4) L. 42, ff., de cast. pec.

(2) L. 45, ff., de mort. caus. donat.

(3) Le droit de disposer par testament du pécule castrense ne fut originellement donné qu'aux militaires en activité par Auguste, Nerva et Trajan ; mais plus tard il fut aussi concédé par Adrien aux vétérans (Inst., lib. II, tit. 12, princ.).

Le fils de famille soldat pourra donc tester, le plus souvent dans les formes si commodes et si larges du testament militaire ; le bénéfice de la loi Cornelia (1), la théorie du postliminium (2) lui seront applicables.

Ce privilège donne lieu aux difficultés les plus sérieuses de notre matière : comment régler le conflit qui va s'élever entre la puissance paternelle d'une part, et le pécule castrense de l'autre ? Jusqu'où ira la dérogation ? où s'arrêtera-t-elle ? quelles en seront les conséquences ? Comment combiner les droits du père avec ceux du fils et de ses héritiers ? Voici sur tous ces points la théorie des jurisconsultes romains, telle du moins que nous avons pu la comprendre :

Le fils, pendant sa vie, est seul et exclusivement propriétaire ; la puissance paternelle est alors comme suspendue à l'égard du pécule castrense ; mais elle subsiste toujours, prête à se réveiller si le fils meurt sans testament. Ceci revient à dire que le fils a, sur les biens du pécule, ce que nous appellerions en droit français : un droit de propriété *sous condition résolutoire* ; s'il meurt intestat, la condition est accomplie ; son droit est rétroactivement résolu, et fait place à celui du père, qui

(1) L. 44, princ., ff., hoc tit.

(2) L. 9, in fine, ff., hoc tit. — L. 42, § 4, ff., de captiv. et postl. reversis.

existait sous condition suspensive. Si, au contraire, il meurt avec un testament, la condition d'où dépendait le droit du père fait défaut, et le pécule castrense devient une hérédité régie par les règles ordinaires. On ne peut donc rien affirmer à l'avance ; il faut attendre l'événement.

Ce principe posé, nous allons parcourir successivement les diverses situations où peut se trouver le père de famille, et pour cela nous distinguerons deux périodes :

Première période. — Le fils est vivant. — De tout ce que nous avons déjà dit il semblerait résulter que durant cette première période le père ne peut avoir aucune espèce de droits sur le pécule castrense. Cependant si l'on considère que la mort de son fils sans testament peut le rendre rétroactivement propriétaire, on comprendra que cette simple éventualité suffise pour que les jurisconsultes romains refusent de le traiter comme entièrement étranger au pécule. Sans doute il ne pourra en disposer ni directement, ni indirectement ; tout acte de sa part qui aurait pour effet de l'amoindrir, de le diminuer serait nul (1), mais il lui sera permis de l'améliorer, et par exemple, de lui acquérir des servitudes actives, de le libérer des servitudes pas-

(1) Nec obstat lex 4, § ult., ff., de doli mali et metus except. — Ceterum parenti licere deteriore conditionem liberorum in rebus peculiaris facere. — Cette loi a trait au pécule profectice.

sives qui le grèvent (1). C'est à ce propos que Mæcianus, cherchant à préciser l'étendue de ses droits, le compare à un interdit (2). Mais ce jurisconsulte a soin de faire remarquer que, si le père ne peut accomplir d'une manière absolue aucun de ces actes de disposition qui produisent leurs effets instantanément, au moins faut-il attendre la mort du fils pour prononcer sur le sort des aliénations qui sont destinées à produire leurs effets dans l'avenir.

Ainsi le père n'a pas le droit, du vivant de son fils, d'intenter l'action en partage contre un communiste de l'un des objets du pécule, parce que l'action de partage aboutit à une aliénation immédiate (3). Mais il peut léguer *per vindicationem* un esclave ou tout autre objet faisant partie du pécule; ce legs en effet a la chance de devenir valable par la mort du fils sans testament (4).

En vertu du même principe, le père ne peut pas affranchir par la vindicte un esclave du même pécule. Cet affranchissement est de nature à produire son effet sur-le-champ ou à n'en produire aucun; son sort est donc fixé à l'instant même; il reste nul

(1) L. 18, § 2 et 3, ff., de cast. pec.

(2) Quand un *paterfamilias* a été assassiné, et que le meurtrier est inconnu, le sén.-cons. Silanien veut que la question soit appliquée à tous les esclaves de la victime. L'appliquera-t-on aux esclaves qui font partie du pécule castrense de son fils? Oui, répond Ulpien.

(3) L. 18, § 2, ff., de cast. pec.

(4) L. 44, ff., de legat.

ab initio, et la mort du fils sans testament ne saurait en aucune façon le valider (1). — La décision sera-t-elle différente dans le cas où l'affranchissement fait par le père est de nature à pouvoir rester en suspens et produire ses effets dans l'avenir (2)? Un père a fait un testament dans lequel il donne la liberté à un esclave du pécule castrense; le fils prédécède intestat; le père meurt ensuite: l'esclave sera-t-il affranchi par le testament du père? — On disait, pour la négative, que deux personnes ne pouvaient pas être à la fois et pour le tout propriétaires de la même chose; qu'ici bien évidemment c'est le fils qui a le droit de disposer de l'esclave de son pécule; que dès lors, quand le père a légué la liberté à l'esclave, c'est comme s'il avait voulu affranchir l'esclave d'autrui. Supposez, ajoutait-on dans le même sens, que le père et le fils aient l'un et l'autre, dans leur testament, affranchi l'esclave, puis qu'ils sont morts tous les deux; c'est certainement le testament du fils qui l'emportera sur celui du père; c'est en vertu du testament du fils que l'esclave sera affranchi. Le fils est donc propriétaire. — D'où l'on conclut que le père ne l'est pas.

Ce raisonnement tombe devant le principe de rétroactivité qui est admis en cette matière par

(1) L. 19, § 4. ff., de cast. pec. — Si ut heres vivo filio vindictam servo imposuit. *Heres* est synonyme ici de *dominus*.

(2) L. 19, § 3, ff., ibid.

tous les jurisconsultes : Ulpien, Papinien et Tryphoninus lui-même. Sans doute deux personnes ne peuvent pas être à la fois et pour le tout propriétaires de la même chose ; mais, si l'on ne peut admettre la coexistence de deux propriétés qui s'excluent l'une de l'autre, on conçoit cependant qu'elles se succèdent de telle façon que la première soit censée n'avoir jamais existé, et que la seconde soit considérée comme ayant existé toujours ; c'est un des effets ordinaires de la rétroactivité : il n'y a rien là qui doive nous surprendre (1). Cependant, les jurisconsultes romains eurent quelque peine à se plier à cette idée et à en accepter les conséquences : les difficultés que nous rencontrons ici et sur lesquelles nous reviendrons bientôt avec plus de développements sont une dernière trace de leur longue répugnance à admettre que la propriété pût rester en suspens.

Deuxième période. — Le fils meurt avec ou sans testament.

1^o *Il meurt avec un testament.* — Ses biens castrensens deviennent alors une véritable hérédité ; il en a disposé souverainement ; le père n'a rien à y prétendre (2), à moins qu'il n'ait été lui-même institué héritier, auquel cas il prend les biens par droit héréditaire, non plus par droit de puissance

(1) L. 9, ff., Ulpien, de cast. pec.

(2) L. 10, ff., de cast. pec.

paternelle, et la qualité de père s'efface pour faire place à celle d'héritier. En quoi ces deux qualités différent-elles, et quel intérêt y a-t-il à distinguer si le père prend le pécule castrense *jure peculii* ou *jure hereditario* ?

Le voici :

Le père héritier doit faire adition ; si donc il est incapable de volonté, s'il est fou, par exemple, l'hérédité lui échappe. Il en est autrement s'il vient par droit de pécule ; car alors il est propriétaire *ipso jure*.

Héritier, il a une *hereditatis petitio* (1) ; père, une action en revendication (2).

Si un objet du pécule castrense vient à être sous trait, héritier, il n'a pas l'action *furti*, même à l'époque où l'on était arrivé à considérer l'hérédité jacente comme une personne ; il ne peut, après avoir fait adition, qu'exercer une *persecutio extraordinaria* (*crimen expilatæ hereditatis*) contre le voleur. Père, se présentant *jure peculii*, il est censé avoir toujours été propriétaire de l'objet volé ; il est donc tout simple qu'on lui accorde l'action de vol et la *condictio furtiva* (3).

(1) L. 34, ff., de heredit. petit. ; L. 2, ff., famil. ercisc. On en avait douté, parce que toute hérédité supposait des *sacra familiaria* ; or, le fils de famille n'en avait pas ; il était *in sacris paternis* ; mais les constitutions impériales avaient fait du pécule une hérédité.

(2) L. 56, ff., de rei vindic. ; L. 4, ibid., § 3.

(3) L. 33, § 1, ff., de adq. rer. dom.

Le père qui vient par droit de pécule ne peut être poursuivi par les créanciers de son fils que dans les limites du pécule et pendant l'année utile qui leur est accordée par le prêteur. S'il vient comme héritier, il est tenu civilement de toutes les dettes ; la poursuite des créanciers peut toujours avoir lieu et n'est renfermée dans aucun délai (*perpetuo*) (1). A la mort du fils de famille, le père institué héritier a donc le choix entre deux alternatives : il peut se conformer à la volonté du testateur et faire adition, ou bien répudier la succession et prendre le pécule par droit de puissance paternelle. On comprend que bien des cas se présenteront où ce dernier parti lui sera plus avantageux. Mais son choix n'est pas parfaitement libre : il existe, en effet, un édit du prêteur (*si quis omissa causa testamenti*), dont le but est de veiller à l'exécution des testaments et de déjouer les calculs de ceux qui répudient l'hérédité pour la transformer à leur profit en hérédité d'intestat, et se soustraire ainsi aux charges sans perdre les avantages de l'institution. Le père qui renonce aux droits que lui donne sur le pécule castrense le testament de son fils, afin de le conserver par droit de puissance, a été assimilé à l'héritier testamentaire qui se transforme lui-même, au détriment

(1) L. 17, princ., ff., de cast. pec.

des légataires, en héritier d'intestat, et Papinien (1) nous apprend qu'on lui appliquait l'édit du préteur et qu'on accordait contre lui aux légataires l'action naissant de cet édit. Toutefois, si le pécule était absorbé par les dettes et se trouvait inférieur au montant des créances, il n'y avait rien alors à reprocher à l'héritier et l'édit ne s'appliquait pas. Papinien fait remarquer cependant que, même dans cette hypothèse, le père, en répudiant l'hérédité, conservait le précieux avantage de ne pouvoir être poursuivi que pendant une année utile à dater de la mort du défunt.

Le père héritier est tenu des legs jusqu'à concurrence de la valeur du pécule. Il importe alors beaucoup de déterminer la nature de l'acte qui les contient. Est-ce un testament militaire, la loi Falcidie ne reçoit pas d'application. Est-ce un testament ordinaire, on prélève un quart des biens (2).

Au cas où le fils a institué son père héritier, se rattache la loi dernière de notre titre. Paul y suppose que le père a fait, du vivant de son fils, un testament dans lequel il affranchit un esclave du pécule, puis que le fils est mort instituant son père; et il se demande si l'affranchissement est valable. La difficulté vient de ce que le legs de la liberté directe ne devait produire son effet que si l'esclave

(1) L. 17, princ., ff., de cast. pec.

(2) L. 17, § 2, ff., de cast. pec.

se trouvait, et au moment de la confection du testament, et au moment de la mort, dans le domaine quiritaire du testateur. Or, certainement ici, à l'époque où a été fait le testament, le père n'était pas propriétaire de l'esclave ; sans doute il avait la chance de le devenir rétroactivement à la mort du fils, si ce dernier ne disposait pas de son pécule ; et Tryphonius nous a déjà dit que dans ce cas l'affranchissement était valable (1). Mais cette chance ne s'est pas réalisée : le fils en disposant du pécule, même au profit de son père, en a fait une hérédité soumise aux règles communes ; il est donc logique et conforme aux principes du droit de décider que l'affranchissement est nul, comme le serait celui d'un esclave qui nous était étranger au moment où nous l'avons affranchi et qui n'est entré dans notre domaine que par une acquisition ultérieure ; Paul, cependant, par un motif d'équité, corrige cette décision, et considérant qu'après tout, puisque le père est devenu propriétaire de l'esclave, l'affranchissement n'a été en quelque sorte que prématuré, il le déclare valable.

Ce texte n'est pas le seul de notre titre où l'équité l'emporte sur le droit rigoureux.

Un fils de famille *paganus* a testé sur son pécule castrense ; puis il est mort, ignorant que son père, décédé avant lui, l'avait institué héritier.

(1) L. 40, § 3, ff. de cast. pec.

Dira-t-on qu'étant mort testat quant aux biens castrenses, intestat quant aux biens paternels, et n'étant pas en mesure de profiter du privilège accordé aux militaires de mourir partie testat, partie intestat (1), son testament est nul? Tryphoninus refuse d'admettre cette décision rigoureuse; il préfère décider que l'héritier institué pour le pécule castrense aura l'universalité des biens du testateur, et il compare ce dernier à un homme qui se croyait pauvre au moment où il a fait son testament et au moment où il est mort, ignorant que d'heureuses spéculations, faites dans d'autres contrées par quelques-uns de ses esclaves, l'avaient à cet instant même considérablement enrichi (2).

Un père de famille soldat, après avoir fait un testament, se donne en adrogation. Son testament devrait être rendu *irritum* par la *capitis diminutio* qu'il encourt en devenant *alieni juris*. Il n'en est pourtant pas ainsi : par une faveur spéciale aux

(1) *Unius pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege heres esset* (Cicéron, livre II, de l'invention).

(2) L. 19, § 2, ff., de cast. pec.—On pourrait citer d'autres cas : Deux fils sont exhéredés par leur père, l'un justement, l'autre injustement; ils intentent tous les deux la *querela inofficiosi testamenti* contre l'héritier institué; l'un réussit dans sa prétention, l'autre succombe. L'héritier se trouve ainsi dépouillé d'une partie de l'hérédité qui est attribuée à l'un des fils par l'effet de la loi, et comme si le père était mort intestat; mais l'autre partie lui reste: il se trouve donc, *ex post facto*, que le testateur est mort partie testat, partie intestat (L. 10, 15, § 1, 24, 25, ff., de inoff. test.).

militaires, dans cette transformation d'un *sui juris* en *alieni juris*, d'un patrimoine en un pécule, le testament reste valable, sauf à se restreindre aux seuls biens dont puisse disposer aujourd'hui le testateur, c'est-à-dire au pécule castrense qui prend naissance au moment de l'adrogation (1).

A la place du père supposons maintenant que ce soit un étranger qui ait été institué héritier par le fils. En présence de cette institution le droit du père s'évanouit ; il n'en reste plus trace, à moins, toutefois, que la répudiation de l'héritier ne fasse tomber le testament et ne permette au père de reprendre les biens par droit de puissance paternelle. Le sort du pécule n'est donc pas fixé dès la mort du fils ; il faut attendre le résultat de la délibération des héritiers, et selon que ceux-ci feront adition ou répudieront, les biens castrenses seront considérés comme un pécule profectice ou comme une hérédité. Mais en attendant, et dans l'intervalle, que seront-ils et quelles règles faudra-t-il leur appliquer ? Que deviendront les acquisitions faites par les esclaves pécuniaires ? Faudra-t-il attribuer au droit du père qui vient ressaisir le pécule *jure patris potestatis*, le même effet rétroactif qu'à l'adition d'hérédité ? En d'autres termes, étendrons-nous au pécule la fiction *hereditas jacens sustinet personam defuncti* ?

