Cours analytique de Code civil / par A.-M. Demante,... ; [puis] continué depuis l'article 980, par E. Colmet de [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Demante, Antoine-Marie. Cours analytique de Code civil / par A.-M. Demante,... ; [puis] continué depuis l'article 980, par E. Colmet de Santerre,.... 1849-1884.

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.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

COURS ANALYTIQUE

DE

CODE NAPOLÉON.

PARIS. — TYPOGRAPHIE PLON FRÈRES, IMPRIMEURS DE L'EMPEREUR,
rue de Vaugirard, 36.

COURS ANALYTIQUE

DE

CODE NAPOLÉON

PAR

A. M. DEMANTE,

AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

TOME DEUXIÈME.

ART. 229 — 710.

PARIS,

PLON FRÈRES, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

SUCCESSEURS DE GUSTAVE THOREL,

RUE DE VAUGIRARD, 36.

1853

SOMMAIRES.

TITRE SIXIÈME.

DU DIVORCE.

1. Historique. Page 1
2. Loi du 8 mai 1816. 2
2 *bis*. I et II. Sens des articles 2 et 3 de cette loi. 3
3. Considérations morales sur lesquelles est fondée l'abolition du divorce. *ib.*
4, 5. Division. 4, 5

CHAPITRE PREMIER.

CAUSES DE LA SÉPARATION.

6. **Art. 229, 230.** 6
6 *bis*. I. Dérogations aux règles ordinaires du droit criminel dans la répression du délit d'adultère. *ib.*
6 *bis*. II. Que faut-il entendre par *maison commune* ou *maison conjugale?* *ib.*
6 *bis*. III. Quelle est, en cette matière, l'influence du criminel sur le civil, et réciproquement. 7
6 *bis*. IV. Combinaison des articles 308 C. c., 336, 337 et 339 C. pén. *ib.*
6 *bis*. V. La femme coupable d'adultère est recevable à porter plainte, à raison de l'adultère de son mari (nonobstant article 336 C. pén.). 8
7. **Art. 231, 232.** *ib.*
7 *bis*. I. Sens des mots *excès*, *sévices*, *injures graves*.
7 *bis*. II. Cas où l'adultère de l'un ou l'autre époux ne peut constituer cause de séparation que comme injure grave, abandonnée à l'appréciation des tribunaux. 9
7 *bis*. III–IV. La réciprocité des torts ne produit pas, en général, une fin de non-recevoir contre la demande en séparation (sauf le cas de l'article 336 C. pén., et même celui de l'article 232 C. civ). 9, 10
7 *bis*. V–VII. Développements sur le cas de l'art. 232. 10, 11
8. **Art. 307.** 12

8 *bis*. I-II. La séparation ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des époux. Portée de ce principe. 12

CHAPITRE II.

FORMES DE LA SÉPARATION.

9. **Art. 307**. C. c., 875-879 C. pr. 13
9 *bis*. I. Compétence exclusive du tribunal d'arrondissement (article 234). *ib.*
9 *bis*. II. Application de la règle générale : *Le criminel tient le civil en état* (art. 235 C. c., art. 3, instr. cr.). 14
9 *bis*. III-IV. Ces principes s'appliquent sans difficulté à la juridiction correctionnelle. 14, 15
9 *bis*. V-VII. En quel sens il est dit que la demande en séparation de corps *sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile*. Outre les articles 875-880 C. pr., il y a lieu d'appliquer les articles 264 et 251 C. c. 15, 16

CHAPITRE III.

MESURES PROVISOIRES AUXQUELLES POUVAIT DONNER LIEU LA DEMANDE EN DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE, LEUR APPLICATION A LA SÉPARATION DE CORPS.

10. **Art. 272.** 17
11, 12. **Art. 268, 269.** 17, 18
12 *bis*. I-II. L'article 269 est applicable à la demande en séparation. 18
12 *bis*. III. Détermination des pouvoirs du président. 19
13. **Art. 270, 271.** *ib.*
13 *bis*. I-III. Ces articles sont applicables à la demande en séparation. 20, 21

CHAPITRE IV.

DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN SÉPARATION.

14. **Art. 272, 273.** 21
14 *bis*. I. Ce chapitre traite uniquement de la réconciliation des époux. *ib.*
14 *bis*. II. La réconciliation peut être opposée, même au cas de l'article 232. *ib.*
14 *bis*. III. Utilité de l'article 273. 22
14 *bis*. IV. L'appréciation des faits constitutifs de la réconciliation alléguée est abandonnée à la prudence des juges; spécialement le demandeur peut invoquer les faits anciens, sans qu'on puisse

lui opposer la prescription, fondée sur les articles 637 et 638 C. instr. cr. (Cf. n° 19 *bis*, II). *ib.*
15. **Art. 274.** 23

CHAPITRE V.

DU JUGEMENT ET DE SES EFFETS.

16. **Art. 307.** 24
16 *bis*. Les articles 259 et 260 ne sont pas applicables. *ib.*
17. **Art. 308.** *ib.*
17 *bis*. Quel motif peut-on donner de cette dérogation aux principes ordinaires de la juridiction? 25
18, 19. **Art. 309**, Cf. art. 336, 337 C. pén. *ib.*
19 *bis*. I. Le désistement du mari, pendant l'instance, arrête la poursuite du ministère public. 26
19 *bis*. II. La prescription de trois ans (art. 638 C. instr. crim.) est opposable, quant à l'application de la peine seulement. *ib.*
20. **Art. 338** C. pén. 27
20 *bis*. I. Dans quel cas le ministère public peut-il agir d'office contre le complice de la femme? *ib.*
20 *bis*. II. Le pardon du mari, après la condamnation, ne profite pas au complice. *ib.*
21. **Art. 339** C. pén. 28
21 *bis*. Le tribunal civil ne peut condamner ni le mari, au cas de l'article 339 C. pén., ni le complice de la femme. *ib.*
22. **Art. 310.** *ib.*
23. **Art. 311.** 29
23 *bis*. I. La séparation de biens, conséquence de la séparation de corps, a lieu seulement à partir du jugement (nonobstant article 1445). *ib.*
23 *bis*. II. Mais la femme peut joindre à sa demande en séparation de corps une demande spéciale en séparation de biens. 30
23 *bis*. III-VI. Observations sur les articles 872, 880 C. pr., 66 C. com. 30-32
24-26. Des effets de la séparation de corps. Les articles 295-305 ne doivent être appliqués qu'avec la plus grande réserve. 32
26 *bis*. L'article 298 n'est pas applicable. 33
27, 28. Controverse sur l'application des articles 299, 300, 301, 302, 303, 304. *ib.*
29. **Art. 299, 300.** 34
29 *bis*. I. Ces articles sont-ils applicables à la séparation de corps? Trois systèmes sur la question. *ib.*

29 *bis*. II. Objections contre le système de la révocation de plein droit, et solution dans le sens de la révocabilité (art. 953, 955). 36
29 *bis*. III. Les donations faites pendant le mariage demeurent *toujours révocables* (art. 1096), même de la part de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée. 37
29 *bis*. IV. Pourquoi la faculté de révoquer s'applique même aux donations stipulées réciproques. *ib.*
29 *bis*. V. *Quid* si la séparation a été prononcée à la requête de chacun des époux? 38
30. **Art. 301.** *ib.*
31. **Art. 302, 303.** *ib.*
31 *bis*. Le mari contre lequel la séparation a été prononcée n'est pas dépouillé, *de plein droit*, de la garde de ses enfants. 39
32. **Art. 304.** 40
33 et 33 *bis*. Les articles 386 et 767 ne doivent pas être étendus à la séparation. 40, 41
34 et 34 *bis*. I. La réconciliation des époux détruit les effets du jugement (sauf art. 1451). 41, 42
34 *bis*. II. Mais la réconciliation suppose le consentement *mutuel* des époux (nonobstant art. 309). 42

TITRE SEPTIÈME.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

35, 36. Division. 43

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU NÉS DANS LE MARIAGE, (ou mieux) DE LA FILIATION LÉGITIME DES ENFANTS CONÇUS OU NÉS PENDANT LE MARIAGE.

37. De l'enfant conçu avant le mariage, mais né depuis. 44
37 *bis*. I. Cet enfant n'est pas légitime, mais seulement légitimé tacitement. Conséquence. *ib.*
37 *bis*. II. Cette légitimation tacite ne peut avoir lieu si, à l'époque de la conception, le commerce des parents était incestueux ou adultérin. Controverse. 45
37 *bis*. III. Mais dans ce cas la présomption de paternité n'aura pas lieu. (Cf. art. 335, 342.) 47
38. Des présomptions légales tendant à fixer l'époque de la conception. *ib.*
38 *bis*. I-III. La gestation la plus courte est fixée à 179 jours pleins, et la plus longue à 299 jours pleins. 48, 49

39. **Art. 312, 313.** 49
39 *bis*. I-III. Première cause de désaveu : impossibilité physique *accidentelle*. 50-52
39 *bis*. IV-V. Deuxième cause de désaveu. Le recel de la naissance est le seul fait dont la preuve doive être faite *préalablement* à tous autres. Il n'est pas nécessaire d'y joindre la preuve spéciale et préalable du fait d'adultère. 52-54
39 *bis*. VI. *Quid* si la non-paternité du mari est prouvée par la différence de couleur de l'enfant ? 54
39 *bis*. VII. Même en cas de recel de la naissance, le mari n'est pas reçu à invoquer son impuissance naturelle. 55
39 *bis*. VIII. Le recel de la grossesse équivaut au recel de la naissance. *ib*.
39 *bis*. IX. *Quid* si l'enfant a été inscrit à l'état civil sans indication du mari comme père? *ib*.
39 *bis*. X. Qui doit faire preuve du recel de la naissance ? 56
39 *bis*. XI. *Quid* si la mère témoigne expressément de l'illégitimité de l'enfant ? *ib*.
40. Troisième cause de désaveu. Loi du 6 décembre 1850. *ib*.
40 *bis*. I-III. Effet attribué par cette loi à la séparation de corps. 57, 58
41. **Art. 314.** 59
41 *bis*. I. Dans le cas de l'art. 314, le seul fait du désaveu du mari fait tomber la présomption de paternité. (Désaveu péremptoire.) *ib*.
41 *bis*. II. L'enfant peut-il proposer contre le désaveu d'autres fins de non-recevoir que celles qu'indique l'art. 314 ? 60
41 *bis*. III. Peut-il contester *au fond* le désaveu recevable ? *ib*.
41 *bis*. IV. Le mari qui ne conteste pas les faits qui servent de base aux fins de non-recevoir de l'art. 314 peut-il désavouer dans les termes des art. 312 et 313 ? 61
41 *bis*. V. L'assistance du mari à l'acte de naissance ne vaut que comme preuve de son approbation du contenu en l'acte. *ib*.
41 *bis*. VI. De la non-viabilité. — Application aux cas des art. 312 et 313. 62
42. **Art. 315.** *ib*.
42 *bis*. I. L'enfant dont la légitimité est contestée dans le cas de l'art. 315 peut-il être admis à établir cette légitimité. — Controverse. *ib*.
42 *bis*. II. Même question pour l'enfant désavoué pour impossibilité physique de cohabitation à l'époque que la loi présume être celle de la conception. 65
42 *bis*. III. A qui attribuer la paternité par rapport à l'enfant d'une

veuve remariée avant le délai légal et accouchée 180 jours après la célébration du deuxième mariage et moins de 300 jours après la dissolution du premier ? 66

42 *bis*. IV. *Quid* dans la même hypothèse si l'enfant naît avant le 180e jour du deuxième mariage ? *ib.*

42 *bis*. V. L'enfant né plus de 180 jours et moins de 300 jours après la mort du mari peut-il être déclaré ou reconnu enfant naturel d'un autre? *ib.*

43. **Art. 316** et **317**. 68

43 *bis*. I. Indication de diverses contestations de légitimité qu'il faut distinguer d'un désaveu. *ib.*

43 *bis*. II. Les créanciers du mari ne peuvent pas exercer l'action de désaveu. Le tuteur d'un interdit le peut-il ? 69

43 *bis*. III. Les héritiers du mari le peuvent par transmission du droit de leur auteur. 70

43 *bis*. IV. Identité du droit du mari et de celui des héritiers. Applications. *ib.*

43 *bis*. V. Le droit de désavouer est transmissible à tous les successeurs universels ou à titre universel. 71

43 *bis*. VI. *Quid* à l'égard des envoyés en possession provisoire ou définitive ? *ib.*

43 *bis*. VII. *Quid* à l'égard des successibles du mari s'ils renoncent? — *Quid* des héritiers de la femme ? — *Quid* s'ils sont à la fois héritiers du mari ? 72

43 *bis*. VIII. Les intéressés qui n'ont pas qualité pour désavouer profitent-ils du désaveu fait par les ayant droit ? *ib.*

43 *bis*. IX. Distinguer si tous les intéressés ont ou n'ont pas été représentés dans l'action de désaveu. *ib.*

43 *bis*. X. Déchéances du droit de désavouer. Délais de rigueur. 73

43 *bis*. XI. Point de départ du délai pour le mari. — A lui de prouver son absence ou le recel de la naissance. *ib.*

43 *bis*. XII. Délai pour les héritiers. — C'est à l'enfant de prouver leur déchéance. *ib.*

43 *bis*. XIII. Le mari ou ses héritiers peuvent agir avant que le délai de déchéance ait commencé à courir. 74

43 *bis*. XIV. Le désaveu doit être exprès. — Sa forme. *ib.*

44. **Art. 318**. Désaveu par acte extrajudiciaire. *ib.*

44 *bis*. I. Si le délai primitif du désaveu n'est pas écoulé à l'expiration du mois qui suit l'acte extrajudiciaire, le bénéfice du premier délai subsiste. 75

44 *bis*. II. L'acte extrajudiciaire doit être suivi dans le mois d'une assignation et non d'une simple citation en conciliation. 75

44 *bis*. III. Cette assignation doit être adressée dans le mois, à peine de déchéance, et à la mère vivante et à un tuteur *ad hoc* si l'enfant est mineur. *ib.*

44 *bis*. IV. La nomination d'un tuteur *ad hoc* est également nécessaire si l'enfant désavoué est interdit. 76

44 *bis*. V. Par qui et à la diligence de qui doit être nommé le tuteur *ad hoc*. *ib.*

CHAPITRE II.

DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

45. Objet de ce chapitre ; un mariage étant constant, prouver qu'on est issu de ce mariage. 77

45 *bis*. Pour faire cette preuve, il ne suffit pas d'établir qu'on est fils d'une telle femme mariée, sans prouver qu'on est fils du mari. — La paternité dans cette hypothèse ne serait prouvée que jusqu'à preuve contraire. — Conséquences diverses de cette règle. *ib.*

46. **Art. 319.** 78

46 *bis*. I. Fondement de la foi accordée à l'acte de naissance. 79

46 *bis*. II. Fait-il foi jusqu'à inscription de faux ou simplement jusqu'à preuve contraire? Distinction. *ib.*

46 *bis*. III. L'acte de naissance prouve la filiation, si elle est légitime, mais non la légitimité. 80

46 *bis*. IV. *Quid* pour l'identité? *ib.*

46 *bis*. V. Quelle valeur aurait l'acte de naissance inscrit sur une feuille volante ? 81

46 *bis*. VI. — Ou un acte de naissance inscrit sur les registres, mais irrégulier et, par exemple, en violation des articles 55, 56 ou 57? *ib.*

46 *bis*. VII. Quelle preuve fait l'acte de naissance contenant l'indication de la mère femme mariée sans indication du père ou avec indication d'un autre père que le mari ? *ib.*

47. **Art. 320** et **321**. 82

47 *bis*. I. Pour qu'il y ait possession d'état, il n'est pas indispensable que toutes les circonstances indiquées par la loi se trouvent réunies. 83

47 *bis*. II. Effet de la possession d'état par rapport à la mère, quand la paternité du mari n'est pas prouvée d'ailleurs. *ib.*

47 *bis*. III. La possession d'état doit commencer à la naissance. — Mais la possession actuelle dispense de prouver la possession antérieure. *ib.*

47 *bis*. IV. En l'absence d'acte de naissance, doit-on admettre pour prouver la possession d'état tous les moyens possibles? 84

48. **Art. 322.** 85

48 *bis*. I. L'acte de naissance conforme à la possession d'état ne rend inattaquable la position de l'enfant qu'autant que cet acte est bien celui qui a été dressé pour cet enfant. *ib.*

48 *bis*. II. *Quid* si on a assigné à un enfant, en déclarant sa naissance, un état qui n'est pas le sien, et qu'il ait possession d'état conforme ? 86

48 *bis*. III. *Quid* si cette fraude a été commise dans l'acte de naissance non par les déclarants, mais par l'officier de l'état civil? — *Quid* si elle est le fruit d'une altération postérieure? *ib.*

48 *bis*. IV. La conformité de l'acte de naissance et de la possession d'état n'est pas une fin de non-recevoir contre la contestation de légitimité ou le désaveu. 87

49. **Art. 323**, al. 1. *ib.*

49 *bis*. I. La preuve testimoniale ouverte par l'article 323 l'est non-seulement à celui qui n'a ni titre ni possession d'état, mais à celui qui, ayant l'un ou l'autre, prétend à un état différent de celui qui lui est ainsi attribué. 88

49 *bis*. II. De l'absence de titre et de l'inscription sous de faux noms. — Dans ce dernier cas, la possession d'état conforme au titre exclut toute réclamation. *ib.*

50. **Art. 323**, al. dernier. *ib.*

50 *bis*. En matière de filiation, la preuve testimoniale est admissible dans le cas de non-existence ou de perte des registres, si ce fait est dès lors constant. 89

51. **Art. 324.** *ib.*

51 *bis*. I. Explications sur le commencement de preuve par écrit. *ib.*

51 *bis*. II. En matière de filiation, les registres et papiers des père et mère décédés ne peuvent servir que de commencement de preuve. 90

51 *bis*. III. Sens du mot acte dans les articles 324 et 1347. *ib.*

51 *bis*. IV. Le commencement de preuve pour être admissible doit se référer ici à une filiation légitime. *ib.*

52. **Art. 325.** 91

52 *bis*. I. Il suffit d'établir la maternité pour établir la paternité jusqu'à preuve contraire. — Ne pas confondre cette preuve contraire avec un désaveu. *ib.*

52 *bis*. II. Quelle est la véritable portée de la disposition qui permet, après la maternité prouvée, d'établir que le mari n'est pas le père. 92

52 *bis*. III. Y aura-t-il lieu à deux jugements successifs, l'un sur le

fait de la maternité, l'autre sur celui de la paternité? — Controverse. — Solution dans le sens de la négative. 93

52 *bis*. IV. De la preuve contraire quand la filiation est prouvée par témoins. — De la preuve contraire à l'égard de la filiation prouvée soit par titre, soit par la possession d'état.— Distinction entre la paternité et la maternité. *ib*.

53. **Art. 326, 327.** 94

53 *bis*. I. En matière de réclamation ou contestation d'état, la loi fait exception à la règle d'après laquelle les tribunaux criminels peuvent connaître accessoirement d'une action civile. — Motifs de cette exception. *ib*.

53 *bis*. II. Ici, toujours par exception, le civil tient le criminel en état. — Portée exacte et motif de cette règle. 95

53 *bis*. III. Quels sont les différents crimes ou délits compris par l'article 327 du Code civil sous le nom de délit de suppression d'état? 96

53 *bis*. IV. Si, en fait, ces crimes ou délits n'ont compromis l'état de personne, la justice criminelle suivra son cours. 97

53 *bis*. V. Distinction pour l'application de la suspension des poursuites entre les différents crimes ou délits de suppression d'état. *ib*.

53 *bis*. VI. Les règles exorbitantes des articles 326 et 327 ne sont relatives qu'à la filiation. *ib*.

54. **Art. 328.** 98

54 *bis*. I. L'imprescriptibilité de l'état ne s'applique pas aux droits subordonnés à cet état. *ib*.

54 *bis*. II. On ne peut transiger sur une question d'état ni renoncer au droit d'agir en réclamation d'état. — Mais on rentre dans le droit commun pour la péremption ou le désistement. *ib*.

55. **Art. 329** et **330**. 99

5 *bis*. I. La péremption a-t-elle lieu de plein droit contre les héritiers du réclamant? *ib*.

5 *bis*. II. Le désistement ou la péremption n'empêchent pas les héritiers de recommencer l'action si leur auteur est mort moins de cinq ans après sa majorité. 100

5 *bis*. III. Prescription de l'action en réclamation d'état à l'égard des héritiers. *ib*.

5 *bis*. IV. Que faut-il entendre ici par héritiers? *ib*.

5 *bis*. V. Distinction importante entre les enfants ou descendants du défunt et les autres classes de successeurs. *ib*.

5 *bis*. VI. La réclamation de l'état d'un défunt n'appartient à ses descendants que par transmission et sous les conditions déterminées par les articles 329 et 330. 101

55 *bis*. VII. Les créanciers peuvent-ils exercer l'action en réclamation d'état de leur débiteur? — Distinction entre l'action directe et l'action transmise aux héritiers. 102

55 *bis*. VIII. On peut toujours contester l'état d'un défunt tant que subsiste l'intérêt qui sert de base à cette action. *ib.*

CHAPITRE III.

DES ENFANTS NATURELS.

56. Distinction des enfants simplement naturels et des enfants incestueux ou adultérins. 103

SECTION I.

De la légitimation des enfants naturels.

57. **Art. 331.** *ib.*

57 *bis*. I. Il n'est pas nécessaire, en général, pour la légitimation, que le mariage des parents fût possible au moment de la conception. 104

57 *bis*. II. Mais les enfants incestueux ou adultérins ne peuvent être légitimés, quand même les parents ou l'un d'eux auraient ignoré au temps de la conception le vice constitutif de l'inceste ou de l'adultère. 105

57 *bis*. III. Lorsque la naissance n'est pas vicieuse, les enfants peuvent-ils être légitimés par un mariage nul, mais contracté de bonne foi? *ib.*

57 *bis*. IV. Dans le cas où une dispense peut être accordée, l'enfant conçu depuis l'obtention de la dispense peut-il être légitimé? — *Quid* de l'enfant conçu avant la dispense? 106

57 *bis*. V. L'enfant conçu avant la dispense sera-t-il légitime s'il naît pendant le mariage? *ib.*

57 *bis*. VI. *Quid* de l'enfant conçu sous l'empire d'une loi qui n'autorisait pas la dispense? 107

57 *bis*. VII. La déclaration judiciaire de maternité ou de paternité dans le cas d'enlèvement, survenue postérieurement au mariage, produit-elle la légitimation? — Solution dans le sens de l'affirmative. *ib.*

57 *bis*. VIII. Si on repousse cette solution, il faudra du moins admettre que la mère déclarée telle dans la reconnaissance du père reconnaît virtuellement, lorsque, connaissant ce fait, elle épouse le père sans protester. 108

58. **Art. 332.** 108
59. **Art. 333.** 109
59 *bis*. I. Révocation des donations par la légitimation d'un enfant naturel. *ib*.
59 *bis*. II. Renvoi au nº 37 *bis* I. *ib*.

Section II.

De la reconnaissance des enfants naturels.

60. Exposé de la matière. *ib*.

§ 1.

De la reconnaissance volontaire.

61, 62. **Art. 334.** 110
62 *bis*. I. La reconnaissance peut être faite dans un acte ayant un autre objet, pourvu que cet acte soit authentique. *ib*.
62 *bis*. II. Application au procès-verbal d'un juge procédant à un interrogatoire ou au procès-verbal de conciliation. 111
62 *bis*. III. Si la reconnaissance n'est pas reçue par l'officier de l'état civil, il n'est pas nécessaire qu'elle soit inscrite sur les registres. *ib*.
62 *bis*. IV. L'acte notarié de reconnaissance doit être passé en minute. *ib*.
62 *bis*. V. L'authenticité de l'acte ne peut être suppléée par l'aveu ou la vérification en justice de la signature apposée à un acte privé. 112
62 *bis*. VI. La reconnaissance non authentique ne peut servir de fondement même à une demande d'aliments, à moins que l'acte ne contienne promesse d'en fournir. *ib*.
62 *bis*. VII. La reconnaissance sous seing privé émanée de la mère servira de commencement de preuve par écrit. *ib*.
62 *bis*. VIII. Si la reconnaissance est faite par procureur, il faudra une procuration spéciale et authentique. 112
62 *bis*. IX. Tous les notaires, pourvu qu'ils instrumentent sur leur territoire, sont compétents pour recevoir une reconnaissance. — Il en est de même des officiers de l'état civil. 113
62 *bis*. X. Un enfant peut être reconnu avant sa naissance. *ib*.
62 *bis*. XI. Il peut l'être après sa mort s'il a laissé des enfants vivants. — Cette dernière restriction n'est pas applicable à la déclaration judiciaire de maternité. 114
62 *bis*. XII. L'erreur, le dol et la violence sont des causes de nullité de la reconnaissance. *ib*.

62 *bis*. XIII. Mais aucune condition de capacité légale ne paraît devoir être exigée. 114
62 *bis*. XIV. Cependant les juges devront apprécier en fait l'état mental de l'auteur de la reconnaissance ou l'imperfection de son intelligence résultant d'une extrême jeunesse. 115
63. **Art. 335.** *ib.*
63 *bis*. I. La reconnaissance d'un enfant incestueux ou adultérin faite au mépris de l'article 335 est complétement dépourvue d'effet soit pour, soit contre l'enfant. 116
63 *bis*. II. L'enfant adultérin peut être reconnu par celui des parents qui est libre, l'enfant incestueux par un des deux parents. *ib.*
63 *bis*. III. *Quid* si l'enfant incestueux ou adultérin a été reconnu par les deux parents séparément? 117
63 *bis*. IV. *Quid* s'il l'a été par le même acte? *ib.*
64. **Art. 336.** 118
64 *bis*. I. L'indication de maternité faite par le père doit former preuve si elle est confirmée par l'aveu exprès ou tacite de la mère. *ib.*
64 *bis*. II. L'indication de maternité faite par un déclarant autre que le père, s'il est confirmé par l'aveu même tacite de la mère, semble également devoir faire preuve. 119
65. **Art. 337.** 120
65 *bis*. I. La reconnaissance, après la dissolution du mariage, de l'enfant né avant le mariage d'un autre que le conjoint, produit les mêmes effets que si elle avait eu lieu avant ce mariage. 121
65 *bis*. II. La reconnaissance faite pendant le mariage ne nuira pas au conjoint, quand même il ne resterait pas d'enfants issus de ce mariage. *ib.*
65 *bis*. III. Application de cette règle au droit de succession irrégulière et aux donations entre époux. 122
65 *bis*. IV. *Quid* de la reconnaissance faite pendant le mariage par un seul des deux époux de l'enfant issu de leur commerce avant le mariage. 123
66. **Art. 338.** *ib.*
67. **Art. 339.** *ib.*
67 *bis*. I. Quelles personnes peuvent contester la reconnaissance et pour quels motifs? *ib.*
67 *bis*. II. L'autre parent ne le peut-il pas? 124
67 *bis*. III. La possession d'état conforme au titre n'établit pas ici de fin de non-recevoir. *ib.*
67 *bis*. IV. La possession d'état prouve-t-elle la filiation naturelle jusqu'à preuve contraire? *ib.*

67 *bis*. V. Quelle est la valeur de la possession d'état employée comme élément dans la recherche soit de la paternité en cas d'enlèvement, soit de la maternité ? 125

67 *bis*. VI. Des faits isolés de possession d'état peuvent entrer comme élément dans la recherche judiciaire ; mais la preuve testimoniale n'en sera admise que sur un commencement de preuve par écrit. 126

67 *bis*. VII. Diverses utilités de la possession d'état en matière de filiation naturelle. *ib.*

§ 2.

De la déclaration judiciaire soit de paternité, soit de maternité.

68. Objet de ce paragraphe. 127

69. **Art. 340.** *ib.*

69 *bis*. I. Hors le cas d'enlèvement, la reconnaissance est le seul moyen de constater la paternité naturelle. Conséquences. *ib.*

69 *bis*. II. Historique de la rédaction de l'article 340. 128

69 *bis*. III. Le viol est compris dans le mot d'enlèvement ? *ib.*

69 *bis*. IV. Ce qu'il faut entendre par enlèvement. 129

69 *bis*. V. Le rapt de séduction y est-il compris ? Faut-il distinguer si la fille séduite est majeure ou mineure ? *ib.*

69 *bis*. VI. Quelle juridiction est compétente pour la question d'enlèvement ? Pour la question de dommages et intérêts ? Pour la question d'état ? 130

69 *bis*. VII. Pour statuer sur la question d'enlèvement, ou de paternité du ravisseur, les juges civils peuvent admettre toute espèce de preuves. *ib.*

69 *bis*. VIII. Lorsqu'il s'agit de déclarer la paternité du ravisseur, pour apprécier si l'époque de l'enlèvement coïncide avec celle de la conception, les juges ne sont pas liés par la présomption des articles 314 et 315. *ib.*

70. **Art. 341.** *ib.*

70 *bis*. I. Le commencement de preuve par écrit est-il nécessaire pour rechercher la maternité, ou seulement pour être admis à prouver cette maternité par témoins ? 131

70 *bis*. II. Le commencement de preuve par écrit doit rendre probable l'identité du réclamant avec l'enfant dont est accouchée la femme contre qui la recherche est dirigée. Il ne suffirait pas qu'il rendît probable l'accouchement seul. Pourquoi ? 133

70 *bis*. III. En quoi doit consister ici le commencement de preuve par écrit. 134

70 *bis*. IV. Il faut étendre à la recherche de la maternité naturelle les articles 326-330. 134
71. **Art. 342.** *ib.*
71 *bis*. I. L'enfant dont la filiation est établie à l'égard d'un de ses parents et qui voudrait ensuite rechercher l'autre serait repoussé par fin de non-recevoir si cette recherche devait amener la preuve d'une filiation adultérine ou incestueuse. Exemples. *ib.*
71 *bis*. II. La loi attribuant des effets à la filiation adultérine ou incestueuse, ces effets ne seront produits que si cette filiation vicieuse est légalement constante sans reconnaissance ni recherche. 135
71 *bis*. III-IV et V. Cas où la filiation adultérine ou incestueuse se trouve ainsi constante. 135 et 136
72. La déclaration judiciaire produit les mêmes effets que la reconnaissance. 136
72 *bis*. I. Objection tirée de l'article 756. Réfutation. *ib.*
72 *bis*. II. Il n'est pas nécessaire que la recherche ait précédé l'ouverture de la succession. 137
72 *bis*. III. Effet de la déclaration judiciaire quant à la légitimation. Renvoi au n° 57 *bis*. VII. *ib.*
72 *bis*. IV. La déclaration judiciaire provoquée et obtenue pendant le mariage produit-elle ses effets à l'égard du conjoint et des enfants issus du mariage ? *ib.*
73. Dans les cas où la recherche ne serait point admise de la part de l'enfant, elle ne le serait pas davantage contre lui. 138
73 *bis*. Réciproquement, toutes les fois que la recherche est admise en faveur de l'enfant, elle l'est également contre lui. — Démonstration de cette proposition. *ib.*

TITRE HUITIÈME.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

74. Lien de cette matière et de la précédente. 140

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ADOPTION.

SECTION I.

De l'adoption et de ses effets.

75. Origine et motifs généraux de cette institution. *ib.*
76. **Art. 343.** 141

76 *bis*. I. L'existence d'enfants naturels ou d'enfants adoptifs n'empêche pas l'adoption. 141
76 *bis*. II. C'est à l'époque de l'adoption que l'adoptant doit n'avoir point d'enfants légitimes. — Déductions. *ib*.
76 *bis*. III. L'enfant simplement conçu empêche l'adoption. — *Quid* de l'enfant né dans l'intervalle du 180e au 300e jour depuis l'adoption ? *ib*.
77. **Art. 344.** 142
78. **Art. 345.** *ib*.
78 *bis*. La règle qui défend l'adoption d'une personne par plusieurs est applicable à l'adoption rémunératoire. 143
79. **Art. 346.** *ib*.
79 *bis*. I. En cas de dissentiment des père et mère, le consentement du père ne suffirait pas. 144
79 *bis*. II. Mais on peut procéder à l'adoption sans le consentement du parent qui est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. *ib*.
80. L'adoption est soumise aux conditions générales de validité des contrats, consentement, capacité. *ib*.
80 *bis*. I. L'interdit peut-il adopter ou être adopté? *ib*.
80 *bis*. II. Les étrangers le peuvent-ils ? 145
80 *bis*. III. L'enfant naturel peut-il être adopté? — Controverse. — Jurisprudence. *ib*.
80 *bis*. IV. Le prêtre catholique peut-il adopter? 148
80 *bis*. V. Les empêchements à l'adoption sont généralement dirimants. — Nullités absolues et relatives. — *Quid* des défauts de consentement ou de conseil des père et mère? 149
81. Effets de l'adoption. 150
82. **Art. 347.** 151
82 *bis*. Les enfants de l'adopté nés avant l'adoption ne prennent pas le nom de l'adoptant. *ib*.
83. **Art. 348.** *ib*.
83 *bis*. I. Y a-t-il prohibition de mariage entre l'adoptant et les conjoints des descendants de l'adopté? 152
83 *bis*. II. On peut adopter deux époux. *ib*.
83 *bis*. III. Les prohibitions de mariage résultant de l'adoption constituent des empêchements dirimants. *ib*.
84. **Art. 349.** *ib*.
85. **Art. 350.** 153
85 *bis*. I. Réserve de l'adopté. Il peut faire réduire même les libéralités antérieures à l'adoption. *ib*.
85 *bis*. II. L'adoption n'est point considérée comme une survenance d'enfant pour la révocation des donations. — Elle n'empêche pas

le droit de retour stipulé pour le cas de prédécès du donataire sans postérité. — Mais elle met obstacle au droit de retour légal de l'ascendant donateur ou de l'adoptant et de ses descendants légitimes. 154

85 *bis*. III. Quel droit ont les descendants de l'adopté sur la succession de l'adoptant. 155

86. **Art. 351.** 156

86 *bis*. I. Le droit de retour de l'adoptant et de ses descendants laisse subsister les droits réels constitués par l'adopté et les legs par lui faits. 157

86 *bis*. II. Ce droit de retour comprend-il l'action en payement du prix des biens aliénés, ou l'action résolutoire pour défaut de payement du prix ? — Comprend-il l'action en reprise contre le mari de la dot mobilière constituée par l'adoptant à sa fille adoptive? *ib.*

87. **Art. 352.** *ib.*

87 *bis*. L'exercice du droit de retour de l'adoptant sur les biens transmis par l'adopté à ses enfants, lorsque ceux-ci meurent sans enfants, sera-t-il suspendu jusqu'au décès du dernier mourant ? 158

Section II.

Des formes de l'adoption.

88. Objet de cette section. *ib.*

89. **Art. 353.** 159

90. Double homologation du contrat d'adoption. — Compétence. *ib.*

90 *bis*. Action de la partie la plus diligente; elle n'exclut pas l'action de l'autre partie dans la suite de la procédure. *ib.*

91. **Art. 354, 355, 356.** *ib.*

92. **Art. 357.** *ib.*

92 *bis*. Manière de saisir la cour d'appel. 160

93. **Art. 358.** *ib.*

94. **Art. 359.** *ib.*

94 *bis*. Sanction de l'observation des délais des art. 354, 357 et 359. *ib.*

95. **Art. 360.** 161

95 *bis*. I. A quel moment est requise la capacité d'adopter et d'être adopté. *ib.*

95 *bis*. II. Est-elle exigée au moment de l'inscription sur les registres de l'état civil? 162

95 *bis*. III. En résumé, il faut distinguer entre la capacité de consentir et la capacité de droit. *ib.*

96. Si l'adoption est nulle par suite de l'inaccomplissement des conditions auxquelles elle est astreinte, comment pourra-t-elle être attaquée? 163

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

97. But de cette institution. 164
97 *bis*. Cas où une personne se charge d'un enfant nouveau-né par simple déclaration devant l'autorité municipale. *ib*.
98. **Art. 361.** *ib*.
98 *bis*. Consentement des parents. — En cas de dissentiment, le consentement du père ne suffirait pas. — *Quid* si le père ou la mère est dans l'impossibilité légale de manifester sa volonté? 165
99. **Art. 362.** *ib*.
99 *bis*. Il faut étendre à la tutelle officieuse la disposition qui prohibe l'adoption par plusieurs et l'exception à cette règle dans le cas d'adoption par deux époux. *ib*.
100. **Art. 363.** *ib*.
100 *bis*. Le juge de paix *doit* se faire justifier de l'accomplissement des conditions requises. Droit des intéressés en l'absence de ces conditions. 166
101. **Art. 364**, al. 1. *ib*.
102. Application à la tutelle officieuse des conditions de validité communes à tous les contrats, et des principes relatifs à la capacité d'adopter et d'être adopté. (Renvoi au n° 80.) *ib*.
102 *bis*. Effet de l'absence des conditions légales. (Nullités absolues ou relatives.) *ib*.
103. **Art. 364**, al. 2. 167
104. **Art. 365.** *ib*.
104 *bis*. A qui appartient l'administration des biens et de la personne du mineur placé en tutelle officieuse s'il a ses parents ou l'un d'eux. *ib*.
105. **Art. 366.** 168
105 *bis*. I. A quel moment doivent être réalisées les diverses conditions de validité de l'adoption testamentaire. 169
105 *bis*. II. L'adoption testamentaire peut-elle subsister si le testateur a survécu à la majorité du pupille? *ib*.
105 *bis*. III. L'adoption testamentaire peut être répudiée; quand et comment. 170
105 *bis*. IV. Pourquoi l'adoption testamentaire n'est pas soumise à l'homologation des tribunaux. *ib*.
105 *bis*. V. Doit-elle être inscrite sur les registres de l'état civil, et comment? 171
106. **Art. 367.** *ib*.

106 *bis*. A défaut d'adoption, le tuteur officieux et ses héritiers doivent au pupille les frais de nourriture et les frais d'éducation professionnelle. 171
107. **Art. 368.** *ib.*
107 *bis*. A la majorité du pupille, si le tuteur officieux l'adopte entre vifs, toutes les conditions de l'adoption ordinaire sont applicables à cette adoption. *ib.*
108. **Art. 369.** Adoption requise par le pupille et refusée par le tuteur. 172
108 *bis*. I. Cas où l'adoption offerte par le tuteur est refusée par le pupille. — Cas où elle est impossible. 173
108 *bis*. II. Le tuteur officieux requis avant la majorité du pupille a trois mois à partir de la majorité pour prendre parti. *ib.*
108 *bis*. III. Dans le cas où l'adoption est impossible, le pupille peut *immédiatement* obtenir une indemnité. *ib.*
108 *bis*. IV. La réquisition du pupille n'est pas limitée aux trois mois qui suivent sa majorité. — Durée de son action. *ib.*
109. **Art. 370.** 174

TITRE NEUVIÈME.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

110. Idée générale de la puissance paternelle. *ib.*
111. En quoi consiste, chez nous, la puissance paternelle proprement dite. *ib.*
111 *bis*. Historique. 175
112. Applications diverses du principe de puissance paternelle. — Sujet spécial de ce titre. 176
113. **Art. 371.** *ib.*
113 *bis*. Application dans le for extérieur du principe de morale proclamé par l'article 371. — Limites de cette application. *ib.*
114. Autorité des parents sur les mineurs non émancipés. 177
114 *bis*. I. Restrictions établies par la loi elle-même. — Restrictions commandées par la doctrine. — Pouvoir discrétionnaire des tribunaux. *ib.*
114 *bis*. II. Explication de l'article 335 du Code pénal. — L'interdiction temporaire de tutelle est générale; mais la privation de puissance paternelle ne s'applique qu'à l'enfant objet du délit et aux droits accordés dans ce titre. 178
115. **Art. 372, 373.** 179
115 *bis*. Quand et comment la mère peut exercer le droit qui lui est commun avec le père. *ib.*

116. Effets de l'autorité paternelle. — Trois seulement sont spécialement définis. 179
117. **Art. 374.** 180
117 *bis*. I. Après la dissolution du mariage, le droit de fixer la résidence de l'enfant appartient au survivant des père et mère. — Quand même le survivant ne serait pas tuteur. — Sauf le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. *ib.*
117 *bis*. II. L'enfant pourrait être autorisé à quitter la maison paternelle. 181
118. **Art. 375.** *ib.*
119. Théorie du droit de correction (art. 376-382). *ib.*
119 *bis*. Où doit être subie la peine de discipline domestique improprement appelée *détention* ou *réclusion*. *ib.*
120. Distinctions à faire quant au mode d'exercice du droit. 182
121. **Art. 376, 377.** *ib.*
121 *bis*. Au cas de l'article 376, le président ne peut-il absolument refuser l'ordre d'arrestation? *ib.*
122. **Art. 378**, al. 1. 183
122 *bis*. I. Énonciations nécessaires dans l'ordre d'arrestation *non motivé*. *ib.*
122 *bis*. II. Écritures nécessaires à la suite de cet ordre. — Procès-verbal d'arrestation. — Registre d'écrou. *ib.*
123. **Art. 378**, al. 2. *ib.*
123 *bis*. I. Pour quelle raison le requérant doit-il souscrire une soumission? 184
123 *bis*. II. Cette soumission a pour objet et les frais et les aliments. *ib.*
124. **Art. 379.** 185
124 *bis*. I. Le droit de renouveler la correction n'est pas borné au cas où la peine précédente a été abrégée. *ib.*
124 *bis*. II. Le père n'aura pas toujours besoin de justifier des nouveaux écarts. *ib.*
125. **Art. 380.** *ib.*
125 *bis*. Le second mariage du père ne change que le mode d'application de la peine, dont l'âge de l'enfant règle toujours le *maximum*. 186
126. **Art. 381.** *ib.*
126 *bis*. I. Sauf les restrictions indiquées par cet article, l'exercice du droit de correction est le même pour la mère que pour le père. — Elle a comme lui le libre exercice du droit de pardonner. *ib.*
126 *bis*. II. Le droit accordé à la mère survivante appartiendrait à la mère, du vivant du père incapable. — Mais sous les mêmes restrictions qu'en cas de survie. *ib.*

126 *bis*. III. Les deux parents paternels doivent *adhérer* à la mesure. A défaut de parents, il faudrait le concours de deux amis. 187
126 *bis*. IV. Pour le père comme pour la mère, les effets du second mariage ne cesseraient pas par sa dissolution. *ib.*
127. **Art. 382.** *ib.*
127 *bis*. Le droit d'appel est borné au cas spécial de l'article 382. Cette disposition peut être critiquée. 188
128. **Art. 383.** *ib.*
128 *bis*. I. L'article 383 suppose l'application aux pères et mères naturels des articles 372 et 374. — L'article 371 s'appliquerait même aux enfants adultérins ou incestueux. — Mais les parents naturels n'ont droit ni à la jouissance ni même à l'administration des biens. 189
128 *bis*. II. Le père et la mère naturels ont un titre égal à l'exercice du droit de garde (nonobst. art. 158). — Le droit s'exerce par l'un sous la surveillance de l'autre. — Le gardien pourra être déterminé par justice; autrement il le sera par la possession. *ib.*
128 *bis*. III. Le droit de correction sera exercé par les deux parents en commun. — S'il n'en existe qu'un, il appartiendra à celui-là. 190
128 *bis*. IV. Doit-on appliquer aux père et mère naturels les restrictions établies par les articles 380, 381, 382? 191
128 *bis*. V. Affirmative, quant à l'article 382. *ib.*
128 *bis*. VI. Quant aux articles 380 et 381, la question est plus délicate. *ib.*
128 *bis*. VII. Les effets attribués au second mariage du père ou de la mère légitimes ne sont pas applicables au mariage contracté par le père ou la mère naturels. *ib.*
128 *bis*. VIII. La mère, agissant à défaut du père, peut sans inconvénient être considérée comme dispensée de tout concours. 192
128 *bis*. IX. Mais la mère agissant seule ne peut jamais agir que par voie de réquisition. *ib.*
128 *bis*. X. Résumé. *ib.*
129. **Art. 384.** *ib.*
129 *bis*. I. La jouissance légale diffère dans son principe de l'usufruit du pécule adventice; elle rappelle plutôt le droit de garde des pays coutumiers. 193
129 *bis*. II. La jouissance légale est un véritable usufruit; mais c'est un usufruit *sui generis*, dont le caractère propre est l'inhérence à la puissance paternelle. — Conséquences. *ib.*
129 *bis*. III. Comparaison avec les droits de garde noble ou bour-

geoise. Différences quant à l'époque de l'ouverture du droit, — quant aux personnes auxquelles il est accordé, — quant aux biens qui y sont soumis. 194

129 *bis*. IV. Le droit accordé au père pendant le mariage ne peut passer à la mère qu'en cas de survie; — exception pour le cas de déclaration d'absence. — *An* pour le cas de divorce, quand il était admis? Renvoi. 195

129 *bis*. V. A la différence du droit de garde, la jouissance légale s'établit de plein droit, sauf renonciation, et avec dispense de caution. Mais il y a obligation de faire inventaire. 196

129 *bis*. VI. Pourquoi, indépendamment même de l'émancipation, la loi fait-elle cesser la jouissance avant la majorité? *ib.*

129 *bis*. VII. La jouissance cesserait par la mort de l'enfant, nonobstant art. 620. *ib.*

129 *bis* VIII. L'émancipation est une renonciation virtuelle, dont l'effet subsisterait nonobstant la révocation de l'émancipation. 197

129 *bis*. IX. A la différence d'une renonciation directe, la renonciation par émancipation ne pourrait être attaquée par les créanciers. *ib.*

130. **Art. 385.** *ib.*

130 *bis*. I. Les frais de nourriture, entretien et éducation des enfants sont-ils exclusivement à la charge du parent usufruitier, quand même l'enfant aurait des biens non soumis à la jouissance? Controverse. — Solution négative — applicable à toutes les charges imposées par l'article 385. *ib.*

130 *bis*. II. La charge des arrérages et intérêts s'applique aux prestations arriérées qui se trouvaient dues à l'ouverture de l'usufruit. 198

130 *bis*. III. Les frais funéraires et de dernière maladie sont ceux des personnes auxquelles l'enfant a succédé. 199

131. **Art. 386.** *ib.*

131 *bis*. I. La jouissance refusée à l'époux contre lequel le divorce était prononcé devait-elle commencer immédiatement en faveur de l'autre époux? L'affirmative paraît probable. 200

131 *bis*. II. La séparation de corps, quoique obtenue pour les mêmes causes que le divorce, n'entraînerait pas la même déchéance. — Renvoi au n° 33 *bis*. I. *ib.*

131 *bis*. III. Pourquoi la loi n'a-t-elle pas appliqué au second mariage du père la déchéance qu'elle attache à celui de la mère? Différence avec la coutume de Paris. 201

131 *bis*. IV. L'inconduite de la mère n'entraînerait pas comme le second mariage déchéance de l'usufruit. *ib.*

131 *bis*. V. Mais la déchéance résulterait d'un mariage nul, sans distinguer s'il a ou non été contracté de bonne foi; — exception pour le cas de violence. 202

131 *bis*. VI. La mère qui a perdu sa jouissance par son second mariage ne la recouvre pas quand elle devient veuve. *ib.*

132. Divers autres cas où l'usufruit est refusé à titre de peine : art. 730, 1442; Cod. pén., art. 335. *ib.*

132 *bis*. I. L'usufruit refusé au père sur la succession dont il est indigne pourra s'ouvrir au profit de la mère, mais seulement à la dissolution du mariage, si elle survit. 203

132 *bis*. II. Peu importe que cette suspension de jouissance nuise à la femme par le préjudice qu'elle cause à la communauté. — A l'inverse, la femme indigne pourra profiter comme commune de la jouissance accordée à son mari pendant le mariage. *ib.*

132 *bis*. III. Utilité de l'inventaire après la dissolution de la communauté. — Faute du survivant qui n'y fait pas procéder; — la privation de l'usufruit est la peine de cette faute. *ib.*

132 *bis*. IV. Le délai pour faire cet inventaire est le délai ordinaire de trois mois, sauf prolongation. Après ce délai la peine peut être encourue; mais elle ne l'est pas nécessairement. 204

132 *bis*. V. Dans tout autre cas que celui de dissolution de communauté, le défaut d'inventaire pourrait bien faire suspendre l'entrée en jouissance, — mais il ne ferait pas encourir la déchéance. *ib.*

132 *bis*. VI. La déchéance prononcée par l'article 442 est générale et s'applique à tous les biens présents et à venir des enfants. 205

132 *bis*. VII. L'usufruit légal pourrait, comme tout autre, se perdre pour abus de jouissance. *ib.*

133. **Art. 387.** *ib.*

133 *bis*. I. Les biens affranchis de l'usufruit ne sont pas seulement ceux qui, à Rome, composaient les pécules castrense et quasi-castrense; — il suffit qu'ils proviennent d'un travail ou d'une industrie quelconque, pourvu que l'enfant ait agi ou travaillé pour son compte séparé. *ib.*

133 *bis*. II. Si l'enfant donataire est héritier à réserve du donateur ou testateur, la condition *que les père et mère ne jouiront pas* peut-elle s'appliquer aux biens même qui devaient former sa réserve? Affirmative soutenue contre le sentiment commun. 206

133 *bis*. III. La condition qui refuserait aux père et mère l'administration des biens donnés serait réputée non écrite, comme contraire aux lois. 207

TITRE DIXIÈME.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.

134. Introduction. — Division de la matière. 208

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MINORITÉ.

135. **Art. 388.** *ib.*

135 *bis*. Les vingt et un ans ne sont accomplis qu'à la fin du jour anniversaire de la naissance. — Rejet de la règle de droit romain qui comptait la durée de la minorité *de momento ad momentum*. *ib.*

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE.

136. Définition de la tutelle; — ses diverses espèces. 209

Section I.

De la tutelle des père et mère.

137. **Art. 389.** 210

137 *bis*. I. L'administration du père, pendant le mariage, n'est pas proprement une tutelle; — motifs; — conséquences. *ib.*

137 *bis*. II. En cas d'opposition d'intérêt entre le père et les enfants, on nommerait un tuteur *ad hoc*. *ib.*

137 *bis*. III. Un grand nombre des règles de la tutelle doivent être appliquées par analogie à l'administration du père. — Distinction entre celles qui tiennent à la nature de l'administration comptable, et celles qui peuvent passer pour particulières à l'administration du tuteur. — Diverses applications. — Assimilation en ce qui touche la limitation des pouvoirs. 211

138. **Art. 390.** 212

138 *bis*. L'administration du père et la tutelle légitime du survivant des père et mère ne s'appliquent qu'aux parents légitimes. — Les enfants naturels, s'ils ont des biens, doivent être en tutelle du vivant même de leurs parents; mais pour eux la tutelle est toujours dative. — Il en faut dire autant des enfants légitimes dont les deux parents vivent, si le père est empêché, autrement que par absence, d'administrer aux termes de l'article 389. *ib.*

139. Différences entre le père et la mère quant à la tutelle déférée au survivant. 213
140. **Art. 391.** *ib.*
140 *bis*. I. La mère à laquelle le père a nommé un conseil ne peut agir contre l'avis de ce conseil. *ib.*
140 *bis*. II. L'assistance du conseil n'empêche pas la mère de répondre de ses actes. — *Quid* si le refus d'assistance la force à s'abstenir? *ib.*
140 *bis*. III. Le conseil n'est pas en général responsable. 214
141. **Art. 392.** *ib.*
142. **Art. 393.** Curateur au ventre. — Ses fonctions. — La mère ne peut concourir à sa nomination. * *ib.*
142 *bis*. La création d'un curateur au ventre n'a pas d'utilité lorsqu'il y a d'autres enfants mineurs dont la mère est tutrice. — Mais on peut donner ce titre au subrogé tuteur. 215
143. **Art. 394.** *ib.*
143 *bis*. I. Le droit de refuser la tutelle n'emporte pas pour la mère celui de s'en faire décharger après acceptation. — Mais on doit être enclin à lui accorder cette décharge si elle la demande. 216
143 *bis*. II. Quand la mère sera-t-elle réputée avoir accepté la tutelle? *ib.*
144. **Art. 395.** *ib.*
144 *bis*. I. En quel sens la mère qui se remarie sans convocation préalable du conseil de famille perd-elle la tutelle de plein droit? — Elle reste néanmoins tutrice de fait jusqu'à remplacement. — Conséquence quant à l'hypothèque légale. 217
144 *bis*. II. La mère qui perd ainsi la tutelle n'est pas considérée comme *exclue* ou *destituée*. — Elle peut être renommée. De quand datera alors l'hypothèque légale? *ib.*
144 *bis*. III. Mais la mère a perdu son droit à la tutelle légitime, et ne le recouvrerait pas par son veuvage. 218
144 *bis*. IV. La responsabilité du second mari s'applique-t-elle aux actes antérieurs au mariage? — L'affirmative appuyée sur l'ancien droit — combattue fortement par MM. Ducaurroy et Demolombe — paraît cependant devoir être maintenue. *ib.*
144 *bis*. V. Les biens du second mari sont-ils frappés d'hypothèque légale? Peut-être faut-il l'admettre en le considérant comme *tuteur* de fait, — mais en ne faisant remonter l'hypothèque qu'au jour du mariage. 220
144 *bis*. VI. Autres conséquences du système qui considère le mari comme tuteur de fait, — tempérament dont ce système paraît susceptible. *ib.*

145. **Art. 396.** 221
145 *bis*. I. La mère maintenue conserve la tutelle légitime, et l'exercerait seule si elle devenait veuve. *Secùs* si elle n'a pas été maintenue. — Son veuvage alors ne la lui ferait pas recouvrer. *ib.*
145 *bis*. II. La cotutelle du mari est essentielle à la tutelle d'une femme mariée. — Conséquences. — Les articles 395 et 396 s'appliqueraient à l'aïeule tutrice qui se remarierait. *ib.*
145 *bis*. III. Le cotuteur est un véritable tuteur exerçant collectivement avec sa femme tutrice. — La tutelle et la cotutelle ne subsistent pas, en général, l'une sans l'autre. 222
145 *bis*. IV. Deux cas où la tutelle de la femme pourrait subsister sans la cotutelle du mari. *ib.*

Section II.

De la tutelle déférée par le père ou la mère.

146. **Art. 397.** 223
146 *bis*. I. L'époux premier mourant ne peut choisir un tuteur, même pour le cas de refus, excuse, exclusion ou incapacité du survivant. — Le survivant refusant ou excusé ne peut choisir son remplaçant pendant sa vie. *ib.*
146 *bis*. II. Mais s'il n'est pas dans un des cas qui font priver même du droit de vote au conseil de famille, le dernier mourant, quoiqu'il ne soit pas tuteur, peut en nommer un, à l'exclusion même du tuteur établi. *ib.*
147. **Art. 398.** 224
148. **Art. 399** et **400.** 225
148 *bis*. I. L'article 399 est applicable, soit que la mère ait perdu la tutelle faute de convocation du conseil de famille, soit que ce conseil convoqué ne la lui ait pas conservée. *Quid* si la mère n'était pas tutrice au moment de son second mariage? *ib.*
148 *bis*. II. Effet réservé au choix de la mère lors même qu'il est sujet à confirmation. — Exclusion de la tutelle légitime. *ib.*
148 *bis*. III. Les articles 399 et 400 restent applicables, quand même la mère remariée serait devenue veuve. *ib.*
149. **Art. 401.** 226

Section III.

De la tutelle des ascendants.

150. **Art. 402, 403, 404.** *ib.*
150 *bis*. I. La tutelle légitime des ascendants doit être strictement renfermée dans son cas; — elle n'a pas lieu du vivant du père

ou de la mère, ni lorsqu'il a été choisi un tuteur par le dernier mourant; quand même, pour une cause quelconque, le survivant ou le tuteur testamentaire serait écarté de la tutelle. 226

150 *bis*. II. La règle s'applique même au cas de mort du tuteur testamentaire. 227

150 *bis*. III. *Secùs* si le choix du tuteur testamentaire n'était pas valable. — L'incapacité du tuteur n'empêche pas la validité du choix. 228

150 *bis*. IV. La tutelle légitime ne doit s'appliquer qu'au cas où la mort du survivant des père et mère fait vaquer la tutelle. *ib.*

150 *bis*. V. Il peut y avoir succession de tutelle légitime, mais seulement pour le cas de décès de l'ascendant plus proche. *ib.*

Section IV.

De la tutelle déférée par le conseil de famille.

151. **Art. 405.** 229

152. Les règles sur la constitution du conseil ne s'appliquent pas exclusivement au cas de nomination de tuteur. *ib.*

153. **Art. 406.** *ib.*

153 *bis*. I. La qualité pour requérir la convocation, telle qu'elle est ici réglée, ne s'applique pas indistinctement à tous les cas qui peuvent donner lieu à cette convocation. — Principe sur la convocation d'office. 230

153 *bis*. II. Le pouvoir accordé aux parents doit être considéré comme commun aux alliés. *ib.*

153 *bis*. III. C'est le domicile du mineur qui détermine la compétence du juge de paix, et même la composition de l'assemblée. — Renvoi au n° 158. *ib.*

154. **Art. 407.** *ib.*

154 *bis*. Nonobstant l'avis précédemment émis par l'auteur, les alliés ne doivent plus être appelés, à ce titre, au conseil de famille, si le mariage qui produisait l'alliance est dissous sans qu'il en reste d'enfants. 231

155. **Art. 408.** 232

155 *bis*. I. La vocation des ascendants doit s'appliquer à tous les ascendants capables. — Pourquoi la loi n'a-t-elle parlé que des ascendants excusés? *ib.*

155 *bis*. II. Les ascendants ou leurs veuves sont placés sur la même ligne que les frères et beaux-frères. — Réfutation du système qui les considère seulement comme membres honoraires. —

La prérogative des ascendants est la même, soit qu'il existe ou non des frères ou beaux-frères. 233
155 *bis*. III. Par *veuve d'ascendant* il faut entendre l'ascendante dont le mari, ascendant lui-même, est mort. 234
155 *bis*. IV. Un second mariage ne ferait pas obstacle à la vocation de l'ascendante. — Sa présence au conseil de famille en exclurait son second mari. *ib.*
155 *bis*. V. La prérogative accordée aux ascendants et ascendantes s'applique aux père et mère. 235
156. **Art. 409.** *ib.*
156 *bis*. A défaut absolu de parents ou alliés, le conseil ne se composerait que d'*amis*. — Application à l'égard des enfants naturels. 236
157. **Art. 410.** *ib.*
157 *bis*. Le parent ou allié domicilié hors de la distance ne peut être appelé s'il est plus jeune que le parent ou allié du même degré qui demeure sur les lieux. *ib.*
158. En principe, le domicile de tutelle, constitué une fois pour toutes au lieu de l'ouverture de la tutelle, ne change pas par la translation du domicile du tuteur. *ib.*
158 *bis*. I. Développements. — Motifs. — La règle admise en jurisprudence, c'est que le siége et, par suite, la composition du conseil de famille sont déterminés, pour toute la durée de la tutelle, par le domicile qu'avait le mineur au moment de la première convocation. 237
158 *bis*. II. Dissentiment avec M. Marcadé, qui s'attache au lieu d'ouverture de la première tutelle dative. 238
158 *bis*. III. Raisons pour préférer la doctrine qui déterminerait le domicile de tutelle par celui non du premier, mais du dernier mourant des père et mère. *ib.*
159. Organisation du conseil de famille; objet des articles 411-416.— **Art. 411.** 239
159 *bis*. I. Si toutes les citations ne sont pas données en même temps, il suffit que chacun obtienne le délai auquel il avait droit. 240
159 *bis*. II. Le délai n'est établi que dans l'intérêt des membres convoqués. *ib.*
160. **Art. 412.** *ib.*
161. **Art. 413.** *ib.*
161 *bis*. Le juge de paix peut relever de l'amende qu'il a prononcée sans appel. *ib.*
162. **Art. 414.** *ib.*
163. **Art. 415.** 241

164. **Art. 416.** 241
164 *bis*. I. Les délibérations du conseil doivent être prises à la majorité absolue.— Manière de ramener à deux les avis, quel que soit leur nombre. *ib.*
164 *bis*. II. Application. 242
165. Les infractions aux règles prescrites pour l'organisation du conseil de famille et le mode de ses délibérations peuvent, suivant les circonstances, entraîner la nullité de ses actes. *ib.*
165 *bis*. I. La nullité peut toujours être prononcée sans excès de pouvoir. — Mais elle ne doit pas l'être si la règle omise n'est pas substantielle. — Quelles règles peuvent passer pour telles? 243
165 *bis*. II. Les règles sur la composition de l'assemblée ne doivent pas elles-mêmes être considérées indistinctement comme substantielles. *ib.*
166. Certaines délibérations sont sujettes à homologation; toutes peuvent être attaquées par les membres dissidents (C. pr., art. 883-889). *ib.*
167. Transition. — **Art. 417.** 244
167 *bis*. I. Historique. *ib.*
167 *bis*. II. La mesure n'est prescrite que pour le cas de tutelle dative; et c'est en général au conseil de famille qu'appartient la nomination du protuteur. — *Quid* si la tutelle est légitime ou testamentaire? *ib.*
167 *bis*. III. En principe, la nomination du protuteur doit être faite au domicile. 245
167 *bis*. IV. Le protuteur est un véritable tuteur. — Conséquences. — Ses rapports avec le tuteur du domicile. — Division de leurs fonctions. *ib.*
167 *bis*. V. N'y aurait-il pas lieu à protutelle si une partie des biens du mineur était située en pays étranger? 246
168. **Art. 418.** *ib.*
168 *bis*. I. *Quid* si la nomination n'a pas été notifiée par exploit? *ib.*
168 *bis*. II. *Quid* à l'égard du tuteur légitime ou testamentaire? *ib.*
169. **Art. 419.** 247
169 *bis*. En quoi consiste précisément l'obligation, pour les héritiers du tuteur, de constituer la gestion. — Pouvoir et responsabilité attachés à cette obligation. *ib.*

Section V.

Du subrogé tuteur.

170. **Art. 420.** *ib.*

170 *bis*. Il doit y avoir un subrogé tuteur, même dans la tutelle officieuse. 248
171. **Art. 421**. *ib*.
171 *bis*. I. Le tuteur, tant qu'il n'a pas fait nommer de subrogé tuteur, a-t-il qualité pour représenter le mineur en justice ou dans les actes? *ib*.
171 *bis*. II. Le retrait de la tutelle autorisé par l'article 424 ne doit pas se confondre avec une destitution. *ib*.
172. **Art. 422**. 249
173. **Art. 423**. *ib*.
173 *bis*. I. Hors les cas prévus par les articles 423 et 426, le tuteur a-t-il droit de voter au conseil de famille? *ib*.
173 *bis*. II. *Quid* à l'égard du subrogé tuteur? 250
173 *bis*. III. Le subrogé tuteur n'est pas nécessairement pris dans une des deux lignes de parenté ou d'alliance. *ib*.
173 *bis*. IV. L'exception relative aux frères germains permet, en attribuant une des deux fonctions au frère, d'attribuer l'autre à un parent quelconque. *ib*.
173 *bis*. V. La même exception s'applique aux maris des sœurs germaines. 251
173 *bis*. VI. Elle ne s'appliquerait pas à tout parent ou allié appartenant aux deux lignes. — *Quid* s'il était plus proche dans l'une que dans l'autre? *ib*.
174. **Art. 424**. *ib*.
174 *bis*. Responsabilité du subrogé tuteur. *ib*.
175. **Art. 425**. 252
175 *bis*. C'est la fin de la tutelle et non sa vacance qui fait cesser les fonctions du subrogé tuteur. *ib*.
176. **Art. 426**. *ib*.

Section VI.

Des causes qui dispensent de la tutelle.

177. Théorie des excuses. 253
178. Première cause d'excuse : fonctions, services ou missions. **Art. 427-431**. *ib*.
178 *bis*. C'est seulement quand les fonctions, services ou missions avaient été conférés pendant la gestion que leur expiration autorise à la rendre au tuteur excusé pour cette cause. 254
179. Deuxième cause : absence de lien de famille. **Art. 432**. *ib*.
180. Troisième cause : âge avancé. **Art. 433**. *ib*.
180 *bis*. I. Il est rigoureux de refuser à celui qui accepte la tutelle

après l'âge de soixante-cinq ans le droit de s'en faire décharger à soixante-dix ans. 251

180 *bis*. II. Les soixante-dix ans ne sont cause de décharge qu'autant qu'ils sont accomplis. 255

181. Quatrième cause : infirmité. **Art. 434.** *ib.*

181. *bis*. La loi, avec raison, ne fixe aucun délai pour proposer l'excuse de l'âge atteint, ou de l'infirmité survenue, pendant la tutelle. *ib.*

182. Cinquième cause : nombre de tutelles. **Art. 435.** *ib.*

182 *bis*. I. Ce n'est pas le nombre des pupilles qui constitue celui des tutelles. 256

182 *bis*. II. Doit-on invariablement s'attacher au nombre de deux tutelles? Les tutelles actuellement existantes servent seules d'excuse. *ib.*

182 *bis*. III. La tutelle de ses enfants ne dispense pas le père d'en accepter une seconde. *ib.*

182 *bis*. IV. Deux tutelles préexistantes au mariage ne dispenseront pas le père d'accepter la tutelle de ses enfants tout en conservant les deux autres. *ib.*

182 *bis*. V. La prérogative attachée au titre de père ne s'applique qu'à la paternité légitime. 257

183. Sixième cause : nombre d'enfants. **Art. 436.** *ib.*

183 *bis*. I. L'enfant seulement conçu ne compte pas. *ib.*

183 *bis*. II. Comparaison avec le droit romain en ce qui concerne les enfants morts. *ib.*

184. **Art. 437.** 257

185. **Art. 438, 439.** *ib.*

185 *bis*. Comment la déchéance peut-elle être appliquée aux tuteurs légitimes ou testamentaires? — Dans tous les cas la déchéance n'est que comminatoire. *ib.*

186. **Art. 440.** *ib.*

186 *bis*. I. Le tuteur dont l'excuse a été rejetée pourrait seul se pourvoir devant les tribunaux. *ib.*

186 *bis*. II. Pouvoir discrétionnaire des tribunaux de première instance et d'appel. — Cas unique qui pourrait donner lieu à cassation. 258

187. **Art. 441.** *ib.*

187 *bis*. I. Les parents qui se sont pourvus sans succès contre la délibération qui admettait l'excuse peuvent ne pas être condamnés aux dépens. *ib.*

187 *bis*. II. Si le tuteur succombe, la qualité même des parties n'autoriserait pas à compenser les dépens. *ib.*

187 *bis*. III. Quand les parents qui succombent sont affranchis des dépens, la charge en doit être supportée par le mineur. 259

Section VII.

De l'incapacité, des exclusions ou destitutions de la tutelle.

188. Distinction entre l'incapacité, l'exclusion et la destitution. 260
189. Causes d'incapacité. **Art. 442.** *ib.*
190. Première cause d'incapacité : minorité. **Art. 442** 1°. *ib.*
190 *bis*. I. L'exception établie en faveur du père et de la mère s'appliquerait-elle aux père et mère naturels? *ib.*
190 *bis*. II. Le tuteur mineur ne peut faire seul pour le compte de ses mineurs les actes qu'il n'aurait pas le droit de faire pour son propre compte. — Comment devra-t-il être assisté? 261
191. Deuxième cause : interdiction. **Art. 442** 2°. *ib.*
191 *bis*. I. L'incapacité attachée à l'interdiction légale ne fait pas double emploi avec l'exclusion qui résulte de la condamnation à une peine infamante. *ib.*
191 *bis*. II. La personne pourvue d'un conseil judiciaire n'est pas comprise dans l'incapacité attachée à l'interdiction. *Quid juris* à son égard? *ib.*
192. Troisième cause : le sexe. **Art. 442** 3°. *ib.*
192 *bis*. I. Le second mariage de la mère ne l'empêcherait pas de faire partie du conseil de famille. — L'ascendante ne peut être tutrice ni membre du conseil de famille du vivant de l'ascendant son mari. — *Quid* en cas de second mariage? 262
192 *bis*. II. La mère ni l'ascendante ne sont jamais tenues d'accepter la tutelle. *ib.*
193. Quatrième cause : opposition d'intérêt. **Art. 442** 4°. 263
193 *bis*. I. L'opposition d'intérêt n'est cause d'incapacité que dans le cas spécial d'un procès engagé entre les personnes et sur les objets que la loi détermine. — Motifs de cette incapacité. *ib.*
193 *bis*. II. Il ne suffirait pas que le tuteur fût héritier présomptif de l'adversaire du mineur. — Dans ce cas et autres semblables, on pourrait seulement faire représenter le mineur dans l'instance par le subrogé tuteur. *ib.*
193 *bis*. III. *Quid* si le procès existe entre le tuteur et les père et mère du mineur? *ib.*
193 *bis*. IV. *Quid* si c'est l'état ou la fortune du tuteur qui se trouve compromis dans le procès? 264
194. **Art. 443.** *ib.*
195. **Art. 444.** *ib.*

195 *bis*. I. La notoriété de l'inconduite n'a pas besoin de précéder l'invocation de cette cause d'exclusion ou destitution. 265
195 *bis*. II. La gestion qui doit attester l'infidélité ou l'incapacité n'est pas nécessairement celle de la tutelle actuelle. — Développements. *ib.*
196. **Art. 445.** *ib.*
196 *bis*. I. C'est au fait d'exclusion ou de destitution de la tutelle, et non aux causes qui peuvent y donner lieu, qu'est attachée l'exclusion du conseil de famille. — *Secus* pour l'incapacité. *ib.*
196 *bis*. II. La règle ci-dessus ne s'applique pas au cas de condamnation à une peine infamante. 266
196 *bis*. III. L'effet attribué à l'exclusion ou à la destitution ne s'applique pas indistinctement à tous les cas où la tutelle est retirée à titre de peine. *ib.*
196 *bis*. IV. L'exclusion ou destitution d'une tutelle antérieure n'emporte pas *nécessairement* exclusion d'une nouvelle tutelle. *ib.*
197. Interdiction temporaire de tutelle, etc.; accessoire d'une peine correctionnelle (C. pén., art. 335); ou constituant elle-même une peine correctionnelle. (C. pén., art. 9, 42, 43). *ib.*
198. **Art. 446.** 267
199. **Art. 447.** *ib.*
200. **Art. 448, 449.** *ib.*
200 *bis*. I-IV. Combinaison des articles 448 et 449 avec les articles 883 - 888 du Code de procédure. — Les règles spéciales ici tracées doivent prévaloir, mais pas indistinctement. 267, 268
201. Dans tous les cas l'affaire s'instruit et se juge comme affaire urgente. — Le jugement est susceptible d'appel. 268
201 *bis*. Qui administrera pendant le litige? 269

Section VIII.

De l'administration du tuteur.

202. **Art. 450**, al. 1 et 2. *ib.*
203. Développement du principe qui charge le tuteur du soin de la personne. *ib.*
203 *bis*. La garde de la personne n'est pas un attribut essentiel de la tutelle. — *Secùs* la surveillance. *ib.*
204. Pouvoirs généraux attachés au titre de représentant légal. 270
205. Obligation d'administrer. — Responsabilité. *ib.*
206. **Art. 450**, al. dernier. *ib.*
206 *bis*. I. Motif spécial de la prohibition d'acheter. 271
206 *bis*. II. Exception pour le tuteur créancier, en cas de saisie, et

pour le tuteur colicitant. — Par qui le mineur sera-t-il alors représenté? 271
206 *bis*. III. Double motif pour prohiber l'acceptation d'une cession de droits contre le pupille. *ib.*
206 *bis*. IV. Sanction de la prohibition. — Systèmes divers. 272
206 *bis*. V. La prohibition comprend même la cession à titre gratuit. Mais ne cesserait-elle pas dans les cas prévus par l'art. 1704? 273
206 *bis*. VI. La transmission pourrait s'opérer par succession ou legs. *ib.*
206 *bis*. VII. La prohibition n'exclut pas la faculté pour le tuteur de payer avec subrogation un créancier du mineur. — Précaution à prendre dans ce cas. *ib.*
207. Division de la matière. 274

§ 1.

Obligations du tuteur.

208. **Art. 451**, al. 1. *ib.*
208 *bis*. I. Le délai pour faire lever le scellé et commencer l'inventaire ne s'applique pas seulement au tuteur *nommé*. *ib.*
208 *bis*. II. L'inventaire devrait être en général commencé dans ce délai, quand même il n'y aurait pas eu d'apposition de scellé. — Ce délai n'est pas de rigueur. *ib.*
208 *bis*. III. Formalité de l'inventaire particulièrement prescrite au cas de l'article 1442. — Conséquences du défaut d'inventaire dans ce cas. — Le délai alors est de trois mois et n'est pas non plus de rigueur. — Renvoi. 275
208 *bis*. IV. Hors même du cas spécial de l'article 1442, le défaut d'inventaire autoriserait la preuve par commune renommée et donnerait lieu à la responsabilité du subrogé tuteur. *ib.*
208 *bis*. V. Le tuteur ne peut être dispensé de l'inventaire. 276
209. **Art. 451**, al. dernier. *ib.*
209 *bis*. I. Motif de la déchéance établie contre le tuteur qui ne déclare pas sa créance. 277
209 *bis*. II. La réquisition de l'officier public est la condition *sine quâ non* de cette déchéance. *ib.*
209 *bis*. III. La déchéance est absolue, — sauf la ressource du serment ou de l'aveu. *ib.*
209 *bis*. IV. La déchéance ne serait pas encourue si le tuteur avait eu juste sujet d'ignorer l'existence de la créance non déclarée. *ib.*
210. **Art. 452**. 278
210 *bis*. L'obligation de vendre s'applique *généralement* et *exclusivement* au mobilier corporel. *ib.*
211. **Art. 453**. *ib.*

211 *bis*. I. L'estimation ici prescrite n'est pas nécessairement distincte de celle qui de droit commun a lieu dans l'inventaire. — Combinaison de l'article 453 avec les articles 943-3° et 935 du Code de procédure. 279

211 *bis*. II. A quoi bon dire expressément que l'estimation aura lieu *à juste valeur?* *ib.*

211 *bis*. III. Pourquoi le père usufruitier doit-il l'estimation primitive des meubles qu'il ne représente pas en nature? *Quid* si ces meubles ont péri par cas fortuit? *ib.*

211 *bis*. IV. Devoir et responsabilité du tuteur non usufruitier autorisé à conserver les meubles en nature. — *Quid* s'il les a conservés sans autorisation? 280

212. **Art. 454.** 281

212 *bis*. I. Le pouvoir de régler la dépense annuelle emporte celui de déterminer le genre d'éducation. *ib.*

212 *bis*. II. En quel sens le tuteur a-t-il besoin d'autorisation pour établir sous sa responsabilité des agents salariés? *ib.*

212 *bis*. III. A quoi s'exposerait le tuteur s'il ne faisait pas fixer la dépense annuelle? *ib.*

212 *bis*. IV. Usufruitiers ou non, les pères et mères sont dispensés de faire fixer la dépense annuelle. 282

212 *bis*. V. Quel avantage en résultera-t-il pour eux? *ib.*

213. **Art. 455, 456.** La loi qui règle ici l'emploi des revenus prescrit à plus forte raison l'emploi des capitaux. *ib.*

213 *bis*. I. Quel serait le délai pour l'emploi des capitaux? *ib.*

213 *bis*. II. Qui déterminera le mode d'emploi? 283

213 *bis*. III. Le tuteur doit les intérêts des sommes employées à son usage, — à dater de cet emploi. *ib.*

213 *bis*. IV. Le tuteur qui ne fait pas l'emploi dans les six mois ne doit les intérêts qu'à partir des six mois. *ib.*

213 *bis*. V. Il doit les intérêts des sommes qu'il manque à recouvrer. — A partir de quand? *ib.*

213 *bis*. VI. *Quid* s'il était lui-même débiteur? 284

213 *bis*. VII. Les articles 455 et 456 s'appliquent même aux pères et mères, s'ils ne sont pas usufruitiers. *ib.*

§ 2.