(1) L. 4, § 2, ff., de cast. pec.; L. 22, 23, ff., de testam. milit.

Ces questions sont posées et diversement résolues par Ulpien et Papinien dans les lois 9 et 14 de notre titre. Leur importance nous fait un devoir de les étudier *in extenso*, dussions-nous, pour présenter l'ensemble de la doctrine à ce sujet, revenir sur certains points déjà traités plus haut.

L. 9. — Un fils de famille soldat a, dans son testament, institué un étranger ; puis il est mort laissant son père encore vivant. Pendant que l'héritier institué délibère, le père meurt à son tour, et postérieurement à cette mort l'héritier répudie ; que devient le pécule *castrense* ? Ulpien répond : Il appartient au père ; et en effet, puisque l'héritier institué par le fils répudie la succession, c'est comme si le fils était mort intestat ; or, nous savons que dans cette hypothèse le pécule est considéré comme ayant toujours appartenu au père par droit de puissance paternelle (*jure peculii*), et non comme lui étant échu par droit d'hérédité. Cette manière d'envisager les droits du père a, dans l'espèce, une grande importance ; car si l'on traitait le pécule comme une succession, le père y devrait être étranger puisqu'il est de principe que pour recueillir une hérédité d'intestat, il faut vivre au moment où elle s'ouvre, et que le père était déjà mort à cette époque. En le considérant, au contraire, comme un pécule soumis au droit de puissance paternelle, il est censé avoir toujours fait partie du patrimoine de la famille, et ainsi la succession du

père s'augmente après sa mort. On appliquera les mêmes principes au cas où le père, dans son testament, donnerait la liberté à un esclave faisant partie du pécule castrense de son fils : le sort de cet esclave dépendra du point de savoir si le fils survivra au père, ou réciproquement.

Si le fils survit au père, l'esclave ne sera pas affranchi, car le père est censé alors n'avoir jamais eu sur lui aucun droit. Si, au contraire, c'est le fils qui précède, l'esclave deviendra libre, et l'on ne pourra pas objecter qu'au moment où il a été affranchi c'était au fils et non au père qu'appartenait le droit d'en disposer ; car le fils n'est propriétaire du pécule castrense qu'à la condition d'exercer et de faire valoir son droit de propriété. S'il n'en use pas, c'est comme s'il ne l'avait jamais eu. De tout ceci, Marcellus conclut que lorsque le père a donné la liberté à un esclave pécuniaire de son fils, et l'a en même temps institué héritier, son fils venant à précéder, cet esclave sera à la fois libre et héritier nécessaire. Et Ulpien, poursuivant toujours l'application des mêmes principes, décide que, dans le cas où le père aurait légué, *per vindicationem*, une chose faisant partie du pécule de son fils, le legs produira ou non son effet, selon que le fils mourra sans testament ou ne mourra pas avant le père.

On voit d'après ces exemples quelle est sur ce point la théorie d'Ulpien ; il l'explique d'ailleurs

lui-même en prenant soin de nous dire, dans la même loi, et comme développement de sa pensée, que ces exemples de rétroactivité ne sont pas les seuls, et qu'il n'est pas rare au contraire de voir une succession dévolue *ex post facto* à une personne qui ne pouvait pas la recueillir au moment même de la mort du *de cujus*. Ainsi un citoyen romain est fait prisonnier par l'ennemi; sa *patria potestas* est suspendue. Recouvre-t-il la liberté, le fils est censé avoir toujours été soumis à sa puissance. Meurt-il en captivité, sa succession est censée ouverte du jour où il a été fait prisonnier. Enfin le fils vient-il à mourir pendant la captivité du père, on ne peut fixer encore le sort des biens qu'il a acquis depuis le moment où cette captivité a commencé jusqu'à sa mort. Tout est en suspens : si le père revient, ces biens lui appartiendront comme s'ils n'avaient jamais cessé d'être à lui; s'il meurt chez l'ennemi, il est censé être mort du jour où a commencé sa captivité; le fils a donc été libre de ce jour-là, et c'est son héritier légitime qui recueille ses biens comme il recueillerait ceux d'un père de famille.

Cette doctrine d'Ulpien qui voit une sorte de *postliminium* dans la réalisation de la condition suspensive d'où dépendent les droits du père et que lui attribue un effet rétroactif absolu (1),

(1) Nec obstat lex 18, ff., de stipul. serv.

n'était pas admise par tous les jurisconsultes, du moins avec la même étendue.

Papinien notamment s'en écarte dans la loi 14, au même titre, dont voici l'espèce :

Un fils de famille est mort après avoir fait son testament : pendant que les héritiers institués délibèrent, un esclave pécuniaire stipule d'un étranger ou se fait livrer quelque chose. Quel sera le sort de la créance stipulée par l'esclave ou de l'objet à lui livré selon que les héritiers feront adition ou qu'ils répudieront?

Papinien répond :

S'ils font adition, l'esclave est censé avoir acquis pour eux, parce que l'adition a un effet rétroactif.

S'ils répudient, l'esclave n'a pu rien acquérir; car alors il n'y a plus d'hérédité, mais simplement un pécule. Or la fiction : *hereditas jacens sustinet personam defuncti*, en vertu de laquelle des acquisitions peuvent être faites par l'hérédité jacente, qui continue la personne du défunt au profit de l'héritier futur, n'a pas été étendue aux autres universalités et notamment au pécule. Donc si l'adition des héritiers produit un effet rétroactif et leur permet de profiter des acquisitions faites par l'esclave pécuniaire pendant qu'ils délibéraient, leur répudiation ne produit pas le même effet au profit

du père; elle annule au contraire les stipulations de l'esclave pécuniaire et les traditions qui ont pu lui être faites dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la mort du *de cuius* et la répudiation des héritiers.

Telle est la décision de Papinien, très nettement formulée dans le paragraphe 1^{er} de notre loi; mais la fin de ce paragraphe est en contradiction flagrante avec le commencement, et la deuxième partie détruit la première. Voici ce passage, assez curieux et assez important d'ailleurs pour que nous le citions textuellement :

« *Sed paterna verecundia nos movet quatenus*
« *et in illa specie, ubi jure pristino apud patrem*
« *peculium remanet, etiam adquisitio vel rei tra-*
« *ditæ per servum fiat.* » Ce qui signifie : les principes que nous venons de poser sont rigoureusement exacts; mais la considération, les égards dus à un père exigent qu'on se déporte en sa faveur de la sévérité de ces décisions. Si donc la répudiation des héritiers permet au père de reprendre le pécule par droit de puissance, il le reprendra augmenté des créances auxquelles les stipulations de l'esclave auront donné naissance et des objets qui lui auront été livrés. Conclusion qui jure avec l'exorde et ramène brusquement l'opinion de Papinien à la théorie contraire exposée par Ulpien dans la loi 9! Aussi tous les commentateurs s'accordent-ils à y voir soit une note d'Ulpien lui-même

(c'est l'avis de Cujas et de Pothier), soit plutôt, et cette opinion nous paraît préférable, une addition faite après coup par Tribonien. Nous croyons en effet reconnaître, dans cette phrase apocryphe, le latin du Bas-Empire et le style des compilations Justinien-nes : *quatenus*, dans les écrits d'Ulpien et de Papinien, signifie toujours : *après que*. Ce n'est que plus tard, dans la basse latinité, que ce mot a été détourné de sa signification primitive, et qu'on l'a employé dans le sens de : *à tel point que*. Et puis cette autre expression : *paterna verecundia* doit elle être attribuée à Papinien ou à Ulpien, dans les écrits desquels on la chercherait vainement, tandis qu'elle se présente à toute occasion sous la plume de Tribonien et qu'elle peut passer pour une de ses expressions favorites?

Que cette interpolation soit donc mise avec tant d'autres à la charge de Tribonien (1), et sans nous en préoccuper davantage, revenons au texte original, tel que Papinien a dû l'écrire ; pour cela il

(1) Nous nous rangeons à l'opinion commune, mais non pas sans quelque regret et quelque hésitation : il nous paraît étrange qu'au temps d'Ulpien on ait accordé plus d'effet à la puissance paternelle qu'au temps de Papinien, alors que l'histoire et l'étude des textes constatent l'affaiblissement graduel de cette puissance, autrefois si énergique et si forte. Nous mettrions donc volontiers sur le compte de Papinien cette concession faite aux droits du père, si nous n'étions arrêtés par l'objection tirée du style, et aussi par cette considération qu'on admettait très-difficilement encore au temps de Papinien, que le *dominium* pût être en suspens (Julien et Marcellus, L. 44, § 5, ff., de usuf.).

suffit de s'en tenir à la théorie exposée dans la première partie du paragraphe premier et de faire abstraction de la dernière phrase. Nous revenons ainsi au point de départ, qui est l'annulation des stipulations de l'esclave pécuniaire et des traditions à lui faites pendant la délibération des héritiers institués, lorsque cette délibération aboutit à la répudiation de l'hérédité.

Dans le deuxième paragraphe de la loi 14, Papinien suppose qu'au lieu d'une stipulation ou d'une tradition, c'est un legs qui a été fait à l'esclave pécuniaire d'un fils de famille décédé testat et qui vient à s'ouvrir pendant que les héritiers délibèrent. S'écartant ici de la décision par lui admise dans le paragraphe précédent, il suspend l'effet du legs pendant la délibération, et quand il est devenu constant que, par suite de la répudiation des héritiers, le père recueillera par droit de puissance le pécule castrense de son fils, le même jurisconsulte, qui tout à l'heure refusait à ce père le bénéfice de la stipulation et de la tradition, lui attribue le bénéfice du legs fait à l'esclave dans les mêmes circonstances. Mais il ne faudrait pas croire qu'après avoir repoussé le principe de la rétroactivité dans le premier cas, il l'admette dans le second; la différence des deux décisions témoigne, au contraire, de la fidélité de Papinien au principe qui lui a servi de point de départ. Elle s'explique et se justifie par la différence qui existe entre la stipu-

lation et la tradition d'une part, et le legs de l'autre.

La stipulation et la tradition produisent leurs effets instantanément (*ex præsenti vires adquirunt*).

Au contraire, les effets du legs peuvent rester en suspens (1). Cette distinction, disons-nous, rentre parfaitement dans l'esprit de la théorie que nous avons exposée sur le paragraphe précédent de la même loi; et, en effet, à quoi servirait de venir nous dire que les effets du legs peuvent rester en suspens et de constater la différence qui le sépare à ce point de vue de la stipulation et de la tradition, si Papinien admettait comme Ulpien que le droit du père, quand la répudiation des héritiers lui fait place, s'exerce rétroactivement? Si, dans la pensée de Papinien, la fiction *hereditas jacens sustinet personam defuncti* avait dû s'étendre au pécule, il n'avait nullement à se préoccuper de cette différence, car alors la stipulation, la tradition pouvaient produire instantanément leurs effets au profit de la personne fictive qui aurait continué le défunt; le legs fait à l'esclave trouvait également, par l'effet de la rétroactivité, une tête où se reposer pendant la délibération des héritiers; et dès lors toutes les acquisitions de l'esclave par stipulation, par tradition, ou par legs, devaient être rangées sur

(1) L. 16, § 1, ff., quando dies legat.; L. 26, ff., de stip. serv.; L. 195, ff., de verb. signif.; L. 7, § ult., ff., quando dies legat.; Gaius, II, 195 Instit., lib. II, tit. 20.

la même ligne et complètement assimilées au point de vue qui nous occupe. Cette assimilation, la logique exigeait que Papinien la repoussât et qu'Ulpien l'admit; c'est, en effet, ce qui a eu lieu, ainsi qu'on peut s'en assurer par la comparaison de la loi 14, que nous venons d'analyser, avec la loi 23, au Digeste, de *adquirendo rerum dominio*.

2° *Le fils meurt intestat.* — On disait de l'affranchi latin Junien qu'il vivait *in libertate*, mais qu'il mourait esclave (*vivebat liber, moritur servus*) et qu'il perdait à la fois, avec son dernier souffle, la vie et la liberté (*ultimo vitæ spiritu simul animam et libertatem amittebant.*) — Il y a une certaine analogie entre cette situation et celle du fils de famille, propriétaire d'un pécule castrense qui meurt intestat; entre le patron qui reprend par droit de puissance dominicale les biens de l'affranchi latin Junien, et le père qui reprend par droit de puissance paternelle les biens du fils. Le fils, *paterfamilias* pendant sa vie, meurt *filiusfamilias*; ses biens sont censés avoir toujours fait partie du patrimoine paternel et n'avoir jamais formé qu'un pécule profectice. Les conséquences de cette fiction ont été suffisamment développées dans les paragraphes précédents et nous n'y reviendrons pas. Nous nous bornons ici à constater que les constitutions impériales, en dérogeant en faveur des soldats au vieux droit de la puissance paternelle, ne l'avaient pas abrogé; qu'il subsistait, pour ainsi dire, à l'état

latent pendant la vie du fils, et qu'il retrouvait, quand le fils était mort sans testament, l'énergie de sa constitution primitive. Cet état de choses se perpétua jusqu'à Justinien, qui apporta sur cette matière, comme sur tant d'autres, des modifications graves à la législation existante; cet empereur étendit au pécule castrense l'ordre de succession intestat adopté pour le pécule adventice. Dès lors, il y eut deux classes d'héritiers : quand les héritiers testamentaires venaient à faire défaut, les héritiers d'intestat étaient appelés dans l'ordre suivant :

1° Les descendants du *de cuius*;

2° Ses frères et sœurs;

3° Son ascendant.

Le *paterfamilias* ne vient donc plus ici qu'en troisième ligne. Vient-il toujours, comme autrefois, par droit de pécule, ou bien seulement par droit héréditaire? Les expressions de la *Nouvelle, jure communi*, peuvent s'interpréter dans l'un comme dans l'autre sens; aussi la question est-elle vivement controversée.

Nous n'hésiterions pas, quant à nous, à la résoudre dans le sens d'une complète abolition du vieux droit quiritaire, si la paraphrase de Théophile ne donnait à ce système un démenti formel. Il nous semble que le mouvement des idées juridiques devait entraîner Justinien à pousser jusqu'au bout les conséquences de son innovation;

en faisant passer les descendants, les frères et les sœurs du *de cujus* avant le père, il portait le plus rude coup à la puissance paternelle sur les fils de famille militaires : on comprend difficilement qu'il se soit arrêté en routé, et que dans ce grand travail de destruction il ait respecté la dernière pierre d'un édifice à demi détruit, dont il avait lui-même, et de ses propres mains, à peu près consommé la ruine. On peut s'étonner du moins qu'il ait eu ce scrupule ; et si d'autre part l'on considère qu'il n'a fait qu'étendre au pécule castrense l'ordre de succession d'intestat établi pour le pécule advendice ; que lorsqu'il s'agit de ce dernier pécule, le père vient à titre d'héritier ; qu'il serait bizarre d'ailleurs que les enfants, les frères et les sœurs, prenant les biens par droit de succession, le père, qui les recueille à leur défaut, les recueillit à un autre titre ; on a peine à concevoir l'explication donnée par Théophile : *Jure communi, id est tanquam pécunium paganicum*.