Actes qui excèdent les pouvoirs ordinaires du tuteur.

214. **Art. 457.** Remarques quant à l'hypothèque et à l'échange. *ib.*

215. **Art. 458.** 285

215 *bis*. Ici et dans les autres cas auxquels s'applique l'article 885

du Code de procédure le rapport du juge ne se fait pas à l'audience. 285

216. **Art. 459.** Remarques quant à la présence du subrogé tuteur et quant au mode de publication. 286

217. **Art. 460.** *ib.*

217 *bis.* Le tuteur ne peut, sans autorisation, provoquer la licitation. — L'autorisation, dans ce cas, est-elle sujette à homologation? 287

218. La saisie immobilière se poursuit contre le tuteur dans la forme ordinaire — après discussion du mobilier, s'il y a lieu. — Mais le tuteur ne peut, sans autorisation, former la demande en conversion ou s'y adjoindre. *ib.*

219. Cas spécial où le tuteur peut consentir amiablement à l'aliénation. L. 3 mai 1841, art. 13 et 25. *ib.*

220. Principe général sur les ventes mobilières — non applicable aux rentes sur l'État et aux actions de la Banque de France. *ib.*

220 *bis.* I. Les formes prescrites pour la vente du mobilier s'appliquent-elles au mobilier incorporel? 288

220 *bis.* II. Règles spéciales pour l'aliénation des rentes sur l'État. L. 24 mars 1806. — Comment doit s'en faire l'application si les inscriptions ne sont pas de cinq pour cent? — Application aux actions de la Banque de France. D. 25 septembre 1813. *ib.*

220 *bis.* III. Pour tout autre mobilier incorporel, la loi ne prescrit rien. — Formes et conditions diverses dont la prudence doit conseiller l'emploi. 289

220 *bis.* IV. Leur omission n'entraînerait jamais une nullité de forme. Les tiers mêmes cependant sont intéressés à leur observation. *ib.*

220 *bis.* V. Les meubles dont le conseil de famille a autorisé la conservation ne doivent pas être vendus sans nouvelle autorisation. 290

220 *bis.* VI. La vente des récoltes, et généralement de tout ce qui peut passer pour fruit, peut toujours se faire à l'amiable. — *Quid* s'il s'agissait d'une coupe extraordinaire de bois, ou d'une carrière à ouvrir? *ib.*

221 et 221 *bis.* I et II. Application au tuteur des articles 1429 et 1430, quant à la durée des baux et aux époques de leur renouvellement. — Différences d'application, fondées sur ce que le tuteur n'a pas la jouissance. 291 et 292

222. **Art. 461.** *ib.*

222 *bis.* I. Pourquoi la loi, qui interdit l'acceptation pure et simple, n'interdit-elle pas également la renonciation? 293

222 *bis.* II. L'autorisation d'accepter ou de répudier n'est pas sujette à homologation. — Règle générale à ce sujet. *ib.*

223. **Art. 462.** 293

223 *bis*. La faveur accordée ici au mineur a été depuis généralisée. — Le mineur cependant ne jouit-il pas à cet égard de quelque prérogative? — Renvoi. 294

224. **Art. 463.** *ib.*

224 *bis*. I. Double objet de l'intervention de la famille dans l'acceptation d'une donation. — L'acceptation faite par l'ascendant aux termes de l'article 935 n'obligerait pas le mineur à l'exécution des charges. *ib.*

224 *bis*. II. L'autorisation semble nécessaire pour l'acceptation d'un legs. — *Quid* si la délivrance était demandée par le tuteur non autorisé? 295

225. **Art. 464.** — Conséquences indiquées : Le tuteur *doit* défendre aux actions immobilières; il peut acquiescer en matière mobilière. 296

225 *bis*. I. Le tuteur peut sans autorisation intenter les actions possessoires. *ib.*

225 *bis*. II. En toute matière le tuteur peut sans autorisation interjeter appel. *ib.*

225 *bis*. III. *Quid* si le tuteur intente sans autorisation une action immobilière? 297

225 *bis*. IV. L'acquiescement, lors même qu'il n'est pas permis au tuteur, n'est jamais soumis aux mêmes conditions que la transaction. — Nature différente des deux actes. *ib.*

226. **Art. 465.** — *Quid* si plusieurs mineurs ayant le même tuteur ont, dans le partage, des intérêts opposés. — **Art. 466**, modifié par les articles 970 et 975 du Code de procédure. *ib.*

226 *bis*. I. En quel sens l'absence de forme rend-elle le partage provisionnel? 298

226 *bis*. II. Formes du partage applicables en général, quelles que soient la cause de l'indivision et la nature des biens. 299

227. **Art. 467.** *ib.*

227 *bis*. Formes de la transaction requises, quel que soit l'objet. 300

228. Compromis toujours et absolument défendu. *ib.*

229. **Art. 468.** *ib.*

229 *bis*. I. Combinaison du droit de correction accordé ici au tuteur avec le même droit accordé au père ou à la mère, quand les deux qualités sont réunies dans la même personne. *ib.*

229 *bis*. II. *Quid* si elles sont séparées? *ib.*

229 *bis*. III. Le tuteur pourrait sans autorisation abréger la durée de l'emprisonnement. 301

Section IX.

Des comptes de tutelle.

230. **Art. 469.** 301
230 *bis*. Le tuteur ne peut être dispensé de rendre compte. *ib.*
231. **Art. 470.** 302
231 *bis*. Les père et mère pourraient être astreints à fournir des états de situation s'ils ne tenaient la tutelle que de la nomination ou confirmation du conseil de famille. *ib.*
232. **Art. 471**, al. 1er. *ib.*
232 *bis*. I. En principe, les frais du compte doivent être à la charge du mineur, quelle que soit la cause qui met fin à la gestion. — *Quid* au cas de destitution? *ib.*
232 *bis*. II. Quels sont les frais dont il s'agit? 303
233. **Art. 471**, al. dernier. *ib.*
233 *bis*. I. La justification des dépenses peut se faire autrement que par écrit. 304
233 *bis*. II. Le tuteur doit porter en recette les sommes dont il était débiteur. — Conséquences du principe *debuit à semetipso exigere*. *ib.*
234. A qui est rendu le compte de tutelle? — Cas divers. *ib.*
235. Le compte se rend judiciairement ou à l'amiable. 305
235 *bis*. Il peut être rendu à l'amiable, quand même l'oyant serait mineur. *ib.*
236. **Art. 472.** *ib.*
236 *bis*. I. Le récépissé qui doit constater la remise des pièces peut être sous seing privé. — Ce récépissé pourrait même se trouver dans le traité lui-même. *ib.*
236 *bis*. II. La nullité établie par l'article 472 ne s'applique pas indistinctement à tout contrat. — Dans quel sens doit se prendre ici le mot *traité*? 306
236 *bis*. III. L'article 472 dispose uniquement pour le cas de compte à rendre par le *tuteur* au *mineur devenu majeur*. Jusqu'à quel point sa disposition pourrait-elle s'étendre à d'autres cas? *ib.*
236 *bis*. IV. La nullité est purement relative. — Par qui et dans quel délai doit-elle être demandée? 307
237. **Art. 473.** *ib.*
238. Fixation du reliquat. — **Art. 474** (Différence entre le tuteur et le mineur quant au cours des intérêts). — Autres faveurs dont jouit le mineur. *ib.*
238 *bis*. I. Cas où le tuteur devrait les intérêts dès avant la clôture du compte. *ib.*

238 *bis*. II. Cas, au contraire, où le tuteur reliquataire garderait les fonds sans intérêts. 308
239. **Art. 475.** *ib.*
239 *bis*. I. Motifs de la prescription spéciale dont il s'agit; elle s'applique à l'action en reddition de compte et à toute autre action relative aux faits de la tutelle. *ib.*
239 *bis*. II. Mais non à l'action en payement du reliquat. — *Quid* à l'égard des actions autorisées par l'article 541 du Code de procédure? 309
239 *bis*. III. S'applique-t-elle à l'action en nullité fondée sur l'article 472? — Distinctions. *ib.*
239 *bis*. IV. Les dix ans courront-ils toujours à partir de la majorité? *ib.*
239 *bis*. V. Cette prescription ne s'appliquerait pas à l'action *contraire* du tuteur contre le mineur. 310

CHAPITRE III.

DE L'ÉMANCIPATION.

240. But de l'émancipation. *ib.*
241. Émancipation par mariage. **Art. 476.** *ib.*
242. Émancipation directe.— Conditions différentes suivant les cas. 311
243. **Art. 477.** *ib.*
243 *bis*. I. Le pouvoir d'émanciper doit appartenir aux père et mère naturels; mais l'ordre ici prescrit pour son exercice ne leur paraît pas applicable.— Quelle règle faut-il suivre à cet égard? *ib.*
243 *bis*. II. De droit commun, le pouvoir du père ou de la mère, indépendant de la qualité de tuteur, survit à la perte de ce titre. — Inconvénient. — Moyen d'y remédier. *ib.*
243 *bis*. III. *Quid* au cas de l'article 335 du Code pénal? 312
243 *bis*. IV. La mère ne peut-elle émanciper qu'au cas de *prédécès* du père? *ib.*
244. **Art. 478.** 313
244 *bis*. Le droit du conseil de famille est-il absolument subordonné au décès du père et de la mère? *ib.*
245. **Art. 479.** 314
245 *bis*. Le droit de *requérir* la convocation n'appartient qu'aux parents ou alliés ici désignés. — Mais le juge de paix peut convoquer d'office. *ib.*
246. Le mineur émancipé reste sous un régime de protection. *ib.*
247. Effets de l'émancipation quant à l'indépendance de la personne. *ib.*
248. **Art. 480.** *ib.*

248 *bis*. I. Le curateur est établi pour toute la durée de la minorité. — Il est toujours nommé par le conseil de famille. 315

248 *bis*. II. Si l'on veut appeler à la curatelle l'ancien tuteur, on peut nommer pour l'audition du compte un curateur spécial. *ib.*

248 *bis*. III. En général, le mari tient lieu à sa femme de curateur. — Quelques cas où la femme devrait être pourvue d'un curateur spécial. *ib.*

249. **Art. 481.** 316

249 *bis*. I. Même pour les actes de pure administration, le mineur émancipé n'est pas absolument réputé majeur; — seulement, il n'est pas restituable pour lésion. *ib.*

249 *bis*. II. Modification au principe, résultant de l'article 484. — Renvoi. 317

249 *bis*. III. La vente du mobilier pourrait, suivant les cas, passer pour acte d'administration. — Formes à suivre dans le cas contraire. — Renvoi. *ib.*

250. Actes qui excèdent la capacité du mineur, divisés en trois catégories. 318

251. Actes pour lesquels l'assistance du curateur est requise. *ib.*

251 *bis*. Le mineur n'a besoin d'aucune assistance pour plaider en matière mobilière. — Dissentiment avec M. Duranton. *ib.*

252. Responsabilité du curateur. 319

252 *bis*. Ses biens ne sont pas grevés d'hypothèque légale. *ib.*

253. **Art. 483, 484**, al. 1. 320

253 *bis*. I. Aux cas réglés par les articles 482, 840 et 935, le mineur émancipé, assisté de son curateur, n'aurait pas, comme le tuteur, besoin d'être autorisé par le conseil de famille. *ib.*

253 *bis*. II. Il ne pourrait, sans cette autorisation, acquiescer à une demande relative à des droits immobiliers. *ib.*

253 *bis*. III. Il ne peut, sans l'accomplissement des formes prescrites, faire *aucun* emprunt, quelque modique qu'il soit. 321

253 *bis*. IV. Il ne peut hypothéquer, même pour sûreté, des obligations qu'il a pouvoir de contracter. — Dissentiment avec M. Duranton. *ib.*

253 *bis*. V. Il ne peut transiger même sur ses revenus. 322

253 *bis*. VI. Dans tous les actes soumis à des formes spéciales le mineur doit être assisté de son curateur. *ib.*

254. L'émancipation laisse subsister l'incapacité de donner et celle de compromettre. *ib.*

254 *bis*. L'incapacité de donner emporte celle de faire remise d'une dette. — Tempérament dont cette règle paraît susceptible. *ib.*

255. **Art. 484**, al. 2. 323

255 *bis*. I. Historique, — préparant la solution suivante. 323
255 *bis*. II. Caractère spécial des engagements dont l'article 484 autorise la réduction. 324
255 *bis*. III. Actes qui, ne rentrant dans aucune des catégories ci-dessus, peuvent être faits par le mineur sans assistance, et sans l'emploi d'aucune forme, mais sauf restitution pour lésion. 325
256. **Art. 485.** *ib.*
256 *bis*. I. Historique. *ib*
256 *bis*. II. Le retrait de l'émancipation n'est jamais que facultatif; mais la faculté est subordonnée par la loi au fait de réduction. — Inconvénients de ce système. — Remède indiqué. 326
256 *bis*. III. L'émancipation ne peut être retirée au mineur marié, ou veuf avec enfants. — *Secùs* s'il est veuf sans enfants. *ib.*
256 *bis*. IV. La forme à suivre pour retirer l'émancipation est celle qu'il faudrait suivre pour la conférer. 327
257. **Art. 486.** *ib.*
257 *bis*. I. Le retrait de l'émancipation fait rentrer le mineur sous l'autorité paternelle; — mais ne fait pas renaître l'usufruit légal. *ib.*
257 *bis*. II. L'ancien tuteur, autre que le père ou la mère, ne recouvre pas de plein droit la tutelle. 328
257 *bis*. III. Le mineur rentré en tutelle peut en sortir par le mariage. *ib.*
258. **Art. 487**, C. comm., art. 2, 3, 6. — Capacité du mineur commerçant. — Conditions exigées pour lui conférer cette capacité. *ib.*
258 *bis*. I. Le pouvoir d'autoriser le mineur émancipé à faire le commerce ou à faire certains actes de commerce, passe du père à la mère, ou des père et mère au conseil de famille, plus facilement que le pouvoir d'émanciper. — Pourquoi? *ib.*
258 *bis*. II. Le mineur autorisé est *réputé majeur*. — Conséquences de cette fiction. 329
258 *bis*. III. En cas d'abus, les tribunaux, mais les tribunaux seuls, pourraient retirer au mineur, soit l'émancipation, soit simplement l'autorisation. *ib.*
258 *bis*. IV. Tout engagement du mineur commerçant n'est pas présumé relatif à son commerce. — *Secùs* les billets par lui souscrits. 330

TITRE ONZIÈME.

DE LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE.

259. Division. *ib.*

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MAJORITÉ.

260. **Art. 488.** 330

CHAPITRE II.

DE L'INTERDICTION.

261. Ce qu'on entend par interdiction. 331
262. **Art. 489.** *ib.*
262 *bis.* I. Sens des mots *imbécillité*, *démence* et *fureur*. *ib.*
262 *bis.* II. La loi française diffère doublement de la loi romaine en soumettant à l'interdiction les fous, et n'y soumettant pas les prodigues. — Motifs des deux théories. 332
262 *bis.* III. Le mineur même non émancipé *peut* être interdit. *ib.*
263. **Art. 490** et **491.** 333
263 *bis.* I. La personne dont la raison est altérée peut elle-même provoquer sa propre interdiction. 334
263 *bis.* II. Les alliés ne peuvent provoquer l'interdiction. Les parents naturels, successeurs irréguliers, le peuvent-ils? *ib.*
264. **Art. 492.** 335
265. **Art. 493.** *ib.*
266. **Art. 494.** *ib.*
266 *bis.* L'interdiction ne peut être prononcée, mais elle peut être refusée, sans que le conseil de famille ait été consulté. *ib.*
267. **Art. 495.** 336
267 *bis.* Les enfants et le conjoint, s'ils n'ont point provoqué l'interdiction, ont-ils voix délibérative? *ib.*
268. **Art. 496.** 337
269. **Art. 497** *ib.*
269 *bis.* Fonctions de l'administrateur provisoire. 338
270. **Art. 498.** *ib.*
271. **Art. 499.** *ib.*
271 *bis.* I. La nomination d'un conseil peut avoir lieu, soit sur une demande en interdiction, soit sur une demande formelle à fin de nomination de conseil. 339
271 *bis.* II. Pour l'application des art. 430 et 431 du C. proc., on ne doit pas considérer comme ayant succombé le demandeur en interdiction qui n'obtient que la nomination d'un conseil. *ib.*
271 *bis.* III. Une infirmité sans rapport avec la folie peut motiver la nomination d'un conseil, mais non l'interdiction.—Critique de la loi. *ib.*

272 et 272 *bis*. **Art. 500.** 340
273. **Art. 501.** *ib.*
273 *bis*. I. Le jugement qui prononce l'interdiction doit être publié nonobstant l'appel. 341
273 *bis*. II. Mode de cette publication. *ib.*
273 *bis*. III. La sanction des dommages-intérêts s'applique contre tout contrevenant aux obligations imposées par l'art. 501. *ib.*
274. **Art. 502.** *ib.*
274 *bis*. I. En quel sens les actes de l'interdit sont-ils nuls de droit? 342
274 *bis*. II. En quel sens les effets datent-ils du jour du jugement? *ib.*
274 *bis*. III. Le défaut de publication du jugement n'empêche pas la nullité des actes,—sauf le recours des tiers contre qui de droit. 343
274 *bis*. IV. Quels actes sont rendus nuls par suite du jugement d'interdiction ou par celui qui nomme un conseil. 344
274 *bis*. V. S'il faut y comprendre les quasi-contrats, les délits et quasi-délits. *ib.*
274 *bis*. VI. Les effets de l'interdiction judiciaire s'appliquent à l'interdiction légale. *ib.*
275. **Art. 503.** 345
275 *bis*. Utilité de cette disposition. *ib.*
276. **Art. 504.** *ib.*
276 *bis*. I. Les héritiers qui ont provoqué l'interdiction sans l'avoir obtenue doivent prouver la démence, mais il n'est pas nécessaire que cette preuve résulte de l'acte attaqué. 346
276 *bis*. II. La fin de non-recevoir établie par l'art. 504 peut-elle être opposée aux successeurs testamentaires qui n'auraient pas eu qualité pour provoquer l'interdiction? *ib.*
276 *bis*. III. L'art. 504 s'applique-t-il aux donations et testaments? — Renvoi à la matière des donations et testaments. *ib.*
277. **Art. 505.** 347
277 *bis*. I. Effet de l'appel quant à la nomination du tuteur, ou son entrée en fonctions, et quant à la cessation des fonctions de l'administrateur provisoire. *ib.*
277 *bis*. II. Le jugement qui prononce l'interdiction ne peut être déclaré exécutoire par provision. 348
278. **Art. 506.** *ib.*
279. **Art. 507.** *ib.*
279 *bis*. I. Le conseil de famille n'est pas forcé de nommer la femme tutrice de son mari interdit, ni de motiver la préférence qu'il donne à un autre. — La femme qui n'est pas tutrice conserve la garde des enfants, mais un tuteur doit leur être donné. 349

279 *bis*. II. Motif du devoir imposé au conseil de famille de régler la forme et les conditions de l'administration de la femme tutrice. — Développements et applications. 349

279 *bis*. III. Recours devant les tribunaux de la femme nommée ou non tutrice. 350

279 *bis*. IV. Étendue des pouvoirs et de la capacité de la femme tutrice. *ib.*

280. **Art. 508.** 351

281. **Art. 509.** *ib.*

281 *bis*. Jusqu'à quel point les règles sur la tutelle des mineurs s'appliquent-elles à la tutelle des interdits? *ib.*

282. **Art. 510.** 352

282 *bis*. Combinaison de l'article 510 avec les articles 8, 14 et 29 de la loi des aliénés. — Renvoi au n° 290 *bis*, II. *ib.*

283. **Art. 511.** 353

283 *bis*. I. L'établissement par *mariage* n'est pas le seul pour lequel l'avancement d'hoirie puisse être autorisé. *ib.*

283 *bis*. II. Le conseil de famille ne pourrait autoriser un don avec dispense de rapport. *ib.*

283 *bis*. III. En quel sens le conseil de famille du parent interdit est-il appelé à régler les conventions matrimoniales de l'enfant? — Assistance particulière dont l'enfant aura d'ailleurs besoin s'il est mineur. *ib.*

284. **Art. 512.** 354

284 *bis*. I. La demande en mainlevée doit être formée par l'interdit lui-même. *ib.*

284 *bis*. II. Il n'a en général besoin de mettre en cause aucun contradicteur. — Sa demande, pourtant, peut être combattue. — Par qui, et comment? 355

284 *bis*. III. La loi ne prescrit pas la publication du jugement de mainlevée. — Mais la personne dont l'interdiction a cessé peut la faire faire dans son intérêt, pourvu qu'il y ait chose irrévocablement jugée. *ib.*

CHAPITRE III.

Du conseil judiciaire.

285. **Art. 513.** 356

285 *bis*. I, II. En quoi consiste l'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire. — Le conseil est un véritable *curateur*. — Comparaison de son ministère avec celui du curateur à l'émancipation. — Conséquences. *ib.*

285 *bis*. III. L'assistance du conseil est nécessaire pour les actes de

disposition ; — elle ne l'est pas pour les actes d'administration. — Conséquences quant aux baux et aux ventes mobilières. 35

285 *bis*. IV. L'assistance est requise pour les donations, mais non pour les dispositions testamentaires. 35

285 *bis*. V. Elle ne l'est pas pour le mariage. *Quid* à l'égard des effets du mariage relativement aux biens : hypothèque légale de la femme ; communauté légale ou conventionnelle? il

285 *bis*. VI. La nomination de conseil n'enlève ni l'exercice de la puissance maritale ou paternelle, ni la capacité d'être tuteur. — Les pouvoirs sur la personne de la femme ou du mineur restent entiers. — *Quid* à l'égard des pouvoirs relatifs aux biens? 35

285 *bis*. VII. Le conseil ne peut agir au nom de la personne placée sous sa protection. — En quoi consiste l'assistance en justice? 36

285 *bis*. VIII. *Quid* s'il y a dissentiment entre la personne et son conseil sur l'opportunité d'une action à intenter? il

285 *bis*. IX. La nullité même des actes faits sans l'assistance requise ne peut être demandée par le conseil seul. il

285 *bis*. X. La nullité de droit prononcée par l'article 502 s'applique au cas de prodigalité comme au cas de faiblesse d'esprit ; — ni dans l'un ni dans l'autre cas les actes antérieurs au jugement ne peuvent être annulés. 36

286. **Art. 514**. — Rappel des articles 501, et C. pr. 897. i

286 *bis*. I. A défaut de parents et de conjoint, le ministère public pourrait provoquer la nomination de conseil. i

286 *bis*. II. Pourquoi l'article 897 du Code de procédure applique-t-il seulement au cas de nomination de conseil le renvoi qu'il fait à l'article 501? 3

287. **Art. 515.** i

APPENDICE

AU TITRE DE L'INTERDICTION.

Loi sur les aliénés.

288. Lacune comblée par cette loi. — Sous quel point de vue l'on doit ici s'en occuper. 3

§ 1.

Du placement et de la sortie.

289. Deux espèces de placement. i

290. Placement volontaire, art. 8. i

290 *bis*. I. Pièces à produire. — Énonciations que la demande doit contenir. 3

290 *bis*. II. Le tuteur de l'interdit peut requérir le placement sans

justifier de l'autorisation du conseil de famille. — Conciliation avec l'article 510 du Code civil. 64
291. Placement d'office, art. 18 et 19. *ib.*
291 *bis*. Fonctionnaires qui ont droit de l'ordonner. *ib.*
292. Double but en vue duquel la loi règle les conditions de la sortie et prescrit diverses mesures. 365
292 *bis*. Principales mesures tendant à prévenir les abus. *ib.*
293. Conditions de la sortie, différentes suivant la nature du placement. 366
294. En cas de placement volontaire, la sortie a lieu de trois manières, art. 13, 14 et 21, 16. *ib.*
294 *bis*. I. Quelles personnes peuvent requérir la sortie avant guérison lorsque l'aliéné n'est pas interdit. — Distinction de ces personnes en quatre catégories.—Qui peut s'opposer à la sortie. *ib.*
294 *bis*. II. *Quid* en cas de minorité ou d'interdiction? 367
295. Mode unique de sortie pour le cas de placement d'office. — Ordre de l'autorité. *ib.*
295 *bis*. Les médecins déclarent seulement que la sortie *peut* être ordonnée (art. 23). *ib.*
296. Dans tous les cas, la sortie peut, sur la demande de qui de droit, être ordonnée par justice. Art. 29. 368
296 *bis*. Droit exclusif du tuteur de l'interdit applicable au cas de minorité. — Procédure simple, prompte et économique. — Peines contre ceux qui supprimeraient ou retiendraient les requêtes. *ib.*
297. A qui doit être remise la personne mineure ou interdite. Art. 17. *ib.*
297 *bis*. Distinction à faire entre les mineurs. *ib.*

§ 2.

Effets du placement quant à la capacité de la personne et à l'exercice de ses droits.

298. Régime de protection spéciale (art. 31-40). 369
299. Administration provisoire des biens confiée aux commissions administratives ou de surveillance des hospices ou établissements publics. Art. 31, al. 1-3. *ib.*
300. Administrateur provisoire nommé par jugement. Art. 31, al. dernier, 32. 370
301. Pouvoirs de l'administrateur provisoire. — Ils ne comprennent pas celui de représenter en justice. — Mandat spécial à cet effet. Art. 33. *ib.*
302. Administrateur provisoire assimilé, sous certains rapports, au tuteur. — Hypothèque facultative sur ses biens. Art. 34. 371

303. Administrateur nommé par jugement reçoit les significations. Art. 35. 371
303 *bis*. Où doivent être faites les significations lorsque l'aliéné est dans un hospice, ou établissement public? *ib.*
304. Mode spécial de représenter l'aliéné dans les inventaires, etc. — Applicable seulement à défaut d'administrateur. Art. 36. 372
304 *bis*. Il n'y a pas défaut d'administrateur lorsque la personne est dans un établissement public. *ib.*
305. Tous les pouvoirs ci-dessus cessent à la sortie. — Ceux de l'administrateur nommé par jugement cessent au bout de trois ans. — Exception. Art. 37. *ib.*
305 *bis*. Motifs de l'exception. *ib.*
306. Nomination d'un curateur à la personne; — par qui provoquée; — sa mission; — exclusion des héritiers présomptifs. Art. 38. 373
307. Les actes faits pendant la durée du placement peuvent être attaqués pour cause de démence. — Dans quel délai. Art. 39. *ib.*
307 *bis*. I. Dérogation à l'article 504 du Code civil. — Le fait du placement dispensera de prouver l'état habituel de démence. — La nullité toutefois n'est pas *de droit*. 374
307 *bis*. II. Point de départ du délai pour intenter l'action. — Motifs de la nouvelle règle. — Pourquoi ne l'a-t-on pas étendue à la nullité pour interdiction? *Quid* à l'égard des actes faits par l'interdit placé dans un établissement d'aliénés? — *Quid*, dans tous les cas, si l'ignorance de l'acte au moment de la mainlevée était établie en fait? *ib.*
307 *bis*. III. Quand le délai a commencé à courir contre le défunt, il continue à courir contre les héritiers sans nouvelle signification. 375
308. Les affaires qui intéressent les aliénés sont communiquées au ministère public. Art. 40. 376
309. Tous les effets légaux du placement cessent par la sortie. *ib.*

APPENDICE

AU TITRE DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

Lois des 22 *mars* 1849, 3 *décembre* 1849, 7 *février* 1851.

310. Division de la matière. *ib.*

§ 1.

311. Théorie de l'article 9 du Code civil. 377

312. Motifs et texte de la loi du 22 mars 1849. 377
313. La loi ne déroge à l'article 9 qu'en ce qui concerne le délai pour faire la déclaration. — Sens précis des deux exceptions qu'elle consacre. 378
313 *bis*. *Quid* si la personne qui avait d'abord excipé de son extranéité pour se soustraire à la loi du recrutement et laissé passer ensuite le délai de l'article 9, venait pourtant à servir dans les armées? *ib.*
314. Loi du 7 février 1851 applicable à deux catégories de personnes. 379
315. Première catégorie : personnes nées en France d'un étranger qui lui-même y est né ; — sont déclarées Françaises, si elles ne réclament pas la qualité d'étrangères. Art. 1. *ib.*
315 *bis*. I. Double but de la loi. — Elle s'applique aux personnes nées avant sa publication. *ib.*
315 *bis*. II. Mais non aux personnes qui, au moment de sa publication, avaient déjà laissé passer le délai fixé par l'article 9. 380
315 *bis*. III. Le service militaire ne peut être exigé tant que la qualité de Français n'est pas irrévocablement acquise. *ib.*
315 *bis*. IV. Mais la jouissance des droits civils doit être provisoirement accordée à partir de la naissance. 381
316. Deuxième catégorie : enfants d'un étranger naturalisé. — L'article 9 leur devient applicable diversement, suivant qu'ils étaient majeurs ou mineurs lors de la naturalisation. Art. 2. *ib.*
316 *bis*. Développement. — L'année accordée aux majeurs devrait partir du jour de la naturalisation ; mais les termes de la loi accordent une année en sus. — Il faut s'y tenir. 382

§ 2.

317. Loi du 3 décembre 1849, — applicable aux étrangers en général. — Elle a deux objets bien distincts. 383
318. Utilité d'une loi d'ensemble sur la naturalisation. — Opportunité de son émission. *ib.*
319. La loi régularise, plutôt qu'elle ne change, la législation antérieure. — Elle ne touche pas au Code civil. 384
320. Principe fondamental sur la naturalisation des étrangers. — Analyse de l'article 1er. — Conditions pour la naturalisation ordinaire. — Condition particulière pour l'acquisition du droit d'éligibilité. *ib.*
320 *bis*. I, II, III. Comparaison avec la législation antérieure. 385

321. Cas favorables où la durée du stage politique peut être réduite à un an. Art. 2. 385
322. L'autorisation de domicile peut être retirée, et le stage politique ainsi interrompu. — Forme du retrait. Art. 3. 386
323. Abrogation de la loi du 14 octobre 1814. Art. 4. *ib.*
323 *bis*. Conséquences de cette abrogation. 387
324. Effet des naturalisations antérieures maintenu notamment quant à l'éligibilité. Art. 5. *ib.*
324 *bis*. Motif de cette disposition. *ib.*
325. Continuation du stage politique commencé avant la loi. Art. 6. 388
325 *bis*. La loi suppose que l'avis du conseil d'Etat du 20 prairial an XI n'était pas obligatoire. *ib.*
326. Deuxième partie de la loi. — Son caractère. — Principes du droit des gens quant au séjour sur le territoire. — Analyse de l'article 7 : droit d'expulsion confié au ministre de l'intérieur, — et dans certains cas aux préfets. *ib.*
326 *bis*. Substitution du ministre de la police au ministre de l'intérieur. 389
327. La désobéissance constitue un délit. Art. 8. *ib.*
328. Faculté d'appliquer l'article 463 du Code pénal. Art. 9. 390

APPENDICE

AU TITRE DU MARIAGE.

Loi du 10 *juillet* 1850.

329. Comment cette loi se rattache à la matière. *ib.*
330. But de la loi. 391
331. Interpellation à faire par l'officier de l'état civil. § add. à l'article 75 du Code civil. *ib.*
332. Constatation dans l'acte. — Sanction pénale. — Rectification s'il y a lieu. § add. à l'article 76. *ib.*
333. Pour le surplus, renvoi au titre du Contrat de mariage. 392

LIVRE II.

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.

334. Division. 393

TITRE PREMIER.

DE LA DISTINCTION DES BIENS.

335-337. **Art. 516.** *ib.*
337 *bis*. Utilité de la distinction des biens en meubles et immeubles. Exemples. 394

CHAPITRE PREMIER.

DES IMMEUBLES.

338. **Art. 517.** *ib.*
339. Des immeubles par leur nature. 395
339 *bis*. I. Des immeubles *par destination* ou *par accession*. *ib.*
339 *bis*. II. Différence entre l'accession par destination et l'accession réelle. *ib.*
340. **Art. 518.** 396
340 *bis*. I, II. Développements sur la nature immobilière des bâtiments. *ib.*
341. **Art. 519.** 397
341 *bis*. I. Rectification du texte de l'article 519. *ib.*
341 *bis*. II. Renvoi à l'article 524. 398
342. **Art. 520, 521.** *ib.*
343. Le droit d'un acheteur de fruits ou bois sur pied est mobilier. *ib.*
343 *bis*. I-IV. Déductions de ce principe. *ib.*
343 *bis*. V. Loi du 5 juin 1851. 400
344. **Art. 522.** 401
345. **Art. 523.** *ib.*
345 *bis*. Distinctions rejetées. *ib.*
346. **Art. 524.** 402
346 *bis*. I. L'énumération de l'article 524 n'est pas limitative. *ib.*
346 *bis*. II. Des animaux attachés à la culture ou à l'exploitation d'un établissement industriel. *ib.*
346 *bis*. III. Des échalas. 403
346 *bis*. IV. Des semences. *ib.*
346 *bis*. V, VI. Des pigeons, lapins et poissons. Réponse à une objection tirée de l'article 564. *ib.*

346 *bis*. VII. *Quid* des moulins non fixés sur pilier (v. art. 531)? 405
346 *bis*. VIII. Des mines (L. 21 avril 1810, art. 8). *ib.*
346 *bis*. IX. Des pailles et engrais. 406
347. **Art. 525.** *ib.*
347 *bis*. I. Objet précis de l'article 525. 407
347 *bis*. II. *Quid* des plantes de serre ou d'orangerie placées par le propriétaire dans un fonds d'agrément? *ib.*
347 *bis*. III. *Quid* des statues placées sur un piédestal en maçonnerie? *ib.*
347 *bis*. IV. Latitude d'appréciation laissée aux juges du fait. 408
348. Conclusion. *ib.*
349, 350. **Art. 526.** *ib.*
350 *bis*. I, II. *Quid* de l'hypothèque? 409
350 *bis*. III. *Quid* du droit du fermier et du locataire d'immeubles? 410
350 *bis*. IV. Pourquoi le droit de propriété n'est pas mentionné dans l'article 526. *ib.*
351. Des actions tendant *à revendiquer* un immeuble. *ib.*
351 *bis*. I-III. Explication et rectification de cette formule. 411
352. Quatrième clause d'immeubles. 413
352 *bis*. I-V. Développements. 414

CHAPITRE II.

DES MEUBLES.

353, 354. **Art. 527, 528.** 416
355, 356. **Art. 529**, al. 1, part. 1. *ib.*
356 *bis*. I, II. *Quid* de l'obligation de construire un immeuble? 417
356 *bis*. III. De l'obligation alternative. 418
356 *bis*. IV. De l'obligation facultative. 419
356 *bis*. V. De l'action en rescision d'une vente d'immeuble pour vilité du prix. *ib.*
356 *bis*. VI. De l'action en résolution d'une vente immobilière pour défaut de payement du prix. *ib.*
356 *bis*. VII. Des différents chefs de l'action de l'acheteur. 420
356 *bis*. VIII. Conclusion. *ib.*
357. **Art. 529**, al. 1, *in fine*. *ib.*
357 *bis*. I. Différence entre l'*intérêt* et l'*action*. 421
357 *bis*. II. « ... *A l'égard de chaque associé seulement*, » qu'est-ce à dire? 422
357 *bis*. III. Il n'y a pas lieu d'ériger en personne civile toute espèce de société. *ib.*
357 *bis*. IV. *Quid* des associations commerciales en participation et

des sociétés civiles? Distinction quant aux sociétés civiles. 423
358. **Art. 529**, al. dernier. *ib.*
359. **Art. 530**. *ib.*
359 *bis*. I. Des anciennes rentes foncières. 424
359 *bis*. II. L'article 530 les a complétement abolies. 425
359 *bis*. III. Caractères distinctifs des conventions qui tombent sous l'application de l'article 530. *Quid* des redevances stipulées pour une concesssion de *jouissance?* Distinction. 426
359 *bis*. IV. Des *champarts*, de la *locatairie perpétuelle*, des baux *à domaine congéable*, des baux *à complant*. *ib.*
359 *bis*. V. De l'effet de ces conventions sous l'empire du Code civil. Renvoi à l'article 543 (*infra* n° 378). 427
359 *bis*. VI. Déductions du caractère mobilier, attribué aux rentes établies pour l'aliénation d'un immeuble. *Quid* des rentes établies avant la publication du Code? Observation sur un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1813. *ib.*
359 *bis*. VII. Le débiteur peut se réserver, par une convention expresse, la faculté de s'affranchir par le déguerpissement. Cette faculté même existe de droit dans toutes les rentes constituées avant la loi du 11 brumaire an VII. 428
359 *bis*. VIII. Jusqu'à quel point « il est permis au créancier de ré- » gler les clauses et conditions du rachat. » 429
359 *bis*. IX. *Quid* s'il n'y a dans la convention ni expression du capital ni fixation du prix du rachat? *Quid* spécialement des rentes en grains ou denrées? *ib.*
359 *bis*. X. Quand peut-on dire qu'une rente est établie *pour le prix de la vente* d'un immeuble? *ib.*
360, 361. **Art. 531**. 430
362. **Art. 532**. 431
362 *bis*. Les matériaux détachés temporairement d'un immeuble pour cause de réparation demeurent immeubles nonobstant la disposition de l'article 532. *ib.*
363, 364. **Art. 533**. 432
364 *bis*. Les articles 533-536 doivent être appliqués avec discernement. *ib.*
365. **Art. 534**. 433
366. **Art. 535**. *ib.*
367. **Art. 536**. *ib.*

CHAPITRE III.

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT.

368. Préambule. *ib.*

369. **Art. 537.** 434
370. Outre l'État et les communes, certains *établissements publics* sont capables de devenir propriétaires. Quels sont ces établissements publics? *ib.*
370 *bis.* Démonstration. 435
371. De la propriété départementale. 436
371 *bis.* *Quid* à l'égard des arrondissements? *ib.*
372. Des biens de la couronne. Des majorats. 437
373. Des biens qui composent le domaine public *lato sensu.* *ib.*
373 *bis.* Distinction du domaine public proprement dit et du domaine de l'État. *ib.*
374. **Art. 538.** 438
374 *bis.* I. Des lais et relais de la mer. *ib.*
374 *bis.* II. Des cours d'eau non navigables ni flottables. La propriété en appartient aux particuliers, sans préjudice du pouvoir réglementaire de l'administration. 439
374 *bis.* III. Des biens communaux affectés à un service public. Renvoi. 441
375. **Art. 539.** *ib.*
375 *bis.* Du droit d'occupation. Renvoi. *ib.*
376. **Art. 540, 541.** 441
377. **Art. 542.** 442
377 *bis.* I, II. Distinctions à faire quant aux biens des communes. *ib.*
377 *bis.* III. Et quant aux biens des départements. *ib.*
378. **Art. 543.** 443
378 *bis.* I. Les droits de jouissance et de servitude sont les seules modifications possibles de la propriété. Conséquence. *ib.*
378 *bis.* II. Le droit du fermier ou du locataire ne constitue aucune modification de la propriété. 444
378 *bis.* III. Le simple droit de jouissance est essentiellement temporaire. *ib.*
378 *bis.* IV. Abrogation du bail à rente perpétuel, de l'emphytéose perpétuelle, des *champarts* et des baux *à locatairie perpétuelle.* — Mais l'emphytéose temporaire constitue encore aujourd'hui un droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque. *ib.*
378 *bis.* V. Distinction. 446
378 *bis.* VI. La durée de l'emphytéose temporaire est réglée par la loi du 18 décembre 1790. *Quid* si les parties sont convenues d'une plus longue durée? 447
378 *bis.* VII. De la tenure convenancière ou *à domaine congéable.* — Des baux à complant. *ib.*
78 *bis.* VIII, IX. De la possession. 448

TITRE DEUXIÈME.

DE LA PROPRIÉTÉ.

379. **Art. 544.** 449
379 *bis.* Des restrictions apportées au droit de propriété. *ib.*
380. **Art. 545.** 450
381. **Art. 546.** 451
381 *bis.* Du droit d'accession. *ib.*

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE.

382. **Art. 547.** *ib.*
382 *bis.* Distinction des *produits* et des *fruits.* — Différentes espèces de fruits. — Renvoi. 452
383. **Art. 548.** 453
383 *bis.* I. Droit de celui (improprement appelé *tiers*) qui a fait des *frais de labours, travaux et semences* sur la chose d'autrui. *ib.*
383 *bis.* II. Il peut réclamer l'indemnité soit par voie d'action, soit par voie d'exception. *ib.*
383 *bis.* III. S'il est en possession, il peut retenir les fruits jusqu'au payement de cette indemnité. — Dans tous les cas, il est privilégié aux termes de l'article 2102 1°, al. 4. 454
383 *bis.* IV. Les règles ci-dessus sont applicables à toute personne qui, à un titre quelconque, aurait le droit de s'approprier les fruits. — Mais elles reçoivent exception au cas prévu par l'article 585. *ib.*
383 *bis.* V. Et encore entre l'auteur et son ayant cause, lorsque le fonds aura été aliéné après les travaux de culture et avant la récolte. — Le privilége établi sur les fruits ne les suivrait pas dans les mains du tiers acquéreur de bonne foi. 455
384. **Art. 549.** *ib.*
384 *bis.* I. Du possesseur de mauvaise foi. — Il ne peut invoquer d'autre prescription que la prescription de trente ans. 456
384 *bis.* II. Il peut être tenu à raison des fruits qu'il a manqué de percevoir. *ib.*
384 *bis.* III. Du possesseur de bonne foi. — Abrogation définitive de la maxime *Fructus augent hereditatem.* — Renvoi à l'article 138. *ib.*
384 *bis.* IV. Le possesseur de bonne foi acquiert *définitivement* les fruits par la perception. 457
384 *bis.* V. Mais il n'acquiert pas les fruits civils jour par jour. *ib.*

385. **Art. 550.** 458
385 *bis*. I. De la bonne foi et du juste titre. *ib.*
385 *bis*. II. Sens précis du mot *titre*. 459
385 *bis*. III. Du principe *En fait de meubles possession vaut titre*. *ib.*
385 *bis*. IV. Du titre *putatif*. — Du titre irrégulier en la forme. *ib.*
385 *bis*. V. A quel moment cesse le bénéfice d'acquisition des fruits? 460
385 *bis*. VI, VII. Après la demande formée contre lui, le possesseur ne doit pas être assimilé, *sous tous les rapports*, au possesseur de mauvaise foi. 461
385 *bis*. VIII. La bonne foi, en cette matière, s'apprécie *in singula momenta*. Conséquence de ce principe, spécialement à l'égard de l'héritier du possesseur originaire. *ib.*
386. De l'usufruitier, du fermier et du preneur à antichrèse. 463

CHAPITRE II.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE.

387. **Art. 551.** *ib.*

SECTION I.

Du droit d'accession relativement aux choses immobilières.

388. Division. *ib.*
389. **Art. 552, 553.** *ib.*
389 *bis*. Pourquoi l'article 553 fait-il mention expresse de la prescription comme moyen d'acquérir la propriété d'un souterrain. 464
390. Examen de deux cas principaux d'accession. 465
390 *bis*. A quel moment précis s'opère l'accession? — *Quid* spécialement à l'égard des *plantations?* *ib.*
391. **Art. 554.** 466
391 *bis*. I. Le propriétaire des matériaux peut les revendiquer après la démolition de l'édifice. *ib.*
391 *bis*. II. Le maître de l'édifice a la faculté de rendre les matériaux en nature dans leur état primitif. 467
391 *bis*. III. *Quid* à l'égard des arbres ou plantes? *ib.*
391 *bis*. IV. Effet du principe *En fait de meubles possession vaut titre*. *ib.*
392. **Art. 555.** 468
392 *bis*. I. Cas précis de l'article 555. *ib.*
392 *bis*. II. Le possesseur évincé n'est pas la seule personne comprise par la loi sous le nom de *tiers*. Renvoi, quant à l'usufruitier, à l'article 599. 469
392 *bis*. III. Faveur accordée au possesseur de bonne foi. Cas où cette faveur paraît tourner contre lui. 470

392 *bis*. IV. Définition de la bonne foi en cette matière. Renvoi pur et simple aux principes exposés ci-dessus sur l'article 550 (n° 385 *bis*. I-VII). 471
392 *bis*. V. Le possesseur de bonne foi a droit cumulativement aux bénéfices d'acquisition des fruits et à l'indemnité de ses dépenses. *Quid* à l'égard des dépenses d'entretien? 472
392 *bis*. VI. Le pouvoir d'appréciation des juges en cette matière est beaucoup plus restreint qu'en droit romain. *ib*.
392 *bis*. VII. *Quid* à l'égard du droit de rétention? 473
392 *bis*. VIII. *Quid* si les ouvrages faits sur le fonds d'autrui l'ont été avec les matériaux d'une tierce personne? *ib*.
392 *bis*. IX. *Quid* si les ouvrages ne sont pas susceptibles d'enlèvement? 474
392 *bis*. X. Des travaux de conservation et des travaux de simple amélioration. *ib*.
392 *bis*. XI. Des réparations d'entretien. *ib*.
392 *bis*. XII. Comment apprécier la plus-value? 475
393. **Art. 556, 557.** *ib*.
393 *bis*. I. De l'alluvion. — De la formation d'une île. *ib*.
393 *bis*. II. Du marchepied et du chemin de halage. 476
394. **Art. 558.** *ib*.
395. **Art. 559.** *ib*.
395 *bis*. I. L'article 559 prévoit le cas de *juxtaposition* et non le cas de *superposition*. 477
395 *bis*. II. Caractère particulier du mode d'acquérir consacré par cet article. 478
395 *bis*. III. La réclamation dont il s'agit est une véritable revendication. *ib*.
395 *bis*. IV. Du cas de *superposition*. 479
396. **Art. 560, 561.** *ib*.
396 *bis*. I. Retour sur la propriété des cours d'eau (v. cidessus, n° 374 *bis*. II). 480
396 *bis*. II. De la propriété du lit. *ib*.
397. **Art. 562.** 481
398. **Art. 563.** *ib*.
398 *bis*. I. Comment concilier l'article 563 avec la doctrine exposée (n° 374 *bis*. II.) sur la propriété des cours d'eau? *ib*.
398 *bis*. II. L'article 563 n'apporte nul changement dans la propriété des îles antérieurement formées. 482
399. **Art. 564.** *ib*.
399 *bis*. I. En cas de fraude, la restitution en nature doit être ordonnée. *ib*.

399 *bis*. II. Quels animaux sont compris dans la disposition de notre article? 483
399 *bis*. III. Conciliation de l'article 564 avec l'article 524. *ib*.

Section II.

Du droit d'accession relativement aux choses mobilières.

400. **Art. 565.** 484
400 *bis*. Les règles tracées par les articles 565 à 577 demeurent, pour les cas prévus, des dispositions *vraiment législatives*. *ib*.
401. Division. 485
402. **Art. 566.** 486
402 *bis*. I. Comparaison du cas d'*adjonction* et du cas de mélange. *ib*.
402 *bis*. II. En quel sens la loi exige-t-elle que les choses unies soient *néanmoins séparables?* 487
403. **Art. 567.** *ib*.
404. **Art. 568.** *ib*.
404 *bis*. Cas précis de l'article 568. *ib*.
405. **Art. 569.** 488
405 *bis*. *Quid* s'il est impossible de distinguer l'accessoire du principal? *ib*.
406. **Art. 570, 571.** *ib*.
407. **Art. 572.** 489
407 *bis*. I, II. Combinaison de l'article 572 avec les précédents. *ib*.
408. **Art. 573, 574.** 490
409. **Art. 575.** *ib*.
410. **Art. 576.** *ib*.
410 *bis*. En cas d'adjonction, quel moyen le propriétaire de la chose principale a-t-il pour se soustraire à l'indemnité? *ib*.
411. **Art. 577.** 491
411 *bis*. I. « ... *Par voie extraordinaire...* » Qu'est-ce à dire? *ib*.
411 *bis*. II. Outre la sanction criminelle, quelle autre sanction peut encourir celui qui emploie sciemment à son usage la chose d'autrui? *ib*.
412. De la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre*. *ib*.
412 *bis*. Sa combinaison avec les règles ci-dessus. *ib*.

TITRE TROISIÈME.

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

413. Retour sur l'article 543. 492
414. L'usufruit est une *servitude personnelle*. *ib*.

414 *bis*. Pourquoi les rédacteurs du Code civil ont-ils évité cette locution? 493
415. Caractère propre des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation. 493
415 *bis*. Différence avec le droit du preneur à ferme ou à loyer (renvoi au nº 350 *bis*. III.), — avec le droit du commodataire, — avec l'antichrèse. 494
416. Transition. *ib*.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'USUFRUIT.

417. **Art. 578.** 495
417 *bis*. I. L'usufruit est *le droit de jouir.... comme le propriétaire lui-même*. Qu'est-ce à dire? *ib*.
417 *bis*. II. De la définition de l'usufruit d'après les textes du droit romain. 496
418. **Art. 579.** *ib*.
418 *bis*. I. De l'usufruit établi par la loi. — Différence de l'usufruit proprement dit avec 1º le droit de jouissance accordé au père ou à la mère; 2º le droit du mari sur les biens propres de sa femme ou sur les biens de la communauté. *ib*.
318 *bis*. II. De l'usufruit établi par la volonté de l'homme. 497
418 *bis*. III. L'usufruit ne peut plus aujourd'hui être établi par la sentence du juge. *ib*.
418 *bis*. IV. De l'établissement de l'usufruit par accession, — par prescription. 498
418 *bis*. V. De la prescription de dix ou vingt ans. — De la prescription trentenaire. — De la prescription instantanée de l'article 2279. 499
419. **Art. 580.** *ib*.
420. **Art. 581.** *ib*.
420 *bis*. Observation sur le quasi-usufruit. *ib*.

SECTION I.

Des droits de l'usufruitier.

421. **Art. 582.** 500
422. **Art. 583, 584.** *ib*.
422 *bis*. Observation sur les *prix des baux à ferme*. 501
423. **Art. 585.** *ib*.
423 *bis*. I. Comment se justifie la disposition de la loi quant à la récolte de la dernière année. 502
423 *bis*. II. *Quid* si les frais de labour ont été faits par un tiers (art. 548)? 503

423 *bis*. III. Pourquoi une disposition expresse quant au colon partiaire? 504
423 *bis*. IV. De la vente de fruits sur pied. Renvoi à l'article 595. *ib*.
424. **Art. 586.** *ib*.
424 *bis*. I. Anciens principes quant au prix du bail à ferme. Innovation du Code civil. *ib*.
424 *bis*. II. *Quid* si le prix du bail à ferme est payable dans le cours de l'année postérieure à la récolte dont ce prix est la représentation? 505
425. Transition. *ib*.
426. **Art. 587.** *ib*.
426 *bis*. I. Dans quel cas l'usufruitier doit-il rendre *pareille quantité et qualité?* Dans quel cas doit-il rendre l'*estimation?* 506
426 *bis*. II. Observation sur les mots *pareille quantité*, *qualité* ET VALEUR. Renvoi au titre *Du prêt*. *ib*.
426 *bis*. III. De l'argent comptant, des billets au porteur, des capitaux placés au moment de l'ouverture de l'usufruit. 507
426 *bis*. IV. A quelles choses s'applique soit l'usufruit proprement dit, soit le quasi-usufruit? *ib*.
426 *bis*. V. De l'usufruit établi sur un fonds de commerce. L'usufruitier peut-il vendre le fonds? 508
427. **Art. 588.** *ib*.
428. **Art. 589.** 509
428 *bis*. I. Des droits de l'usufruitier sur les choses qui se détériorent par l'usage. *ib*.
428 *bis*. II. *Quid* à l'égard des choses de cette nature dont la représentation ne pourrait être faite? *ib*.
429. De l'usufruit des bois. 510
430. **Art. 590**, al. 1er. *ib*.
430 *bis*. I. De l'*aménagement* et des moyens de suppléer à un aménagement exprès. *ib*.
430 *bis*. II. *Quid* si l'usufruitier ne se conforme pas à l'aménagement. 511
431. **Art. 590**, al. 2. **Art. 591.** *ib*.
432. **Art. 592**, **593.** *ib*.
433. **Art. 594.** 512
433 *bis*. Observation sur les arbres fruitiers. *ib*.
434. **Art. 595.** *ib*.
434 *bis*. I. L'usufruitier peut passer des *baux à loyer* aussi bien que des *baux à ferme*. 513
434 *bis*. II. Dans tous les cas, l'usufruitier est tenu des baux par lui consentis, quelle qu'en soit la durée. *ib*.
434 *bis*. III. Le propriétaire ne peut invoquer contre le fermier l'exé-

cution du bail hors des limites légales (nonobst. art. 1121). 513
431 *bis*. IV. En général, le propriétaire doit respecter les ventes de récoltes sur pied consenties par l'usufruitier. 514
434 *bis*. V. Mais le propriétaire a droit au prix de la vente dans tous les cas où il aurait eu droit à la récolte en nature. *Quid* si le prix a été payé d'avance à l'usufruitier? *ib*.
434 *bis*. VI. *A fortiori* l'usufruitier doit respecter les ventes de récoltes faites par le propriétaire. 515
435. **Art. 596.** *ib*.
435 *bis*. I. L'usufruitier d'un fonds riverain n'a aucun droit sur l'île née dans le fleuve. — *Quid* de l'acquisition prévue par l'article 559? — *Quid* du lit attribué à titre d'indemnité (art. 563)? *ib*.
435 *bis*. II. *Quid* à l'égard des ouvrages faits par un *tiers* (art. 555)? 516
435 *bis*. III. *Quid* en cas de dissentiment entre le propriétaire et l'usufruitier sur le fait de l'enlèvement? *ib*.
436. **Art. 597.** *ib*.
436 *bis*. Observation sur le sens attribué au mot *servitudes* dans l'article 597. *ib*.
437. **Art. 598**, al. 1er. 517
438. **Art. 598**, al. 2. *ib*.
438 *bis*. I. Combinaison des dispositions du Code avec la loi du 21 avril 1810. 518
438 *bis*. II. L'usufruitier peut exiger l'extraction des matériaux nécessaires aux réparations d'entretien. *ib*.
439. **Art. 599.** *ib*.
439 *bis*. L'article 599 prévoit un cas différent du cas réglé par l'article 555. 519

Section II.

Des obligations de l'usufruitier.

440. Principe général. 520
441. **Art. 600.** *ib*.
441 *bis*. I. L'*inventaire* des meubles et l'*état* des immeubles sont aux frais de l'usufruitier. 521
441 *bis*. II. A défaut d'inventaire ou d'état, l'usufruitier *ne peut entrer en jouissance*, mais il ne perd pas son droit aux fruits (Arg., art. 604). *ib*.
441 *bis*. III. *Quid* si, de fait, l'usufruitier est entré en jouissance sans inventaire ni état. *ib*.
441 *bis*. IV. L'usufruitier peut être dispensé de l'obligation de dresser inventaire. Effet de cette clause en général. *ib*.

441 *bis*. V. Cette clause conserve-t-elle quelque effet si le disposant a des héritiers à réserve (v. art. 917, 1094)? 522
442. **Art. 601.** *ib.*
442 *bis*. I, II. En principe, le quasi-usufruitier est tenu ou dispensé de fournir caution dans les mêmes cas que l'usufruitier ordinaire. Exception à ce principe dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (L. 3 mai 1841, art. 39). 523
442 *bis*. III. L'usufruitier peut être dispensé de fournir caution, même au cas de l'article 1094. 524
443. **Art. 602.** *ib.*
444. **Art. 603.** *ib.*
445. **Art. 604.** 525
445 *bis*. I. L'usufruitier peut réclamer les fruits perçus, même avant d'avoir fourni caution. *Secùs* au cas de retard dans la confection de l'inventaire. *ib.*
445 *bis*. II. Combinaison de l'article 604 avec l'article 1014. *ib.*
446. Transition. *ib.*
447. **Art. 605.** *ib.*
448. **Art. 606.** 526
449. **Art. 607.** *ib.*
449 *bis*. I. Des réparations d'entretien. 527
449 *bis*. II, III. L'usufruitier peut se décharger de l'obligation d'entretenir en abandonnant son droit. — De quels fruits doit-il compte, en ce cas? 528
449 *bis*. IV. En principe, le propriétaire n'est pas tenu aux grosses réparations. Combinaison des articles 605 et 607. 529
449 *bis*. V. *Quid* des reconstructions? 530
449 *bis*. VI, VII. Des grosses réparations et reconstructions, exécutées soit par l'usufruitier, soit par le propriétaire. *ib.*
450. **Art. 608.** 531
450 *bis*. Si le fonds soumis à l'usufruit a été acquis moyennant une rente, à la charge de qui est le service des arrérages? *ib.*
451. **Art. 609.** 532
451 *bis*. I. L'article 609 n'embrasse pas le cas de grosses réparations. *ib.*
451 *bis*. Exemples de charges imposées sur la propriété. *ib.*
451 *bis*. III. Outre les deux moyens indiqués dans l'article 609, les juges peuvent, en connaissance de cause, ordonner la vente d'une partie du fonds soumis à l'usufruit (v. art. 612). 533
452. Transition aux articles 610-612. 534
453. **Art. 610.** *ib.*
453 *bis*. Observation sur ces mots de l'article 610 : « Le legs, *fait par*

» *un testateur*, d'une rente viagère... doit être *acquitté* par le » légataire universel de l'usufruit, » etc. 534
454. **Art. 611.** 535
464 *bis*. I. C'est avec raison que l'article 611 accorde dans tous les cas recours à l'usufruitier contre le *propriétaire*. Ce recours a lieu quand même le propriétaire du fonds n'est pas tenu personnellement de la dette. *ib*.
454 *bis*. II, III. Observation sur le recours admis entre le propriétaire et l'usufruitier. Renvoi à l'article 1251-3°. 536
455. **Art. 612.** *ib*.
455 *bis*. I. Dans quel cas y a-t-il lieu d'estimer le *fonds sujet à l'usufruit*. Observation critique. 537
455 *bis*. II. L'usufruitier universel ou à titre universel doit être considéré comme *tenu* des dettes et charges de la succession, et, comme tel, doit être soumis à l'action *directe* des créanciers. 538
456. **Art. 613.** *ib*.
456 *bis*. I. L'usufruitier n'est tenu des frais de justice que s'il a été partie au procès. 539
456 *bis*. II. Quels sont les procès *concernant la jouissance?* *ib*.
456 *bis*. Exemples. *ib*.
456 *bis*. IV. La règle de l'article 613 trouve son application, alors même que le procès a été gagné. 540
456 *bis*. V. *Quid* si le procès a eu pour résultat la perte de l'usufruit? *ib*.
457. **Art. 614.** 541
457 *bis*. I. Dans quel délai la dénonciation doit-elle être faite (voir art. 1768)? *ib*.
457 *bis*. II. Des actions intentées par l'usufruitier, en son nom personnel. Effet de l'exercice de ces actions, par rapport au propriétaire. *ib*.
458. **Art. 615, 616.** 542
458 *bis*. I. L'obligation de rendre compte du cuir des animaux morts s'applique au cas de l'article 615, comme au cas de l'article 616. *ib*.
458 *bis*. II. L'obligation de remplacer *jusqu'à concurrence du croît* ne s'applique pas au croît *antérieur* à l'accident. *ib*.

Section III.

De l'extinction de l'usufruit.

459. Principes généraux. 543
460. **Art. 617,** al. 1er. *ib*.

460 *bis*. Peut-il arriver que les héritiers de l'usufruitier succèdent à son droit? 543
460 *bis*. II. De l'usufruit établi sur plusieurs têtes. *ib.*
460 *bis*. III. De l'extinction de l'usufruit par la mort civile. 544
461. **Art. 617**, al. 2. 545
461 *bis*. I. De l'usufruit constitué pour un certain temps. Il peut, dans certains cas, survivre à l'usufruitier primitif. *ib.*
461 *bis*. Toutefois, le terme ne peut dépasser trente ans. *ib.*
462. **Art. 617**, al. 3. 546
462 *bis*. De la *consolidation*. Sens général de ce mot. *ib.*
462 *bis*. II. L'extinction par consolidation laisse subsister sur la jouissance réunie à la propriété les droits réels qui existaient sur l'usufruit. *ib.*
462 *bis*. III. *Quid* en cas de rescision ou de résolution du titre qui avait opéré la consolidation. 547
463. **Art. 617**, al. 4. 548
463 *bis*. I. De l'extinction de l'usufruit par le *non-usage* pendant trente ans. *ib.*
463 *bis*. II. L'usufruit peut se trouver éteint indirectement par l'effet de la prescription *acquisitive* de dix ou vingt ans. 549
463 *bis*. III. Il n'est pas nécessaire pour la conservation du droit de l'usufruitier qu'il use par lui-même. *Quid* en cas d'inaction de son ayant cause? Doctrine des jurisconsultes romains. *ib.*
463 *bis*. IV. La doctrine romaine doit être suivie, sauf en un point. *ib.*
463 *bis*. V. De l'usufruit constitué *in singulos annos*. 550
464. **Art. 617**, al. dernier. *ib.*
465. **Art. 618**. *ib.*
465 *bis*. De l'intervention des créanciers. Elle n'ôte ou n'ajoute rien au pouvoir discrétionnaire du juge. 551
466. **Art. 619**. 552
466 *bis*. Le délai de trente ans ne peut être excédé par le titre constitutif de l'usufruit. *ib.*
467. De la renonciation de l'usufruitier. 553
467 *bis*. Différence de ce cas avec celui de la cession, opérant la consolidation. *ib.*
468. De la résolution du droit du constituant. *ib.*
469. **Art. 620**. *ib.*
469 *bis*. Utilité de la présomption légale, établie par l'article 620. Retour sur l'article 384. *ib.*
470. **Art. 621**. 554
471. **Art. 622**. *ib.*

471 *bis*. I. Le simple préjudice suffit pour fonder l'action révocatoire des créanciers. Renvoi à l'article 1167. 554
471 *bis*. II. Différence du cas de renonciation avec celui de cession onéreuse ou gratuite. 555
472. **Art. 623, 624.** 556
472 *bis*. I. Observation sur la jouissance des matériaux, laissée à l'usufruitier au cas de l'article 624. *ib.*
472 *bis*. II. Différents cas d'extinction de l'usufruit par destruction de la *substance* de la chose. — Des constructions élevées sur le fonds, soit pendant la durée de l'usufruit, soit par le propriétaire, soit par un tiers, soit par l'usufruitier. 557
472 *bis*. III. Du troupeau réduit à un certain nombre de têtes. 558
472 *bis*. IV. Des cas où l'usufruit peut renaître par le retour de la chose à son premier état. *ib.*
472 *bis*. V. Du legs d'usufruit. *ib.*

CHAPITRE II.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

473. Notion générale du droit d'usage. 559
473 *bis*. Jurisprudence romaine sur ce point. *ib.*
474. **Art. 625, 626, 627.** 560
474 *bis*. I. Le droit d'usage n'est jamais établi par la loi. *ib.*
474 *bis*. II. En principe, l'usager a droit à la possession des choses dont il a l'usage. — Renvoi quant à l'*usage des fruits d'un fonds* (v. art. 630 et 635, ci-dessous n° 476 *bis*. I.) 561
475. **Art. 628, 629.** *ib.*
476. **Art. 630.** *ib.*
476 *bis*. I-III. Règlement de l'*usage des fruits d'un fonds*. 562
477. **Art. 631.** 563
477 *bis*. Les fruits auxquels a droit l'usager sont-ils insaisissables? *ib.*
478. **Art. 632, 633, 634.** 564
478 *bis*. Du droit d'habitation suivant la jurisprudence romaine. *ib.*
479. **Art. 635.** *ib.*
479 *bis*. I. De la contribution de l'usager aux charges du fonds. 565
479 *bis*. II. Des semences. *ib.*
480. **Art. 636.** 566
480 *bis*. I. Nature particulière des droits d'usage dans les bois et forêts. — Du cantonnement. — De la faculté de rachat. *ib.*
480 *bis*. II. Protection particulière accordée aux bois de l'État, de la couronne, des communes et des établissements publics. 567
480 *bis*. III. Des droits d'usage perpétuels, établis sur d'autres biens que les bois et forêts. *ib.*

TITRE QUATRIÈME.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

481. Notions générales. 568
482. **Art. 637.** *ib.*
483. **Art. 638.** 569
484-487. Caractères propres du droit de servitude. *ib.*
488. **Art. 639.** Observation sur la classification adoptée par la loi. 570
488 *bis*. I. Les droits improprement qualifiés du nom de *servitudes légales* sont des *droits réels* (nonobst. art. 1370). 571
488 *bis*. II. Inutilité de la distinction des servitudes en *naturelles* et *légales*. *ib.*

CHAPITRE PREMIER.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

489. Division. 572
489 *bis*. I. Des eaux pluviales. Renvoi au n° 495 *bis*. I. *ib.*
489 *bis*. II. Des eaux qui dépendent du domaine public. 573
490. **Art. 640.** *ib.*
490 *bis*. Cet article ne doit pas être pris à la lettre. *ib.*
491, 492. **Art. 641.** 574
492 *bis*. Observation sur le droit qu'a le propriétaire de détourner le cours de la source née dans son fonds. *ib.*
493. **Art. 642.** *ib.*
493 *bis*. I. Des conditions requises pour l'accomplissement de la prescription, dans le cas prévu par l'art. 642. Il n'est pas nécessaire, en droit, que les ouvrages *apparents* soient établis sur le fonds supérieur. 575
493 *bis*. II. Les travaux faits dans l'intérêt du fonds inférieur doivent être réputés faits par le propriétaire de ce fonds. 576
493 *bis*. III. Il n'est pas nécessaire que les ouvrages aient été faits par le propriétaire du fonds immédiatement inférieur. 577
494. **Art. 643.** *ib.*
494 *bis*. Il ne s'agit plus ici de la prescription *acquisitive*, réglée par l'art. 642, mais de la prescription *libératoire* de l'action en indemnité. — Conséquence. *ib.*
495. **Art. 644.** 578
495 *bis*. I. Les eaux pluviales sont en dehors des règles tracées par l'art. 644; elles appartiennent, de droit commun, au premier occupant. *Quid* si elles sont réunies et dirigées dans un canal? *ib.*
495 *bis*. II. L'article 644 est même inapplicable aux eaux vives, si

ces eaux courent dans un canal creusé de main d'homme. — Du bief d'un moulin. 579
495 *bis*. III. Faveur accordée à l'irrigation. Loi du 29 avril 1845. — Renvoi aux nos 497 et suivants. *ib*.
495 *bis*. IV. *Quid* si l'eau est entièrement absorbée par l'irrigation d'un des fonds riverains? 580
495 *bis*. V. Des règlements d'eau. *ib*.
495 *bis*. VI. Du titre et de la possession en cette matière. 581
496. **Art. 645.** *ib*.
496 *bis*. I. Pouvoir réglementaire des tribunaux civils. *ib*.
496 *bis*. II. Comment concilier ce pouvoir avec le principe proclamé par l'article 5 C. civ.? 582
496 *bis*. III. Des règlements d'eau émanés du pouvoir administratif. *ib*.
497. Dérogations au droit commun de la propriété, introduites en faveur de l'agriculture. 583
498. Texte et analyse de la loi du 29 avril 1845. *ib*.
498 *bis*. I. Double objet de cette loi. Nature et étendue de la servitude créée par elle. 584
498 *bis*. II. En faveur de quelles personnes est établie cette servitude? 585
498 *bis*. III. En quoi consiste-t-elle précisément? *ib*.
498 *bis*. IV. A quelles limites est-elle soumise? 586
498 *bis*. V, VI. Droit conféré par la loi de 1845 (art. 3) au propriétaire d'un terrain submergé. *ib*.
498 *bis*. VII. Le pouvoir des tribunaux s'applique également et à la servitude d'irrigation et à la servitude d'écoulement des eaux. 587
498 *bis*. VIII. Maintien des règles générales sur la police des eaux. *ib*.
499. Texte et analyse de la loi du 11 juillet 1847. 588
499 *bis*. I. La servitude d'*appui*, constituée par la loi de 1847, est assimilée, en général, à la servitude d'*écoulement des eaux*, établie par la loi du 29 avril 1845. — Exception. 589
499 *bis*. II–IV. Rapprochement des dispositions de la loi de 1847 avec les dispositions du Code civil et celles de la loi de 1845. *ib*.
500. **Art. 646.** Loi du 25 mai 1838, article 6-2°. 590
500 *bis*. I. De l'obligation du bornage. *ib*.
500 *bis*. II. De l'action en bornage proprement dite, et de l'action tendant à la délimitation de fonds voisins. *ib*.
500 *bis*. III. L'action en bornage est une action réelle. — Quant à l'*action en délimitation*, c'est une véritable revendication. *ib*.

500 *bis*. IV. Quelles personnes ont qualité pour intenter l'action en bornage? 591
501. **Art. 647.** *ib.*
501 *bis*. Combinaison de l'article 647 et de l'article 682. Un propriétaire pourrait établir sur son fonds une servitude ayant pour objet la prohibition de se clore. *ib.*
502. **Art. 648.** 592
502 *bis*. I. Du droit de *vaine pâture*. — Du droit de *parcours* (L. 28 septembre–6 octobre 1791). — *Quid* si le droit de vaine pâture, réciproque ou non, existe entre particuliers? — *Quid* s'il appartient à une commune sur un fonds déterminé? *ib.*
502 *bis*. II. De la communauté des prairies. 593
502 *bis*. III. « Le propriétaire..... perd son droit au parcours ou vaine pâture *en proportion du terrain qu'il y soustrait*. » Comment calculer cette proportion ? *ib.*

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

503. **Art. 649.** 594
504. **Art. 650.** *ib.*
504 *bis*. I. Différence du *marchepied* et du chemin de halage. — Des rivières simplement flottables. — Les riverains demeurent propriétaires du sol sur lequel est établi le marchepied ou le chemin de halage. *ib.*
504 *bis*. II. De l'extraction des matériaux nécessaires aux travaux publics. 595
504 *bis*. III. L'énumération faite par le Code n'est pas limitative. — Des servitudes militaires. — De l'alignement, etc., etc. *ib.*
505. **Art. 651, 652.** 596
505 *bis*. De l'irrigation. — Renvoi aux nos 497–499. *ib.*

SECTION I.

Du mur et du fossé mitoyens, ou, plus exactement, de la mitoyenneté et des droits qui s'y rattachent.

506. Différence de la mitoyenneté et de la copropriété ordinaire. *ib.*
507. **Art. 653.** 597
507 *bis*. I... « *Jusqu'à l'héberge*. » Qu'est-ce à dire? 598
507 *bis*. II. La présomption de mitoyenneté n'existe pas entre un bâtiment et un terrain quelconque non bâti. — *Quid* dans les lieux où la clôture est forcée (voir article 663)? Distinction rejetée. *ib.*

507 *bis*. III. Au contraire, la présomption de mitoyenneté existe *entre cours, jardins, et même enclos dans les champs.* 599
507 *bis*. IV. *Quid* si les deux terrains ont une élévation différente? Renvoi au nº 517 *bis*. V et VI. *ib.*
507 *bis*. V. Des effets de la possession en cette matière. *ib.*
507 *bis*. VI. Des effets du jugement rendu au possessoire. 600
508. **Art. 654.** *ib.*
508 *bis*. I, II. Du *chaperon*. — Des *filets* ou *larmiers*. — Des *corbeaux*. 601
508 *bis*. III. De la preuve contraire, soit à la présomption légale de mitoyenneté, soit à la présomption légale de propriété exclusive. Différence entre les effets de ces deux présomptions. *ib.*
508 *bis*. IV. L'énumération des marques de non-mitoyenneté peut être étendue suivant les usages locaux; mais ces marques doivent toujours résulter de l'état matériel du mur. 602
509. **Art. 655.** *ib.*
509 *bis*. Le remboursement des sommes dues à raison de la mitoyenneté, peut être poursuivi contre un tiers acquéreur. *ib.*
510. **Art. 656.** *ib.*
510 *bis*. I. De l'abandon du droit de mitoyenneté. — Renvoi à l'article 663 (nº 517 *bis*. I.). 603
510 *bis*. II. Cas où l'abandon doit être considéré comme non avenu. *ib.*
511-512. **Art. 657.** *ib.*
513. **Art. 658.** 604
513 *bis* I. Comment fixer aujourd'hui la valeur de la partie exhaussée? *ib.*
513 *bis*. II. L'indemnité de la charge doit être payée toutes les fois qu'il y a lieu de reconstruire le mur mitoyen. *ib.*
513 *bis*. III. Le propriétaire de la partie surélevée peut y pratiquer des jours de souffrance. 605
514. **Art. 659.** *ib.*
514 *bis*. I. Du préjudice causé à l'un des propriétaires par la reconstruction du mur mitoyen. En principe, il n'est pas dû d'indemnité à raison de ce préjudice. *ib.*
514 *bis*. II. Différence du cas de reconstruction en entier du mur mitoyen avec le cas d'exhaussement. 606
514 *bis*. III. L'excédant d'épaisseur donnée au mur ne change pas l'ancienne limite des deux fonds. *ib.*
515. **Art. 660, 661.** *ib.*
515 *bis*. I. Comment entendre cette disposition de l'article 660..... « *la moitié de la dépense* que le mur *a coûté* »?... 607
515 *bis*. II. Quelle est la valeur à payer dans le cas de l'article 661? 608
515 *bis*. III. De la faculté d'acquérir la mitoyenneté pour partie. La

division peut s'appliquer à la hauteur comme à la largeur, mais non à l'épaisseur du mur. 608
515 *bis*. IV. Des servitudes actives ou passives existant à l'égard du mur avant l'acquisition de la mitoyenneté. — Des jours de souffrance établis en vertu de l'article 676. 609
515 *bis*. V. La faculté d'acquérir la mitoyenneté n'est accordée qu'au propriétaire *joignant* le mur. 610
516. **Art. 662.** *ib.*
516 *bis*. La disposition de l'article 662 se réfère à l'exercice des divers droits proclamés ci-dessus. — *Quid* en cas de reconstruction totale (v. art. 659)? *ib.*
517. **Art. 663.** 611
517 *bis*. I. De la clôture *forcée*. Peut-on s'affranchir de cette charge par l'abandon du droit de mitoyenneté (v. art. 656)? *ib.*
517 *bis*. II. Comment déterminer le caractère des *villes et faubourgs*? 613
517 *bis*. III. L'énumération de la loi « *maisons*, *cours et jardins*, » n'est pas limitative. *ib.*
517 *bis*. IV. De la hauteur du mur de clôture. *ib.*
517 *bis*. V. *Quid* si les terrains contigus sont d'une élévation différente? 614
517 *bis*. VI. Des murs de terrasse. *ib.*
518, 519. **Art. 664.** *ib.*
520. **Art. 665.** 615

§ 2.