Cependant, nous le répétons, en présence de cette explication si nette, si catégorique, émanée de l'un des jurisconsultes contemporains de Justinien, et qui ont concouru à ses travaux législatifs, nous ne croyons pas pouvoir adopter l'opinion contraire, quelque logique qu'elle paraisse ; et nous admettons à regret qu'après la réforme de Justinien, le seul changement apporté à la situation du père quant au pécule castrense de son fils mort in-

testat, consista à être primé par les descendants, les frères et sœurs du *de cujus*; que sauf cela ses droits restèrent les mêmes, et qu'il put reprendre les biens castrenses, non pas à titre d'héritier, mais à titre de père par droit de puissance paternelle.



DROIT FRANÇAIS.

USUFRUIT PATERNEL.

ANCIEN DROIT.

PRÉLIMINAIRE.

QUELLE EST L'ORIGINE DE L'USUFRUIT PATERNEL?

Le Code Napoléon accorde au père durant le mariage, et après la dissolution du mariage au survivant des père et mère, la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis.

Quelle est l'origine de cet usufruit? A-t-il pris naissance dans la législation romaine, et n'est-il

autre chose que l'usufruit du pécule adventice créé en faveur du père par les constitutions impériales; légué plus tard par la civilisation romaine à la féodalité qui s'en empare, l'approprie à ses besoins et à ses mœurs, et le transmet ainsi modifié au législateur de 1804? — Ou bien faut-il lui chercher des origines plus nationales, et découvrir son premier germe et son principe dans le droit coutumier?

Cette seconde hypothèse est seule exacte; il suffit, pour s'en convaincre, de mettre en regard des deux principes fondamentaux du droit romain en cette matière, les principes contraires du droit germanique :

1° L'usufruit du pécule adventice, dernier reste de cette ancienne puissance romaine, qui absorbait avec la personne même du fils de famille tous les biens qui pouvaient lui advenir, appartenait au *paterfamilias* seul (père ou aïeul paternel), et jamais à la mère. — Nos coutumes, au contraire, ont toujours accordé à la mère survivante à défaut du père, et au père du vivant même de l'aïeul paternel, la garde fructuaire de leurs enfants mineurs (1).

2° Le fils de famille, quel que fût son âge, était soumis à la puissance du *paterfamilias*, et ses

(1) La loi des Burgundes (titre 59) s'explique très-nettement à cet égard. — *Nepos, amisso patre cum rebus omnibus ad avi ordinationem vel sollicitudinem conferatur : ea tamen ratione si mater ejus secundas nuptias crediderit eligendas. Cæterum si nubere electa castitate distulerit, filii cum omni facultate in ejus solatio et potestate consistent.*

biens, grevés de l'usufruit paternel, n'en étaient affranchis qu'à la mort du père. — La garde cessait au contraire dès que l'enfant avait atteint un certain âge.

Nous ne voudrions pas affirmer néanmoins que le droit romain, en ce qui concerne l'usufruit légal, soit resté absolument sans influence sur notre législation. Il ne faut pas oublier que, dans les pays de droit écrit, qui formaient une portion considérable de la France, s'est conservée, à travers tout le moyen âge et jusqu'à la révolution de 1789, la pratique des lois romaines; et si le législateur de 1804, en faisant une place dans nos lois à l'usufruit paternel, a donné la préférence au principe german, il n'a pas pu cependant perdre entièrement de vue le droit écrit, et nous retrouvons des traces de sa puissance jusque dans ce point de notre législation où l'on paraît s'en être le moins occupé (1).

Il sera donc utile, pour l'intelligence complète de notre usufruit paternel, d'exposer sommairement les principes du droit romain et ceux du droit coutumier.

Pays de droit écrit. — On y observait la distinction des diverses espèces de pécules, telle qu'elle existait dans le Code Théodosien (2).

Le père de famille était le plein et entier pro-

(1) Proudhon, *Usufruit*, t. 1, n° 483.

(2) V. le *Breviarium Alarici*. *Exceptiones Petri*, lib. 2, cap. 20.

priétaire des biens dont il concédait à son fils l'administration, et qui composaient le *pécule profectice*. Tout ce que le fils acquérait à l'occasion de ce *pécule* était acquis au père.

Mais le fils était considéré comme un *paterfamilias* à l'égard des biens qu'il acquérait sous les drapeaux (*pécule castrense* (1)); et dans l'exercice de certaines professions libérales, telles que la magistrature, le barreau; ou bien encore dans d'autres circonstances qui n'étaient pas très-nettement définies (*pécule quasi-castrense* (2)).

A côté de ces trois *pécules*, on en remarque un quatrième qui se nommait *adventice*, et qui se composait des biens que l'enfant ou descendant acquérait par succession, donation ou testament, et généralement de tout ce qui ne lui provenait pas *ex re patris, ex ejus substantia cujus in potestate est*. Le fils de famille en avait la propriété; le père, l'usufruit. Nous avons déjà établi que cet usufruit différait à deux points de vue essentiels de notre usufruit légal; il en diffère encore en ce qu'il ne s'éteignait pas complètement par l'émancipation; dans la crainte que des considérations pécuniaires

(1) L'existence du *pécule castrense* est constatée, dans les conseils de Pierre de Fontaines, en ces termes : *Nos ne poons avoir nul plet encontre celui qui est en nostre poeste, for por chatel qu'il a conquis en chevalerie*. Traduction à peu près littérale de la loi 4, ff., de judiciis.

(2) L. 37, C., de inoff. testam.; L. 4, ff., de extraord. cognit.; L. 7, C., de lib.; L. 34, C., de episc. et cler.

ne missent une entrave aux émancipations, on avait jugé à propos d'accorder aux ascendants une indemnité, un dédommagement du sacrifice qu'ils faisaient (*pretio quodammodo emancipationis*). Avant Justinien, cette indemnité était d'un tiers des biens en pleine propriété; depuis Justinien, elle ne fut que d'une moitié en usufruit (1).

Notre loi s'est montrée plus confiante dans le désintéressement des pères; elle n'a pas cru devoir attacher un salaire à l'émancipation, et elle a déclaré que le père émancipateur perdrait, sans aucun dédommagement, l'usufruit des biens de ses enfants.

Les fils de famille, dans les pays de droit écrit, propriétaires du pécule adventice, ne pouvaient cependant, ni l'aliéner, ni le donner en gage, ni le grever d'hypothèques (2), ni même en disposer par testament; c'était au père usufruitier qu'appartenaient à l'égard des meubles de pleins pouvoirs de disposition; à l'égard des immeubles, une faculté d'aliénation restreinte dans de certaines limites, et dont l'exercice était soumis à la critique du *filius* devenu *sui juris*. Les droits du fils se bornaient donc à prélever, en cas de prédécès de

(1) La constit. 3, C., de bon. mat., conçue dans la même pensée, reconnaît à tout ascendant le droit de se présenter pour une part virile au partage de la succession maternelle de ceux qu'il a émancipés.

(2) L. 8, § 5, C., de bonis quæ lib.

l'ascendant, les biens du pécule dans sa succession, et, s'il n'était pas son héritier, à faire révoquer l'aliénation consommée sans nécessité ou utilité pour lui. Notre Code n'apporte pas ces restrictions au droit de propriété du fils; et l'art. 904, notamment, qui détermine les conditions requises pour que les mineurs puissent tester, ne distingue nullement entre les biens qui sont et ceux qui ne sont pas soumis à l'usufruit paternel.

Telles sont les différences radicales qui séparent l'usufruit du pécule adventice et l'usufruit légal du Code Napoléon; elles nous autorisent suffisamment à dire que notre législateur, en cette matière, a emprunté peu de chose au droit romain; il s'en est pourtant quelquefois souvenu; et c'est sans doute à l'un de ces rares souvenirs que nous devons quelques-unes des exceptions à la règle que *l'usufruit légal est univ. el.* Ces exceptions existaient, en effet, mais beaucoup plus nombreuses dans les lois romaines, où elles formaient ce que les commentateurs ont appelé le *pécule adventico irrégulier*.

Pays de coutumes. — Dans la plupart des pays coutumiers, la puissance paternelle, simple droit de garde et de protection, modelé sur le *mundium* germanique, différait tellement de la *patria potestas* des Romains, que, dans les provinces où elle était établie, on disait, pour mieux marquer le contraste, *puissance paternelle n'a lieu*. Ce pouvoir, tout fa-

vorable aux mineurs et qui finissait à un certain âge, ne conférait par lui-même à celui qui l'exerçait, aucun droit utile, et notamment aucun usufruit sur les biens personnels des enfants mineurs. Ce n'était qu'en vertu du droit de *bail* ou de *garde* que la jouissance de ces biens était, dans certains cas, attribuée au père ou à la mère, ou aux autres ascendants, et quelquefois même aux collatéraux.

Nous consacrerons quelques pages à l'esquisse de cette institution coutumière, préface obligée du travail que nous aborderons ensuite sur l'usufruit paternel.

SECTION I.

Première période. — Bail ou garde dans le droit féodal.

— Son origine, sa nature, — Droits et obligations qui en résultent pour le gardien.

Quand les fiefs, qui n'étaient d'abord que viagers, devinrent héréditaires, les seigneurs suzerains stipulèrent, en dédommagement de ce sacrifice, des droits de quint et de relief. D'autre part, le service militaire, qui était de l'essence du régime féodal, ne dut pas être compromis par l'hérédité ; et il fut convenu que lorsque le fief tomberait entre les mains d'un enfant en bas âge, incapable de porter les armes, le seigneur s'emparerait de l'héritage et en percevrait les revenus aussi longtemps que durerait l'incapacité de son nouveau vassal.

Telle est l'origine de la *garde seigneuriale*, appelée quelquefois *garde noble* dans la coutume de Normandie, *bail* dans la coutume de Bretagne (1). Cette garde ne s'appliquait qu'aux fiefs nobles, à ce que la coutume de Normandie appelle : *fiefs de haubert* ou *membres de haubert* jusqu'à un huitième (2). Elle donnait au seigneur, jusqu'à ce que l'héritier mineur ou le mari de l'héritière eût atteint l'âge de vingt ans, le droit de prendre tous les *exploits et yssues*, de faire siens tous les fruits. Mais en compensation et par cela seul qu'il y avait garde, alors même qu'elle ne fût pas fructuaire, le seigneur ne pouvait prétendre aucun droit de quint et de relief; ainsi, dans le cas de garde royale, il ne percevait pas les fruits du fief qui était dans sa mouvance, et néanmoins il était privé de tout droit de mutation.

Le gardien avait sur les biens un droit d'usufruit et d'administration; mais obligé de restituer le fief au vassal devenu majeur dans l'état où il l'avait pris, tout acte qui l'aurait mis dans l'impossibilité d'opérer cette restitution lui était interdit; il ne pouvait en aucune façon disposer des biens du mineur; il était responsable du dommage causé par sa faute; et « s'il n'avait pas bien gardé la foy

(1) Bail dérive peut-être de *Bajulus*, terme de basse latinité, qui signifie gouverneur.

(2) Les portions de fiefs de haubert, au-dessous d'un huitième, sont considérées comme terres roturières.

« à celui qu'il avait en garde, » il encourait la déchéance de son droit. Mais, en règle générale et à la différence de ce qui avait lieu dans le droit coutumier anglais, il n'était tenu d'aucune obligation soit envers la personne, soit relativement aux autres biens de son vassal; le plus souvent la garde de la personne n'accompagnait pas la garde du fief.

Cette règle recevait exception dans trois cas seulement :

1° Si le tuteur et les autres parents consentaient à ce que le seigneur reçût la garde de la personne et des autres biens du mineur.

2° Si le mineur ne possédait, pour tout bien, que le fief dont le seigneur reprenait la jouissance, le seigneur était alors obligé de trouver « vivre » advenant et ce qui mestier lui est selon son aage « et la valeur du fief ». Lorsque, parmi les successions qui arrivaient au vassal, figuraient plusieurs fiefs nobles tenus de différents seigneurs, ces seigneurs étaient obligés de contribuer à la « nourriture, entretenement et instruction d'iceluy, chacun pour la quote-part de leurs fiefs et « au marc la livre ».

3° La troisième exception se rattache à la théorie de la *garde royale*, qui prit naissance en Normandie, dès l'origine de la féodalité, qui fut consacrée par le *grant coutumier* au XIII^e siècle, reproduite dans la rédaction officielle de la fin du XVI^e siècle et abolie seulement par la loi des 15-28 mars 1790

(tit. 1^{er}, art. 12). D'abord établie au profit du duc de Normandie, elle passa, quand cette province fut réunie à la couronne, sur la tête du roi de France ; de ducale devint alors royale ; mais, en changeant de nom, conserva toujours son caractère primitif. En vertu des principes qui régissaient cette institution spéciale, le prince avait le droit de comprendre et d'englober dans sa garde tous les fiefs et biens quelconques échus au mineur ainsi que sa personne (1).

Une seconde différence entre la garde royale et la garde seigneuriale consistait en ce que la première se prolongeait jusqu'à vingt-un ans, la seconde jusqu'à vingt ans seulement (2).

Quand le seigneur ou prince avait la garde de la personne, il en résultait que le mineur ne pouvait se marier sans son consentement. Était-ce une femme mineure qui se trouvait héritière d'un fief, la garde prenait fin si, avant qu'elle eût atteint l'âge de vingt ou vingt-un ans, selon les cas, elle se mariait avec le *conseil et licence* du roi ou du seigneur (3). Ce mariage portait préjudice au gardien : l'art. 231 de la coutume de Normandie

(1) Grant coutumier, chap. 33.

(2) *En outre le temps de la garde fini, le vassal demeure toujours en garde, jusqu'à ce qu'il ait obtenu du roi des lettres-patentes de main-levée et icelles fait expédier, — et pour les gardes des autres seigneurs il suffit de leur signifier le passé-âge.*

(3) Art. 227 de la cout. de Normandie.

prévoit le cas où il refuserait d'y consentir : « Si le seigneur étant requis contredit le contrat de mariage, ou refuse de donner son conseil et licence, il peut estre appelé en justice pour en dire les causes, et après la permission de justice la fille aura délivrance de son fief ».

A l'inverse, la fille majeure en épousant un mari mineur faisait rentrer son fief en garde.

SECTION II.

Deuxième période. — Transition de la première forme à la deuxième. — Garde attribuée aux parents du mineur. — En quoi consistait le bail proprement dit. Droits et obligations qui en découlent.

La garde royale et seigneuriale nous est présentée par la plupart de nos anciens auteurs comme ayant été d'abord en vigueur dans toute la France féodale ; mais elle était onéreuse aux seigneurs, qu'elle privait toujours de leur droit de relief et à qui elle imposait quelquefois des charges très-lourdes : ils voulurent s'en affranchir et firent dans ce but avec leurs vassaux des conventions par lesquelles ils renonçaient à prix d'argent à leur droit de bail.

La première convention de ce genre que nous ait conservée l'histoire est celle que signa, en l'an 1275, le duc Jean le Roux, de Bretagne, et

par laquelle il autorisait ses vassaux à se racheter du droit de garde, moyennant l'abandon des revenus d'une année de tous les biens laissés par chacun d'eux à sa mort, soit que l'héritier fût majeur ou mineur.