Du fossé mitoyen.

521. **Art. 666.** 616
521 *bis*. De la mitoyenneté des fossés. — Des effets de la possession annale en cette matière (v. n° 507 *bis*. VI). *ib.*
522. **Art. 667, 668.** *ib.*
523. **Art. 669.** 617
523 *bis*. Quelles sont les règles de la mitoyenneté des murs applicables à la mitoyenneté des fossés et des haies? *ib.*

§ 3.

Des haies et arbres plantés sur les confins de deux héritages.

524. **Art. 670.** *ib.*
524 *bis*. Quelle est la possession *suffisante* aux termes de cet article? *ib.*
525, 526. **Art. 671.** 618
527. **Art. 672.** 619
527 *bis*. I. La suppression des arbres plantés trop près de l'héritage voisin ne pourrait être demandée, s'ils subsistaient depuis

trente ans. Mais ces arbres pourraient-ils être remplacés? 619
527 *bis*. II. *Quid* à l'égard des racines et des branches qui avancent sur le voisin. 620
527 *bis*. III. De l'exception introduite par l'article 150 du Code forestier. *ib*.
528. **Art. 673.** 621
528. *bis*. Aucune prescription ne peut être invoquée contre la faculté consacrée par l'article 673. *ib*.

SECTION 2.

De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

529. **Art. 674.** *ib*.
529 *bis*. I. L'article 674 n'est pas applicable au cas où le constructeur est seul propriétaire du mur. 622
529 *bis*. II. *Quid* 1° s'il n'existe dans une localité aucun règlement ou usage applicable à l'un des cas spécifiés par la loi; — 2° s'il existe, au contraire, des règlements ou usages locaux applicables à des cas non spécifiés par l'article 674? *ib*.
529 *bis*. III. Sanction des règles tracées par l'article 674. *Quid* s'il y a eu possession contraire, continuée pendant trente ans? 623

SECTION 3.

Des vues sur la propriété de son voisin.

530, 531. **Art. 675.** *ib*.
532. **Art. 676, 677.** *ib*.
532 *bis*. I. La *servitude légale* ne consiste pas dans la faculté de pratiquer les ouvertures dont il s'agit, mais, au contraire, dans l'obligation de ne pratiquer ces ouvertures que suivant certaines conditions déterminées. 624
532 *bis*. II. Déduction de ce principe : 1° quant au mur mitoyen dans sa base, mais exhaussé par l'un des voisins; 2° quant au mur qui ne joint pas *immédiatement* l'héritage d'autrui. *ib*.
532 *bis*. III. Le voisin peut rendre inutiles les jours *de souffrance* en élevant auprès une construction. 625
533. **Art. 678, 679.** *ib*.
533 *bis*. I. La distance pour les vues doit être observée, lors même que l'héritage du voisin ne serait pas clos. *ib*.
533 *bis*. II. Et alors même que les deux héritages seraient séparés par un fonds intermédiaire n'ayant pas la largeur fixée. *Quid* si ce fonds intermédiaire est un chemin public? 626

534. **Art. 680.** 627
534 *bis*. *Quid* si, par l'acquisition de la mitoyenneté, la limite des deux héritages se trouve avancée jusqu'à moitié de l'épaisseur du mur? *ib.*
535. Sanction des règles précédentes. Du titre ou de la possession contraire. 628
535 *bis*. I. Si une servitude de vue est constituée par un titre, quel espace devra être maintenu ou réservé libre pour la vue? *ib.*
535 *bis*. II. *Quid* si les jours ou vues ont subsisté pendant trente ans hors les distances ou sans les conditions tracées par les articles 676-679? *ib.*
535 *bis*. III. *Quid* en cas de démolition du mur ou de la maison (v. art. 665)? 629
535 *bis*. IV. *Quid* en cas d'acquisition de la mitoyenneté (v. ci-dessus n° 515 *bis*. IV.)? *ib.*

SECTION IV.

De l'égout des toits.

536. **Art. 681.** 630
536 *bis*. I. Ce que la loi défend, c'est de *faire verser* les eaux de son toit. *ib.*
536 *bis*. II. Précautions qui peuvent être ordonnées contre l'infiltration des eaux. *ib.*

SECTION V.

Du droit de passage.

537. **Art. 682.** 631
537 *bis*. I. La servitude légale de passage ne doit pas être appliquée indistinctement à tous les cas d'enclave. *Quid* si l'enclave provient d'un partage, d'une vente, d'un testament, etc.? *ib.*
537 *bis*. II. Le droit de passage n'existe qu'autant que le fonds n'a *aucune issue sur la voie publique*. *Quid* si l'issue n'est pas suffisante pour l'exploitation? 632
537 *bis*. III. *Quid* si le passage ne cause aucun dommage au fonds voisin? *ib.*
538. **Art. 683, 684.** *ib.*
538 *bis*. I. Le juge peut avoir égard à l'intérêt de celui qui réclame le passage. 633
538 *bis*. II. *Quid* si l'origine de l'enclave est connue (v. ci-dessus n° 537 *bis*. I.)? *ib.*
538 *bis*. III. Des effets de la possession en cette matière. *ib.*
539. **Art. 685.** *ib.*
539 *bis*. I. Point de départ de la prescription de l'action en indemnité. 634

539 *bis*. II. La servitude légale d'enclave ne peut s'éteindre par la prescription. *Quid* si le fait d'enclave vient à cesser? 634

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

540. Plan. 635

SECTION I.

Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.

541. **Art. 686,** al. 1. *ib.*
541 *bis*. I–III. Développement sur ce principe : les servitudes ne peuvent être imposées *ni à la personne ni en faveur de la personne*. *ib.*
541 *bis*. IV. De la défense d'établir des servitudes contraires à l'ordre public. 636
541 *bis*. V. Qui peut établir une servitude? — Effet du titre émanant de celui qui n'a pas la propriété pleine, entière, incommutable. 637
542. **Art. 686,** al. 2. 638
543. **Art. 687.** *ib.*
544. **Art. 688.** *ib.*
544 *bis*. Du droit de vue et du droit de passage. *ib.*

SECTION II.

Comment s'établissent les servitudes.

545. Principes généraux. 639
545 *bis*. Sens précis du mot *titre*. *ib.*
546. **Art. 690, 691.** 640
546 *bis*. I. Les servitudes continues et apparentes ne peuvent être acquises par la prescription de dix ou vingt ans. *ib.*
546 *bis*. II. Quant aux servitudes discontinues, un titre émané *à non domino* ne peut les faire acquérir par prescription. 642
546 *bis*. III. Mais un titre de cette nature autorise l'exercice de l'action possessoire. — Jurisprudence constante. *ib.*
546 *bis*. IV. Le titre, en ce cas, pourrait émaner soit du possesseur du fonds prétendu servant, soit du possesseur du fonds prétendu dominant. *ib.*
546 *bis*. V. Des prescriptions acquises antérieurement à la promulgation du Code. 643
546 *bis*. VI. Des pays où nulle prescription n'était admise. *ib.*
547. **Art. 692.** 644
548. **Art. 692, 693.** *ib.*

548 *bis*. I. De la *destination du père de famille*. En quel sens la loi exige que les choses aient été mises *par le propriétaire* dans l'état duquel résulte la servitude. 644
548 *bis*. II. Comment se fera la preuve des deux faits qui constituent la *destination du père de famille?* *ib.*
549. **Art. 694.** 645
549 *bis*. Différence du cas prévu par l'article 694 avec le cas des deux articles précédents. *ib.*
550. **Art. 695.** 647
550 *bis*. I. L'article 695 ne déroge pas aux articles 1347 et 1348. *ib.*
550 *bis*. II. Mais là n'est pas applicable la disposition de l'art. 1337. *ib.*
551. **Art. 696.** 648
551 *bis*. Etendue des charges accessoires à une servitude. *ib.*

Section III.

Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

552, 553. Principes généraux. 649
554. **Art. 697.** *ib.*
555. **Art. 698, 699.** *ib.*
555 *bis* I. Cas précis de ces articles. 650
555 *bis*. II. Étendue de l'abandon autorisé par l'article 699. *ib.*
556. **Art. 700.** 651
556 *bis*. I. La servitude peut être déterminée, par le titre ou par son objet, à une certaine partie de l'héritage. *ib.*
556 *bis*. II. Après la division du fonds dominant, chaque lot constitue un fonds distinct. *Quid* si l'objet formant l'objet de la servitude est susceptible de division? *ib.*
556 *bis*. III. *Quid* si la servitude ainsi divisible n'a d'autre limite que les besoins du fonds? 652
556 *bis*. IV. *Quid* en cas de division du fonds servant? *ib.*
556 *bis*. V. Quel serait l'effet de la possession indivise entre plusieurs copropriétaires soit du fonds servant, soit du fonds dominant? 653
557. **Art. 701.** *ib.*
558. **Art. 702.** 654

Section IV.

Comment les servitudes s'éteignent.

559. Du terme et de la condition. *ib.*
560. De la résolution du droit de celui qui a constitué la servitude. *ib.*
560 *bis*. *Quid*, à l'inverse, si c'est par un propriétaire commutable que la servitude a été acquise? *ib.*

561, 562. **Art. 703, 704.** 655
562 *bis*. I. Le changement survenu dans l'état des lieux n'opère pas *par lui-même* l'extinction de la servitude. *ib*.
562 *bis*. II. *Quid* si l'impossibilité d'user provient d'une force majeure? Controverse. 656
562 *bis*. III. La prescription court nonobstant le cas de force majeure. 657
562 *bis*. IV. Sauf les causes générales de suspension ou d'interruption. 658
562 *bis*. V. Du renvoi à l'article 707. 659
563. **Art. 705.** *ib*.
564. De la renonciation. *ib*.
565. **Art. 706.** 660
565 *bis*. Le tiers acquéreur peut-il prescrire la liberté de sa propriété par une possession de dix ou vingt ans? *ib*.
566. **Art. 707.** *ib*.
566 *bis*. L'acte contraire à l'exercice de la servitude continue, de quelque personne qu'il émane, fait courir la prescription. 661
567. **Art. 708.** *ib*.
567 *bis*. I. *Quid* si le propriétaire du fonds servant a joui de la servitude d'une manière plus avantageuse que la manière réglée par son titre? 662
567 *bis*. II. *Quid* si l'on a usé d'une servitude accessoire sans user de la principale? 663
568. **Art. 709, 710.** *ib*.
568 *bis*. I. *Quid* si, la servitude consistant en un fait divisible, chacun des communistes n'a aucun intérêt à la conservation du droit des autres? *ib*.
568 *bis*. II. De l'application du principe de l'article 883. 664
568 *bis*. III. Les articles 709 et 710 sont applicables à la prescription acquisitive. 665
568 *bis*. IV. Ces articles se réfèrent uniquement au cas d'indivision. *Quid* après le partage? *ib*.

FIN DES SOMMAIRES.

COURS ANALYTIQUE

DE

CODE NAPOLÉON.

COURS

ANALYTIQUE

DE CODE CIVIL.

TITRE SIXIÈME.

DU DIVORCE.

1. Fidèle à la maxime évangélique *Quod Deus conjunxit homo non separet,* l'ancienne législation française n'admettait pas le divorce ; elle réservait seulement à l'époux malheureux, à qui les excès ou les désordres de son conjoint rendaient la vie commune insupportable, la ressource de la séparation de corps. Cet état de choses dura jusqu'en 1792. Mais alors, sous prétexte de liberté, le divorce fut permis et la séparation de corps abolie (v. L. 20-25 septembre 1792, préamb. et art. 1-7). Cette législation, qui ne respectait pas même l'indépendance de la conscience, puisqu'elle privait de la ressource de la séparation l'époux à qui sa croyance religieuse interdisait le divorce, ouvrit la porte à la licence la plus effrénée. Le divorce, en effet, ne s'obtenait pas seulement pour des causes déterminées assez nombreuses, notamment pour abandon pendant deux ans (1), pour absence sans nouvelles pendant cinq ans, et pour émigration ; il avait lieu par consentement mutuel, ou sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur (v. L. 20-25 septembre 1792, art. 1-7).

(1) Ce délai fut encore abrégé par le décret du 4 floréal an II, dont l'exécution, au reste, ne tarda pas à être suspendue par le décret du 15 thermidor an III.

Ainsi disparaissaient l'honneur et la dignité du lien conjugal; et la famille, ébranlée dans son plus solide fondement, menaçait de s'écrouler sous le poids des scandales qui l'envahirent et ne cessèrent de l'affliger. L'opinion publique s'en émut, et appela à grand cri une réforme; ce cri fut entendu par la sagesse des hommes d'État qui préparaient l'édifice de nos lois civiles. Le maintien même du divorce fut donc mis en question; et si l'institution fut alors conservée, du moins ne fut-elle plus envisagée que comme un mal : remède, pensa-t-on, d'un plus grand mal, mais qui ne devait s'administrer qu'à la dernière extrémité. Aussi les causes déterminées de divorce furent-elles restreintes dans d'étroites limites (v. C. civ., art. 229-232), et leur appréciation livrée aux tribunaux avec l'emploi de formes toutes spéciales (v. art. 234-266). On laissa, il est vrai, subsister le divorce par consentement mutuel; mais les difficultés et les épreuves dont on l'entoura permirent de voir dans le consentement mutuel et persévérant non point la cause même du divorce, mais la preuve de l'existence d'une cause péremptoire que la pudeur des époux ne voulait pas divulguer (v. art. 233, 275-294). En outre, on vint au secours des époux à qui leur croyance religieuse interdisait le divorce, et dans l'intérêt de la liberté de conscience la séparation de corps fut rétablie (v. art. 306-311).

2. Ainsi s'opéra la transition qui amena plus tard la complète abolition du divorce. Cette abolition fut prononcée par la loi du 8 mai 1816 (1) (v. ladite loi, art. 1).

La même loi convertit purement et simplement en demandes en séparation les demandes en divorce pour causes déterminées, et restreignit aux effets de la séparation les jugements et arrêts restés sans exécution par le défaut de prononciation du divorce par l'officier de l'état civil (d. L. art. 2; v. à ce sujet C. civ., art. 227, 264-266). Enfin elle annula toutes les procédures en divorce par consentement mutuel, et

(1) VII, B. 84, nº 645.

déclara comme non avenus les jugements ou arrêts rendus en ce cas, si la prononciation prescrite par l'article 294 n'avait pas encore eu lieu (d. L. art. 3).

2 *bis*. I. Les jugements ou arrêts *restés sans exécution*, que l'article 2 restreint aux effets de la séparation, sont évidemment ceux qui, au moment de la promulgation de la loi, étaient encore susceptibles d'exécution, et non pas ceux du bénéfice desquels le demandeur était déjà déchu par l'expiration du délai fixé par l'article 266 du Code civil. S'il en était autrement et qu'on attribuât à ceux-ci les effets de la séparation, il n'y aurait pas restriction, mais, au contraire, restitution contre une déchéance encourue.

2 *bis*. II. Pareillement, les jugements et arrêts rendus sur procédure en divorce par consentement mutuel, qui, aux termes de l'article 3, doivent être considérés comme non avenus, ne sont pas ceux qui étaient déjà tels par l'expiration du délai fixé par l'article 294. Lors donc que l'article 3 déclare conformer sa disposition à celle de cet article, c'est en ce sens seulement que le sort immédiatement appliqué à ces jugements ou arrêts est celui que le Code civil leur aurait appliqué à l'expiration du délai fatal.

3. L'abolition du divorce ne fut point seulement, comme on a cherché à le faire croire, un acte de déférence pour la religion de la majorité, que la constitution déclarait alors religion de l'État.

Ce point de vue sans doute fut et dut être pris en grande considération; car il convient, autant que possible, de mettre la législation en harmonie avec la religion et les mœurs du pays, et l'on doit surtout éviter d'exposer par d'imprudentes facilités les citoyens à la tentation d'agir contre leur conscience. Mais bien d'autres considérations militent contre cette institution du divorce si longtemps inconnue dans notre France, et qui, heureusement, n'avait pas eu le temps de s'y naturaliser. Sans parler de l'intérêt des enfants indignement sacrifié, nul ne peut nier que ce triste moyen de remédier aux mauvaises unions ne tende effectivement à les propager et à les multiplier, soit par l'appât que sa perspective offre à l'inconstance, soit plus encore parce qu'il détourne les époux du support

mutuel, ce moyen si puissant de maintenir ou de rétablir la paix et la bonne harmonie.

Toutefois, le divorce conserva et conserve encore des partisans, qui invoquent en sa faveur le danger des crimes trop souvent produits par la passion ou le désespoir, lorsque la mort seule d'un des époux peut briser un lien devenu odieux et intolérable. La ressource de la séparation de corps ne suffit pas pour prévenir ces crimes, parce qu'elle ne détruit pas le lien. Cette séparation d'ailleurs n'est-elle pas une source de désordres, qu'on éviterait si l'on permettait aux époux à qui la vie commune n'est plus possible de contracter un autre mariage? Enfin cette faculté de se remarier n'est-elle pas alors commandée au nom de la liberté et de l'intérêt social?

Telles sont à peu près les raisons qui, à diverses reprises, depuis 1830, ont dicté des propositions tendant au rétablissement du divorce. La dernière fut faite au nom du gouvernement le 26 mai 1848. Mais l'accueil fait à cette proposition par l'Assemblée nationale, issue du suffrage universel, montra assez qu'il y a dans le pays une profonde répulsion contre cette institution. En effet, si la corruption des villes et des grands centres de population a pu faire apparaître à quelques bons esprits la nécessité d'un pareil remède, l'état général des mœurs du pays n'est heureusement pas tel que le législateur doive, en le consacrant, ouvrir la porte à tous les abus qu'il entraînerait à sa suite. C'est ce qu'a bien senti le gouvernement, qui ne tarda pas, en conséquence, à retirer le projet.

Ainsi se trouve de nouveau consacrée l'œuvre du législateur de 1816; et la séparation de corps, qui, sans briser le lien conjugal, en relâche seulement la rigueur, reste la seule voie ouverte aux époux malheureux à qui des motifs graves rendent la vie commune insupportable.

4. La matière de la séparation de corps est traitée très-succinctement par le Code civil. Le chapitre qui la concerne contient seulement quelques articles (art. 306-311). Ils ont pour objet : 1° la déclaration des causes de séparation, qui sont

les mêmes que celles du divorce pour cause déterminée (art. 306); 2° l'exclusion des formes spéciales prescrites pour la demande, l'instruction et le jugement de l'instance en divorce pour cause déterminée, et la proscription complète de l'effet attribué, pour le divorce, au consentement mutuel (art. 307); 3° l'application à la séparation de la disposition pénale portée contre la femme adultère (v. art. 298); mais ici, comme de raison, sous la réserve du pardon que la coupable peut obtenir de son mari (art. 308, 309); 4° la faculté réservée à l'époux défendeur, autre toutefois que la femme adultère, d'offrir à son conjoint après un certain temps l'alternative d'une réunion immédiate, ou d'une dissolution par divorce (art 310); 5° enfin l'effet justement attribué à la séparation de corps d'emporter toujours séparation de biens (art. 311).

5. De ces six articles, cinq seulement sont aujourd'hui restés en vigueur; car l'abrogation de l'article 310 est forcément contenue dans l'abolition du divorce; et ces cinq articles, joints aux articles 229-232, virtuellement compris dans l'article 306, forment, avec les quelques dispositions du Code de procédure, réglementaires de l'article 307 (v. C. pr., art. 875-880), toute la législation de la matière. Au contraire, la matière du divorce était traitée en détail, et la loi contient sur ce point une foule de règles qui, par analogie, peuvent paraître susceptibles d'être appliquées à la séparation de corps. Partant de cette idée, je me conformerai dans l'explication de cette matière à l'ordre même que le législateur a suivi pour le divorce, en écartant seulement le chapitre 3 sur le divorce par consentement mutuel, et j'examinerai successivement dans cinq chapitres :

1° Les causes de la séparation (v. C. civ., ch. I[er]);

2° Les formes de la demande et de l'instruction (v. C. civ., ch. II, sect. I);

3° Les mesures provisoires auxquelles pouvait donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée, et leur application possible à la séparation de corps (C. civ., ch. II, sect. II);

4° Les fins de non-recevoir contre l'action en séparation (v. C. civ., ch. II, sect. III);

5° Le jugement et ses effets.

CHAPITRE PREMIER.

CAUSES DE LA SÉPARATION.

6. L'adultère de la femme est toujours pour le mari une cause de séparation. V. art. 229.

Celui du mari, non moins répréhensible en morale, mais moins funeste dans ses résultats, ne peut autoriser la demande de la femme qu'autant que le mari a tenu sa concubine dans la maison commune. V. art. 230.

6 *bis*. I. L'adultère de la femme, dans tous les cas, et celui du mari, quand il entretient sa concubine dans la maison conjugale, ne sont pas seulement des causes de séparation de corps; ce sont des délits que la loi criminelle punit d'une peine correctionnelle. Seulement, il y a ici, dans l'intérêt des familles, cela de particulier, que l'action publique ne peut s'exercer d'office; il faut dénonciation du mari ou plainte de la femme. A cet égard, le pouvoir du mari est tel, que, même après la condamnation, il reste toujours maître d'en arrêter l'effet, en consentant à reprendre sa femme (v. C. pén., art. 336, 337, 339; v. aussi C. civ., art. 308, 309). N'omettons pas non plus de remarquer que la loi pénale atteint aussi, avec raison, le complice de la femme adultère, et qu'elle le punit même plus sévèrement que la femme elle-même (C. pén., art. 338, al. 1). Seulement, pour prévenir des débats scandaleux et sans résultat, elle n'admet contre le prévenu d'autres preuves que le flagrant délit ou les écrits émanés de lui (C. pén., art. 338, al. dernier).

6 *bis*. II. C'est évidemment le même fait, et le fait commis dans les mêmes circonstances, qui constitue la cause de séparation déterminée par le Code civil et le délit prévu et puni par le Code pénal. Il est donc certain qu'on ne doit chercher aucune différence entre l'*adultère du mari, lorsqu'il* AURA TENU *sa concubine dans la* MAISON COMMUNE (C. civ., art. 230), et le fait par le mari d'avoir

ENTRETENU *une concubine dans la maison* CONJUGALE (C. pén., art. 339). Pour l'une comme pour l'autre application, il faut admettre que la maison *commune* ou *conjugale* est la maison du mari, quand même la femme n'y habiterait pas de fait, car c'est toujours son droit et son devoir d'y habiter (art. 214). Peu importerait également que cette maison fût le domicile proprement dit ou une simple résidence. Il faut, du reste, que la concubine ait été *tenue* ou *entretenue* dans la maison, par conséquent qu'elle y ait vécu habituellement. Il ne suffirait pas que l'adultère y eût été accidentellement commis.

6 *bis*. III. L'identité du délit et de la cause de séparation une fois admise, il en résulte que la constatation du délit par le tribunal correctionnel à fin d'application de la peine emporte constatation de la cause de séparation. De là pourtant il ne faut pas conclure que le jugement correctionnel entraîne de plein droit séparation, ni même que ce jugement puisse la prononcer sur des conclusions formellement prises à cet effet. Car la demande en séparation constitue une véritable question d'état, dont la connaissance ne peut appartenir qu'aux tribunaux civils (1). Par la raison inverse, la constatation de la cause de séparation par le tribunal civil ne devrait point, en principe, entraîner application de la peine correctionnelle; mais l'article 308 contient sur ce point une dérogation à l'égard de la femme adultère. Nous verrons, au surplus, sur cet article, si et jusqu'à quel point cette dérogation pourrait être tirée à conséquence (v. ci-dessous n° 21 *bis*).

6 *bis*. IV. L'article 336 du Code pénal refuse au mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale la faculté de dénoncer l'adultère de la femme : or, cette faculté n'appartenant qu'à lui, la femme ainsi se trouve soustraite à l'application de la peine portée par l'article 337; cette disposition serait éludée si l'on permettait en pareil cas au mari de former contre la femme une demande en séparation *pour cause d'adultère*, car la séparation prononcée pour cette cause devrait entraîner contre celle-ci, en vertu de l'article 308 du Code civil, la peine qui ne pourrait lui être appliquée en vertu de l'article 337 du Code pénal. Toutefois, je ne veux pas dire par là que le fait d'entretien d'une concubine dans la maison conjugale rende le mari absolument non recevable à demander la sé-

(1) V. ci-dessous, n° 9 *bis*. I et III.

paration contre sa femme, ni même à faire valoir comme cause de séparation le fait d'adultère comme injure grave. Seulement, il y aurait lieu alors à l'appréciation des tribunaux et à l'application de la théorie générale que j'établirai ci-dessous sur la réciprocité des torts. Mais dans aucun cas la constatation du fait ne saurait, suivant moi, donner lieu à l'application de l'article 308 du Code civil. Car ce ne serait pas proprement pour cause d'adultère que la séparation serait alors prononcée.

6 *bis*. V. De même qu'au mari seul appartient la faculté de dénoncer l'adultère de la femme, ce n'est aussi que sur la plainte de celle-ci que peut être convaincu et puni le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale. Mais la loi ne dit pas que l'adultère dont elle serait elle-même coupable enlève à la femme ce droit de plainte, et je ne pense pas que l'argument d'analogie tiré de l'article 336 suffise pour le lui faire refuser. En effet, dans cette matière tout exceptionnelle, où l'exercice de l'action publique est subordonné à l'action d'un particulier, je n'admets pas qu'il soit permis de raisonner par analogie; mais j'ajoute que l'analogie n'existe même pas. Car autre chose est la dénonciation du mari, autre chose est la plainte de la femme. L'une est l'exercice de la puissance maritale, et par conséquent d'une sorte de magistrature domestique; l'autre n'est qu'un moyen de protection accordé à la faiblesse. Cela posé, on comprend que l'indignité fasse cesser chez le mari le pouvoir de dénonciation, mais non qu'elle enlève à la femme le droit de se plaindre.

De là, au surplus, il résulte évidemment que l'adultère prétendu de la femme ne saurait constituer une fin de non-recevoir légale contre la demande en séparation par elle formée pour cause d'adultère du mari avec entretien de la concubine dans la maison commune (v. C. C., rej., 9 mai 1821) (1).

7. Les causes réciproques de séparation sont :

1° Les excès, sévices et injures graves; les tribunaux doivent peser les circonstances, en ayant surtout égard à la condition des parties;

2° La condamnation de l'un des époux à une peine infamante. V. art. 231, 232.

(1) J. P., tom. 60, pag. 529.

7 *bis*. I. Il faut entendre par *excès* les actes de violence pouvant compromettre la vie. Les sévices sont des mauvais traitements qui, sans mettre l'existence en danger, la rendent cependant insupportable. Quant à l'injure, elle peut consister en actions, paroles ou écrits outrageants. L'injure doit être grave, et la gravité s'apprécie suivant les circonstances de temps, de lieu, de réitération plus ou moins fréquente, d'intention plus ou moins perverse, de spontanéité ou de provocation. L'on sent, au reste, qu'à ces points de vue divers la condition et l'éducation des parties doivent être prises en grande considération pour fixer le caractère de gravité.

7 *bis*. II. L'adultère commis par l'un ou l'autre époux est certainement toujours une injure pour le conjoint envers lequel la foi n'a pas été gardée. Il en résulte que, dans les divers cas où l'adultère ne constituerait pas en lui-même une cause de séparation, il peut toujours entrer comme élément dans une demande formée pour injure, ou même constituer seul, à raison des circonstances qui l'accompagneraient, l'injure grave qui autoriserait à prononcer la séparation. Cette théorie s'appliquerait à l'adultère du mari lorsque la concubine n'a pas été tenue dans la maison commune; elle s'appliquerait également à l'adultère de la femme lorsque le mari qui a entretenu une concubine dans la maison conjugale est par là même non recevable à dénoncer le délit (C. pén., art. 336), et par suite, selon moi, à faire prononcer la séparation pour cause d'adultère (v. ci-dessus n° 6 *bis*. IV). Mais bien entendu qu'en pareil cas la cause de séparation reste abandonnée à l'appréciation des juges, et qu'elle ne peut donner lieu à l'application des peines portées par les articles 308 du Code civil, 337 et 339 du Code pénal.

7 *bis*. III. La provocation étant, comme on l'a dit, une circonstance atténuante, il serait certainement permis de voir cette provocation et l'atténuation qui en résulte dans la réciprocité des torts. Ainsi, l'époux coupable qui invoque contre son conjoint une cause de séparation pourra, suivant les cas, être, à raison de ses torts personnels, repoussé dans son action. Cela sera vrai surtout quand la demande en séparation sera causée pour injure. Mais il y a loin de là à la doctrine qui ferait en principe résulter de la réciprocité des torts une fin de non-recevoir contre l'action en séparation. Cette fin de non-recevoir existe en effet contre la dénonciation du mari au cas prévu par l'article 336 du Code pénal, et s'applique,

selon moi, à la demande en séparation qu'il voudrait, en pareil cas, diriger *pour cause d'adultère* de la femme. Mais ce cas est le seul pour lequel la loi ait parlé, et ne peut dès lors être tiré à conséquence. Vainement invoquerait-on, au contraire, l'autorité du droit romain. D'abord, le droit romain est loin d'être aussi précis qu'on le prétend; et, en tout cas, il ne pourrait suffire à nous décider. Les textes de droit romain sont relatifs aux poursuites tendant à l'application des peines (*Ulp.*, L. 154, § 1, *de reg. juris*), ou bien aux conséquences pécuniaires que le délit commis par l'un des conjoints pouvait entraîner, contre l'époux coupable, en faveur de celui qui répudiait pour cette cause : la compensation aurait empêché l'application de ces conséquences; mais il ne s'ensuit pas que le divorce ne dût pas être prononcé (v. *Pap.*, L. 39, ff. *Sol. matr.*). Pareillement, dans notre droit, je crois que, s'il y a cause réciproque de séparation, le défendeur pourra se porter reconventionnellement demandeur, non pas pour empêcher que la séparation ne soit prononcée, mais pour qu'elle le soit à sa requête comme à celle de son conjoint. Par ce moyen, la position des deux époux également coupables restera égale, soit que l'on réserve à chacun les avantages accordés par la loi à l'époux qui a obtenu le divorce, ou, ce qui me paraît plus raisonnable, qu'on applique à l'un comme à l'autre les rigueurs dont la loi frappe l'époux contre lequel le divorce a été obtenu (1).

7 *bis*. IV. En faisant de la condamnation d'un des époux à une peine infamante une cause de séparation, la loi a voulu protéger la juste susceptibilité du conjoint innocent, et lui épargner le supplice de partager par la vie commune l'infamie légale, qui ne doit atteindre que le coupable. Mais cette considération ne saurait s'appliquer si l'époux demandeur était lui-même frappé d'une condamnation du même genre. Ainsi, tout en repoussant, comme je l'ai fait, en thèse générale, la fin de non-recevoir tirée de la réciprocité des torts, je crois que, dans le cas particulier, la parité de position devrait écarter respectivement entre les époux l'application de l'article 232.

7 *bis*. V. Les peines afflictives étant en même temps infamantes (v. C. pén., art. 7), la loi comprend évidemment dans son application

(1) Nous verrons, en effet, que ces effets légaux du divorce sont appliqués aujourd'hui par la jurisprudence à la séparation de corps. V. *infrà*, n° 29.

toutes les peines afflictives; ces peines d'ailleurs, à moins qu'elles n'emportent la mort civile, qui dissoudrait le mariage, emportent la peine infamante de la dégradation civique (C. pén., art. 28); et comme cette peine accessoire survit à la peine principale jusqu'à réhabilitation (C. instr. crim., art. 619, 633), il est clair que jusque-là, et même après la peine subie, la cause de séparation subsiste et peut être utilement invoquée si toutefois elle n'est pas couverte par une libre et volontaire cohabitation (v. à ce sujet C. civ., art. 272, et ci-dessous, n° 14 *bis*. II). Ce que je dis de l'expiration de la peine s'appliquerait également à la grâce ou à la commutation, qui, de droit commun au moins, ne font pas cesser l'état d'infamie légale, mais peuvent seulement donner lieu à la réhabilitation (Instr. crim., art. 619). J'en dirais autrement si, comme je le crois possible (1), les lettres de grâce ou de commutation contenaient une clause formelle pour relever de la dégradation civique.

Pour être cause de séparation, la condamnation à une peine infamante doit être irrévocable (v. C. civ., art. 261), et la condamnation par contumace ne deviendrait telle qu'après vingt années (Instr. crim., art. 476, 635, 641); jusque-là donc la séparation ne pourrait être demandée. J'appliquerais cette règle au cas même de condamnation emportant mort civile si, comme je le pense, et comme il faut le supposer pour donner lieu à la question, la mort civile encourue après les cinq ans n'emporte pas dissolution du mariage (2). A quoi servirait, au surplus, une demande en séparation pendant l'état de contumace, qui constitue forcément une séparation de fait? Ajoutons qu'il n'en est pas besoin après les cinq ans pour produire la séparation de biens, car cette dernière séparation se produit de droit par l'effet de la mort civile, même provisoirement encourue (3).

7 *bis*. VI. La demande, évidemment, ne pourrait plus être formée après la réhabilitation (v. Instr. crim., art. 633). Mais la réhabilitation postérieure ne devrait pas faire cesser l'effet du jugement de séparation; car, dès l'instant que la justice a autorisé la séparation, il y a droit acquis, que la réconciliation seule peut faire cesser.

7 *bis*. VII. La condamnation doit avoir été encourue depuis le

(1) V. tom. 1er, n° 71 *bis*. II.
(2) V. tom. 1er, nos 63 *bis*. V, et 320 *bis*. II.
(3) V. tom. 1er, n° 63 *bis*. VI.

mariage : la loi, en effet, ne suppose pas que le condamné a été épousé, mais bien que l'époux a été condamné (art. 232). Il est évident d'ailleurs que le mariage librement et volontairement contracté avec le condamné emporte renonciation à se prévaloir contre lui d'un état qui était connu et accepté. Que si l'état d'infamie légale avait été ignoré, j'admettrais alors volontiers qu'il y a cause non de séparation, mais de nullité (1). Mais si l'on ne veut pas l'admettre avec moi, on pourrait voir alors dans la dissimulation une injure grave, qui, à ce titre, pourrait, suivant les cas, constituer une cause de séparation (2).

8. L'ordre public est trop intéressé à l'exécution des lois du mariage pour qu'il puisse y être valablement dérogé par le consentement des parties (v. art. 6). Le législateur même du divorce avait reconnu ce principe, et ne considérait le consentement mutuel que comme formant la preuve d'une cause secrète, mais réelle et péremptoire (art. 233). Le consentement des époux à vivre séparés ne saurait autoriser les inductions qu'on était, au contraire, fondé à tirer du consentement au divorce; il eût été d'ailleurs impossible d'assujettir ce consentement aux mêmes épreuves. La séparation ne peut donc avoir lieu par consentement mutuel. V. art. 307.

8 *bis*. I. Les époux sans doute sont toujours maîtres de vivre séparés, si c'est leur volonté commune, et ils peuvent faire à ce sujet tels arrangements que bon leur semble. Mais cette séparation amiable n'entraîne aucune conséquence légale, et le consentement qui l'établit et qui en règle les conditions n'étant point obligatoire, il est toujours loisible à chacun d'eux de la faire cesser et de rentrer dans le droit commun.

8 *bis*. II. Du principe qui proscrit les séparations volontaires on conclut avec raison qu'en cette matière, pas plus qu'en matière de simple séparation de biens (v. C. pr., art. 870), l'aveu du défendeur ne fait pas foi des faits qui lui sont imputés. Cette jurisprudence a toujours été admise (3).

(1) V. tom. 1er, nº 263 *bis*. III.
(2) V. M. Demolombe, tom. 4, nº 392.
(3) V. Pothier, *Contr. de mariage*, nº 519.

CHAPITRE II.

FORMES DE LA SÉPARATION.

9. Aux termes de l'article 307, la demande est intentée, instruite et jugée comme toute autre action civile. Toutefois, la demande en séparation ne peut être formée directement; elle est assujettie, comme l'était le divorce, à l'essai de conciliation par la comparution des parties en personne, sans assistance de tiers, devant le président du tribunal, saisi par une requête de l'époux demandeur. V. C. pr., art. 875, 876, 877; v. à ce sujet C. civ., art. 236-239. Et remarquez qu'ici la loi ne prescrit pas la présentation de la requête par l'époux en personne, qu'il n'y a lieu conséquemment, par le président, à aucune observation. Remarquez encore qu'il n'est pas dit ici que la requête doive détailler les faits, elle doit seulement les contenir sommairement.

Que si les efforts du magistrat restent sans succès, il renvoie les parties à se pourvoir. Évidemment alors la demande s'intente par assignation en la forme usitée, sans le préliminaire de conciliation ordinairement requis (v. C. pr., art. 48), et sans qu'il soit besoin d'obtenir d'autre permission de citer (v. C. civ., art. 240). Seulement la femme, à raison de son incapacité, ayant besoin d'autorisation pour ester en jugement, cette autorisation lui est accordée par une clause spéciale de l'ordonnance de renvoi, qui statue aussi sur certaines mesures provisoires dont il sera question plus bas. V. C. pr., art. 878.

Quant à l'instruction, le principe posé par l'article 307 est de nouveau consacré par l'article 879 C. pr.

9 *bis*. I. La demande en séparation doit évidemment se porter devant le tribunal ordinaire, c'est-à-dire le tribunal d'arrondissement du domicile des deux époux; le Code civil s'en expliquait formellement pour la demande en divorce (v. C. civ., art. 234). Cela résulte également pour la séparation, d'abord des principes du

droit commun, et spécialement de la disposition qui prescrit d'adresser la requête au président du tribunal du domicile du demandeur, c'est-à-dire du domicile commun (C. pr., art. 875). Au reste, en proclamant dans l'article 234 la compétence exclusive du tribunal d'arrondissement, le législateur a eu surtout la pensée d'exclure la juridiction criminelle, quoique certaines causes de divorce puissent constituer des crimes, comme le suppose notamment l'article suivant. Alors sans doute la juridiction criminelle peut être saisie, soit d'office, soit sur la plainte de l'époux. Mais la règle qui autorise à porter l'action civile devant le juge de l'action publique, règle qui s'applique à l'action en dommages et intérêts (v. instr. crim., art. 1 et 3), n'aura jamais pour conséquence de faire juger par la juridiction criminelle la question de divorce. La compétence exclusive des tribunaux civils est certainement applicable à la demande en séparation. Il suffit pour le décider ainsi de s'attacher aux termes de la loi qui soumettent cette demande aux règles des actions civiles (art. 307).

9 *bis*. II. Si les faits allégués par le demandeur en divorce donnaient lieu à une poursuite criminelle, le Code appliquait avec raison à l'action en divorce le principe qui suspend l'exercice de l'action civile, séparément intentée, jusqu'au prononcé définitif sur l'action publique (Instr. crim., art. 3). Ce principe, qui tend surtout à éviter une double instruction pour la constatation des mêmes faits, et à prévenir le scandale d'une contrariété de décision, se fortifie encore ici par cette considération, que la poursuite criminelle peut amener la condamnation à une peine infamante, qui deviendrait en elle-même une cause suffisante de divorce (art. 232 et 261). Mais dans le cas contraire, comme l'arrêt qui acquitte ou absout l'accusé laisse entière la question de savoir s'il y a ou non cause de divorce, on comprend que l'action civile puisse être reprise à cette fin, et qu'il ne résulte de l'arrêt contre le demandeur aucun préjugé ni fin de non-recevoir. V. C. civ., art. 235. Cet article, au reste, n'étant que la conséquence d'une règle de droit commun, et les motifs d'ailleurs étant en tout point identiques, il n'y a aucune difficulté à en faire l'application à la demande en séparation.

9 *bis*. III. L'exclusion donnée à la juridiction criminelle pour le jugement de la demande en divorce ou en séparation s'applique

sans difficulté à la juridiction correctionnelle. Cela, il est vrai, ne résulte pas textuellement des termes de l'article 234, qui attribue juridiction au tribunal d'arrondissement; car les tribunaux correctionnels ne sont autres que les tribunaux mêmes d'arrondissement (v. C. instr. crim., art. 179). Mais il est clair qu'à ce titre ils ne sont investis que du jugement des délits, et ne peuvent connaître d'une question d'état. Ainsi, le tribunal correctionnel saisi d'une plainte en adultère ne pourrait pas l'être en même temps de la demande en séparation pour cette cause.

9 *bis*. IV. Pareillement il faudrait appliquer à la poursuite correctionnelle à laquelle donneraient lieu les faits allégués par le demandeur en séparation l'effet suspensif que l'article 235 attribue à la poursuite criminelle. C'est toujours l'application du principe qui, lorsque l'action civile n'est pas portée devant le même juge que l'action publique, en suspend l'exercice tant qu'il n'a pas été définitivement prononcé sur celle-ci (C. instr. crim., art. 3).

Toutefois, si le délit invoqué comme cause de séparation est l'adultère, soit de la femme, soit du mari, et que le tribunal correctionnel ne soit pas actuellement saisi, je ne puis croire que les juges civils doivent se dessaisir de la connaissance du fait pour la renvoyer au tribunal correctionnel. Mon motif est que l'adultère, quoiqu'il constitue d'ailleurs un délit, est nommément et en lui-même une cause de séparation.

9 *bis*. V. C'est par opposition à la procédure spéciale du divorce, extraordinairement réglée par le Code civil lui-même, qu'est proclamé le principe qui soumet aux règles ordinaires des actions civiles la demande en séparation de corps. Mais c'est sans préjudice des règles particulières que devait établir et qu'a établies en effet pour cette action le Code de procédure, dont une partie entière, consacrée aux procédures diverses, comprend, comme de raison, celle-ci dans un titre spécial (art. 875-880). Cela posé, il est tout naturel que la parité de motifs ait fait, comme on l'a déjà dit, emprunter à la procédure du divorce l'essai de conciliation devant le président du tribunal. Après cet essai, du reste, on rentre dans le principe qui prescrit d'intenter la demande comme toute autre action civile; car les parties étant purement et simplement renvoyées *à se pourvoir*, il est évident que le demandeur doit assigner le défendeur dans la forme ordinaire. Il en était autrement en matière de divorce. Là,

le président, après avoir épuisé son ministère de conciliation, ne renvoyait pas à se pourvoir, mais en référait au tribunal, qui pouvait, non pas refuser absolument, mais accorder ou suspendre la permission de citer (C. civ., art. 239, 240).

9 *bis*. VI. La généralité des termes de la loi semble établir la nécessité de l'essai de conciliation et celle de l'assignation, quelle que soit la cause pour laquelle la séparation est demandée; et toutefois il est permis de croire qu'il n'y aurait pas lieu à ces formalités si la cause de la demande est la condamnation à une peine infamante. La disposition de l'article 261, qui, pour le divorce, prescrit seulement en pareil cas la production du jugement de condamnation avec certificat de son irrévocabilité, semble formelle sur ce point, et je la crois applicable *à pari*, peut-être même *à fortiori*, car la loi est en général, et avec raison, bien moins exigeante pour les formes de la séparation que pour celles du divorce. Je crois donc qu'il suffirait de présenter requête en y joignant l'expédition et le certificat requis.

9 *bis*. VII. Sur l'assignation donnée en la forme ordinaire, il est procédé immédiatement à l'instruction; sauf, bien entendu, à instruire et statuer préalablement sur les fins de non-recevoir, s'il en était proposé. Mais il n'y a lieu ici ni à jugement d'admission ni à la procédure préparatoire à huis clos, qui, en matière de divorce, devait précéder ce jugement (C. civ., art. 241-246). L'instruction ayant lieu dans la forme ordinaire, les parties sont représentées dans l'instance par leurs avoués, et le demandeur, pas plus que son adversaire, n'a besoin d'assister en personne (v. au contraire C. civ., art. 248). Les enquêtes, s'il en est ordonné, ont lieu dans la forme prescrite par le Code de procédure (v. C. pr., art. 252-294), ce qui rend en général sans application les articles du Code civil 249-256. Toutefois l'aveu en cette matière ne pouvant faire preuve (v. ci-dessus, n° 8 *bis*. II), il est clair qu'ici l'enquête devra être ordonnée sur les faits pertinents, même *non déniés* (nonobst. C. pr., art. 253). Il faut bien encore décider, tout en regrettant de ne pas le trouver écrit dans la loi, que, conformément à l'article 251 du Code civil, on doit admettre, en y ayant d'ailleurs tel égard que de raison, le témoignage des parents, autres que les enfants ou descendants, et celui des domestiques. Il y a parfaite identité de motifs, puisque les faits à prouver sont les mêmes, soit qu'il s'agisse de divorce ou de sépa-

ration, et que ces faits n'ont souvent d'autres témoins que les parents et les domestiques. On ne comprendrait pas, au reste, qu'un témoignage suffisant pour amener la rupture du lien par le divorce fût insuffisant pour en faire obtenir le simple relâchement. Ce point, au reste, est généralement admis par la doctrine et par la jurisprudence (v. notamment C. C., rej., 8 mai 1810) (1).

CHAPITRE III.

MESURES PROVISOIRES AUXQUELLES POUVAIT DONNER LIEU LA DEMANDE EN DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE, LEUR APPLICATION A LA SÉPARATION DE CORPS.

10. Quoique l'action en divorce tendît à la dissolution du mariage, et par conséquent à l'anéantissement de la puissance maritale, il est clair que cet anéantissement ne pouvait résulter de la simple demande formée, à tort ou à raison, par l'un des époux. C'est donc au mari que la loi réservait en général, pendant l'instance, l'exercice de l'autorité paternelle, et par conséquent l'administration provisoire des enfants communs. Mais l'intérêt de ceux-ci devant prévaloir sur tout, il fallait bien laisser au tribunal le pouvoir d'en ordonner autrement pour leur plus grand avantage. Le droit de provoquer à cet égard une mesure était expressément accordé à la mère, à la famille et au ministère public. V. art. 267, dont l'application à la séparation ne paraît pas douteuse.

11. Cette demande ne pouvait non plus dépouiller le mari de ses droits sur la personne et sur les biens de la femme, ni, à plus forte raison, sur les biens de la communauté. Mais, d'une part, il était nécessaire de soustraire la faiblesse de la femme au danger d'une habitation commune, et de pourvoir à sa subsistance; d'autre part, il était à craindre que le

(1) J. P., tom. 27, pag. 193.

mari n'abusât de ses droits, comme chef de la communauté, pour compromettre les intérêts de la femme.

12. Quant à la sûreté de la personnne, la loi y pourvoyait en accordant à la femme, demanderesse ou défenderesse, la permission de quitter le domicile du mari pendant la poursuite; elle l'assujettissait seulement à une résidence déterminée, qui devait l'être par le tribunal. En outre, elle obligeait le mari à lui fournir, en proportion de ses facultés, une provision alimentaire que le tribunal fixait s'il y avait lieu. V. art. 268.

Du reste, la résidence dans la maison indiquée étant la condition de l'indulgence de la loi envers la femme, celle-ci était tenue de justifier de cette résidence à toute réquisition, faute de quoi la provision pouvait toujours être refusée. Bien plus, la femme demanderesse pouvait être déclarée non recevable à continuer ses poursuites. V. art. 269.

La faculté de quitter le domicile est également consacrée pour le cas de demande en séparation, et cela du moment où l'essai de conciliation a été vainement tenté. La maison est convenue entre les parties ou indiquée par le président, qui dans tous les cas ordonne en conséquence la remise des effets à son usage journalier. Quant aux demandes en provision, elles sont portées à l'audience. V. C. pr., art. 878.

12 *bis*. I. La maison indiquée doit être à la proximité du mari, pour qu'il conserve la facilité d'exercer la surveillance qui lui appartient. A ce titre, il paraît convenable qu'elle ne soit pas hors du ressort du tribunal (1). Et toutefois il n'y a rien d'impérieusement prescrit à cet égard.

12 *bis*. II. L'obligation pour la femme de résider dans la maison indiquée est fondée sur les plus graves considérations; c'est seulement à cette condition que cesse pour elle l'obligation d'habiter avec le mari, obligation dont le principe subsiste toujours jusqu'au jugement. J'en conclus naturellement que l'abandon de cette résidence peut produire les mêmes conséquences que l'abandon non au-

(1) V. Paris, 4 décembre 1810 (J. P., tom. 29, pag. 108.)

torisé du domicile conjugal. Aussi ne balancé-je pas à voir dans cet abandon une cause suffisante pour le refus de la provision alimentaire (1); je trouve aussi dans cette infraction un principe raisonnable de fin de non-recevoir contre la femme demanderesse, car elle ne peut profiter de l'autorisation de procéder, que lui accorde le président, sans se conformer pour sa résidence aux prescriptions de la même ordonnance.

Cela posé, c'est à tort, je crois, que la jurisprudence et la doctrine ont longtemps hésité, hésitent peut-être encore, à reconnaître applicable à la séparation de corps, au moins en ce qui touche la fin de non-recevoir, la disposition de l'article 269. Seulement, je fais remarquer que, même en matière de divorce, les termes de la loi ne forcent pas à considérer la fin de non-recevoir comme absolue, et n'ôtent point aux juges le pouvoir d'apprécier les circonstances. En tout cas, la fin de non-recevoir, n'étant applicable qu'à la continuation des poursuites, n'empêcherait pas de les recommencer, même sans cause nouvelle (2).

12 *bis*. III. La loi a transporté avec raison au président seul, au au moment où il renvoie les parties à se pourvoir, le droit d'autoriser la femme à quitter le domicile, droit que l'article 268, en matière de divorce, n'attribuait qu'au tribunal entier. Il est évident qu'on devait en même temps attribuer, comme on l'a fait, au président le pouvoir d'ordonner la remise à la femme des effets à son usage journalier (C. pr., art. 875). Il faut, du reste, appliquer à toute autre mesure provisoire qui pourrait être réclamée ce que dit la loi des demandes en provision qui doivent être portées à l'audience. Cela s'appliquerait notamment aux demandes tendant à enlever au père la garde des enfants. Et toutefois il est permis de croire qu'en cas de grande urgence le président pourrait, par son ordonnance, pourvoir sur tous ces points à ce que la nécessité exige en attendant que le tribunal puisse être saisi.

13. Quant à la conservation des droits de la femme commune en biens, il s'agissait de les protéger pendant l'instance contre le divertissement des effets mobiliers de la communauté, contre les obligations qui pourraient être contractées

(1) V. tom. 1er, nº 297 *bis*. III.

(2) V. sur ces deux points, C. C., cass., 16 janv. 1816 (J. P., tom. 46, pag. 198); et sur le premier, C. C., rej. 23 nov. 1841 (*ib*., tom. 117, p. 17).

à sa charge, et contre l'aliénation d'immeubles en dépendant.

A cet effet, la femme demanderesse ou défenderesse était autorisée à faire placer sous le scellé, pour y demeurer jusqu'à inventaire et prisée, les effets mobiliers, dont la possession dès lors ne restait plus au mari qu'à titre de gardien judiciaire, tenu comme tel à les représenter ou à répondre de leur valeur. L'apposition de scellés pouvait être requise en tout état de cause, et ce à partir de la date, conséquemment avant même l'expédition, de l'ordonnance portant comparution des parties devant le président (art. 238). V. art. 270.

A l'égard des obligations et aliénations, on n'avait pas jugé à propos de les interdire absolument au mari demeuré administrateur. Mais la loi atteignait son but en soumettant à l'action en nullité pour fraude les actes de ce genre postérieurs à la date de l'ordonnance ci-dessus. V. art. 271.

13 *bis*. I. Les motifs qui ont dicté les articles 270 et 271 sont applicables en tout point à la séparation comme au divorce. Cette raison suffit-elle pour en appliquer la disposition ? L'affirmative ne me paraît pas douteuse en ce qui concerne l'article 271, qui, se bornant à prononcer une nullité pour fraude, ne fait réellement que consacrer une conséquence du droit commun (v. art. 1167). Mais en ce qui concerne l'apposition des scellés, la question est plus délicate. Pour la négative, on fait valoir la gravité de la mesure, qui peut porter atteinte au crédit du mari et lui causer aussi un grand préjudice, surtout si c'est un commerçant. On ajoute que cette mesure, tout utile qu'elle puisse être pour protéger les intérêts de la femme, n'était point autorisée par l'ancienne jurisprudence. Quoi qu'il en soit, la mesure n'ayant en soi rien de vraiment exorbitant, puisqu'il s'agit uniquement d'un acte conservatoire, la parité de motifs me paraît encore ici déterminante.

13 *bis*. II. Le mari constitué gardien judiciaire des objets inventoriés à la requête de la femme devenait par là même contraignable par corps (C. civ., art. 2060 4°). Mais cette rigueur ne peut plus être exercée aujourd'hui par la femme contre son mari (L. 17 avril 1832 (1), art. 19).

(1) IX, 1re partie, B. 73, nº 158.

13 *bis*. III. La nullité des obligations ou aliénations n'étant prononcée que pour fraude, j'en conclus que, conformément à la théorie généralement admise en cette matière, elle ne pourrait être opposée aux tiers qui auraient acquis ou contracté à titre onéreux, s'ils ne sont pas eux-mêmes complices de la fraude (v. à ce sujet *Ulp.*, L. 6, § 8, ff. *quæ in fr. cred.;* C. comm., art. 447).

CHAPITRE IV.

DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN SÉPARATION.

14. Toute action fondée sur une injure s'éteint par la réconciliation; mais le pardon même rend plus grave l'injure qui le suit, et cette nouvelle injure doit détruire l'effet de la réconciliation. D'après ces principes, la réconciliation survenue, soit avant, soit après la demande, pourvu qu'elle fût postérieure aux faits allégués, rendait non recevable l'action en divorce. Mais d'un autre côté, la réconciliation n'empêchant pas de renouveler la demande pour cause nouvelle, la loi autorisait expressément alors à faire valoir les anciennes causes à l'appui de la nouvelle demande. V. art. 272, 273, dont l'application à la séparation n'est pas douteuse.

14 *bis*. I. C'est la réconciliation qui est seule indiquée ici comme principe de fin de non-recevoir; elle seule fait l'objet de ce chapitre, dont l'intitulé ne semble comprendre plusieurs fins de non-recevoir qu'en vue de la multiplicité des cas divers de réconciliation. C'est peut-être une raison pour que les juges ne se croient pas, sans un texte formel, autorisés à puiser des fins de non-recevoir dans un autre ordre de faits, et notamment dans la réciprocité des torts (v. pourtant C. pén., art. 336, et ci-dessus n° 6 *bis*. IV; v. aussi n° 7 *bis*. III).

14 *bis*. II. La réconciliation suppose des torts pardonnés; or, ce point de vue applicable à toutes les autres causes de séparation ne semble pas l'être à la cause tirée de la condamnation à une peine infamante. Mais le point de vue commun, auquel se rattache l'effet même que la loi attribue à la réconciliation, c'est la faculté pour

chacun de renoncer au droit établi en sa faveur : or, celui-là évidemment renonce à son action qui, ayant à sa connaissance et à sa disposition une cause péremptoire de séparation, maintient librement et volontairement la vie commune; cette renonciation peut donc lui être opposée aussi bien quand il fonde sa demande sur la condamnation que quand il l'appuie sur toute autre cause.

14 *bis*. III. La survenance de nouvelles causes depuis la réconciliation fait revivre les anciennes. Cela paraît d'abord sans utilité, car si les dernières sont suffisantes, on n'a plus besoin de s'appuyer sur les premières. Mais ce n'est là qu'une illusion, car il y a certains faits d'injure qui tirent surtout leur gravité de leur multiplicité; et il suffirait qu'un fait de ce genre fût survenu depuis la réconciliation pour autoriser à puiser dans sa combinaison avec les faits anciens le caractère de gravité qui lui manquerait peut-être s'il était seul et isolé.

14 *bis*. IV. L'appréciation des faits constitutifs de la réconciliation alléguée est nécessairement abandonnée à la prudence des juges. On ne peut, à cet égard, poser de règle fixe et absolue. Les circonstances principales d'où l'on cherche souvent à induire la réconciliation sont : la cohabitation des époux, la grossesse de la femme, l'ancienneté des faits allégués comme cause de séparation, et le long intervalle écoulé depuis les derniers de ces faits jusqu'à la demande.

Quant au fait de cohabitation, il est évident qu'il n'a en lui-même aucune gravité pendant tout le temps qui précède la demande; car il peut n'être alors que l'effet de la nécessité. Mais après la demande formée, il acquiert plus de gravité, parce qu'alors la femme était autorisée à quitter le domicile conjugal (v. C. pr., art. 878). Et toutefois la loi elle-même suppose que l'habitation commune pouvait se continuer pendant l'instance en divorce. Car l'autorisation de quitter la compagnie du mari, quoique pouvant être réclamée plus tôt (art. 268), n'était accordée de droit à la femme que par le jugement qui, après l'instruction, ordonnait, s'il y avait lieu, un sursis d'un an (v. C. civ., art. 259). Si donc l'habitation commune pendant l'instance en divorce ne constituait pas nécessairement une fin de non-recevoir, il en doit être de même en matière de séparation. Toutefois, je le répète, cette cohabitation, pendant l'instance serait souvent un indice grave de réconciliation, surtout si c'est après

l'avoir quitté que la femme était rentrée au domicile conjugal. Mais tout, en définitive, doit dépendre des circonstances.

La grossesse même de la femme ne serait pas toujours et indistinctement un fait significatif. A l'égard du mari demandeur, loin d'élever une fin de non-recevoir, ce fait pourrait souvent passer pour la preuve d'un nouvel outrage. Quant à la femme demanderesse, il pourrait n'être considéré que comme une conséquence de la même nécessité qui obligeait à la cohabitation. Pour ce qui est de l'ancienneté des faits allégués comme cause de séparation, sans doute le long silence gardé par le conjoint, qui pouvait se plaindre plus tôt, est de nature à faire supposer le pardon; mais ce signe même est bien équivoque : il reste à savoir dans quels rapports ont vécu les époux pendant l'intervalle des faits à la demande; il faut aussi faire la part à l'hésitation si naturelle qui a dû faire reculer devant le scandale d'un pareil procès, et devant les graves conséquences qu'il entraîne. Cela posé, il peut certainement arriver que les faits les plus anciens ne soient pas couverts et demeurent causes de séparation, sans même qu'il en soit survenu de nouvelles pour les faire revivre ou du moins sans qu'il en soit justifié. J'applique cette proposition au cas même où les faits invoqués comme cause de séparation seraient des crimes ou délits couverts par la prescription, car la prescription établie par le droit criminel contre l'action publique et contre l'action *civile* (en dommages et intérêts) ne saurait être appliquée à la demande en séparation. Si cette doctrine est exacte, il pourra se faire qu'une séparation soit prononcée pour cause d'adultère de la femme plus de trois ans après que l'adultère a été commis. Il restera seulement à savoir si dans ce cas la peine pourra être prononcée aux termes de l'article 308 (v. ci-dessous, n° 19 *bis*. II).

15. Si les faits qui constituent la fin de non-recevoir sont avoués par le demandeur, il n'y a ici nulle difficulté à s'en tenir à son aveu. S'ils sont niés, le défendeur doit en faire la preuve. Cette preuve se fait de la même manière que pour ceux qui fondent l'action. V. art. 274, et C. pr., 879.

CHAPITRE V.

DU JUGEMENT ET DE SES EFFETS.

16. Le jugement est rendu sur les conclusions du ministère public (C. pr., art. 83 et 879). Il est susceptible d'opposition ou d'appel, et n'est soumis à cet égard à aucune règle particulière. V. art. 307.

16 *bis*. L'instruction terminée, le jugement doit intervenir pour admettre ou rejeter immédiatement la demande : C'est la règle ordinaire des actions, dont l'article 307 ne permet pas de s'éloigner. Ainsi le sursis autorisé par les articles 259 et 260, en matière de divorce, ne pourrait être ici appliqué par analogie. Il est certain, au reste, qu'il n'y a pas absolument même raison; car la séparation n'ayant point, comme le divorce, le caractère d'irrévocabilité, l'utilité d'un temps d'épreuve préalable n'apparaît pas au même degré : l'épreuve, en effet, peut se faire même après la séparation prononcée. Disons pourtant que cette mesure, admise dans notre ancienne jurisprudence, offrirait de grands avantages en vue des graves conséquences qu'entraîne la séparation une fois prononcée (1); ces conséquences, on parviendrait souvent à les éviter au moyen du sursis qui pourrait aboutir à l'abandon de l'action.

Quoi qu'il en soit, ces considérations ne suffisent pas pour reconnaître au juge un pouvoir exorbitant que l'article 307 tend précisément à lui enlever. J'en dirai autant du pouvoir que s'attribuaient autrefois les juges de prononcer la séparation pour un temps limité. C'est là un état intermédiaire que notre Code n'a pas consacré, et qu'il n'appartient pas au juge de créer. Ils ne peuvent qu'admettre ou rejeter purement et simplement la demande.

17. Toutefois, il est un point sur lequel on s'éloigne en cette matière des règles ordinaires, par l'attribution au tribunal civil d'une compétence spéciale.

L'adultère de la femme, que nous avons vu être une cause de séparation, est en même temps une grave infraction à la

(1) Séparation de biens (art. 311), révocation des avantages (art. 299 appliqué par la jurisprudence moderne à la séparation).

morale publique, dont la répression intéresse la société. Cette idée, qui depuis a fait ériger l'adultère en délit principal (C. pén., art. 337), a déterminé notre législateur à ne pas le laisser impuni, lorsque la preuve s'en trouverait acquise par le résultat d'une procédure à fin de séparation. Il établit en conséquence contre la femme la peine de *réclusion dans une maison de correction* (c'est-à-dire d'emprisonnement), peine dont la durée variera, suivant la gravité des cas, depuis trois mois jusqu'à deux ans. Et parce que le juge civil de l'action en séparation a dans la procédure faite devant lui tous les éléments de décision, c'est à lui qu'est confiée l'application de la peine, sur la réquisition du ministère public. V. art. 308.

17 *bis*. C'est par dérogation aux principes que le tribunal civil juge de la question d'état est investi du pouvoir exorbitant de prononcer contre la femme adultère une peine correctionnelle. Cette intervention de l'ordre des juridictions tient peut-être seulement à ce que l'adultère n'était point érigé en délit par le Code pénal en vigueur lors de la confection du Code civil. Quoi qu'il en soit, cette intervention n'enlevant aucune garantie, ni à la société ni à la prévenue, ne peut être l'objet d'une critique sérieuse.

18. Au reste, le délit d'adultère étant principalement dirigé contre le mari, et l'intérêt de la société n'étant que secondaire, l'indulgence du mari pouvant d'ailleurs être un moyen efficace de ramener la femme au devoir, la loi accorde à celui-ci le droit de faire grâce de la peine, en consentant à reprendre la femme. V. art. 309.

19. Remarquons ici que l'adultère a été, comme nous l'avons dit, érigé par le Code pénal en délit principal ; si bien que l'action pour l'application de la peine existe aujourd'hui indépendamment de l'action en séparation de corps. Du reste, la loi pénale, en fixant la peine dans les mêmes limites que le Code civil, s'est conformée aux mêmes vues, en ne permettant la poursuite que sur la dénonciation du mari, et en réservant à celui-ci le droit de faire grâce. V. C. pén., art. 336, 337.

19 *bis*. I. La dénonciation du mari étant ici, contre les règles ordinaires du droit criminel (v. C. instr. crim., art. 22), la base nécessaire de la poursuite dirigée par le ministère public, il est évident que le désistement du mari avant la condamnation fait défaillir cette base et arrête forcément la poursuite. C'est, au surplus, ce qu'on peut encore induire du droit qu'aurait le mari d'arrêter l'effet même de la condamnation prononcée; non pas cependant que le pouvoir de faire grâce emporte de plein droit le pouvoir d'empêcher la constatation judiciaire d'un fait punissable; mais en se pénétrant bien des motifs particuliers qui ont fait accorder ici au mari et l'initiative de la poursuite et le droit de grâce après condamnation, on ne comprendrait pas qu'on lui contestât le droit d'arrêter les poursuites, soit que l'on vît dans son désistement une reconnaissance d'erreur, ou une preuve de pardon, ou le simple besoin d'éviter un scandale aussi préjudiciable à l'honneur de la famille qu'à la paix et à la dignité de l'union conjugale (v. au surplus C. C., rej., ch. crim., 17 août 1827) (1).

19 *bis*. II. L'adultère, érigé en délit, est soumis comme tel à la prescription de trois ans établie par l'article 638 du Code d'instruction criminelle. Mais en tant que cause de séparation, il échappe à cette prescription spéciale (2). Reste alors la question de savoir si, après la prescription du délit d'adultère, la séparation prononcée contre la femme pour cette cause donnerait lieu à la condamnation ordonnée par l'article 308 du Code civil. J'aurais, sans hésitation, décidé l'affirmative avant la publication du Code pénal; car rien ne pouvait rattacher à la prescription du droit criminel un fait qui ne constituait pas un délit, quoique la loi civile le frappât extraordinairement d'une peine. Mais aujourd'hui j'en dirais autrement, car la peine portée par l'article 308 du Code civil étant identique avec celle dont le Code pénal frappe le délit d'adultère (C. pén., art. 336), je ne comprendrais pas qu'on pût obtenir par une voie une condamnation devenue impossible par l'autre. En somme, il faut dire que la peine édictée par le Code civil est la peine d'un délit, et que cette peine, quelle que soit la juridiction chargée de l'appliquer, ne peut être prononcée après la prescription de l'action qui naît du délit.

(1) J. P., tom. 80, pag. 331.

(2) Il y a lieu seulement d'examiner si la longueur du temps écoulé permet ou

20. En outre, le Code pénal punit avec raison le complice de la femme adultère, et le punit même plus sévèrement que la femme, en ajoutant à la même peine d'emprisonnement celle d'une amende de cent à deux mille francs. Mais la matière commandant la plus grande réserve pour l'admission des preuves, la loi ne permet de les tirer que du flagrant délit ou des écrits du prévenu. V. C. pén., art. 338.

20 *bis*. I. La culpabilité du complice ne pouvant s'établir que sur la preuve de celle de la femme, contre laquelle il ne doit être informé qu'à l'instigation du mari et sur sa dénonciation, le but de la loi serait manqué s'il était permis de poursuivre le complice et d'atteindre ainsi indirectement la femme sans dénonciation de la part du mari ou nonobstant son désistement (1). Pareillement, la mort de la femme avant le jugement définitif affranchit le complice de poursuite (C. C., rej., 8 mars 1850) (2). Mais lorsque la femme est poursuivie sur la dénonciation du mari et qu'il n'y a point eu désistement de celui-ci, j'entends que le ministère public peut poursuivre le complice, quoiqu'il n'ait pas été nommément compris dans la dénonciation dirigée contre la femme. Il devrait suffire même pour cela que le mari eût dirigé contre la femme une demande en séparation pour cause d'adultère, car cette demande a tous les caractères d'une dénonciation, et tend de même, au moins indirectement, à l'application de la peine de l'adultère.

20 *bis*. II. Si le silence du mari ou son désistement profite au complice pour le soustraire aux poursuites, il n'en faut pas conclure que l'effet de la condamnation soit également arrêté à l'égard du complice, quand il l'est à l'égard de la femme par le fait du mari qui consent à la reprendre. La faveur accordée ici à la femme n'a pas besoin, pour subsister à son égard, de s'étendre au complice. Il n'y a d'ailleurs point de raison pour induire du pardon accordé à celle-ci l'intention de pardonner à celui-là. Enfin, et indépendamment même de cette intention, il faut dire que le mari n'a aucune qualité pour faire grâce à tout autre qu'à sa femme d'une peine légalement encourue.

non d'introduire une réconciliation qui constituera une fin de non-recevoir (V. ci-dessus, n° 14 *bis*. IV).

(1) V. C. C., rej., 17 août 1827, ci-dessus, n° 19 *bis*. I.

(2) J. P., tom. 2 de 1850, pag. 482.

21. Enfin, le Code pénal constitue aussi en délit l'adultère du mari lorsqu'il aura entretenu sa concubine dans la maison conjugale. La peine consiste en une amende de cent à deux mille francs. Du reste, son application ne peut être poursuivie que sur la plainte de la femme. V. C. pén., art. 339.

21 *bis*. Ici, comme pour l'adultère de la femme, c'est le même fait qui constitue tout à la fois le délit punissable et la cause de séparation (1). Toutefois il n'en faut pas conclure qu'ici comme là les juges appréciateurs de la cause de séparation soient autorisés à prononcer la peine. Ce n'est pas qu'il n'y eût même raison; très-probablement même, si la peine édictée depuis par le Code pénal (art. 339) eût été dans la pensée des auteurs du Code civil, ils en auraient confié l'application au tribunal qui prononce la séparation. Mais en l'absence d'un texte, on ne peut étendre par analogie une disposition exorbitante.

A plus forte raison le tribunal civil ne pourrait-il appliquer la peine contre le complice de la femme adultère, puisque celui-ci n'est point partie dans l'instance en séparation.

Dans l'un comme dans l'autre cas, l'action pour l'application de la peine doit donc être portée devant le tribunal correctionnel; mais je crois, comme je l'ai déjà dit, que la demande en séparation dirigée par le mari contre la femme adultère suffit pour autoriser le ministère public à poursuivre le complice sans nouvelle dénonciation. Et pareillement, je pense que la demande en séparation dirigée par la femme contre le mari pour avoir tenu sa concubine dans la maison commune constitue suffisamment la *plainte* sur laquelle doit intervenir l'action publique, aux termes de l'article 339 du Code pénal.

22. La séparation de corps laissant subsister le lien du mariage, et d'un autre côté l'époux qui l'a obtenue ne pouvant plus être contraint à l'habitation commune, celui contre lequel la séparation a été prononcée se trouve ainsi réduit à un célibat forcé. Cet inconvénient avait paru si grave au législateur, que, pour y remédier, il sacrifiait en quelque sorte le principe qui lui avait fait admettre la séparation de corps

(1) V. ci-dessus, n° 6 *bis*. II.

comme voie parallèle au divorce. Après trois ans, l'époux qui avait obtenu la séparation pouvait être mis par l'autre dans l'alternative, ou d'en revenir à la vie commune jugée insupportable, ou de laisser prononcer le divorce, que sa conscience peut-être ne lui permettait pas. Toutefois, ce moyen de se soustraire au célibat forcé était, avec juste raison, refusé à la femme adultère. V. art. 310, dont la disposition, au reste, n'a plus d'application depuis l'abrogation du divorce.

23. La séparation faisant cesser la communauté d'habitation, fait cesser par conséquent la collaboration, principe de la communauté de biens. Il est naturel que cette communauté ne survive pas à sa cause. On ne voit pas non plus à quel titre le mari conserverait l'administration et la jouissance des biens de la femme, lorsqu'il n'y a plus de ménage commun. Aussi la séparation de corps emporte-t-elle toujours la séparation de biens. V. art. 311.

C'est à raison de cet effet, dont la connaissance intéresse les tiers, qu'on exige la publication du jugement de séparation de corps. (V. C. pr., art. 872, 880; C. comm., art. 66.) Mais remarquez que la loi ne prescrit pas ici, comme au cas de simple séparation de biens, la publication de la demande (C. pr., art. 866-869).

23 *bis*. I. La séparation de biens n'étant que la conséquence de la séparation de corps, cet effet ne peut précéder sa cause, et ne doit conséquemment dater que du jugement. L'article 1445, qui fait remonter au jour de la demande l'effet du jugement, n'est applicable ici ni dans ses termes ni dans ses motifs. Cet article, en effet, ne dispose qu'en vue de la demande principale en séparation de biens, demande fondée sur le désordre des affaires du mari et le péril de la dot. Vainement voudrait-on, pour suppléer à l'absence de texte, fonder la rétroactivité sur le principe général qui lorsqu'un droit est une fois reconnu, semble devoir en faire accorder l'exercice à partir du jour où il a été réclamé et mal à propos contesté. J'admets en effet ce principe à titre de réparation contre le défendeur, lorsque, d'une part, celui-ci pouvait acquiescer et, d'autre

part, que le droit réclamé ne concerne que lui. Mais, en matière de séparation, l'intérêt des tiers est mêlé à celui du défendeur, qui, d'ailleurs, ne peut acquiescer. Aussi la rétroactivité n'a-t-elle pu être appliquée à la séparation de biens qu'en vertu d'un texte formel. En outre, et pour sauvegarder autant que possible l'intérêt des tiers, la loi prescrit alors la publication, non-seulement du jugement, mais aussi et d'abord de la demande (C. pr., art. 866-869). Rien de semblable en matière de séparation de corps, la loi alors, ne voyant que dans le jugement le principe de la séparation de biens, prescrit seulement la publication du jugement (C. pr., art. 880).

23 *bis*. II. La séparation de biens ne devant donc pas remonter au jour de la demande en séparation de corps, il peut y avoir danger pour la femme dans les abus de pouvoir que le mari commettrait souvent à son préjudice pendant l'instance; c'est une raison pour appliquer sans hésitation à la demande en séparation les mesures protectrices auxquelles pouvait donner lieu la demande en divorce (v. art. 270, 271 et ci-dessus, n° 13 *bis*).

En outre et comme il est possible que les causes particulières de séparation de biens se trouvent, en fait, concourir avec les causes de séparation de corps, et comme dans ce cas il serait injuste de priver absolument la femme du bénéfice de l'article 1445, je crois que celle-ci doit alors avoir le moyen de se faire appliquer ce bénéfice. Il lui suffirait pour cela de joindre à sa demande en séparation de corps, une demande spéciale en séparation de biens et de faire publier cette demande dans les termes des articles 866-869 du Code de procédure. Cette demande pourrait alors être contestée par les tiers intéressés (v. art. 1447; C. pr., art. 871), mais, bien entendu, au point de vue seulement des causes spéciales de séparation de biens. Quant aux causes de séparation de corps, il est évident que les tiers, quel que soit leur intérêt, n'ont nulle qualité pour les discuter. Cela est évident, soit qu'on s'attache au caractère de *personnalité* des faits qui les constituent, soit qu'on envisage seulement ce caractère dans le but principal qui fait l'objet du débat.

23 *bis*. III. Le principe qui fait refuser aux créanciers du mari le droit d'intervenir dans l'instance en séparation de corps ne permet pas davantage de leur reconnaître le droit de former tierce-opposition au jugement, comme ils y seraient admis en cas de sépa-

ration de biens principale, soit indéfiniment à défaut de publication, soit dans l'année qui suit la publication du jugement (C. pr., art., 873). Ainsi la publication prescrite par l'article 880 n'a pas entièrement le même but que celle de l'article 872 ; elle tend seulement à avertir les tiers du changement survenu dans le régime matrimonial, et à leur éviter ainsi les surprises dans les traités qu'ils feraient à l'avenir avec le mari ou dans le crédit qu'ils pourraient lui accorder.