Ces transactions se multiplièrent, et bientôt la garde seigneuriale tomba en désuétude; à peine conservée dans quelques rares coutumes, elle fit place à la garde des parents, beaucoup plus favorable aux intérêts des mineurs.— Dans l'origine, il est probable que le seigneur désignait celui des parents auquel il entendait que sa renonciation profitât; plus tard, quelques règles s'établirent, et l'on peut distinguer, dans le chaos des lois féodales, trois différents systèmes.

Le premier, consacré dans les Assises de Jérusalem, attribue le bail ou garde *du fief* au survivant des père et mère, à leur défaut, au plus proche parent du lignage d'où procède le fief; et la garde *de la personne* au plus proche des parents de l'autre ligne à qui le fief ne peut jamais échoir. Cette incompatibilité entre les deux qualités de bail et de gardien, établie en défiance des collatéraux: « car
« soupçons est qu'ils vousissent plus la mort des
« enfants que la vie pour la terre qui leur échar-
« rait (1), » souffre exception dans le seul cas où

(1) Liv. 4^{re}, chap. 417, Établissements de saint Louis. V. l'art. 38 de notre loi du 30 juin 1838 sur les aliénés.

l'héritier mineur a son père ou sa mère : l'affection paternelle d'une part et d'autre part, l'impossibilité pour le père et la mère de recueillir le fief, rassurent alors complètement le législateur.

Un second système nous est indiqué par Philippe de Beaumanoir dans ses Coutumes de Beauvoisis. — Le bail ou la garde sont ici réunis dans les mêmes mains; ils appartiennent tous deux au plus proche parent de la ligne d'où provient le fief, sans distinction de sexe. Mais si l'incompatibilité n'existe pas de plein droit, comme dans le système précédent, entre le bail et la garde, elle pourra et devra même être prononcée quand les circonstances l'exigeront : « Li tiers cas, dit Beaumanoir, por lequel
« les enfans purent estre osté hors de la compai-
« gnie d'un bail à celui qui les tient, si est quant,
« cil qui les tient est héritiers d'avoir le droit des
« enfans se ils morussent, et malvese renommée
« laborait contre li et quant on set qu'il a été
« accusés de cas de crieme duquel il ne se delivrera
« pas à s'onnor, car male coze serait con laissast
« enfans à celi qui est mal renommés par son vilain
« fet (1). »

La séparation du bail et de la garde, très-nette et très-tranchée dans les Assises de Jérusalem, affaiblie dans les Coutumes de Beauvoisis, s'efface complètement dans un autre coutumier du XIII^e siècle :

(1) Coutume de Beauvoisis, chap. 21, no 14.

li droict et lis coustumes de Champaigne et de Brie. Ce sont trois étapes, trois phases successives dans l'histoire de l'institution dont nous suivons les développements à travers le moyen âge : nous nous rapprochons ainsi peu à peu de sa nouvelle et dernière forme, que nous étudierons dans une autre section sous le nom de *garde noble* ou *bourgeoise*.

Si l'héritier mineur n'avait plus ni père ni mère, ni aucun autre parent appelé à prendre le bail; ou si ceux qui devaient le prendre y renonçaient, on retombait dans la garde seigneuriale, en ce sens que le seigneur en avait tous les droits et tous les avantages sans les charges et les obligations : il percevait les fruits et ne payait pas les dettes; les créanciers du vassal décédé attendaient pour exercer leurs droits la majorité de l'héritier qui devait les désintéresser sans aucun recours contre le seigneur. Ce dernier était tenu seulement, au cas « où il n'ia nul vilenage des quix li enfant puisse « être soutenu, de lor livrer vesture et pasture » et, en règle générale : « avant doit-il mettre taille « sur ses sougés que li enfant muirent par défaut « de norreture (1). »

Le bail finissait :

1° *Par la venue en aage d'es sous-aagiés.* — La majorité était généralement fixée à douze ans pour les femmes et à quinze ans pour les hommes. Le

(1) Coutume de Beauvoisis, chap. 15, n° 17.

vassal devait en établir la preuve devant la cour de son seigneur; voici, d'après les anciens usages d'Artois (chap. 29), la procédure suivie à cette occasion : « S'il est débatu dou bail qui li sous
« aagié n'a mie son aage et li enfès die que si a, il
« doibt faire adjourner son bail par devant son sei-
« gneur et doibt dire en tele manière : Sire en bail
« a été dusquel aujourd'hui plus ne voel estre ; car
« je ai mon aage accompli, dont je requère que
« vous me rechevez en vostre foi et en vostre hom-
« mage et vous en offre le bouce et les mains. »

Si l'héritier, parvenu à sa majorité, consent à rester en garde, il le peut, mais à condition que cette prolongation de bail n'aura pas été frauduleusement concertée entre le mineur et son gardien pour frustrer le seigneur du droit de rachat (*pour apeticier le droit du seigneur*).

Le demoiselle majeure qui épousait un mineur retombait en garde, à moins que *par débonnèreté*, on ne lui permit de desservir son fief. Aussi, dans la crainte que le seigneur, intéressé à lui trouver un mari mineur, ne lui fit faire un mauvais mariage, on accordait en pareil cas aux parents de l'héritière un droit de surveillance et un recours en justice ;

2° *Par le mariage de l'héritière*, dans les pays du moins où aucun âge n'était fixé comme lui donnant le droit de faire hommage de son fief ;

3° *Par la forfaiture*, ou violation par le bail de la foi due au seigneur ; celui-ci prenait alors le fief

en sa main jusqu'à la majorité de l'héritier, sans se soumettre, toutefois, aux charges et obligations du bail ordinaire.

Le bail avait la propriété de tous les meubles appartenant au mineur ou qui lui arrivaient pendant la durée du bail, à l'exception de ce qui leur était donné ou laissé « en testament d'autrui; car « ce lor doist estre gardé dus qu'à tant qu'ils soient « en aage (1). » Quant au fief, il en prenait *toz les espolis*, c'est-à-dire « tous les fruits, à l'exception du *ronci de service* ou cheval de guerre qui ne devait être fourni qu'une fois par chaque vassal et qui dès lors ne constituait pas à proprement parler un revenu périodique. — Le bail pouvait, en outre, engager le fief pour tout le temps que durerait sa jouissance, mais pas au-delà (2).

A l'inverse, le bail était soumis à des obligations de diverses natures :

Et d'abord il devait rendre au seigneur l'hommage avec toutes ses conséquences; il devenait par là temporairement son vassal; et, comme tel, chargé du service du fief, il était tenu d'en faire le rachat, « *quicumque tenet ballum debet facere rachatum* », moyennant l'abandon des revenus pendant une année (3); faute par lui de faire hommage au sei-

(1) Coutume de Beauvoisis, chap. 15, n° 10.

(2) Sous le Code Napoléon, il est généralement admis que l'usufruitier légal ne peut pas hypothéquer son droit.

(3) Assises du 1246. Coutume de Beauvoisis, chap. 15, n° 3

gneur, ce dernier reprenait le fief et le tenait « autant de tans sans home, cōme cil qui en dut être ses hons le tint sans seigneur. »

On excepte de cette première classe d'obligations le survivant des père et mère, à moins que la mère ne vienne à se remarier, auquel cas le bail passe à son nouveau mari, qui doit l'hommage et le rachat.

En second lieu, le bail n'ayant qu'une jouissance temporaire du fief, doit veiller à la conservation et à l'entretien des biens qu'il devra plus tard restituer; on peut assez exactement le comparer à ce qu'est aujourd'hui chez nous un grevé de substitution.

En compensation du droit de propriété qu'on lui reconnaissait sur les meubles et du droit d'usufruit qui lui était attribué sur le fief, le bail était soumis à l'obligation rigoureuse d'acquitter toutes les dettes du mineur: *qui bail prend quitte le rend*. — Si le mineur avait plusieurs baillistres, ce qui arrivait quand il avait recueilli un fief du côté paternel et un fief du côté maternel, ils se partageaient proportionnellement les dettes. — On conçoit d'après cela que le bail comme l'hérédité peut entraîner des charges souvent fort onéreuses; aussi, de même que nul n'est héritier qui ne veut, de même nul n'est contraint à prendre bail; il faut une acceptation expresse ou tacite; mais une fois faite, elle est irrévocable.

L'acceptation opère une sorte de novation du

droit des créanciers : à dater de ce moment, c'est le bail qui devient leur débiteur, c'est lui seul qu'ils doivent poursuivre, et s'ils négligent de se faire payer par lui, ils n'ont plus aucun recours contre l'héritier devenu majeur; à moins cependant qu'ils se soient trouvés dans l'impossibilité d'exercer leurs droits, soit par suite de l'insolvabilité du bail survenue avant qu'il ait payé les dettes, soit par suite d'un délit commis par le bail et entraînant pour lui la perte du fief, soit par l'effet de l'absence du créancier pendant toute la minorité de l'héritier. Dans ces trois cas, les créanciers n'ayant rien à se reprocher, il est de toute justice qu'ils puissent exiger leur paiement de l'héritier. C'est contre lui qu'ils agiront également si la dette ne devient exigible qu'après sa sortie du bail; mais dans ce cas l'héritier tenu de payer aura un recours utile contre son ancien bail.

Dans les coutumes même qui déclaraient incompatibles la qualité de baillistre et celle de gardien de la personne, à fortiori dans celles où ces deux qualités se réunissaient sur la même tête, l'entretien du mineur était une des charges du bail, et si les revenus du fief ne suffisaient pas *au vivre ne à la vesture* de l'héritier, le baillistre devait prendre le surplus sur les revenus de ses biens personnels (1).

(1) Coutume de Beauvoisis, chap. 15, n° 6.

Une dernière obligation qui peut être considérée comme la sanction de toutes les autres, consistait dans la nécessité de fournir certaines sûretés et garanties, suivant les cas, et notamment pour la conservation en bon état des héritages du mineur; pour la restitution des revenus des vilenages; pour le paiement des dettes dans l'hypothèse unique où « le bail maint hors du pais ou hors de la castellerie là ù li bax siet et il n'a point d'éritage en le-
« dite castellerie qui soit soufisans as detes paier
« qu'il doit par le reson du bail, et il en veut porter
« les levées du bail (1). » Enfin, pour le mariage de l'héritier (2), quand le bail avait la garde de sa personne : « Por ce que maint mariage porraient
« estre fet qui ne seraient pas convenables de chix
« ou de celes qui sont en autrui bail ou en autrui
« garde, il ost resons que cil qui en a le bail ou le
« garde faco bonne seurté as amis prochains de
« l'un costé ou de l'autre qu'il ne le mariera pas sans
« lor conseil; et s'il ne veut faire le seurté, la
« garde des enfants li doibt estre ostée et les doibt
« on mettre en la garde d'aucun prodrome ou
« d'aucune prode femme du lignage qui cette
« seurté voille fere (3). »

Lorsque la garde de la personne accompagnait

(1) Coutume de Beauvoisis, chap. 45, n° 24.

(2) Idem chap. 45, n° 31.

(3) Idem chap. 45, n° 30.

la jouissance du fief, comme cela avait lieu en Beauvoisis, le bail constituait alors une véritable tutelle et l'héritier ne pouvait faire aucun acte valable sans l'auctorité du bail.

SECTION III.

Troisième période. — Nouvelle transformation du droit de bail. — De purement réel, il devient personnel ; et de féodal, nobiliaire. — Garde noble et garde bourgeoise.

Durant la période que nous avons parcourue dans la section précédente, le droit de bail ne pouvait s'appliquer qu'à un fief, *bail si est de fief*. Ce principe était de l'essence du régime féodal ; mais ce régime ne régna pas longtemps sans mélange : la noblesse du sang tendit bientôt à remplacer la noblesse de la terre ; les institutions, de purement féodales et réelles qu'elles étaient d'abord, devinrent personnelles et nobiliaires, et le droit de bail se transforma en droit de garde noble. D'autre part, des tempéraments, des restrictions furent apportés aux droits du gardien sur les biens du mineur, et l'on chercha à corriger les abus qui s'élevaient de tous côtés. On se montra plus particulièrement soupçonneux et sévère pour les collatéraux, et c'est au point que dans quelques coutumes on leur interdit même d'être gardien.

Il nous reste, pour compléter cette rapide esquisse, à dire quelques mots de la garde noble et bourgeoise et des principes qui la régissaient dans la plupart des coutumes en 1789.

La garde noble, —prérogative de la noblesse du sang, qui ne peut être déferée qu'à des nobles et sur des enfants nobles, appartient toujours au survivant des père et mère; à leur défaut, dans certaines coutumes, aux aïeuls et aïeules; dans d'autres, aux collatéraux ou à certains d'entre eux; quelquefois, parmi les collatéraux, le frère aîné seul est appelé; quelquefois aussi, par un souvenir du droit féodal, c'est le plus proche parent du côté d'où procède l'héritage.

En règle générale cependant, les collatéraux sont exclus (1). Dans les coutumes qui, par exception, les admettent (2), ils ne viennent qu'en troisième ligne, les père et mère formant le premier degré, et les autres ascendants, le second. Un degré ne peut venir que lorsque le degré précédent n'a pas recueilli. Il est de principe que la garde noble ne se réitère jamais, en d'autres termes qu'il ne peut y avoir qu'une garde des mêmes mineurs. Quand donc le survivant des époux qui l'exerce vient à

(1) V. les procès-verbaux de la rédaction de la coutume de Troyes, 1508, et de l'ancienne coutume de Paris, 1510.

(2) Coutumes de Paris et d'Orléans.

mourir, elle s'éteint définitivement, et ne peut plus passer aux aïeuls et aïeules (1).

Le gardien ne pouvait administrer les biens d'autrui que s'il jouissait de sa capacité civile ; si donc il avait été jugé incapable d'administrer sa propre fortune, s'il avait été interdit pour démence ou prodigalité, il était exclu de la garde (2). L'ascendant mineur la conservait néanmoins ; le mariage l'avait émancipé. — Mais le collatéral, quand il était gardien, devait être majeur de vingt-cinq ans.

Dans certaines coutumes on assimilait le parent qui devait exercer la garde à un *heres extraneus*, et on exigeait de sa part, comme autrefois en matière de bail féodal, une acceptation ; la coutume de Paris voulait même que cette acceptation se fit en jugement. La coutume d'Orléans, appliquant au contraire les principes de la saisine, déférait la garde *ipso jure*, mais bien entendu avec faculté de renoncer. — Si l'on avait renoncé à la garde de quelques-uns de ses enfants, pouvait-on accepter pour les autres, ou réciproquement ? Oui, dit

(1) Cela vient de ce que l'on considérait la garde comme très-défavorable aux enfants mineurs. — Il n'en est plus de même aujourd'hui. Quand le père usufruitier légal vient à mourir, l'usufruit passe à la mère qui le conserve jusqu'à la majorité de l'enfant.

(2) Ce principe, adopté par plusieurs coutumes, repoussé par d'autres, ne peut recevoir aucune application aujourd'hui : l'interdiction du père ou de la mère survivante ne fait obstacle qu'au droit d'administration ou de tutelle, non au droit de jouissance légale.

Pothier; car il y a autant de droits de garde qu'il y a d'enfants, et ces droits sont parfaitement distincts; mais la plupart des jurisconsultes proscrivent cette renonciation partielle comme révélant un calcul d'avarice ou quelque injuste prédilection qui choque au moins la bienséance.