23 *bis*. IV. Observons au reste que la publication du jugement de séparation de biens a lieu par lecture et affiche (C. pr., art. 872); mais à l'égard du jugement de séparation de corps, l'article 880, quoiqu'il renvoie à l'article 872, prescrit seulement la publication par affiche. On a pensé apparemment qu'eu égard à son objet principal, il n'était pas convenable de faire lire *in extenso* le jugement de séparation de corps à l'audience du tribunal de commerce. Il faut convenir d'ailleurs que dans aucun cas une pareille lecture ne présente une grande utilité. Toutefois il est à remarquer que l'observation entière de l'article 872 est prescrite par l'article 66 du Code de commerce, si l'un des époux est commerçant. Cet article d'ailleurs comprenait dans sa disposition et le jugement de divorce, entièrement omis par l'article 880 du Code de procédure, et le jugement de séparation de corps.

23 *bis*. V. Une remarque plus importante, c'est que l'article 66 indique comme conséquence du défaut de publication le droit pour les créanciers de *s'opposer* au jugement et de contredire toute liquidation qui en aurait été la suite. Est-ce donc à dire que les créanciers auraient ici le droit de former tierce-opposition au jugement de séparation de corps, et d'en discuter les motifs à l'effet de le faire rétracter? Non évidemment, car le caractère tout personnel du débat exclut absolument cette idée; mais j'entends que les créanciers s'opposeront au jugement, en ce sens : qu'ils se refuseront à en subir les effets pour tout le temps pendant lequel ils l'auront légalement ignoré. Ainsi, par exemple, ceux qui auraient traité avec le mari depuis la dissolution de la communauté résultant du jugement non publié pourront demander à être traités comme si la communauté eût duré encore au moment de leur traité. Cela posé, il est tout simple que les créanciers puissent également contester la liquidation intervenue à leur insu à la suite du jugement.

Car le principe qui leur défend d'attaquer un partage consommé sans opposition de leur part (C. civ., art. 882) ne saurait s'appliquer ici où l'ignorance légale dans laquelle ils ont été tenus les a privés de l'exercice du droit d'opposition ou d'intervention que la loi leur attribuait comme sauvegarde de leurs intérêts.

23 *bis*. VI. L'article 66 du Code de commerce ainsi expliqué n'a, comme on voit, rien d'exorbitant, et la sanction qu'il donne à l'obligation de publier étant, à bien dire, la seule possible, je ne craindrais pas de l'appliquer au cas même où les époux ne sont pas commerçants, si le jugement n'a pas été publié, aux termes de l'article 880 du Code de procédure.

24. La loi n'a pas d'ailleurs tracé en détail les effets de la séparation de corps; le principal consiste évidemment à dispenser le mari de l'obligation de recevoir sa femme, et la femme de l'obligation de suivre son mari. D'où l'on conclut naturellement que la femme a le droit de se choisir un domicile, nonobstant art. 108 (v. tom. 1^er^, n° 132 *bis*. I).

25. Du reste, la séparation laisse subsister dans toute leur force les devoirs mutuels de fidélité, secours et assistance (art. 212). Les devoirs de protection de la part du mari, d'obéissance de la part de la femme (art. 213), deviennent moins étroits, mais ne cessent pas entièrement. La femme, en conséquence, reste frappée de l'incapacité produite par la puissance maritale (art. 215-226). Enfin l'état de séparation n'est point irrévocable. Toutes ces différences entre la séparation qui relâche le lien et le divorce qui le brise commandent la plus grande réserve dans l'application qu'on voudrait faire à l'une des effets de l'autre, tels qu'ils sont réglés par les articles 295-305.

26. Parmi ces effets, il faut d'abord évidemment rejeter tout ce qui tenait à la faculté de se remarier. Ainsi se trouvent écartés les articles 295, 296, 297, et même, à notre avis, l'article 298, al. 1. Quant à la disposition finale de l'article 298, qui ne rentre pas dans cet ordre d'idées, il n'y a pas lieu de s'en occuper; car elle est formellement reproduite pour le cas de séparation par l'article 308. V. *suprà*, n° 17.

26 *bis*. Évidemment, il ne peut être ici question ni de la prohibition de se réunir dont étaient frappés les époux divorcés (art. 295), ni de la prohibition temporaire de passer à une nouvelle union, soit pendant dix mois pour la femme en cas de divorce pour cause déterminée (art. 296), soit pendant trois ans pour l'un ou l'autre époux en cas de divorce par consentement mutuel (297). Quant à l'incapacité pour l'époux adultère d'épouser *jamais* son complice (art. 298), on concevrait son application à la séparation de corps, non pas immédiatement, puisque le mariage qui continue à subsister fait obstacle à une nouvelle union, mais lorsque la mort de l'autre époux aura conféré à l'époux coupable la faculté de se remarier. Mais en se pénétrant bien de la théorie de l'article 298, on est amené à repousser cette idée. Voici, selon moi, la théorie de la loi : On n'a pas voulu que la liberté conférée par le divorce pût servir au triomphe de la passion coupable qui a amené la rupture du premier lien. Ce motif, il est vrai, cessait à la mort de l'autre époux, et l'empêchement qui ne cessait jamais survivait alors à sa cause principale ; mais ce ne peut être une raison suffisante pour le créer dans un cas où cette cause principale n'a jamais existé. Je ne dis pas cependant que des motifs de morale et de haute convenance n'eussent pu faire établir l'empêchement dont il s'agit en cas de séparation de corps ou dans tout autre cas d'adultère légalement prouvé (1). Mais toujours est-il qu'il n'y a pas parfaite analogie ; et, d'ailleurs, l'analogie ne pourrait suffire pour constituer sans un texte formel un empêchement au mariage. Ce qui prouve, au reste, que le législateur n'a pas entendu appliquer l'article 298 à la séparation de corps, c'est le soin qu'il a pris d'en reproduire dans l'article 303 la disposition finale, relative à la peine, en omettant la première partie, relative à l'empêchement.

27. Il n'y a pas lieu non plus de s'occuper ici des effets spéciaux du divorce par consentement mutuel. Ainsi, la faveur exorbitante accordée pour ce cas aux enfants par l'article 305 demeure sans application possible.

28. Quant aux autres effets propres au divorce pour cause déterminée et reposant en grande partie sur la défaveur qui

(1) V. tom. 1er, nº 226 *bis*.

s'attache à l'époux coupable et sur la faveur due au contraire à l'époux innocent, il y a lieu d'examiner si et jusqu'à quel point l'analogie permet de les étendre à la séparation de corps, dont les causes sont les mêmes que celles du divorce.

Ces effets sont relatifs aux avantages que les époux ont pu se faire (art. 299, 300); au moyen d'assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce (art. 301); enfin au sort des enfants, soit en ce qui concerne leur garde, surveillance, entretien, éducation (art. 302, 303), soit quant aux avantages qu'il convient de leur conserver (art. 304).

29. Ainsi : 1° quant aux avantages que les époux ont pu se faire, soit irrévocablement, par contrat de mariage, soit révocablement, pendant le mariage (art. 1096), la loi en prive absolument, et de plein droit, l'époux contre lequel le divorce a été admis, et les conserve, au contraire, à celui qui l'a obtenu. Cette règle s'étend au cas même où les avantages stipulés réciproques se trouveraient ainsi affranchis de la condition sous laquelle ils avaient été consentis. V. art. 299, 300; et remarquez que la loi elle-même fait l'application du principe ici proclamé au préciput conventionnel, soit pour le cas de divorce, soit pour le cas de simple séparation de corps (v. art. 1518). L'autorité de ce texte, jointe à celle de l'ancien droit, et la parité de motifs ont déterminé la jurisprudence, après longue hésitation, à reconnaître applicables à la séparation de corps les articles 299 et 300.

29 *bis*. I. Trois systèmes ont pendant longtemps divisé sur ce point la doctrine et la jurisprudence : l'un, repoussant absolument l'application à la séparation de corps des articles 299 et 300, se fondait sur le caractère exorbitant d'une pareille mesure, caractère qui ne semble pas permettre de l'étendre par analogie. L'autorité même de l'ancien droit, qui n'admettait pas, il est vrai, la révocation de plein droit, mais qui permettait au moins de la demander, ne paraissait pas suffisante pour suppléer à l'absence du texte; et l'article 959, qui excepte de la révocation pour cause d'ingratitude les donations en faveur du mariage, excluait éga-

lement, dans ce système, et la révocation de plein droit et la simple révocabilité. Quant à l'article 1518, il est relatif à un cas particulier, et l'on en renfermait strictement l'application dans son cas.

D'autres, sans contester l'exactitude de ces principes, et repoussant aussi la révocation de plein droit, admettaient au moins la faculté de la faire prononcer pour cause d'ingratitude. On ne peut nier en effet que toutes les causes de séparation, moins peut-être le cas de condamnation à une peine infamante, ne rentrent complétement dans les termes de l'article 955. Quant à l'objection tirée du principe qui soustrait à ce mode de révocation les donations en faveur du mariage (art. 959), on l'écartait en bornant l'application de ce principe aux donations faites par les tiers, et l'on justifiait la distinction par cette considération : que les donations faites par des tiers à l'un des époux comprennent indirectement et l'autre époux et les enfants à naître; tandis que les donations qu'un des futurs fait à l'autre sont essentiellement personnelles et n'ont plus de cause pour subsister quand le donataire, par son ingratitude, s'est rendu indigne du bienfait. Ce système offre, au surplus, l'avantage d'être en harmonie avec l'ancien droit, qui ne révoquait pas de plein droit les donations, mais qui permettait seulement à l'époux qui obtenait la séparation d'en demander la révocation.

Enfin, le troisième système consiste à considérer comme directement applicables les articles 299 et 300. Pour le justifier, on dit que la séparation étant une voie parallèle au divorce, voie seule ouverte dans le principe à ceux à qui leur conscience ne permettait pas l'autre, et seule possible aujourd'hui, quelle que soit la croyance, ne doit différer du divorce qu'au point de vue du maintien du lien conjugal, et que tout effet du divorce qui ne tient point à la rupture du lien est nécessairement dans la pensée du législateur commun à l'une et à l'autre voie. On en tire la preuve de l'article 1518, qui ne prononce point la privation du préciput, mais qui la suppose, et montre, par cette supposition, que le législateur considérait l'article 299 comme applicable à la séparation aussi bien qu'au divorce. C'est ce système que la Cour de cassation, après avoir longtemps résisté, soit à la révocation de plein droit, soit à la révocabilité, a fini par adopter dans un arrêt solennel, qui semble

avoir fixé la jurisprudence (v. C. C., rej., chambres réunies, 23 mai 1845 (1); C. C., rej., ch. civ., 17 juin 1845) 2).

29 *bis*. II. Malgré cette imposante autorité, je dois le dire, j'ai toujours, pour mon compte, beaucoup de peine à considérer comme directement applicable à la séparation de corps la disposition rigoureuse et exorbitante de l'article 299. Supposer, comme on le fait, au législateur l'intention d'étendre tacitement à la séparation de corps des effets proclamés uniquement pour le divorce, je ne le crois possible qu'autant que l'effet en question était attaché par l'ancien droit à la séparation; car c'est évidemment à l'ancien droit que la loi fait retour en rétablissant la séparation, c'est là conséquemment qu'il faut surtout se référer pour combler les lacunes laissées dans une matière trop succinctement traitée. Quant à la distinction proposée entre les effets du divorce, suivant qu'ils tiennent ou non à la rupture du lien, l'application en serait bien délicate, car on ne peut jamais dire jusqu'à quel point la considération de rupture du lien a pu influer sur l'attribution d'un effet au divorce. Et notamment dans le cas particulier, qui sait si ce n'est pas parce que le lien est rompu, parce que tout rapprochement est devenu impossible, que la loi a substitué au système de simple révocabilité, admis par l'ancienne jurisprudence, le système de révocation absolue et de plein droit? Et pourquoi, en effet, quand le lien subsiste, quand la possibilité d'une réconciliation apparaît encore à l'époux malheureux, dont l'affection n'est peut-être pas éteinte, pourquoi ne laisserait-on pas à sa discrétion le maintien ou la révocation de ses libéralités? On atteint ce but en admettant avec l'ancien droit la simple révocabilité. C'est ce que j'ai toujours fait en m'appuyant, pour les donations faites pendant le mariage, sur la règle générale de l'article 1096, et pour les donations par contrat de mariage, sur les articles 953 et 955, combinés avec les articles 306, 229, 230 et 231. A cet égard, je ne m'arrête pas à l'objection tirée de l'article 959, car les motifs et les termes mêmes de cet article me paraissent concerner uniquement les donations faites par des tiers, les seules qui soient vraiment faites *en faveur* du mariage, parce que seules elles tendent à la dotation du nouvel établissement. Quant à l'article 1518, relatif au préciput, il n'a rien d'inconciliable avec mon système, car s'il ne réserve le

(1) J. P., tom. 123, pag. 625.
(2) *Ibid.*, tom. 124, pag. 140.

préciput qu'à l'époux qui a obtenu la séparation, il ne dit pas non plus que l'autre en sera absolument privé, et la révocabilité que j'admets, et qui le plus souvent doit amener contre lui cette privation, suffit pour expliquer le défaut de réserve en sa faveur.

29 *bis*. III. La révocation des donations, soit qu'elle ait lieu ou non de plein droit, ne s'applique qu'aux donations faites à l'époux contre lequel la séparation est admise. Quant à l'autre époux, il *conserve* les avantages à lui faits. Toutefois je ne puis croire qu'en proclamant ce principe dans l'article 300 le législateur ait entendu priver l'époux contre lequel le divorce était admis du droit de révoquer, conformément à l'article 1096, les donations par lui faites à son conjoint pendant le mariage. Tout ce que la loi a dû vouloir dire, c'est que l'époux qui obtenait le divorce restait, quant aux avantages à lui faits, dans la même position que si le divorce n'avait pas eu lieu, et qu'il les conservait avec leur caractère primitif de révocabilité ou d'irrévocabilité. Mais, quand on soutiendrait (à tort, selon moi), que le divorce qui détruisait le titre d'époux devait, comme la mort du donateur, rendre alors irrévocables ces donations déclarées par la loi *toujours* révocables, cette prétention, du moins, ne saurait être appliquée au cas de la séparation de corps, qui laisse subsister le titre d'époux. Cela posé, il est évident que, dans le système qui n'admet point la révocation de plein droit, en vertu de l'article 299, il n'existe entre les deux époux séparés aucune différence de position quant aux donations faites pendant le mariage, tous deux conservant respectivement le droit de les révoquer. Mais dans le système de la jurisprudence, la différence consiste en ce que les donations faites à l'époux qui a obtenu la séparation subsistent, avec leur caractère de simple révocabilité, tandis que les donations par lui faites sont de plein droit révoquées.

29 *bis*. IV. La règle qui enlève à l'un et conserve à l'autre les avantages respectifs que les époux s'étaient faits, s'applique aux donations même réciproques, dont l'effet se trouve ainsi scindé (art. 300). Cela, au surplus, n'a rien d'inique; car, à la différence des engagements réciproques naissant d'un contrat synallagmatique (v. art. 1102), les diverses donations contenues dans un don mutuel ne sont pas réputées *cause* les unes des autres. La cause de chacune est toujours la libéralité, dont l'effet irrévocable doit subsister en faveur de celui qui ne s'en est pas rendu indigne. Cette

théorie, applicable en matière de révocation pour ingratitude, doit conséquemment être suivie, soit dans le système de simple révocabilité appuyée sur l'article 955, soit dans le système de révocation de plein droit, fondée sur l'article 299. Tout cela, au reste, n'a d'application qu'aux donations faites par contrat de mariage; car les donations faites pendant le mariage ne peuvent être stipulées réciproques (v. art. 1097).

29 *bis*. V. L'inégalité de position établie entre les deux époux en cas de séparation obtenue par l'un contre l'autre, ne pourrait évidemment se produire si, comme je le crois possible, la séparation était prononcée à la requête de l'un et de l'autre (1). L'un ne peut alors être traité comme coupable et l'autre comme innocent. Mais comme la culpabilité de l'un ne détruit pas celle de l'autre, l'effet de cette culpabilité commune doit être, non de soustraire mutuellement les époux à la peine, mais de la faire mutuellement encourir. J'en conclus que dans ce cas les donations sont de part et d'autre, ou révoquées aux termes de l'article 299, ou révocables aux termes de l'article 955.

30. Le divorce, en dissolvant le mariage, détruisait évidemment le devoir mutuel de secours et assistance, et néanmoins la loi, fidèle à sa théorie, faisait survivre jusqu'à un certain point en faveur de l'époux qui obtenait le divorce le devoir de son conjoint. Il pouvait donc obtenir sur les biens de celui-ci une pension alimentaire; mais ce droit, borné, comme de raison, au cas de nécessité et à la durée de cette nécessité, ne pouvait d'ailleurs dépasser une certaine limite fixée par la loi au tiers des revenus du débiteur. V. art. 301. Tout cela, du reste, n'a pas d'application à la séparation de corps, qui laisse subsister dans son entier le devoir de secours mutuel et assistance.

31. Quant aux enfants, la rupture du lien conjugal entre les père et mère ne pouvait ni faire cesser les obligations de ceux-ci (v. art. 203), ni dépouiller l'un ou l'autre de l'autorité qui, en principe, leur est commune (v. art. 372). Cette rupture permettait seulement de déplacer l'exercice, qui n'est attribué

(1) V. ci-dessus, n° 7 *bis*. III.

exclusivement au père que pendant le mariage (v. art. 373), et de déférer en conséquence la garde des enfants à celui des époux qui inspirait le plus de confiance.

Cela posé, la loi accordait en général la garde des enfants à l'époux qui obtenait le divorce, en laissant à la famille et au ministère public le droit de requérir et aux tribunaux celui d'ordonner toute autre mesure jugée convenable pour le plus grand avantage des enfants; ceux-ci pouvaient en conséquence être confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. V. art. 302.

Mais, quelque mesure qui fût adoptée pour la garde, elle devait nécessairement laisser subsister pour chacun des deux parents, et le droit de surveiller l'entretien et l'éducation, et l'obligation d'y contribuer. V. art. 303.

Il faut appliquer sans difficulté, au cas de séparation de corps, et le pouvoir discrétionnaire des tribunaux et les droits et devoirs communs au père et à la mère quant à la surveillance et à la contribution. Mais la règle de l'article 373 subsistant toujours, puisque le mariage n'est pas dissous, j'ai peine à croire que de droit commun la garde appartienne à l'époux qui a obtenu la séparation au préjudice du droit du père.

31 *bis*. Il n'est pas besoin d'admettre l'application directe de l'article 302 à la séparation de corps pour reconnaître en cette matière le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, et l'attribution à la famille et au ministère public du droit d'en provoquer l'exercice. Cette théorie, appliquée deux fois par le Code civil (art. 267 et 302), doit être considérée comme résultant de la nature des choses, et généralement sous-entendue comme tempérament nécessaire aux dispositions du titre de la puissance paternelle, quoiqu'elle ne s'y trouve pas exprimée (1). Mais il en est autrement de la préférence accordée par l'acticle 302 à l'époux qui obtenait le divorce : selon moi, il faudrait un texte pour en transporter l'application à l'époux qui obtient la séparation de corps, et déroger ainsi à l'article 373.

(1) V. ci-dessous, n° 114 *bis*.

Quoi qu'il en soit, la question offre peu d'intérêt, si, comme je le pense, les tribunaux ont pour l'attribution de la garde des enfants un pouvoir discrétionnaire. Car il est évident que les motifs qui ont dicté l'article 302 porteront en général les juges à donner la préférence à l'époux qui obtient la séparation. Seulement, il faudra que leur jugement contienne, à cet égard, une disposition formelle; sans quoi l'on resterait purement et simplement sous l'empire de l'article 373.

32. Il est évident que le divorce des père et mère ne devait, en ce qui concerne les enfants, porter aucune atteinte à l'exécution des conventions matrimoniales faites en leur faveur. Encore moins ce divorce pouvait-il les priver d'aucun des avantages assurés par les lois. Car le fait postérieur de dissolution ne saurait enlever aux fruits du mariage le bénéfice de leur origine. Mais ce fait ne devait pas non plus hâter l'ouverture de leurs droits. V. art. 304. Tout cela, au surplus, n'était que la consécration du droit commun, et s'applique sans difficulté à la séparation de corps, sans qu'il soit même besoin d'invoquer la disposition de cet article.

33. Outre les effets ici énumérés, le divorce produisait encore : 1° à l'égard de l'époux contre lequel il était obtenu, la déchéance de l'usufruit légal sur les biens des enfants (v. art. 386); 2° pour l'un comme pour l'autre des conjoints, la privation du droit de succession attaché à cette qualité (v. art. 767). Ces déchéances étant toutes deux, quoique à des points de vue différents, fondées sur la dissolution du mariage, ni l'une ni l'autre ne me paraît susceptible d'application à la séparation de corps.

33 *bis*. I. La dissolution du mariage entre les père et mère vivants créait pour les enfants mineurs une situation fâcheuse, notamment par la faculté qu'elle conférait de contracter une nouvelle union. Dès lors, rien de plus naturel que de priver de son droit sur les biens des enfants l'époux qui était cause de cette dissolution. C'était d'ailleurs un moyen de favoriser l'époux malheureux qui avait été réduit à demander le divorce. Car, bien que la loi sur ce point ne

soit pas explicite, je crois que de la combinaison des articles 384 et 386 il résultait pour l'époux qui obtenait le divorce la conservation ou l'établissement immédiat de la jouissance à son profit (1). Tous ces effets, au surplus, se produisaient définitivement, car le divorce était définitif et n'admettait pas la possibilité d'une réunion ultérieure (art. 295). Mais tout est bien différent en cas de séparation de corps : la situation des enfants est moins fâcheuse, car ils n'ont pas à craindre un second mariage de leurs père et mère, et, quelque défaveur qui s'attache à l'époux cause de la séparation, il n'y a pas même raison pour le punir par la perte de son usufruit. L'union, d'ailleurs, pouvant se rétablir entre les époux séparés, il ne conviendrait point d'éteindre ou de constituer définitivement par l'effet de la séparation l'usufruit de l'un ou de l'autre; et d'autre part de graves considérations s'opposeraient au système qui attacherait à la réunion l'effet de faire passer l'usufruit de l'un à l'autre : d'abord il serait fort difficile de le faire sans un texte; mais en supposant même qu'on le pût, la vue d'un pareil résultat ne serait propre souvent qu'à empêcher une réunion toujours désirable. Le plus sûr est donc de s'en tenir aux termes de l'article 384, et, puisque le mariage n'est point dissous, de conserver l'usufruit au père demandeur ou défendeur.

33 *bis*. II. Le droit de succession irrégulière consacré par les articles 723 et 767 est fondé sur la qualité d'époux que le divorce faisait perdre. De là la déchéance prononcée contre le conjoint divorcé (art. 767). Cette déchéance ne repose nullement sur l'idée d'indignité, puisqu'elle s'applique également et à l'époux innocent et à l'époux coupable. Cela posé, il n'y a aucune raison pour l'étendre au cas de la séparation de corps, qui laisse subsister le titre d'époux. Quant à la question d'indignité, il est bien entendu que, dans ce cas comme dans tous, elle se régirait par l'article 727, dont l'application aux successeurs irréguliers ne paraît pas douteuse.

34. L'état de séparation peut toujours cesser à la volonté des parties. A cet égard, il ne paraît pas douteux que tous les faits de réconciliation qui, avant le jugement, rendraient l'action non recevable (v. ci-dessus, n° 14), feraient également tomber de plein droit le jugement s'ils survenaient

(1) V. ci-dessous, n° 131 *bis*. I.

postérieurement. Toutefois, le rétablissement de la communauté de biens ne serait pas la suite nécessaire de cette réconciliation (v. art. 1451), dont la disposition, contraire en ce point à l'ancien droit, offre le double avantage d'éviter une fâcheuse incertitude sur le régime matrimonial, et, à un autre point de vue, de favoriser la réconciliation des époux en leur laissant la faculté de se réunir sans rentrer pour cela en communauté.

34 *bis*. I. Le danger d'incertitude n'existait que par rapport à la séparation de biens, qui n'intéresse pas moins les tiers que les époux eux-mêmes. Quant à la conservation du droit de vivre séparés, cette question n'intéresse guère que les époux eux-mêmes. Et comme il s'agit uniquement de savoir s'il y a eu de leur part consentement à la réunion, on n'avait aucune raison d'attacher à cet égard moins d'effet au consentement tacite qu'au consentement exprès et formel. Aussi le fait de retour à l'habitation commune a-t-il toujours été considéré comme destructif de la séparation antérieurement prononcée (1). Cette règle, appliquée dans l'ancien droit même à la séparation de biens, suite de la séparation de corps (2), n'a été modifiée par le Code qu'à ce dernier point de vue. Nul doute conséquemment qu'elle ne reste applicable en ce qui concerne la séparation de corps.

34 *bis*. II. C'est le consentement mutuel des époux qui seul peut détruire l'effet du jugement de séparation. Et l'on ne doit pas, comme quelques-uns le soutiennent, se contenter pour cela du désistement de celui qui avait obtenu ce jugement. Chacun peut, il est vrai, renoncer au bénéfice établi en sa faveur. Mais ce principe, applicable aux droits réels, ne suffit pas pour faire cesser par l'effet d'une volonté isolée les rapports personnels résultant d'un contrat ou d'un jugement. C'est ainsi qu'une obligation, lors même qu'elle naîtrait d'un contrat unilatéral, ne s'éteint pas par la seule renonciation du créancier; il faudrait une remise *conventionnelle* (v. art. 1134). On sent d'ailleurs tout ce qu'il y aurait d'inique à mettre entièrement à la discrétion de l'autre l'époux qui originairement avait

(1) V. Pothier, *Contr. de mariage*, n° 524.

(2) Poth., *ibid.*, et *Communauté*, n° 524. Seulement Pothier réservait à la femme le moyen d'éviter cet effet par une protestation devant notaires.

résisté à la séparation, et qui, tout coupable qu'il était, peut être aujourd'hui justement irrité par la rigueur des poursuites dirigées contre lui par son conjoint. Vainement opposerait-on à cette doctrine la disposition qui déclare le mari maître d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre la femme pour adultère; car il n'a ce droit qu'en *consentant* à la reprendre. Or, le *consentement* suppose le concours des deux volontés.

TITRE SEPTIÈME.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

35. Des droits civils de la plus haute importance sont subordonnés à l'état de famille, et cet état dépend entièrement, pour chacun, de sa filiation. La plénitude des droits de famille ne doit appartenir qu'aux enfants provenus du mariage, et cependant on ne peut les refuser tous à ceux qui proviennent d'une union plus ou moins illicite.

De là deux sortes de filiation, la filiation légitime, qui fait l'objet des deux premiers chapitres de ce titre, et la filiation naturelle, qui se subdivise en naturelle simple, et adultérine ou incestueuse; le chapitre III lui est consacré.

36. Dans le premier chapitre, dont l'intitulé, au surplus, n'est pas d'une exactitude rigoureuse, le législateur, laissant à la doctrine le soin de définir la filiation légitime, s'attache uniquement à établir, avec les développements, les distinctions et les modifications dont il est susceptible, le principe qui attribue au mari la paternité des enfants nés d'une femme mariée ou veuve. Ce principe, en effet, constitue la filiation paternelle, et par suite la légitimité des enfants conçus ou même des enfants simplement nés dans le mariage.

Dans le second chapitre, la loi, supposant que le fait même de la filiation paternelle et maternelle est mis en question, dé-

termine les diverses preuves par lesquelles cette filiation peut être établie.

Remarquons, au reste, que la légitimité des enfants reposant toujours sur le mariage dont elle est un effet civil, les règles contenues en ces deux chapitres, uniquement relatifs à la filiation des enfants légitimes, ne peuvent être appliquées s'il n'y a mariage constant entre les père et mère prétendus, ou si la preuve du mariage n'est pas rapportée suivant les règles ci-dessus établies (art. 194-200; v. tom. 1^er^, n^os^ 276-282).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU NÉS DANS LE MARIAGE (OU MIEUX) DE LA FILIATION LÉGITIME DES ENFANTS CONÇUS OU NÉS DANS LE MARIAGE.

37. Il n'y a proprement d'enfants légitimes que ceux qui sont conçus pendant le mariage, du commerce des deux époux. Quant aux fruits de leur commerce antérieur qui naissent depuis le mariage, s'ils ne sont pas légitimes dès le principe, du moins faut-il dire qu'ils naissent tels, puisque le mariage aurait l'effet de légitimer ceux même qui seraient nés antérieurement.

37 *bis*. I. L'enfant dont il s'agit n'ayant pas été conçu légitimement, ne peut être que légitimé. Seulement, sa légitimation précédant sa naissance, il est clair qu'il naît légitime, et la loi n'y met pas pour condition qu'il soit reconnu; il suffit qu'il ne soit pas désavoué (comp., art. 314 et 331). Mais, la légitimité n'étant toujours que l'effet du mariage, cet effet ne peut précéder sa cause; ni par conséquent faire participer l'enfant aux droits de famille ouverts dans l'intervalle de sa conception au mariage (v. à ce sujet art. 333). C'est ainsi que l'enfant d'une veuve, conçu avant le second mariage de sa mère, quoique né depuis le mariage, a été avec raison déclaré inhabile à recueillir la succession d'un enfant du premier lit décédé

depuis la conception, mais avant le second mariage (C. C., cass., 11 mars 1811 (1); Paris, 21 décembre 1812) (2).

37 *bis*. II. Mais la légitimation antérieure à la naissance, différant, comme on l'a dit, de la légitimation postérieure, quant à la condition de reconnaissance formelle, n'est-elle pas d'ailleurs soumise aux mêmes conditions en ce qui concerne l'aptitude des enfants à ce bénéfice, et n'en faut-il pas exclure ceux qui proviennent d'un commerce incestueux ou adultérin (v. art. 331)? Pour la négative, on dit que la loi considère indistinctement comme légitimes les enfants *nés dans le mariage* et que sous ce rapport ils ne diffèrent des enfants conçus pendant le mariage que par la faculté accordée au mari de les désavouer; que les conditions auxquelles est subordonnée la légitimation ne sont appliquées par la loi qu'aux enfants *nés hors mariage* (art. 331), et qu'en pareille matière il n'est pas permis de raisonner par analogie. Il est bien vrai que la loi n'a pas admis la doctrine de quelques anciens auteurs, qui, pour juger si un enfant est incestueux ou adultérin, voulaient qu'on s'attachât au moment, non de la conception, mais de la naissance de l'enfant; la loi, au contraire, pour accorder ou refuser le bienfait de la légitimation, s'attache uniquement au vice dont était ou non entaché le commerce des père et mère au moment de la conception; mais, on le répète, cela n'est dit que pour la légitimation des enfants déjà nés, et l'on comprendrait que le législateur se fût montré plus indulgent quand le mariage des père et mère est venu couvrir la faute antérieure avant qu'aucun scandale se fût produit (v. M. Demolombe, t. V, n° 61-63).

Sans nier absolument la force de ces raisons, je dois dire pourtant qu'elles me paraissent appuyées sur la lettre plutôt que sur l'esprit de la loi. Une fois qu'il est admis que c'est le vice du commerce dont il est le fruit qui fait l'enfant incestueux ou adultérin, cet enfant doit rester tel, quels que soient les événements postérieurs; et si la liberté acquise par les père et mère, avant sa naissance, ne suffit pas pour le constituer enfant naturel simple (v. art. 335), il y aurait contradiction à donner au mariage contracté entre eux l'effet de le rendre légitime. Vainement dit-on que la légitimité d'un enfant né pendant le mariage ne peut tomber

(1) J. P., tom. 29, pag. 487.
(2) *Ib.*, tom. 35, pag. 184.

que devant le désaveu du mari. Cela est vrai, quand la question de légitimité repose uniquement sur celle de paternité du mari, seul point qui soit traité dans ce chapitre ; mais appliquer cette règle aux contestations de légitimité qui reposent sur la criminalité du commerce des père et mère, c'est faire une pétition de principe. Ma pensée est donc que la légitimation par le mariage antérieur à la naissance ne doit différer de la légitimation par un mariage subséquent que par la dispense de la condition de reconnaissance formelle, condition que le fait même du mariage pendant la grossesse rendait évidemment superflue.

Suivant cette doctrine, l'enfant né dans les cent quatre-vingts premiers jours du mariage, quoique non désavoué par le mari, ne sera pas considéré comme enfant légitime des deux époux si l'un d'eux était à l'époque de la conception engagé dans les liens d'un autre mariage (1). Et, par la même raison, s'il est vrai de dire que le mariage contracté entre parents ou alliés avec dispense ne légitime pas les enfants nés de leur commerce antérieur à l'obtention de la dispense (2), il faudra le décider ainsi, soit que le mariage ait précédé ou suivi la naissance. Tel est mon sentiment, et je comprends difficilement la distinction faite par plusieurs auteurs qui, refusant, comme moi, au mariage antérieur à la naissance l'effet de légitimer les enfants provenus d'un commerce adultérin, accordent, au contraire, cet effet au mariage contracté avec dispense, à l'égard des enfants conçus avant l'obtention de la dispense, et provenant conséquemment d'un commerce incestueux (3). Je sais bien que la position, dans ce dernier cas, peut paraître plus favorable, parce que les parents, au moment de leur coupable commerce, pouvaient avoir l'espérance légitime de faire lever l'obstacle qui s'opposait à leur union; mais si cette considération n'empêche pas que les enfants qui proviennent de ce commerce ne soient, aux termes de l'article 331, considérés comme incestueux, ils se trouvent dans le système de la loi sur la même ligne que les enfants adultérins; et si le mariage antérieur à la naissance ne légitime pas les uns, il ne peut davantage légitimer les autres.

(1) V. sur ce point deux anciens arrêts du parlement de Paris des 10 mai 1773 et 20 juillet 1790, rapportés par Merlin, *Répertoire*, tom. 6, au mot *Légitimation*, sect. 2, § 2, n° 7.

(2) V. ci-dessous, n° 56 *bis*. IV.

(3) V. M. Duranton, tom. 3, n° 26.

37 *bis.* III. Remarquons, au reste, que l'enfant dont la légitimité sera contestée par ce motif, qu'il ne pourrait appartenir aux deux personnes actuellement mariées sans provenir d'un commerce incestueux ou adultérin, ne sera pas, par là même, réputé incestueux ou adultérin. Tout ce qu'on devra conclure, c'est qu'aux yeux de la loi il n'aura pas le mari pour père, la présomption établie pour les cas ordinaires n'ayant pas ici d'application. Il paraît en effet logique qu'une paternité qui ne pourrait être ni constatée par une reconnaissance (art. 335) ni judiciairement recherchée (art. 342) ne soit pas constituée par la loi elle-même comme résultat d'une présomption.

38. La naissance depuis le mariage est un fait positif sur lequel il ne peut exister aucune incertitude ; mais la nature ayant couvert la conception d'un voile impénétrable, on ne peut en déterminer l'époque précise. Cependant il est toujours facile de la fixer approximativement par celle de la naissance. Il suffit pour cela de connaître le terme le plus court et le terme le plus long de la gestation ; car il est évident que la conception n'est pas antérieure à l'époque fixée par le terme le plus long, ni postérieure à l'époque fixée par le terme le plus court. Le Code considère en général deux cents quatre-vingt-dix-neuf jours pleins comme le terme le plus long, et cent soixante-dix-neuf jours comme le plus court. C'est ensuite par l'intérêt de la légitimité de l'enfant qu'on se détermine à supposer tantôt la gestation la plus longue, tantôt la gestation la plus courte (art. 312, 314, 315 combinés).

Ainsi il est vrai de dire que la loi répute conçu pendant le mariage tout enfant qui naît plus de cent soixante-dix-neuf jours après la célébration, et moins de trois cents jours après la dissolution ;

Qu'elle répute conçu avant le mariage tout enfant qui naît viable avant le cent quatre-vingtième jour de la célébration ;

Qu'en principe au moins, elle ne considère pas comme conçu pendant le mariage l'enfant qui naît plus de trois cents jours après la dissolution.

38 *bis*. I. Il importe de fixer précisément le calcul légal de la durée de gestation, qui sert de base à la présomption de conception pendant le mariage (art. 314 et 315), et qui, comme on va le voir, sert également à faire exclure ou admettre le désaveu du mari, suivant qu'il sera ou non possible de lui attribuer la paternité (art. 312).

La durée de la gestation ne se détermine ni par heure ni par mois, elle se compte par jours, et le calcul a pour base les chiffres 300 comme *maximum* et 180 comme *minimum*.

Cela, au surplus, ne veut pas dire que le *minimun* légal de la durée de la gestation soit de 180 jours pleins, et le *maximum* de 300 jours pleins. D'une part, en effet, la loi répute conçu pendant le mariage l'enfant né *le cent quatre-vingtième jour du mariage* (art. 314); et, d'autre part, elle ne présume plus la légitimité de l'enfant né *trois cents jours après la dissolution*. Ainsi, dans le système de la loi, la naissance de l'enfant a lieu au plus tôt le 180^{e} jour, et au plus tard le 300^{e} jour après sa conception. En d'autres termes, la conception se place au plus tôt le 300^{e} et au plus tard le 180^{e} jour avant sa naissance.

Évidemment, d'après cela, quand un mari fonde son désaveu sur l'impossibilité de cohabitation au moment de la conception (art. 312), il ne suffit pas, pour faire admettre ce désaveu, que l'impossibilité ait duré, comme la loi semble le dire, dans l'intervalle de 119 jours qui sépare le 300^{e} du 180^{e}, mais il faut que l'impossibilité ait existé dès le commencement du trois centième et qu'elle ait duré jusqu'à la fin du cent quatre-vingtième, ce qui donne une latitude de 121 jours pleins pour le placement hypothétique de la conception.