Quelquefois on est privé de la garde par le fait d'un tiers. Cela a lieu quand la personne sur la succession de laquelle est accordé le droit de garde enlève dans son testament cette prérogative au gardien; et, d'après certaines coutumes (Chauny-Laon), lorsque l'aïeul, offrant d'accepter la garde sans profit, l'emporte sur le survivant des père et mère, qui ne voulait pas se contenter de cette espèce de tutelle légitime.

Droits du gardien. — Sur les immeubles le gardien a un droit d'usufruit restreint, par certaines coutumes, aux tenures nobles. — Sur les meubles, il a un droit de pleine propriété sans charge de restitution. Ce droit exorbitant s'explique par le peu de cas que l'on faisait, au moyen âge, de la fortune mobilière : *Res mobilis vilis*; cet adage ne manquait pas alors de vérité; mais à mesure que la richesse mobilière s'accrut et se développa, l'ancien principe dut être modifié. Un cri s'éleva contre ce qu'on appelait : *Deprædatio bonorum pupill*. Quelques coutumes restreignirent les droits du gardien à un simple usufruit sur les meubles; d'autres ne laissèrent pas même subsister cet usu-

fruit, et proclamèrent qu'à l'avenir les meubles ne tomberaient pas en garde, que le gardien aurait seulement sur eux un droit d'administration (1). Mais cette révolution ne fut ni aussi complète, ni aussi générale qu'elle eût dû l'être; de nombreuses coutumes conservèrent l'ancien principe avec quelques tempéraments : ainsi, tout en maintenant le droit de propriété du gardien, on en excepta la légitime du mineur et les meubles les plus importants, tels que les actions en emploi ou en reprise de deniers stipulés propres que l'époux prédécédé avait contre la communauté. On distingua aussi entre les biens qui appartenaient au mineur lors du décès du prémourant des conjoints, et les biens qui lui advenaient plus tard : certaines coutumes exclurent du droit de garde cette dernière classe de biens.

Obligations du gardien. — Elles étaient plus étendues quand la garde et la tutelle, qui ne sont nullement incompatibles, reposaient sur la même tête. D'après la coutume d'Orléans, le gardien noble était en cette seule qualité tuteur légitime; la coutume de Paris permettait seulement de lui déférer la tutelle, il n'en jouissait pas de plein droit.

Quoi qu'il en soit, les obligations du gardien se rapportaient soit à la personne, soit aux biens du mineur.

(1) Art. 267, coutume de Paris.

Il devait pourvoir à l'entretien de la personne, lui faire donner une éducation proportionnée à sa naissance et à ses facultés. A l'égard des biens, il était considéré comme un usufruitier, obligé de les administrer, de les entretenir dans l'état où il les avait reçus, de faire les frais des procès relatifs à la jouissance, d'avancer les frais des procès relatifs à la propriété : on lui imposait en outre, dans les coutumes qui lui accordaient la propriété des meubles, la charge des dettes mobilières; c'était la pure et logique application du principe : *là où va l'actif mobilier, là va le passif mobilier*. Mais dans les coutumes qui lui refusaient la propriété des meubles, il y avait une sorte de contre-sens et d'iniquité à lui faire subir néanmoins la charge des dettes mobilières : quelques rares coutumes y avaient remédié en supprimant cette obligation qui n'avait plus son principe dans un droit corrélatif; mais la plupart, esclaves de la tradition, n'avaient pas osé secouer aussi complètement le joug; elles s'étaient bornées à quelques modifications ou restrictions.

Remarquons ici qu'à la différence de ce qui avait lieu autrefois pour le bail féodal, l'acceptation de la garde ne libérait point le mineur à l'égard de ses créanciers; ceux-ci désormais avaient deux débiteurs au lieu d'un et pouvaient s'adresser à leur choix soit au mineur soit au gardien; mais le mineur qui payait avait en général un recours contre son gardien pour se faire indemniser.

Parmi les charges que le gardien était tenu d'acquitter, certaines coutumes rangeaient expressément les frais funéraires du prédécédé dont la mort avait donné ouverture à la garde; et même, pour les coutumes qui ne s'étaient pas expliquées sur ce point et qui avaient dit d'une manière générale que les dettes sont à la charge du gardien, la doctrine comprenait parmi ces dettes les frais funéraires, parce motif que s'ils ne sont pas des dettes du défunt, au moins sont-ils en un sens dettes de la succession, puisque la succession en est tenue par rapport à la personne du défunt. Les legs eux-mêmes, surtout quand ils étaient modiques, étaient assimilés aux dettes héréditaires.

Dans certaines coutumes, le gardien noble n'était tenu des dettes et charges que jusqu'à concurrence de son émolument; mais dans beaucoup d'autres, notamment dans celles de Paris et d'Orléans, la garde noble était une espèce de marché et forfait que le gardien était censé faire avec ses mineurs; par lequel il s'engageait, tout en profitant des bénéfices, à supporter les pertes, et contre lequel, s'il l'avait fait étant majeur, il n'était nullement restituable. Aussi le législateur en avait-il assuré la rigoureuse exécution au moyen de certaines garanties spéciales.

Le gardien devait faire inventaire dans un délai de trois mois à partir de la mort du *de cuius*; s'il laissait passer ce délai, il n'acquerrait l'émolument

de la garde qu'à dater du jour où il avait satisfait à cette obligation, et il devait compte de tous les revenus perçus auparavant. Telle était du moins l'opinion générale : Dumoulin la combat, il est vrai, par un argument que Pothier trouve décisif : *omisso (inventario), non desinit facere fructus suos, quia inventarium nihil commune habet cum fructibus*. Mais c'est là précisément ce qu'il faut démontrer : ne peut-on pas considérer, en effet, la confection de l'inventaire comme une condition préalable de l'accomplissement de laquelle dépend l'acquisition des fruits ?

En principe, le gardien noble n'était pas astreint à fournir caution. Cependant la coutume de Berry exigeait cette garantie du collatéral, et la coutume d'Orléans de celui qui épousait en secondes nocces une gardienne noble.

La garde noble finissait :

1° *Par la majorité de l'enfant* ; à Paris, la majorité était fixée à vingt ans pour les mâles, à quinze ans pour les filles ; à Orléans, par un souvenir du droit germanique, à vingt ans *un jour* pour les mâles, à quatorze ans *un jour* pour les filles.

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

3° *Par le mariage* de la mineure, par celui du mineur, dans toutes les coutumes où le mariage émancipe.

4° Dans quelques coutumes, par le second mariage du gardien.

5° Par la mort naturelle ou civile du gardien ou du mineur.

6° Par la perte de la noblesse.

7° Par l'inexécution des obligations imposées au gardien. L'impudicité notoire de la gardienne était quelquefois considérée comme une cause de destitution de la garde.

Dans quelques villes, notamment à Paris et à Calais, la bourgeoisie, constituant une sorte de noblesse, donnait le droit d'avoir la garde : « Par
« l'usage et coutume notoire en la ville et banlieue
« de Paris, le survivant des deux mariés, tant
« soient-ils gens de poeste, a la garde de leurs en-
« fants et fait les fruits siens des héritages en les
« nourrissant, tout ainsi comme il est accoutumé
« entre nobles; et pour raison de la noblesse des
« susdite et à cause d'icelle noblesse, tous bour-
« geois de ladite ville sont en la sauvegarde du
« roy (1). »

La garde bourgeoise était toute favorable aux intérêts des mineurs. Elle finissait à quatorze ans pour les mâles, douze ans pour les filles. A la diffé-

(1) Grand coutumier, fol. 87. — Ce privilège des bourgeois de Paris fut formellement consacré par Charles V en 1371, et par Charles VI en 1390. V. aussi cout. de Paris, art. 266.

rence de la garde noble, elle pouvait se réitérer. Elle ne se perdait pas par le changement de domicile.

Il y avait enfin un certain nombre de coutumes (1) qui accordaient le droit de garde, sans exiger la noblesse, ni même la bourgeoisie : les principes suivis dans ces coutumes peuvent être considérés comme une transition, comme un acheminement vers notre usufruit paternel.

(1) Coutumes de Berry, de Montfort-l'Amaury.

CODE NAPOLEON.

USUFRUIT PATERNEL.

PRÉLIMINAIRES.

Notre puissance paternelle est, comme le *mundium germanique*, un pouvoir de protection et de garde tout favorable aux enfants mineurs, uniquement destiné à défendre leur faiblesse, à guider leur inexpérience, à sauvegarder leurs intérêts. Elle impose à ceux qui l'exercent des obligations de toute sorte et ne leur procure le plus souvent, en retour des sacrifices qu'elle exige, aucune récompense, aucune indemnité. Cependant, lorsque l'enfant a des biens personnels, le législateur a voulu faire participer le père et la mère à cette fortune qu'ils administrent; il leur en a accordé l'usufruit

comme une juste indemnité du devoir d'éducation. De cette façon la famille ne reste pas étrangère au bien-être et à l'aisance d'un de ses membres; l'égalité se maintient entre les frères et sœurs qui reçoivent tous la même éducation. Et si l'on considère d'ailleurs qu'attribué au survivant des époux, l'usufruit légal, en l'empêchant de tomber de l'opulence dans la gêne, lui évite le plus souvent un brusque changement dans ses habitudes; qu'il y a peu d'inconvénients à enrichir les père et mère aux dépens de l'enfant, puisque celui-ci retrouvera probablement cet accroissement de fortune dans leur succession; et, d'autre part, que l'obligation de rendre compte des fruits perçus pendant un grand nombre d'années aurait fait naître entre le père ou la mère et son enfant des débats fâcheux qu'il importait de prévenir; on comprendra l'utilité, la moralité d'une institution qui resserre les liens de famille, attache une récompense à l'accomplissement des devoirs les plus sacrés, prévient de tristes scandales, enrichit un père et une mère sans nuire à leur enfant.

Cette utilité, cette moralité apparaîtront mieux encore, si l'on veut bien considérer en outre que l'usufruit légal est une récompense de la paternité *légitime*, et qu'il n'est accordé aux père et mère naturels qu'à dater du moment où leurs enfants ont été légitimés par un mariage subséquent (article 383, C. Nap.).

Le droit de jouissance attribué par la loi aux père et mère sur les biens de leurs enfants est qualifié d'*usufruit* dans l'art. 604 ; est-ce à dire qu'il est soumis sans exception à toutes les règles qui régissent l'usufruit ordinaire ou conventionnel ? Nous ne le pensons pas : le soin que le législateur semble avoir mis dans notre titre même, au siège de la matière, à éviter l'emploi de cette dénomination (1), nous avertit qu'il s'agit ici d'un usufruit *sui generis*, ayant un caractère propre et des règles spéciales. Ce caractère, c'est d'être inhérent à la puissance paternelle ; ainsi s'expliquent la limite fixée à sa durée (dix-huit ans, émancipation), les charges particulières auxquelles il est soumis (art. 385) ; de là découle aussi l'inaliénabilité que lui attribue la doctrine. Si l'usufruit paternel est inaliénable, il ne peut être ni cédé, ni hypothéqué, ni saisi par les créanciers (nonobstant les art. 593, 2148, 2204, C. Nap.) ; comme la puissance paternelle elle-même, il est hors du commerce. Admettez un moment que le père puisse céder son droit, ce sera donc le cessionnaire qui désormais administrera les biens de l'enfant, qui règlera les dépenses d'entretien et d'éducation, charges nécessaires de l'usufruit légal ? Mais la loi veut que ce soit le père. D'autre part, le père à qui l'aliénation de l'usufruit n'aura pas pu faire perdre le droit d'émanciper son enfant, restera-t-il le

(1) V. les art. 384, 387, 389, 453, C. Nap.

maître d'éteindre l'usufruit par cette émancipation avant le temps où il devait régulièrement finir, et tiendra-t-il le cessionnaire à sa merci ? Cela est inadmissible. Même en écartant toutes ces impossibilités, une dernière et très-grave considération devrait nous arrêter encore : le cessionnaire exposé, par la mort du père, par la mort du fils, à de nombreuses chances d'extinction, n'acquerrait qu'à vil prix, et le législateur n'a certainement pas voulu que la puissance paternelle pût être compromise et dégradée par un pareil trafic.

De tout ceci il résulte que notre usufruit légal, à la différence de l'usufruit attribué par les lois romaines au père de famille sur les biens du pécule adventice, n'est pas, à proprement parler, un véritable démembrement de la propriété de l'enfant mineur ; et ce qui tendrait à le prouver, c'est qu'il n'est soumis à aucun droit de mutation (1).

Mais si le droit même d'usufruit ne peut être cédé à un autre, les fruits qu'il produit peuvent être vendus, échangés, donnés, saisis par les créanciers du père, déduction faite toutefois des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant ; les créanciers ne sauraient avoir, en effet, plus de droits que leur débiteur. S'ils prétendaient que le chiffre de la déduction est trop élevé, les tribunaux en seraient juges.

(1) L. des 29 septembre, 9 octobre 1791.

La loi n'exige pas que l'usufruitier légal perçoive lui-même tous les revenus; rien ne s'oppose donc à ce qu'il afferme les biens dont il a la jouissance; ce sera même assez souvent le meilleur moyen d'assurer une bonne exploitation.

SECTION 1^{re}.

A qui appartient l'usufruit légal. — Conditions de capacité requises chez celui qui l'exerce. — Effets de sa renonciation.

Attribut de la puissance paternelle, l'usufruit légal appartient, comme cette puissance elle-même, au père, durant le mariage, et après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère; jamais à des ascendants du degré supérieur, ni à des collatéraux.

Si pendant le mariage le père est dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, à qui appartiendra l'usufruit? au père qui n'exerce pas cette puissance, ou à la mère à qui en est passé l'exercice? Sans doute le texte de l'art. 384, pris isolément, semble rendre toute controverse impossible; on fait remarquer néanmoins que cet article est rédigé comme les art. 373 et 389, qu'on est convenu d'interpréter de telle sorte, qu'en cas d'in-

capacité du mari, l'exercice de la puissance paternelle et l'administration légale passent à la mère, et l'on conclut qu'il en doit être de même pour l'usufruit paternel. — Il est juste, ajoute-t-on d'ailleurs, que lorsque la mère a les charges de l'éducation, elle en ait l'indemnité.

Quelque parti que l'on prenne dans cette controverse, soit que l'on suive le texte à la lettre, soit qu'on s'en écarte dans certaines hypothèses, il est des points sur lesquels on est à peu près d'accord ; ainsi il est assez généralement admis que le père conserve l'usufruit, alors même qu'il est privé de l'exercice de la puissance paternelle, si cette privation a pour cause une impossibilité physique, une présomption d'absence ou une interdiction : alors, en effet, le droit du père subsiste en dépit du fait accidentel et momentané qui en suspend l'exercice : la femme n'est que son délégué, son mandataire, elle lui doit compte des bénéfices perçus en cette qualité, car le mandat est naturellement gratuit. Ce serait lui faire injure que de supposer qu'elle remplira moins bien ses devoirs et que son dévouement sera moindre, s'il n'est pas soutenu et stimulé par l'appât des récompenses.

Les auteurs ont plus de peine à se mettre d'accord dans l'hypothèse où le père est déchu de son droit, aux termes de l'art. 335 du Code pénal ; la plupart attribuent alors l'usufruit légal à la mère qui l'exerce pour son compte ; sans cela, il faudrait

décider qu'il vient se rejoindre à la nue propriété, sauf à s'en séparer de nouveau lors de la dissolution du mariage par la mort du mari; or en vertu de quelle loi fera-t-on renaître ainsi un usufruit éteint? Ces arguments ont quelque valeur; ils ne sauraient néanmoins nous convaincre en présence du texte formel de l'art. 384 : La femme n'a droit à l'usufruit des biens de ses enfants qu'à la dissolution du mariage; le mariage n'est pas dissous, donc elle n'est pas usufruitière. Si l'on raisonne autrement dans le cas de l'art. 373, c'est que, rapproché de l'article précédent, il se prête et s'accommode à une interprétation un peu large. Et quant à l'argument tiré de l'art. 389, il est facile d'y répondre en faisant observer que la translation du père à la mère de l'administration légale est juridiquement possible; que l'art. 441 nous en offre un exemple pour le cas d'absence du mari, et qu'il n'est pas contraire à l'esprit de la loi de l'admettre dans des cas entièrement analogues; que d'ailleurs l'administration légale, toute dans l'intérêt des mineurs, ne saurait être comparée à l'usufruit, qui a été créé en faveur des parents et qui porte, jusqu'à un certain point, préjudice à la fortune des enfants. On peut ajouter, dans un autre ordre de considérations, que si l'on transportait à la mère l'usufruit dont le père se trouve déchu aux termes de l'art. 335 du Code pénal, celui-ci en profiterait indirectement toutes les fois qu'il serait marié sous le régime de la

communauté, qui est le droit commun de la France ; qu'alors même qu'il serait marié sous un autre régime, il en profiterait encore, puisqu'il vit avec sa femme, et que le bien-être de l'un des époux est nécessairement partagé par l'autre. Or la loi n'a pas dû vouloir que le père recouvrât par une voie détournée tout ou partie des avantages dont elle l'avait totalement privé. En conséquence, nous pensons que sous la réserve du droit éventuel de la mère pour le cas de survie, l'usufruit n'existera en attendant pour personne, et que c'est à l'enfant propriétaire que profitera la déchéance.

Les père et mère étrangers peuvent-ils réclamer la jouissance légale des immeubles situés en France et appartenant à leurs enfants mineurs de dix-huit ans ? Les immeubles situés en France sont régis par la loi française ; l'usufruit appartient, à certains égards, au statut réel ; il semble donc au premier abord que l'art. 384 s'applique aux étrangers comme aux Français. Mais nous avons déjà fait remarquer que cet usufruit n'est pas, à proprement parler, un véritable démembrement du droit de propriété ; c'est plutôt un attribut, un accessoire de la puissance paternelle, et comme tel il doit être soumis à la loi personnelle de l'étranger ; les parents étrangers n'auront donc chez nous l'usufruit légal qu'autant que ce droit leur sera reconnu par la législation de leur pays, qui règle leur état et leur capacité.

L'usufruitier légal n'a pas besoin d'être doué de capacité juridique. Ainsi l'interdit, qui était autrefois incapable de la garde noble, conserve aujourd'hui tous ses droits, sauf à voir passer en d'autres mains l'administration des biens, qui se distingue parfaitement de la jouissance.

L'usufruit est déferé de plein droit; c'est du moins ce que l'on conclut généralement du silence du Code à cet égard. On ne saurait se prévaloir contre cette conclusion de ce que certaines coutumes exigeaient l'acceptation de la garde noble, car cet usage n'était pas général; il n'était pas admis notamment dans la coutume de Paris.

Mais si l'acceptation se présume, la renonciation, au contraire, doit être faite expressément par une déclaration formelle devant un notaire ou devant un conseil de famille; ce changement de volonté ne produit ses effets que dans l'avenir; il n'efface pas les conséquences nécessaires, irrévocables de l'acceptation dans le passé. L'usufruitier ne pourra donc pas se débarrasser des charges attachées à ce titre jusqu'au moment où il a cessé de l'avoir; et si l'enfant est mort quelques jours après l'acceptation du père, celui-ci, quoique privé des revenus sur lesquels il comptait, ne sera pas moins tenu des charges *ultra vires emolumenti*; il a fait une espèce de forfait; il s'est soumis volontairement à un aléa, à des chances de gain et de perte; il ne

saurait se plaindre de ce que l'événement n'a pas répondu à ses espérances.

La renonciation peut être faite par le père durant le mariage, et après sa dissolution par le survivant des époux. Elle peut avoir lieu de deux manières : directement par une renonciation formelle, ou tacitement par l'émancipation. Dans le premier cas nous accordons aux créanciers du renonçant la faculté d'intenter l'action Paulienne aux termes de l'art. 622 du Code Napoléon. Cette action n'était pas admise dans notre droit coutumier en matière de garde (1), et de nos jours encore certains auteurs la refusent aux créanciers (2), sous prétexte que l'usufruit légal, étant une conséquence de la puissance paternelle, doit être considéré comme un droit attaché uniquement à la personne du débiteur; que d'ailleurs, à raison de sa durée et des charges particulières qui l'affectent, il est d'une importance moindre que l'usufruit ordinaire; que les créanciers n'ont pu y compter comme sur une garantie de leurs droits, et que son abandon s'explique par des motifs qui écartent le plus souvent tout soupçon de fraude. Ce raisonnement tend à prouver que l'action Paulienne recevra rarement son application en matière d'usufruit légal, mais il ne l'exclut pas

(1) Nouveau Denizart, t. 9, v° Garde-noble, § 6, n° 42; Serres, liv. 2, tit. 8, p. 494.

(2) Proudhon, Usufruit, t. 5, n° 2397.

d'une manière absolue, et nous ne voyons pas pourquoi on refuserait de l'admettre, lorsque d'ailleurs toutes les conditions requises pour son exercice se trouvent réunies. Aucun texte de loi ne prohibe en effet la saisie et la vente des revenus de l'usufruit légal, déduction faite de la somme nécessaire pour suffire aux charges dont il est grevé; les créanciers du père ont dû compter sur ces revenus, qui peuvent être considérables; si donc le père, dans l'intention de s'appauvrir à leur préjudice, abandonne ce gage de leurs créances et en fait à ses enfants une libéralité frauduleuse, nous ne voyons pas pourquoi on leur refuserait une réparation dont le principe est écrit dans les articles 1167 et 622, et qui ne porte aucune atteinte à la puissance paternelle.

Il en sera différemment si l'usufruit légal s'éteint par l'effet de l'émancipation; nous n'hésiterons pas alors, malgré la vive controverse qui s'était élevée dans l'ancien droit sur cette partie de la question et qui se poursuit encore aujourd'hui, à décider que dans ce cas l'action révocatoire ne peut pas être exercée. L'émancipation contient, il est vrai, une renonciation tacite à l'usufruit légal; mais cette renonciation n'est que la conséquence de l'exercice de la puissance paternelle. Or la puissance paternelle doit s'exercer librement, elle ne saurait être soumise au contrôle des créanciers. Sans cela il faudrait admettre que les créanciers

pourront faire révoquer l'émancipation, et que si elle résulte d'un mariage, ils peuvent même faire annuler le mariage. Et pourquoi leur accorder ce droit exorbitant? Pour un intérêt pécuniaire bien minime, puisque l'émancipation ne peut avoir lieu qu'à l'âge de quinze ans, c'est-à-dire trois ans avant l'extinction légale de l'usufruit.

Peut-on par contrat de mariage renoncer à l'usufruit des biens des enfants à naître du mariage? Pothier répondait affirmativement. On peut bien, disait-il, par un contrat de mariage renoncer à une succession future; pourquoi les conjoints ne pourraient-ils pas pareillement renoncer au droit de garde noble? Mais aujourd'hui il n'est plus permis de renoncer, même par contrat de mariage, à une succession future (1). Donc l'opinion de Pothier se retourne contre ceux qui l'invoquent. Néanmoins on l'a reproduite et soutenue par de nouvelles considérations. Pour que cette renonciation anticipée fût défendue, il faudrait, a-t-on dit, qu'elle fût contraire à l'ordre public ou à quelque disposition de la loi. L'ordre public ne saurait être blessé par une clause qui favorise les enfants sans diminuer les droits de la puissance paternelle sur leur personne. Quant à la loi, elle ne l'a certainement pas prohibée dans l'art. 1388, qu'invoque à tort l'opinion contraire. Nous reconnaissons que ce raison-

[(1) Art. 791, 1130, 1389 du Code Napoléon.

nement est exact , et que si la négative n'avait pas d'autres arguments à faire valoir que le texte de l'art. 1388 , elle succomberait nécessairement ; il est faux de dire que l'usufruit légal étant un des attributs de la puissance paternelle , la loi , qui défend aux époux de déroger , dans leur contrat de mariage , aux droits conférés au survivant par le titre de la puissance paternelle , défend par là même de renoncer à l'usufruit légal. Cet usufruit n'est nullement un attribut essentiel de la puissance paternelle ; dans la pratique , en effet , on n'a jamais contesté au père le droit de renoncer pendant le mariage à l'usufruit légal ; or , si c'était un des éléments indispensables de la puissance paternelle , il ne pourrait pas plus y renoncer pendant le mariage qu'il ne le peut avant , au moment du contrat.

L'argument tiré de l'art. 1388 doit donc être mis de côté ; mais nous n'en avons pas besoin pour arriver à la solution négative ; il nous suffit du texte de l'art. 906 , qui exige , pour qu'une libéralité soit valable , que la personne à qui elle s'adresse soit déjà conçue. Or nous sommes ici dans le cas de cet art. 906 ; la renonciation à l'usufruit par le père constitue une libéralité , et cette libéralité s'adresse aux enfants à naître du mariage , enfants non encore conçus. Donc elle doit être déclarée nulle.

SECTION II.

A quels biens s'applique l'usufruit légal ?

L'usufruit légal en principe est universel ; il s'applique même à l'usufruit légué à l'enfant. Cependant certains biens en ont été affranchis par la loi, ce sont :

1° *Les biens que les enfants acquièrent par un travail ou une industrie séparés* (1). Ils constituent une sorte de pécule plus étendu que ne l'étaient autrefois les pécules castrense et quasi-castrense, mais qui néanmoins ne peut jamais devenir très-considérable, puisqu'il ne s'agit aujourd'hui que de mineurs au-dessous de dix-huit ans : c'est une récompense donnée au travail et à la bonne conduite ; pour la mériter il faut et il suffit que l'enfant exerce une profession distincte, séparée ; la loi, qui lui assigne pour domicile la maison paternelle, ne saurait exiger qu'il demeure chez un autre que son père.

Ne rentrent pas dans ce patrimoine exceptionnel les gains faits au jeu ou provenant d'un pari, le trésor trouvé par l'enfant ou dans ses biens. On ne saurait les considérer, en effet, comme le produit d'un travail ou d'une industrie.

(1) Art. 387, Code Nap.

2° *Les biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.* Si l'on n'avait pas permis au donateur ou testateur d'apposer cette condition, il se serait peut-être abstenu, par inimitié pour le père, de la libéralité qu'il voulait faire à l'enfant. La condition doit être expresse, c'est-à-dire résulter clairement de l'acte; elle doit être considérée comme telle dans le cas où le disposant a indiqué l'emploi à faire des revenus; mais si le père et le fils se trouvaient colégataires d'une même succession, il ne faudrait pas aujourd'hui, sur la foi de la Nouvelle 118, chap. 2, réduire le père à la part que le disposant lui a personnellement attribuée. Les deux qualités de légataire et d'usufruitier du legs fait à l'enfant n'ont rien d'incompatible; l'une procède de la volonté du testateur, l'autre de la volonté de la loi; elles peuvent l'une et l'autre simultanément recevoir leur exécution.

Le père ou la mère peut, comme toute autre personne, ordonner que l'usufruit des biens de sa succession n'appartiendra pas au survivant; sans cela il arriverait souvent que les revenus de la fortune maternelle iraient, au cas de second mariage du père, enrichir des enfants d'un autre lit. — Cette clause prohibitive est-elle valable pour tous les biens? doit-on l'étendre à ceux qui constituent la réserve? — La question était autrefois très-controversée entre les docteurs en ce qui concerne la

légitime : la plupart la résolvaient négativement et ils invoquaient à l'appui de leur opinion le texte formel de la Novelle 117, chap. 1^{er}, qui permet à la mère et à l'aïeule, après avoir laissé à leurs enfants la légitime (*postquam reliquerint filiis partem quæ lege debetur*) de disposer du reste de leurs biens en tout ou en partie en faveur de leur fils ou petit-fils, à condition que le père n'en aura pas l'usufruit. — A la place de ce texte formel qui tranchait la question, nous n'avons plus aujourd'hui que l'art. 387, qui semble exclure au contraire, dans la généralité de ses termes, toute distinction entre la réserve et la quotité disponible. Néanmoins les autorités les plus graves professent que la prohibition d'usufruit ne peut s'appliquer à la réserve. On prétend trouver le principe de cette décision dans les art. 920 et 921, aux termes desquels la réduction des dispositions entre vifs qui excèdent la quotité disponible peut être demandée par les réservataires, par leurs héritiers ou ayants cause. On en conclut que la réserve ne doit recevoir ni charge ni condition, et qu'il faut qu'elle arrive franche et libre entre les mains du réservataire. Dans l'espèce, dit-on, le testateur en prohibant l'usufruit a fait acte de puissance sur les biens réservés ; ils n'arrivent pas francs et libres entre ses mains ; donc il y a lieu à intenter l'action en réduction. Mais on oublie que « la donation qui excède la quotité disponible est seulement rédu-

« tible et doit conserver tout son effet si l'action
« en réduction n'est pas intentée par qui de
« droit (1). » Or, ici, par qui sera-t-elle intentée?
qui a intérêt et qualité pour cela ? — L'enfant ? Sans
doute il a qualité ; mais au lieu de lui profiter,
l'exercice de cette action lui nuirait en grevant de
l'usufruit paternel des biens qui en seront affran-
chis, s'il les conserve à titre de donation ou de
legs. Comment concevoir qu'il puisse demander la
réduction d'une clause qui lui est avantageuse ?
Comment lui reconnaître le droit de se plaindre
qu'il a eu moins, quand il faudrait plutôt se plaindre
qu'il a eu trop ?

On a fait de vains efforts pour prouver que cette
clause ne respecte qu'en apparence la réserve de
l'enfant, mais qu'en réalité elle l'altère et la di-
minue. M. Demolombe indique l'hypothèse d'un
père riche et généreux qui entretient son enfant à
ses propres frais, et qui, blessé de la clause qui
lui enlève l'usufruit même de la réserve, change-
rait de conduite et imputerait rigoureusement sur
les revenus de l'enfant les dépenses qu'il fait pour
lui ; en sorte que, tout compte fait, l'enfant per-
drait plus aux rigueurs du père qu'il ne gagnait à
l'usufruit de sa réserve. Cette hypothèse peut être
très-ingénieuse, mais elle n'est nullement juri-
dique ; le magistrat n'a pas à se préoccuper de pa-

(1) Art. 920, Code Nap.

reilles susceptibilités ; il ne doit rechercher que les conséquences normales des faits qui lui sont déferés.—On insiste cependant, et l'on invoque de prétendues analogies ; mais il suffit de lire les articles 584 du Code de procédure, et 1837 du Code Napoléon, pour se convaincre que les hypothèses qui y sont prévues diffèrent essentiellement de la nôtre.

Sera-ce donc le père qui intentera l'action ? Il a intérêt, lui ; mais a-t-il qualité ? Évidemment non ; il ne peut agir en son nom propre, car il n'est pas réservataire. — Agira-t-il comme ayant cause de son fils ? Pas davantage : le procès ne peut pas avoir lieu entre le père ayant cause de son fils et le fils lui-même ; le tribunal ne peut pas réduire la donation contre le fils et en sa faveur ; et, par le même jugement, le condamner et lui donner gain de cause.

D'ailleurs nous ne reconnaissons pas au père le titre d'ayant cause de ses enfants ; ce n'est pas d'eux, en effet, qu'il tient son droit à l'usufruit ; c'est uniquement de la loi. — Quant à la Nouvelle 117, elle n'a rien à faire ici ; le principe qu'elle rappelle est un dernier reste de l'ancienne théorie de la *patria potestas*, qui absorbait autrefois indistinctement la pleine propriété des biens échus aux fils de famille, et qui continua plus tard de s'appliquer à l'usufruit du père. — adventice : « Filius-
« familias suis parentibus non in plenum, sicut

« antea fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum adquirat (1). »

La décision de Justinien ne peut exercer aucune influence sur la nôtre.

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

3° *Les biens d'une succession dévolue à l'enfant par suite de l'indignité de son père ou de sa mère, qui y était d'abord appelé.* (Art. 730, C. Nap.) — Pendant le cours du mariage, la mère ne peut prétendre à la jouissance des biens dont son mari a été écarté comme indigne ; mais cet usufruit s'ouvrira à son profit lors de la dissolution du mariage par la mort de son mari. Si c'est elle qui a été déclarée indigne, le père aura néanmoins l'usufruit des biens de la succession échue à ses enfants par suite de l'indignité de la mère ; sans doute celle-ci recueillera alors indirectement une partie des avantages pécuniaires dont la loi voulait la priver, puisqu'elle partagera avec son mari le bien-être que ces revenus apportent dans la maison conjugale ; mais ce n'est là qu'une considération de fait, impuissante à motiver une décision contraire au texte formel de l'article 384.

L'article 730 ne prononce de déchéance que contre l'héritier déclaré indigne et point contre un

(1) L. 6, C., de bonis quæ lib.

autre ; ce serait donc vainement que le mari serait condamné comme complice de sa femme, dans le fait qui l'a rendue indigne de succéder. Que l'auteur principal de ce fait soit sa femme ou un autre, peu importe ; le père-complice n'en conservera pas moins l'usufruit des biens héréditaires dévolus à ses enfants.

4° *Les biens faisant partie d'un majorat.* (Avis du conseil d'Etat, 30 janvier 1830). Les majorats ont été abolis par les lois du 12 mai 1835 et du 7 mai 1849. Nous n'avons donc pas à nous occuper de cette quatrième restriction.

SECTION III.

Charges de l'usufruit paternel.

Ces charges sont énumérées par l'art. 385, dans l'ordre et de la manière suivante :

1° *Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers.*
— Ce qui impose au père l'obligation de faire, avant d'entrer en jouissance, un inventaire des meubles et un état descriptif des immeubles soumis à son droit (art. 600), de jouir en bon père de famille et de conserver la substance de la chose (art. 578); d'acquitter les frais d'entretien (art. 605-607), les

contributions (art. 608), les arrérages des rentes et les intérêts des dettes qui grèvent les biens (art. 612). Quant à la caution que doit donner l'usufruitier ordinaire, le père en est expressément dispensé (art. 601).

2° *L'entretien, l'éducation et la nourriture des enfants selon leur fortune.* — Il semble au premier abord que l'art. 385-2° fasse double emploi avec l'art. 203, qui avait déjà dit que les époux contractent, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants; mais ce n'est là qu'une apparence : l'obligation de l'art. 203 a pour cause le mariage, la paternité. L'obligation de l'art. 385-2° a pour cause l'usufruit; et l'on comprend que la qualité d'usufruitier impose au père des charges plus étendues que celles qui résulteraient pour lui de sa qualité de mari et de père. Ainsi, en vertu de l'art. 203, les père et mère ne sont tenus de nourrir et d'élever leur enfant que selon leur fortune personnelle (art. 208). De plus, cette obligation étant fondée sur ce que l'enfant ne peut vivre par son travail et avec ses ressources, il s'ensuit qu'elle cesse quand l'enfant a des ressources personnelles suffisantes.

Au contraire, l'obligation de l'art. 385-2° commande au père de nourrir et d'élever ses enfants selon leur propre fortune; et nous ne craignons pas d'affirmer, malgré la controverse qui s'est éle-

vée à ce sujet, que le père sera *seul* tenu d'acquitter les frais de cet entretien et de cette éducation, alors même qu'une partie de la fortune des mineurs échapperait à son usufruit.

D'imposantes autorités professent, il est vrai, l'opinion contraire et trouvent plus équitable de ne faire supporter à l'usufruitier qu'une part corrélatrice à celle qu'il prend dans l'ensemble des revenus ; mais leur système n'est assurément pas celui de la loi qui nous régit. Les rédacteurs du Code Napoléon, en traçant les règles de l'usufruit légal, ont assigné des limites à sa durée, à l'étendue de son application, sans jamais toutefois diviser ses effets : lors même que, par exception, certains biens n'y sont pas compris, ce n'en est pas moins un usufruit général, grevé toujours des mêmes charges, auxquelles d'ailleurs l'usufruitier peut se soustraire en renonçant. C'est ce qu'enseignait autrefois Pothier sur une question semblable à la nôtre : « Quoique le
« gardien noble ne jouisse pas des biens de ses mi-
« neurs, qui sont situés dans des lieux régis par
« des lois qui ne lui donnent pas cette jouissance,
« l'émolument de la garde qu'il a dans les biens
« régis par notre coutume ne laisse pas de l'obliger,
« pour le total, aux frais d'entretien du mineur et
« aux charges de la garde, et non pas seulement
« au prorata des biens dont il jouit, comme l'a mal
« décidé Renusson (Ferrière et Dumoulin étaient
« de la même opinion) ; car ce n'est que sous ces

« charges que la coutume lui défère l'émolument
« de la garde (1). »

Les rédacteurs du Code Napoléon nous semblent avoir reproduit la pensée de Pothier dans l'article 385-2°, dont les termes sont absolus et ne se prêtent à aucune distinction.

3° *Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux.* — De quels arrérages et de quels intérêts s'agit-il ? Sont-ce les intérêts qui viennent à échoir pendant la durée de l'usufruit ? Mais c'est là une charge de l'usufruit ordinaire, imposée déjà par le 1° de l'art. 385 ; par conséquent, le 3° de cet article a voulu dire autre chose, ou il est inutile. Sont-ce les intérêts et arrérages échus avant l'ouverture de l'usufruit ? Mais comment la loi ferait-elle supporter à l'usufruitier des charges qui ne sont point nées pendant la durée de l'usufruit, et payer des arrérages que la négligence du défunt a perpétués et qu'il pouvait faire disparaître ? Quelque grave que soit cette objection, nous croyons néanmoins qu'il faut s'en tenir à l'opinion à laquelle elle s'adresse. Le 3° de l'art. 385 est une évidente tradition du droit coutumier ; nous savons que le paiement des dettes mobilières et, en particulier, des arrérages déjà échus, était une des charges du gardien, même dans celles des coutumes où il n'acquerrait plus la propriété des meubles.

(1) Cout. d'Orléans, Introd. au titre des fiefs, n° 347.

Pourquoi cette disposition coutumière a-t-elle été transportée dans notre droit ? Le législateur a considéré sans doute que le défunt, s'il eût vécu, eût acquitté les dettes d'intérêts et d'arrérages sur les revenus que l'usufruitier va percevoir ; que l'usufruit légal étant un avantage accordé gratuitement aux parents, il n'y avait nul inconvénient à le grever de cette charge ; qu'on évitait par là des comptes minutieux entre le père et l'enfant sans compromettre les intérêts de l'usufruitier ; qu'enfin, si le père trouvait la charge trop lourde, il était libre de s'y soustraire par une renonciation.

4° *Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.*— Ici encore difficulté analogue. Sont-ce les frais funéraires et de dernière maladie *de l'enfant* ? Mais les frais de dernière maladie étaient déjà à la charge du père en sa seule qualité de père (article 203), abstraction faite de son titre d'usufruitier ; et quant aux frais funéraires ils ne seront dus qu'après l'extinction de l'usufruit : il y aurait iniquité à faire supporter au père, à la décharge des héritiers de l'enfant décédé, une dette qui prend naissance alors que ses droits ont cessé d'exister. Il s'agit donc ici des frais funéraires et de dernière maladie de la personne à qui l'enfant succède. On objecterait vainement que ces frais sont dus avant l'ouverture de l'usufruit légal et qu'il n'est pas juste de les mettre à la charge de l'usufruitier. Nous ferons observer que cette obligation cadre parfaite-

ment avec la disposition précédente de l'art. 385, entendue dans le sens que nous avons indiqué et qui est bien certainement le sien. Si l'usufruitier doit payer les arriérés d'intérêts et d'arrérages, il est logique qu'il paye les frais de dernière maladie qui sont aussi des arriérés. Tous les doutes tombent d'ailleurs en présence de ce qui avait lieu dans notre ancienne jurisprudence : les frais de dernière maladie de la personne à laquelle l'enfant a succédé constituant une dette mobilière, il n'était pas douteux qu'ils étaient à la charge du gardien ; mais on hésitait à l'égard des frais funéraires qui n'étaient pas une dette laissée par le défunt lui-même. Pourtant l'opinion qui obligeait le gardien à acquitter ses mineurs des frais funéraires du prédédé avait fini par prévaloir, et Pothier le constate dans le n° 341 de son introduction au titre des fiefs. Or, quand on voit les rédacteurs du Code se servir précisément des mêmes termes et imposer cette charge spéciale à l'usufruit paternel, il est impossible de ne pas reconnaître qu'ils se réfèrent à cette même charge que les coutumes imposaient au gardien.

Les frais funéraires de la veuve sont compris parmi les frais funéraires du mari ; c'était la tradition de l'ancien droit ; la suivre encore aujourd'hui, c'est se conformer à la pensée qui a dicté l'art. 385 et qui est d'assurer avant tout les intérêts des mineurs, la conservation de leur patrimoine.

Telles sont les obligations du père usufruitier ; la loi les mettant directement à sa charge , il peut être poursuivi directement *ultra vires emolument*. Néanmoins l'acceptation de l'usufruit n'opère pas novation ; l'enfant peut donc aussi être poursuivi, et payer valablement entre les mains des créanciers, sauf son recours contre le père. S'il ne veut pas payer, il a le droit de renvoyer les créanciers à l'usufruitier, ou du moins de faire mettre celui-ci en cause.

SECTION IV.

Comment s'éteint l'usufruit paternel ?

§ 1. — Modes d'extinction communs à l'usufruit légal et à l'usufruit conventionnel.

L'usufruit paternel doit s'éteindre en général par les mêmes événements que l'usufruit ordinaire : la mort naturelle ou civile de l'usufruitier ; la renonciation directe de l'usufruitier à son droit ; l'abus de jouissance. Cette dernière cause d'extinction, remarquable en ce qu'elle n'a pas lieu de plein droit, en ce qu'elle nécessite l'intervention de la justice, peut paraître excessivement rigoureuse quand il s'agit d'un usufruit ordinaire, le plus souvent acquis à prix d'argent ; mais elle s'explique et se justifie plus facilement quand il s'agit de

l'usufruit paternel ; on conçoit que la loi ait imposé , à peine de déchéance , l'obligation de bien administrer au père et à la mère, qui tiennent d'elle tous leurs droits.

Mais l'usufruitier légal a d'autres obligations que l'usufruitier ordinaire ; ainsi il doit entretenir et élever ses enfants selon leur fortune (art. 385-2°), payer les intérêts et arrérages des capitaux (article 385-3°), les frais funéraires et de dernière maladie (art. 385-4°). L'inaccomplissement de ces obligations spéciales entraînerait-il la perte de l'usufruit ? Nous ne le pensons pas ; l'art. 648 édicte une disposition pénale qui ne doit pas être étendue : il engage lui-même les tribunaux à user avec ménagement de la déchéance qu'il prononce ; tout ce que l'on pourra faire sera d'ordonner, si les circonstances le permettent, des mesures conservatoires ; par exemple enlever à l'usufruitier la possession et l'administration des biens de l'enfant et les confier à un tiers qui serait le tuteur après le mariage (art. 444), et pendant le mariage un administrateur nommé par la justice.

Quand même le père serait d'une inconduite notoire, d'une incapacité ou d'une infidélité incontestée, quand même il serait en un mot dans l'un des cas où l'art. 444 prononce la destitution ou l'exclusion de la tutelle, la déchéance de l'usufruit paternel ne s'ensuivrait pas ; car aucun texte ne la prononce et une peine ne doit jamais être arbitrai-

rement appliquée. Mais dans tous ces cas et dans tous ceux, s'il en est d'autres encore, où les intérêts de l'enfant pourraient se trouver compromis entre les mains du père, les tribunaux devront prendre des mesures conservatoires, non pas en vertu de l'art. 618 ni de l'art. 444, mais en vertu du pouvoir discrétionnaire qu'il faut leur reconnaître dans toutes les questions relatives à l'exercice de la puissance paternelle.

Il y a certaines causes d'extinction de l'usufruit ordinaire qui, par la force des choses, sont inapplicables à l'usufruit légal : ainsi le non-usage pendant trente ans, puisque l'usufruit paternel dure au plus dix-huit ans ;

Ainsi la perte de la chose, puisque l'usufruit légal frappe sur une universalité et que les universalités ne périssent pas ;

Enfin la consolidation ne s'appliquera que très-rarement, puisque le père ou la mère ne peut régulièrement devenir acquéreur des biens de ses enfants mineurs.

§ 2. — Modes d'extinction spéciaux à l'usufruit légal.

L'usufruit légal s'éteint en outre :

1° Lorsque l'enfant atteint l'âge de dix-huit ans accomplis. L'usufruit cesse donc trois ans avant la majorité, tandis que dure encore la puissance paternelle ; on retombe ainsi, pour ces trois années, dans

l'inconvénient d'un compte détaillé de revenus et de dépenses entre le père et l'enfant. Mais cet inconvénient est compensé par l'avantage pour l'enfant de trouver, en arrivant à sa majorité, quelques économies faites sur les revenus des dernières années. Le législateur a craint d'ailleurs que les parents ne trouvassent dans leur intérêt personnel de secrets motifs de s'opposer au mariage ou à l'émancipation de leurs enfants. On a critiqué cette défiance des sentiments d'un père ou d'une mère ; mais, à tort ou à raison, il est bien certain que les rédacteurs du Code s'en sont préoccupés ; la disposition de l'art. 384 reproduit la pensée qui avait dicté l'art. 231 de la coutume de Normandie, qui, elle-même, ne faisait que reproduire les principes du bail féodal relatifs à la *garde del mariage*. Le père usufruitier légal est dans une position analogue à celle du seigneur gardien d'une mineure, avec cette seule différence qu'aujourd'hui le consentement des père et mère ne peut, en fait de mariage, être suppléé par l'autorisation des tribunaux, tandis qu'autrefois les parents de l'héritière pouvaient en appeler de la décision du seigneur à la justice. On comprend donc par quelle série d'idées avait passé le législateur quand il a éteint l'usufruit légal à une époque avant laquelle le mariage de l'enfant aura rarement lieu.

2° *Par l'émancipation expresse ou tacite de l'enfant.*—L'émancipation expresse peut être retirée à

l'enfant qui en abuse (art. 485). Le retrait de l'émancipation, en faisant revivre la puissance paternelle, fait-il renaître l'usufruit? On peut dire pour l'affirmative que l'extinction de l'usufruit légal a uniquement pour cause l'émancipation, et que, dès lors, quand l'émancipation est retirée, l'usufruit doit renaître avec la puissance paternelle dont il est un attribut et un accessoire. Mais ce raisonnement ne nous satisfait pas complètement et nous préférons l'opinion contraire, qui ressort, selon nous, du rapprochement des deux art. 485 et 486. Tout mineur émancipé, dit l'art. 485, dont les engagements auront été réduits en vertu de l'article précédent, pourra être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée..... Et l'art. 486 ajoute : « Dès le jour où l'émancipation aura été « révoquée, le mineur rentrera en tutelle, et y restera jusqu'à sa majorité. » En tutelle, s'il y a lieu à tutelle; en puissance paternelle, si la tutelle n'est pas ouverte. Ce que le retrait de l'émancipation fait renaître, c'est donc la tutelle et la puissance paternelle, mais nullement l'usufruit légal dont la loi ne dit rien et qui n'est pas tellement inséparable de la puissance paternelle, qu'elle n'existe pas quelquefois sans lui. Il est pour nous évident qu'en indiquant dans l'art. 485 les cas où l'émancipation pourrait être retirée, l'unique pensée du législateur était de protéger l'enfant contre lui-même, et nullement de rendre au père un usu-

fruit qui s'était éteint. Or ce serait une singulière façon de protéger les intérêts de l'enfant et de réparer les brèches faites à sa fortune, que de lui enlever pour deux ou trois ans les revenus de ses biens, afin d'en grossir le patrimoine paternel.

3° *Par la mort naturelle ou civile de l'enfant mineur de dix-huit-ans.* Cette cause d'extinction n'est expressément indiquée dans aucun article du Code; mais elle résulte de son esprit général et de l'ensemble de ses dispositions. La loi, qui n'accorde l'usufruit que sur les biens des enfants (art. 384, Code Nap.), et en compensation des charges de leur éducation, cesse évidemment de l'accorder quand les biens sont passés en d'autres mains et que les charges d'ailleurs ne subsistent plus: c'est bien là ce qui résulte de l'art. 754, qui, dans le cas de décès de l'enfant sans postérité, attribue au survivant des père et mère un nouveau droit d'usufruit complètement indépendant de celui qui nous occupe à cette heure, usufruit du tiers des biens auxquels le père ou la mère ne succède pas en propriété et qui sont dévolus à des collatéraux d'une autre ligne que la sienne. Notre législateur a suivi sur ce point les principes du droit coutumier; on ne saurait donc, sous l'empire du Code qui nous régit, invoquer les dispositions du droit romain (1), pour continuer au père un

(1) Const. 7, C., § 1^{er}, ad sen.-cons. Tertull.

usufruit quo la mort de l'enfant a irrévocablement éteint. Vainement objecterait-on l'art. 620, qui dispose que, quand l'usufruit a été accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixé, il dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé. Outre que le tiers dont parle cet article ne peut être l'enfant, puisqu'il est le propriétaire même des biens grevés de l'usufruit légal, nous violerions, en appliquant à l'usufruit l'article 620, la théorie générale du Code sur cette matière, et notamment le texte formel de l'art. 684, qui attribue au père la jouissance des biens *de ses enfants*, jamais des *héritiers* de ses enfants.

4° *Par la condamnation du père ou de la mère reconnu coupable du délit mentionné dans l'article 334 du Code pénal.* — L'usufruit ne s'éteint alors que relativement aux biens de l'enfant victime du délit.

5° *Par le divorce, par le second mariage de la mère.* — L'art. 386 du Code Napoléon est ainsi conçu : « Cette jouissance n'aura pas lieu au profit des père et mère contre lesquels le divorce aurait été prononcé ; et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage. »

Le divorce ayant été aboli par la loi du 8 mai 1816, la première disposition de cet article est aujourd'hui sans objet, et nous ne l'appliquerons pas à la séparation de corps pour deux raisons : parce que c'est une disposition pénale qu'on ne doit

pas étendre. — Parce que la séparation de corps est d'une conséquence moindre que le divorce et que l'extension donnée à l'art. 386 serait inique, outre qu'elle n'est pas juridiquement possible.

L'usufruit s'éteint par le second mariage de la mère, mais non du père. Le conseiller d'État Réal a donné au corps législatif une raison peu satisfaisante de cette différence quand il a dit : « Qu'il y
« aurait inconvenance à établir en principe que la
« mère peut porter dans un autre famille les reve-
« nus des enfants du premier lit, et enrichir ainsi
« à leur préjudice son époux. » Cette raison s'applique en effet tout aussi bien au deuxième mariage du père qu'à celui de la mère. Le vrai motif, c'est que l'usufruit, si on l'avait réservé à la mère qui se remarie, aurait, en droit ou en fait, plutôt appartenu à son mari qu'à elle-même ; le mari en aurait eu l'usage et la souveraine disposition : la loi a craint qu'il ne détournât les revenus à son profit exclusif (1). Le même danger n'existe pas quand c'est le père qui se remarie ; car alors il peut disposer de ses revenus comme il l'entend ; aucune influence n'est, dans le ménage, supérieure à la sienne.

Si la mère remariée redevient veuve, son usufruit ne peut plus revivre ; il faudrait, pour légitimer

(1) La coutume de Paris faisait indistinctement flétrir la garde noble ou bourgeois par le deuxième mariage du gardien (art. 268).

mer cette résurrection, une disposition législative qui n'existe pas ; et d'ailleurs la mort du second mari ne brise pas tous les liens entre la mère et sa nouvelle famille ; on peut craindre encore des influences dangereuses pour les enfants du premier lit.

Le second mariage de la mère entraîne la déchéance définitive, irrévocable de l'usufruit légal, alors même qu'il serait annulé par la suite ; il suffit pour cela qu'il ait été sérieux et librement consenti (art. 386, C. Nap.). Mais cette déchéance ne doit pas être étendue en dehors des termes de la loi, et par exemple au cas où la mère restant veuve vit dans le désordre et dans une conduite notoire. Sans doute elle est alors moralement plus coupable ; mais le législateur a pensé sans doute que les intérêts pécuniaires des mineurs n'étaient pas aussi gravement compromis dans ce cas que dans celui d'un second mariage. Pothier, d'accord sur ce point avec les principes du droit romain, décidait, il est vrai, même sous l'empire de la coutume d'Orléans, qui ne dissolvait point la garde par les secondes noccs, que l'inconduite de la veuve devait lui faire encourir la déchéance de sa qualité de gardienne. Mais si les rédacteurs du Code avaient voulu suivre sur ce point particulier leur guide habituel, ils s'en seraient formellement expliqués ; leur silence condamne l'opinion de Pothier, et il ne nous est pas permis à nous, interprètes et

commentateurs, de créer une cause de déchéance qui n'est pas dans la loi, lorsque surtout nous trouvons des raisons plausibles de ne pas l'admettre.

6° *Par le défaut d'inventaire dans le cas prévu par l'article 1442.* — La déchéance qui résulte de l'omission de cette formalité est absolue ; elle s'applique non-seulement aux biens provenant du partage de la communauté non inventoriée, mais à tous les biens des enfants, quelle qu'en soit l'origine.

L'inventaire doit être fait par un officier public compétent ; il doit être fidèle et exact. Dans quel délai ? La loi ne le dit pas ; de là des controverses : on s'accorde cependant à reconnaître que le délai normal et régulier est de trois mois, plus la prorogation que peut accorder le juge (1). Mais si les trois mois s'écoulent sans inventaire, alors les auteurs se divisent : les uns veulent que le délai soit fatal et que son expiration emporte nécessairement déchéance de l'usufruit ; les autres, tout en adoptant le principe de cette décision, en tempèrent l'excessive rigueur si les choses de la communauté sont encore entières et facilement reconnaissables. Mais la difficulté, l'impossibilité même de faire

(1) Le président de Lamoignon, dans ses arrêts célèbres, s'exprimait ainsi : *Est tenu le gardien de faire inventaire des meubles, titres et papiers appartenant au mineur... dans les trois mois du jour de l'acceptation, et ce temps passé demeurera déchu du profit de la garde-noble* (Pothier, titre de l'État des personnes, n° 35).

cette constatation, sans recourir à une enquête par commune renommée, rend ce deuxième système inapplicable, et le confond dans ses résultats avec le premier. — Nous préférons nous en rapporter sur ce point à l'arbitrage des tribunaux ; c'est en effet le *défaut* d'inventaire qui fait perdre la jouissance. Or, les circonstances seules peuvent déterminer jusqu'à quel point le retard de l'inventaire peut, en le dépouillant de la présomption d'exactitude qui doit s'y attacher, équivaloir au défaut absolu de cette formalité.

Reste une dernière question. — La déchéance résultant du défaut d'inventaire s'applique-t-elle, sous quelque régime que les époux soient mariés ? On l'a prétendu, et pour le démontrer on a distingué dans l'article 1442 deux parties : la première serait spéciale à la communauté, dont elle abrogerait la continuation, admise autrefois par certaines coutumes ; la deuxième contiendrait une disposition générale applicable à tous les régimes ; en effet, dit-on, le droit d'usufruit légal est indépendant des conventions matrimoniales ; et dès lors on ne concevrait pas que la loi eût fait, dans les devoirs de l'usufruitier, une différence fondée sur une circonstance qui n'est, à cet égard, d'aucune espèce d'intérêt.

Ce système ne peut se soutenir en présence du texte de l'article 1442 (le défaut d'inventaire fait perdre *en outre* à l'époux survivant) et des expli-

cations catégoriques données à ce sujet par le conseiller d'État Berlier dans son exposé des motifs.

Le but de l'article 1442 a été de substituer à la continuation de la communauté, qui résultait du défaut d'inventaire, la déchéance de l'usufruit légal ; il n'est donc relatif qu'au cas où les époux étaient mariés sous le régime de la communauté. On comprend que la loi n'ait voulu appliquer la déchéance que dans des cas très-graves, où l'inventaire était d'une nécessité absolue : or ces cas se présentent précisément quand il y a communauté, c'est-à-dire confusion totale des biens des deux époux, dont l'un vient de mourir ; quant aux autres régimes, l'inventaire, utile sans doute, n'est pas indispensable.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. La loi 8 et la loi 13, au Digeste, *de castrensi peculio* peuvent se concilier.

II. La loi 9, au même titre, combinée avec la loi 33, ff., *de adq. rer. dom.*, d'Ulpien, contient une théorie différente de celle de Papinien dans le § 1^{er} de la loi 14, ff., *de cast. pec.* Ce paragraphe a été corrigé par Tribonien.

III. Papinien, dans la loi 18, *de stipulatione servorum princ.*, ff., n'est pas en contradiction avec ce qu'il dit lui-même dans le § 1^{er} de la loi 14, ff., *de cast. pec.*

IV. Le père dont le fils a un pécule castrense lègue la liberté à un esclave de ce pécule ; si le fils meurt sans testament du vivant de son père, le legs de liberté est valable ; si au contraire le fils a testé sur son pécule castrense et que l'héritier par lui institué répudie, le legs de liberté fait par le père reste nul.

V. Les mots *jure communi* (Instit. lib. II, tit. 12. *pr. in fine*) signifient : par droit de puissance paternelle, et non : par droit héréditaire.

VI. La loi 38, § 1^{er}, *de solutionibus*, au Digeste,

ne peut se concilier avec la loi 3, § 12, de *donationibus inter virum et uxorem*, au Digeste.

VII. Le *judex* dont il est question dans la loi 80, ff., de *rei vindicatione*, est celui de la *rei vindicatio*, et non celui de l'interdit *quem fundum*.

VIII. Le défendeur à la revendication qui ne possédait pas au temps de la *litis contestatio*, mais qui possède au moment du jugement, doit être condamné (L. 27, § 1, ff., de *rei vindic.*; *nec obstat* lex 23, ff., de *judiciis*).

IX. Quels sont les principes du droit romain sur l'*hereditas jacens*? (L. 54, ff., de *adq. vel omit. heredit.*; L. 28, § 4, de *stipul. serv.*; L. 34, de *adq. rer. dom.*)

DROIT FRANÇAIS.

I. L'usufruit légal n'est pas un véritable démembrement du droit de propriété; c'est un usufruit *sui generis*, ayant un caractère propre et des règles spéciales.

II. Si le père est, pendant le mariage, dans l'impossibilité d'exercer le droit d'usufruit que la loi lui accorde sur les biens de ses enfants mineurs de dix-huit ans, alors même que cette impossibilité

résulterait de la déchéance prononcée par l'art. 335 du Code pénal, l'usufruit ne passe pas à la mère.

III. Les père et mère étrangers ne peuvent réclamer la jouissance légale des immeubles situés en France et appartenant à leurs enfants mineurs de dix-huit ans, qu'autant que le droit leur est reconnu par la législation de leur pays.

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

V. On ne peut, par contrat de mariage, renoncer à l'usufruit des biens des enfants à naître du mariage.

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

VII. Le retrait de l'émancipation, en faisant revivre la puissance paternelle, ne fait pas renaître l'usufruit légal.

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

IX. C'est aux tribunaux à apprécier dans quel délai l'usufruitier légal doit faire inventaire, et à dé-

terminer jusqu'à quel point le retard apporté dans l'accomplissement de cette formalité peut équivaloir au *défaut* d'inventaire et entraîner la déchéance.

X. La déchéance prononcée par l'art. 1442 du Code Napoléon, au cas de défaut d'inventaire, n'est applicable que lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté.

XI. Le père ou la mère qui, se trouvant dans un des cas d'indignité prévus par l'art. 727 C. Nap., renonce à une succession que recueillent à sa place ses enfants mineurs, est recevable à en exiger l'usufruit légal.

XII. L'enfant né pendant, mais conçu avant le mariage, est légitimé.

HISTOIRE DU DROIT.

I. Le droit de bail a une origine féodale.

II. Notre usufruit paternel tire son origine du droit coutumier.

DROIT CRIMINEL.

I. La déchéance qui résulte de la condamnation

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

II. La restriction que l'art. 336 Code pénal apporte, contre le mari coupable d'adultère, au droit de dénoncer l'adultère de sa femme, doit, dans le cas inverse, s'appliquer contre la femme au profit du mari.

DROIT DES GENS.

I. Le traité conclu avec un prince prisonnier ne lie pas la nation dont ce prince est le chef.

II. Les traités de commerce entre deux nations ne sont pas anéantis, mais seulement suspendus par l'état de guerre qui survient entre elles.

Vu par le Président de la thèse,
ROYER-COLLARD.



Vu par le Doyen,
C.-A. PELLAT.

Permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur,
CAYX.