38 *bis*. II. Cela posé, il reste seulement à déterminer le point de départ exact du délai de trois cents ou de cent quatre-vingts jours, tel qu'il vient d'être expliqué, soit qu'il se compte comme dans l'article 312 en remontant de la naissance à l'époque possible de la conception, soit qu'on le fasse courir comme dans les articles 314 et 315 du commencement ou de la fin du mariage au jour de la naissance. A cet égard, il s'agit de savoir si dans la série de jours qui se termine au 180^{e} ou 300^{e}, depuis la naissance, quand on remonte, et, dans le cas inverse, depuis la célébration ou la dissolution du mariage, il s'agit, dis-je, de savoir si le jour même qui sert de point de départ doit être compté. La négative paraît résulter des

termes des articles 312 et 315, dont l'un ne comprend dans son compte que les *jours avant la naissance*, et l'autre les jours *après la dissolution*. Or, évidemment, le jour de la naissance n'est pas un jour entier *avant* la naissance, et le jour de la dissolution n'est pas un jour entier *après* la dissolution. Donc le premier jour serait dans un cas la veille de la naissance, et dans l'autre le lendemain de la dissolution. Il est vrai que l'article 314 se prêterait à une autre interprétation, car il ne dit pas le 180e jour *depuis la célébration du mariage,* mais le *cent quatre-vingtième jour du mariage*, ce qui permettrait de compter le jour même du mariage. Mais comme il faut nécessairement interpréter l'un par l'autre les deux articles 312 et 314 en ce qui concerne le délai de 180 jours, je m'attache de préférence à l'article 312, dont les termes plus précis fixent évidemment la durée de la gestation la plus courte à 179 jours pleins, terme que l'on n'atteint qu'en plaçant la naissance la plus précoce le 180e jour *après* celui du mariage, et non compris conséquemment celui de la célébration. Cela, du reste, n'a rien d'absolument inconciliable avec les termes de l'article 314, qui par cent quatre-vingtième jour du mariage peut très-bien avoir entendu *le cent quatre-vingtième jour* depuis le mariage.

38 *bis*. III. En me résumant donc, je dis : 1° que les termes des articles 312 et 314 expliqués l'un par l'autre, fixent la durée légale de la gestation la plus courte à 179 jours pleins ; 2° que des termes parfaitement concordants des articles 312 et 315, il résulte que la gestation la plus longue est de 299 jours pleins.

39. Quant à la question de savoir si l'enfant est ou non le fruit du commerce des deux époux, la présomption qui attribue la paternité au mari s'applique aux enfants conçus, et même à ceux qui sont seulement nés depuis le mariage ; c'est-à-dire que les uns et les autres sont censés appartenir au mari jusqu'à désaveu de sa part. Mais cette présomption, fondée sur la probabilité du commerce des deux époux, et sur celle de l'innocence de la mère, milite plus fortement pour les enfants conçus pendant le mariage ; elle n'admet alors la preuve contraire que dans des cas déterminés, qui, d'abord limités à

deux, ont été portés à trois par la loi du 6 décembre 1850(1). Le premier emporte en lui-même la démonstration de non-paternité (2); le second, moins concluant, autorise seulement le mari à fournir de toute autre manière cette démonstration. Quant au troisième, à moins d'une circonstance particulière qui rendrait à la présomption sa force ordinaire, il fait tomber cette présomption devant le désaveu du mari, et dispense celui-ci de toute autre démonstration.

Le premier cas de désaveu consiste dans l'impossibilité de cohabitation à l'époque de la conception, c'est-à-dire pendant les cent vingt et un jours écoulés depuis (et y compris) le trois centième jusques (et y compris) le cent quatre-vingtième jour précédant la naissance. L'impossibilité doit être physique, et la loi explique qu'elle peut provenir d'éloignement ou de quelque accident. V. art. 312.

Cette impossibilité pourrait certainement résulter de l'impuissance naturelle; mais, par des raisons graves tirées en partie de la difficulté ou de l'immoralité de la preuve, en partie de l'indignité du mari, la loi n'en admet pas l'allégation. Elle ne permet pas non plus le désaveu pour simple cause d'adultère; car ce fait ne détruit pas la possibilité de la paternité du mari. Mais quand, par le recel de la naissance, la mère semble porter elle-même témoignage contre la légitimité de l'enfant, cette circonstance jointe à la preuve offerte de l'adultère, ou même, selon moi, sans avoir besoin d'être soutenue de cette preuve spéciale, cette circonstance, dis-je, constitue le second cas de désaveu, et autorise le mari à proposer à l'appui tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père. V. art. 313.

39 *bis*. I. L'impossibilité de cohabitation qui constitue la première cause de désaveu doit être *physique*, ce qui exclut l'impos-

(1) X., B., 333, n° 2583.

(2) C'est-à-dire que le mari qui désavoue pour cette cause et qui en justifie n'a plus rien à prouver. Mais peut-être cela n'exclut-il pas abolument la faculté de défendre encore la légitimité de l'enfant, V. ci-dessous, n° 42 *bis*. II.

sibilité morale qu'on voudrait faire résulter, soit de l'inimitié existante entre les deux époux, soit de toute autre circonstance pouvant rendre plus ou moins invraisemblable le fait de leur cohabitation. L'éloignement est évidemment une des causes d'impossibilité. Mais de ce que l'impossibilité doit être physique, quelques-uns ont voulu conclure la nécessité d'une distance telle qu'elle n'ait pas pu être franchie dans l'intervalle des 121 jours dans lequel se place la conception. C'est là, selon moi, une erreur; ce que la loi veut en exigeant l'impossibilité *physique*, c'est exclure l'allégation de simple impossibilité morale. Or, l'éloignement, à quelque distance que ce soit, constitue toujours une impossibilité physique, pourvu qu'il ait été continu. C'est au mari, sans doute, à prouver cette continuité, et la preuve, j'en conviens, sera plus difficile quand la distance sera assez rapprochée pour qu'on puisse supposer qu'elle a été franchie; mais la difficulté d'une preuve n'est pas une raison pour faire refuser le droit de la tenter par les moyens que le droit commun autorise. Je pense, d'après cela, qu'on pourrait prouver, même par témoins, que les deux époux ont constamment résidé à une certaine distance l'un de l'autre. A plus forte raison, admettrais-je la preuve tirée du fait que l'un des époux a été tenu sous les verrous dans une prison dont l'accès était interdit à l'autre. En deux mots, ce qu'il faut prouver comme constituant l'impossibilité physique, c'est l'éloignement continu. Mais quant aux moyens de prouver cet éloignement et sa continuité, la loi n'a rien prescrit, et il faut s'en rapporter à la sagesse des juges, qui devront seulement se montrer sévères dans l'appréciation des documents fournis.

39 *bis*. II. L'impossibilité physique doit être accidentelle, ce qui exclut l'allégation d'impuissance naturelle. Cette exclusion, du reste, n'est peut-être pas uniquement fondée sur l'incertitude ou l'immoralité de la preuve, mais aussi sur ce que l'impuissant, qui a dû connaître son état, serait en faute d'avoir, en se mariant, trompé sa femme. Dès lors, on s'explique qu'il ne soit pas reçu à se prétendre coupable de cette faute.

Ces motifs réunis se prêtent une force mutuelle, quoique chacun en particulier fût peut-être insuffisant. Aussi, le dernier n'ayant pas d'application à une action qui serait dirigée, non par l'impuissant, mais contre lui, j'ai pensé que l'impuissance naturelle, toute difficile qu'elle soit à constater, pourrait fournir au conjoint de

l'impuissant une cause d'annulation de mariage pour erreur (1).

39 *bis*. III. Sous le nom d'impossibilité *accidentelle*, je comprends ici, et celle qui provient d'éloignement, et celle qui naît d'un accident quelconque. Cet accident pourrait être aussi bien une maladie interne qu'une blessure ou une opération chirurgicale ; car la loi ne distingue pas. Je constate seulement que dans le premier cas la preuve sera plus difficile, car l'impossibilité pourra souvent n'être pas évidente.

L'accident quelconque étant mis par la loi sur la même ligne que l'éloignement, évidemment supposé postérieur à la célébration du mariage, cet accident semblerait dans la pensée du législateur devoir également être survenu depuis le mariage; car, s'il était préexistant, le mari aurait peut-être, comme au cas d'impuissance naturelle, à s'imputer de s'être marié en cet état. Et toutefois cette raison évidemment ne vaudrait rien si l'accident supposé est une maladie curable ou crue telle, car le malade a pu se marier en comptant sur sa guérison. Au contraire, la raison serait dans toute sa force si l'accident antérieur au mariage consistait dans le retranchement ou la lésion des organes. Car le mari, alors, ne serait pas plus excusable de s'être marié en cet état qu'il ne le serait si l'impuissance naturelle provenait d'un vice apparent de conformation. Si donc il serait non recevable à désavouer dans ce dernier cas, pourquoi ne le serait-il pas dans l'autre?

Quoi qu'il en soit, j'aurais peine, pour mon compte, à admettre par simple parité de motifs une fin de non-recevoir absolue dans une matière aussi grave, et à maintenir ainsi contre l'évidence dans une famille un enfant qui ne lui appartiendrait pas. En présence d'une si puissante considération, s'il me fallait nécessairement mettre sur la même ligne l'impossibilité provenant de lésion ou retranchement et celle qui naît d'un vice apparent de conformation, j'aimerais mieux admettre le désaveu dans les deux cas que de le refuser dans tous deux. Mais le plus sûr est de s'en tenir aux termes de la loi, qui, à tort ou à raison, exclut l'allégation d'impuissance naturelle, de quelque cause qu'elle provienne, mais qui n'exclut que celle-là.

39 *bis*. IV. Quant à la seconde cause de désaveu, il est certain

(1) V. tom. 1er, nos 225 *bis*. IV, et 262 *bis*. III.

1° que le recel de la naissance en est un élément essentiel; 2° que cette circonstance n'est pas, comme l'impossibilité de cohabitation, suffisante en elle-même pour justifier le désaveu, c'est seulement une condition pour être admis à fournir cette justification par tous les moyens propres à la produire, en s'en rapportant sur ce point à la prudence et à la sagesse des juges. Mais cette condition est-elle la seule, ou ne doit-elle pas se combiner avec celle de l'adultère? A cet égard, le texte présente quelque obscurité. On peut soutenir en effet que la seconde partie de l'article 313 se réfère tout entière au désaveu *pour cause d'adultère*, et que c'est uniquement ce désaveu qui, proscrit en principe, est, au contraire, autorisé quand la naissance a été cachée. Cette idée une fois admise, il en faudrait conclure que la preuve spéciale de l'adultère, comme celle du recel de la naissance, devrait être acquise, sinon préalablement à l'instance en désaveu, au moins dans le cours de l'instance et avant qu'il y eût lieu d'examiner les autres faits de non-paternité. J'ajoute que je ne concevrais pas, s'il s'agissait effectivement d'un désaveu *pour cause d'adultère*, qu'on pût se contenter d'établir le fait d'adultère par voie de conséquence des faits de non-paternité. En effet, cet ordre d'idées une fois admis, rien ne distinguerait plus ce prétendu désaveu *pour cause d'adultère* de tout autre cas de désaveu; puisque le désaveu, quel que soit son principe, tend toujours à la démonstration d'une naissance adultérine et par conséquent d'un adultère commis. Mais c'est mal à propos, je crois, qu'on veut faire consister dans le fait d'adultère la cause de désaveu autorisée par l'article 314. Cela n'est conforme ni aux termes de la loi ni à son esprit manifesté dans la discussion du projet. Ce que la loi dit positivement, c'est qu'au cas de naissance cachée, le mari est admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père. Il est vrai que la loi commence par admettre le désaveu *pour cause d'adultère* quand la naissance a été cachée au mari; mais la pensée évidente est que la cause d'adultère est alors admise, précisément parce que le recel de la naissance autorise la preuve de tous les faits propres à justifier la non-paternité, et que l'adultère est un de ces faits. Cela donc ne veut pas dire qu'en l'absence du fait positif d'adultère les autres faits de non-paternité ne puissent être utilement invoqués.

Du reste, la pensée qui rattache directement la cause du dés-

aveu, non au fait de l'adultère, mais à celui du recel de la naissance, résulte clairement de la discussion du projet au conseil d'État. C'est ce fait que Tronchet regarde comme une des plus fortes exceptions contre la règle *pater is est* (1), et que Berlier propose *de comprendre parmi les causes qui font cesser la présomption de paternité* (2). La même idée est exprimée par le premier consul, qui fait relire en conséquence l'article 4 indicatif des exceptions à la présomption de paternité, et propose d'y ajouter celle-là. L'amendement est formulé par Cambacérès; après quoi, le conseil *adopte cette exception et celle de l'impossibilité physique de cohabitation* (3). Quoi qu'il en soit, la doctrine a longtemps hésité, et plusieurs auteurs soutiennent encore la nécessité de joindre la preuve spéciale de l'adultère à celle de la naissance cachée (4); mais la jurisprudence paraît aujourd'hui avec raison fixée en sens contraire (5).

39 *bis*. V. L'adultère, considéré seulement comme un des faits propres à justifier la non-paternité du mari, aura, sous ce rapport, plus ou moins de valeur suivant que l'époque où il a été commis se référera ou non au temps probable de la conception. Mais indépendamment même de cette coïncidence, le fait de l'adultère aura toujours une gravité considérable, puisqu'en établissant l'infidélité de la femme, il affaiblira d'autant la base légale de la présomption de paternité, qui repose surtout sur la supposition d'innocence de la mère. Quoi qu'il en soit, tout cela reste livré à l'appréciation des juges, qui pourraient, je crois, lorsque la coïncidence existe, ne point exiger la production d'autres faits, mais qui pourraient aussi pousser plus loin leur exigence; car la seule règle de droit, c'est qu'en cas de naissance cachée, ils pourront se déterminer par tous les éléments qui leur paraîtront suffisants pour opérer leur conviction.

39 *bis*. VI. La preuve même physique de la non-paternité du mari, dans le cas, par exemple, où une femme blanche, épouse d'un blanc, accoucherait d'un enfant de couleur, ne suffirait point,

(1) Séance du 16 brumaire an x. (Fenet, tom. 10, pag. 40.)
(2) *Ibid.*, pag. 41.
(3) *Ibid.*, pag. 43.
(4) V. notamment M. Duranton, tom. 3, n° 52; Proudhon et Valette, tom. 2, pag. 30-33).
(5) V. C. C., rej., ch. civ., 8 juillet 1812 (J. P., tom. 35, pag. 11); C. C., rej., 25 janv. 1831 (*ibid.*, tom. 89, pag. 450); C. C., rej., 9 mai 1838 (J. P. tom. 110, pag. 361). V. aussi Ducaurroy, *Comment. du Cod. civ.*, tom. 1er, n° 433.

d'après les termes de la loi, pour autoriser le désaveu. C'est là pourtant évidemment une lacune que les tribunaux se croiraient peut-être autorisés à combler. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'en cas de recel de la naissance, ce serait là le fait le plus significatif qui pût être proposé à l'appui du désaveu.

39 *bis*. VII. Le recel de la naissance autorisant à proposer *tous* les faits propres à justifier que le mari n'est pas le père, on se demande s'il n'en résulterait pas la faculté d'alléguer même l'impuissance naturelle. Je réponds négativement; car, quelque générale que soit la disposition finale de l'article, cette généralité ne peut prévaloir sur la prohibition absolue prononcée dans la première partie. Du reste, la pensée du législateur sur ce point se révèle par la rédaction même de la loi, qui, proscrivant par une même disposition et le désaveu pour impuissance naturelle et le désaveu pour adultère, n'applique qu'à cette dernière cause l'exception tirée de la naissance cachée.

39 *bis*. VIII. Le recel de la naissance étant la condition *sine quâ non* du désaveu pour impossibilité morale, il importe de bien se fixer sur le caractère constitutif de cette grave circonstance. Elle consiste, selon moi, non dans le fait d'ignorance du mari, mais dans les faits qui ont tendu à lui dissimuler la naissance. Il n'importe à cet égard que la tentative ait ou non réussi, il ne doit pas importer davantage qu'elle ait précédé ou suivi la naissance. Ainsi, dans ma pensée, le recel de la grossesse se confond avec le recel de la naissance, et j'y verrais une cause de désaveu, quand même l'ignorance du mari n'aurait pas duré jusqu'à l'accouchement. A cet égard, au reste, il est bien à remarquer qu'au conseil d'État, à la suite de la discussion qui avait constamment roulé sur l'importance du fait d'ignorance ou de dissimulation de l'accouchement, c'est l'exception résultant de la *grossesse* cachée que le premier consul proposa formellement de consacrer (1).

39 *bis*. IX. Un des faits de recel les mieux caractérisés consisterait évidemment dans l'inscription de l'enfant à l'état civil sans indication du mari comme père, soit que l'acte portât la mention de père inconnu, ou qu'il désignât pour père un autre que le mari. Bien plus, il faut dire que, dans la plupart de ces cas, l'enfant n'é-

(1) Fenet, tom. 10, pag. 43.

tant point en possession de la légitimité, le désaveu serait superflu. Ce serait à lui à agir en réclamation d'état; et si, après avoir établi la maternité de la femme mariée, il invoquait la présomption de paternité du mari, toute partie intéressée pourrait défendre à son action dans les termes de l'article 325.

39 *bis.* X. C'est évidemment au mari demandeur en désaveu à faire preuve des faits de dissimulation qui rendent ce désaveu admissible. Il ne lui suffit donc pas d'alléguer qu'il a ignoré la naissance, en rejetant sur ses adversaires la preuve de la connaissance qu'il en aurait eue; il faut qu'il établisse préalablement les faits qui ont dû produire chez lui cette ignorance.

39 *bis.* XI. C'est parce que le recel de la naissance est une sorte de témoignage porté par la mère contre la légitimité de l'enfant que la loi s'attache à cette circonstance pour autoriser le désaveu. Toutefois, il n'en faudrait pas conclure que le témoignage plus positif encore de la mère, qui ne rougirait pas de proclamer sa propre turpitude, pût entraîner les mêmes conséquences; car, outre qu'il n'y a pas parfaite parité de motifs, le texte de la loi est trop absolument limitatif. Heureusement que ce sera un cas rare, dont l'omission dans la loi n'entraînera pas dès lors un grave préjudice social.

40. La troisième cause de désaveu résulte d'une séparation de corps prononcée ou même seulement demandée; elle se fonde sur l'invraisemblance du commerce des époux, non-seulement après le jugement, mais même pendant l'instance, dès que la femme a été autorisée à quitter la maison conjugale. Mais il faut pour cela que l'enfant désavoué n'ait pas pu être conçu avant la cessation légale de l'habitation commune, ou depuis son rétablissement; il faut donc, en appliquant les calculs ordinaires sur la durée de la gestation, que l'enfant soit *né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'article* 878 *du Code de procédure, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation.* En outre, comme une réunion de fait suffit pour détruire les inductions tirées du droit d'habitation séparée, ce simple fait empêcherait l'admission du dés-

aveu. V. § additionnel à l'article 313, L. 6 décembre 1850 (1).

40 *bis*. I. La séparation, ne dissolvant pas le mariage, et pouvant toujours cesser par le consentement des parties, ne suffit pas pour détruire la présomption de paternité; et pourtant, comme elle rend au moins invraisemblable le commerce ultérieur des époux, la section de législation du conseil d'État avait proposé de faire cesser alors la présomption de paternité s'il n'y avait eu réunion de fait ou réconciliation (2). Mais cette proposition ayant disparu à la suite du renvoi à un nouvel examen, qui n'eut pas lieu, le cas de séparation de corps est resté dans le Code civil sous l'empire pur et simple de la présomption de paternité. C'était là une lacune fâcheuse dans le système même de la législation, qui admettait le divorce, mais cette lacune devint plus sensible encore lorsque l'abolition du divorce ne laissa plus au mari aucun moyen de se soustraire et de soustraire sa famille aux tristes suites de l'inconduite d'une femme infidèle, assez audacieuse pour produire au grand jour les fruits de ses désordres. Aussi, diverses tentatives furent faites pour combler cette lacune (3); mais nulle jusqu'alors n'avait pu aboutir. J'en avais plus d'une fois exprimé le regret dans mon enseignement. Lors donc que la confiance de mes concitoyens m'eut honoré du mandat législatif, je regardai comme un devoir d'user à ce sujet du droit d'initiative qui m'était accordé. Ma proposition, du reste, n'allait pas tout à fait aussi loin que la loi qui s'en est suivie; je demandais seulement qu'après la séparation de corps la condition du recel de la naissance ne fût plus exigée pour autoriser le désaveu du mari, et que celui-ci fût alors admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'était pas le père. C'est dans ce

(1) X, B. 333, nº 2583.

(2) V. ce projet, ch. 1er, art. 4; Pr.-verb. de la séance du 14 brum. an x (Fen., tom. 10, pag. 1re): séance du 16 brum. an x (*ib.*, pag. 44).

(3) V. projet de loi sur la séparation de corps, présenté à la chambre des pairs, 28 décembre 1816, art. 27 et 28. Ce projet, adopté par la chambre des pairs, fut porté à la chambre des députés le 7 janvier 1817. Une commission fut nommée; mais la session finit avant qu'elle eût fait son rapport.

Proposition faite à la chambre des pairs par M. le président Boyer, 14 janvier 1837; amendement de la commission présenté par M. Tripier, rapporteur, 15 février 1834, adopté par la chambre le 22 du même mois : présentation à la chambre des députés le 24. — Rapport favorable de M. Renouard, 18 mars 1834; mais la discussion en fut ajournée et ne s'ouvrit pas.

Ces propositions et les diverses phases de leur discussion sont reproduites dans le rapport que j'ai présenté à l'Assemblée législative le 6 août 1850.

sens que le projet fut d'abord adopté par la commission que j'avais l'honneur de présider et au nom de laquelle j'en fis le rapport le 6 août 1850. Ce rapport fut suivi de deux délibérations conformes à ses conclusions; mais sur un amendement proposé à la troisième délibération par MM. de Vatimesnil et Valette, et qui fut adopté par la commission, le système fut changé : on considéra que, l'état de séparation de corps rendant invraisemblable le commerce des deux époux, la présomption de paternité, conséquence du mariage toujours subsistant, devait bien encore durer jusqu'à désaveu du mari, mais que le désaveu fait par celui-ci dans les délais et dans les formes voulus ne devait être soumis à aucune justification autre que celle de l'existence de la séparation ou de l'instance en séparation au temps de la conception de l'enfant. On exprima seulement que le désaveu ne serait pas admis s'il y avait eu réunion de fait entre les époux; ce qui, du reste, ne peut avoir d'autre signification que de réserver aux adversaires du mari le droit de prouver cette réunion pour faire rejeter l'action en désaveu.

40 *bis*. II. La loi suppose qu'une réunion de fait, différente d'une réconciliation qui ferait tomber la demande ou le jugement, aura eu lieu accidentellement entre les époux depuis que la femme a été autorisée à quitter le domicile conjugal, et elle décide alors que l'action en désaveu ne sera pas admise. Le motif évident, c'est que l'enfant peut être le fruit de cette réunion. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut nécessairement que l'époque de la réunion puisse se rapporter avec celle de la conception de l'enfant; or, c'est ce qui n'aurait pas lieu si l'enfant était né moins de 180 jours ou plus de 300 jours depuis la réunion. C'est donc sous la condition sous-entendue de rapport possible entre les deux époques que la loi paraît devoir en général être appliquée. Et toutefois, la condition n'étant pas expresse, et le fait prouvé d'une réunion pouvant, suivant les circonstances, en faire supposer d'autres, je ne sais si, nonobstant le défaut de rapport entre les deux époques, le fait de réunion n'autoriserait pas les juges, selon les cas, à repousser l'action en désaveu.

40 *bis*. III. Maintenant, s'il y a preuve de la *réunion* de fait, en rapport possible avec l'époque de la conception, la loi disant expressément que l'action ne sera pas admise, il ne paraît pas que les juges puissent se soustraire à cette disposition prohibitive. Ainsi,

quand même les circonstances rendraient plus vraisemblable la paternité d'un autre que celle du mari, *puta,* si avant ou depuis la réunion des époux il y avait eu un fait constant d'adultère mieux en rapport que cette réunion avec l'époque probable de la conception, il n'en faudrait pas moins repousser le désaveu. Mais ce qui me paraît toujours abandonné à l'examen des juges, c'est la nature du fait de prétendue réunion. Je ne crois pas qu'on doive considérer comme telle toute rencontre qui aurait mis les époux en présence; il faudrait évidemment, pour donner lieu à l'application de la loi, qu'ils se fussent trouvés ensemble sans témoins.

41. Quant aux enfants nés pendant le mariage, mais conçus antérieurement, il est encore probable qu'ils sont issus du commerce des deux époux; mais le désaveu du mari doit suffire en général pour repousser cette probabilité.

C'est d'après ce principe qu'en autorisant, de droit commun, le désaveu de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, et supposant par là même l'existence de la présomption de paternité jusqu'à désaveu, la loi détermine seulement trois cas où ce désaveu ne peut avoir lieu :

1° Si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; car, en épousant la femme enceinte, il a virtuellement reconnu sa paternité. V. art. 314-1°;

2° S'il a assisté à l'acte de naissance, et s'il a approuvé cet acte, soit en le signant, soit en y laissant insérer la mention qui tient lieu de la signature. Il est évident en effet qu'il y a encore reconnaissance virtuelle. V. art. 314-2°;

3° Enfin, si l'enfant n'est pas *déclaré* viable. Car, outre qu'alors la naissance avant le cent quatre-vingtième jour n'exclut pas nécessairement la possibilité de la conception postérieure au mariage, il y a dans tous les cas une raison dominante, c'est le défaut d'intérêt. V. art. 314-3°; v. à ce sujet art. 725-2°, 906, al. dernier.

41 *bis.* I. La présomption de paternité du mari n'est pas aussi formellement proclamée pour les enfants qui naissent seulement depuis le mariage que pour les enfants conçus pendant le mariage;

mais elle l'est virtuellement par la disposition qui détermine les cas où le désaveu ne pourra avoir lieu. Il résulte en effet de là que hors ces cas le désaveu est en général possible; mais cela même suppose qu'il y a présomption de paternité jusqu'à désaveu.

Cela posé, il est bien entendu que c'est le seul fait du désaveu, lorsqu'il est recevable (v. art. 314), et qu'il a lieu dans les délais et les formes voulus (v. art. 316-318), c'est ce seul fait, dis-je, qui détruit ici la présomption de paternité; en d'autres termes, ce désaveu est péremptoire. Ainsi, le mari n'a rien à prouver; mais ce n'est pas à dire qu'on ne puisse prouver contre son désaveu.

A cet égard, il est incontestable que la preuve pourrait porter sur les fins de non-recevoir spécifiées par la loi; mais il reste à savoir : 1° si l'on pourrait proposer d'autres fins de non-recevoir; 2° si le désaveu recevable pourrait être contesté au fond.

41 *bis*. II. Quant aux fins de non-recevoir, il est bien à remarquer que l'article 314, qui les énumère, n'est pas conçu en termes limitatifs. Toutefois, il me paraîtrait difficile de ne les tirer d'ailleurs que d'un aveu antérieur ou de la non-viabilité. Mais je ne crois pas non plus que les deux faits constitutifs de reconnaissance ou d'aveu, qui sont énoncés dans les deux premiers numéros de l'article, soient les seuls auxquels puisse être attribué cet effet; ma pensée est qu'une reconnaissance tacite, de quelques faits qu'elle résulte, et à plus forte raison une reconnaissance formelle, rendraient le désaveu non recevable (1).

41 *bis*. III. Quant au désaveu recevable, il détruit, comme on l'a dit, la présomption de paternité; mais est-il tellement péremptoire qu'il ne permette pas à la défense de prouver la paternité du mari? Pour le prétendre, on invoque le principe général qui interdit la recherche de la paternité, et l'on s'appuie principalement sur le motif d'impossibilité qui a dicté cette prohibition. Mais ne peut-on pas répondre que la preuve de paternité, toute difficile qu'elle est, n'est cependant pas impossible, et que, sans la prohibition de la loi, elle serait susceptible de s'induire des circonstances? Or, la prohibition n'étant évidemment écrite qu'en vue de la paternité naturelle, pourquoi en voudrait-on faire l'application ici, où le mariage postérieur des père et mère rendrait cette paternité légitime?

(1) V. M. Demolombe, tom. 5, nos 75 et 76.

Par ces considérations, j'inclinerais beaucoup, pour mon compte, à permettre la preuve par tous les moyens possibles. Nul doute, au reste, que cette preuve ne fût admise s'il y avait eu enlèvement, puisque alors l'article 340 lui-même permet la recherche.

41 *bis*. IV. De même qu'on se demande si le désaveu du mari, lorsqu'il n'est écarté par aucune fin de non-recevoir, admet la preuve contraire; de même, à l'inverse, on peut se demander si les fins de non-recevoir établies par l'article 314 sont tellement absolues qu'elles ne permettent jamais au mari, quand il ne conteste pas les faits qui leur servent de base, de prouver qu'il ne peut pas être le père. Cela semble évidemment résulter des termes de la loi, qui, dans les trois cas indiqués, dit formellement que l'enfant *ne peut être désavoué*. Toutefois, ce résultat, incontestable pour le cas de non-viabilité, puisque alors il n'y a aucun intérêt, ne l'est peut-être pas au même point dans les deux autres, qui reposent seulement sur une reconnaissance virtuelle. Cette reconnaissance, en effet, pourrait n'être que la suite d'une surprise, et la preuve de cette surprise devrait lui enlever toute sa force. Ainsi, dans le premier cas, celui de la connaissance de la grossesse, il serait possible que la date de la naissance, combinée avec celle des premiers rapports du mari avec la mère, vînt lui révéler que celle qu'il a crue enceinte de ses œuvres au moment où il l'a épousée l'était antérieurement des œuvres d'un autre. Comment alors pourrait-on lui refuser le droit de prouver qu'il n'est pas le père, en établissant, par exemple, une impossibilité physique de cohabitation à l'époque de la conception de l'enfant? Il est vrai que l'article 314 dit positivement que l'enfant, dans les trois cas indiqués, *ne peut être désavoué;* mais cela ne doit-il pas s'entendre du désaveu péremptoire autorisé en général par cet article? Ainsi expliquée, la loi ne s'opposerait pas à l'admission du désaveu sous les conditions exigées par les articles 312 et 313, relativement à l'enfant conçu pendant le mariage; et rien, dès lors, n'empêcherait d'adopter une solution que la raison paraît réclamer. Telle serait, en définitive, ma conclusion.

41 *bis*. V. L'effet attribué à l'assistance du mari à l'acte de naissance est, avec raison, subordonné à la condition de sa signature ou de la mention qui la remplace; car autrement le fait matériel de sa présence aurait pu être amené par surprise, par erreur, ou par

hasard, et n'emporterait de sa part aucune approbation du contenu en l'acte. Il en serait ainsi à plus forte raison si l'acte constatait qu'il a refusé de signer; car ce refus constituerait de sa part une sorte de protestation. Mais lors même qu'il aurait signé, il serait difficile d'en rien induire contre lui si l'acte, au lieu de le désigner pour père, comme le droit commun le prescrivait, contenait quelque indication contraire, *puta*, si l'enfant était présenté comme *né de père inconnu*. Évidemment, en effet, ce n'est pas en vue de ces cas exceptionnels que la loi a disposé, et l'on ne comprendrait pas qu'elle pût voir une reconnaissance dans un fait qui serait plutôt constitutif d'un désaveu.

41 *bis*. VI. L'enfant non viable est celui qui bien qu'il ait respiré quelques instants, n'était cependant pas conformé de manière à pouvoir vivre. Cette imperfection des organes provient le plus souvent de l'insuffisance de la gestation. La question de *viabilité*, qui ne s'élève ordinairement qu'après la mort de l'enfant, lorsque cette mort a suivi de près la naissance, est nécessairement du domaine des gens de l'art. Aussi l'enfant n'est-il non viable aux yeux de la loi qu'autant qu'il est *déclaré* tel. Du reste, la non-viabilité de l'enfant faisant obstacle à l'ouverture d'aucun droit en sa faveur (v. art. 725), il est clair qu'il n'y a aucun intérêt à s'enquérir de sa filiation. Ainsi, la fin de non-recevoir tirée de la non-viabilité, quoique proclamée seulement en vue du cas de désaveu réglé par l'article 314, s'appliquerait également par la force des principes au cas réglé par les articles 312 et 313. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'enfant serait assimilé à l'enfant mort-né, dont la loi n'a pas eu à s'occuper.

42. La même présomption ne peut plus militer à l'égard de l'enfant qui naît trois cents jours après la dissolution du mariage; il n'est donc pas besoin de le désavouer pour *contester* sa légitimité. V. art. 315.

42 *bis*. I. Si le terme de 300 jours est effectivement le plus long de la gestation, il semble que l'enfant né après ce terme doive être de plein droit réputé illégitime, et que ce ne soit pas assez dire que de déclarer sa légitimité contestable. On peut tenir en effet pour certain que l'enfant né après 300 jours n'a plus en sa faveur la présomption de paternité du mari, et qu'il n'y a pas lieu dès lors

à le désavouer dans les formes et dans les délais ci-dessous prescrits. Seulement, comme, de fait, il peut être en possession de l'état d'enfant légitime, il faudra toujours bien alors, pour l'en dépouiller, que les intéressés élèvent une contestation. Mais, dans cette contestation, les demandeurs n'auront évidemment rien à prouver, si ce n'est le fait même de la naissance tardive. Toute la question est de savoir si, lorsque ce fait est établi, l'enfant pourra encore défendre sa légitimité, et prétendre, à cet effet, qu'il a été porté plus de 300 jours? Sur ce point, la négative est assez généralement enseignée; à l'appui de cette doctrine, on invoque surtout l'article 312, qui considère si bien le terme de 300 jours comme le plus long possible, qu'il permet sans autre condition le désaveu quand l'impossibilité physique de cohabitation remonte au delà de ce terme.

On ajoute que le terme de 300 jours n'offre déjà que trop de latitude à la fraude, et que la science moderne considère une gestation aussi longue comme impossible. Dans tous les cas, dit-on, il fallait une règle fixe pour la sûreté des familles; et cette règle, le législateur, dans son esprit bien connu, a dû la consacrer, au risque même de commettre une injustice particulière, qui, au surplus, ne saurait jamais être qu'infiniment rare et jamais bien démontrée.

Toutefois, il faut convenir que les termes de l'article 315, s'ils ne sont point absolument inconciliables avec cette solution rigoureuse, sont loin, du moins, de la commander. Quant aux arguments sur lesquels on la fonde, sans en nier précisément la valeur, je dois dire qu'ils ne me paraissent pas sans réplique. Je tâcherai d'y répondre; mais, auparavant, je commence par constater qu'il est toujours téméraire d'assigner des bornes aux écarts de la nature en présence des phénomènes inexplicables qui se produisent si fréquemment. Sans me prononcer donc entre la science ancienne, qui déclarait possible la gestation dans le onzième mois et même au delà (1), et la science moderne, qui paraît le nier, j'avouerai volontiers que le terme légal de 300 jours non-seulement est rarement dépassé, mais qu'il est même bien rarement atteint; et, sous ce rapport, je trouve en effet que la loi, en le consacrant, ouvre une porte déjà bien large à la fraude. Aussi serais-je très-loin de

(1) V. sur ce point le précis présenté au conseil d'État par M. Fourcroy, séance du 14 brum. an X (Fenet, tom. 10, pag. 13).

demander une extension pour la présomption de paternité. Mais ce que je voudrais, c'est que l'examen des faits, quelque extraordinaires qu'ils pussent paraître, fût toujours permis aux juges, à la sagesse desquels je me fie, et qu'il ne faudrait jamais condamner à consacrer contre leur conviction une criante injustice, en sacrifiant tout à la fois et l'intérêt de l'enfant et l'honneur de la mère. Telle a été, au surplus, la pensée de l'orateur du gouvernement, qui, tout en admettant contre l'enfant tardivement né la présomption d'illégitimité, ajoute pourtant que cette présomption *ne sera décisive qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par d'autres circonstances* (1). Il peut, en effet, s'en présenter de très-graves; pour s'en convaincre, il suffit de rappeler l'espèce jugée par le parlement de Paris le 10 septembre 1653 (2) : La mère, femme d'une vertu éprouvée, s'était déclarée enceinte immédiatement après le décès du mari, et s'était retirée dans un couvent. Au terme ordinaire de neuf mois, elle avait eu des symptômes d'accouchement qui n'avaient point abouti. Enfin, une partie de la famille, ne pouvant point la soupçonner, reconnaissait la légitimité de l'enfant. Dans ces circonstances, l'enfant, quoique né onze mois après le décès du mari, fut déclaré légitime. Pourquoi donc, en pareil cas, le même droit n'appartiendrait-il pas aujourd'hui aux tribunaux, quand la loi, en permettant seulement une *contestation*, semble plutôt leur reconnaître que leur refuser ce pouvoir? Quant à l'objection tirée de l'article 312, elle ne paraît pas déterminante; car, en admettant même que le désaveu du mari, fondé sur l'impossibilité physique de cohabitation depuis 300 jours, ne pût être repoussé dans des circonstances extraordinaires, comme celles qu'on vient d'énoncer, il y a dans ce fait même du désaveu une gravité qui ne s'attache pas également à la contestation des autres intéressés. L'on doit croire, en effet, que le mari ne se porte que difficilement à cette démarche, et qu'il s'en abstiendra toutes les fois que sa paternité lui paraîtra possible.

Cette objection principale ainsi écartée, il n'y a pas beaucoup à se préoccuper des considérations générales sur la nécessité d'admettre un terme fixe. Il est vrai que le législateur, pour éviter des

(1) Bigot-Préameneu, exposé des motifs (Fenet, tom. 10, pag. 141). V. aussi dans le même sens le rapport du tribun Lahary (Fenet, *ibid.*, pag. 178).

(2) Journal des audiences, liv. 7, ch. 27.

contestations, consent bien quelquefois à poser de ces règles absolues qui peuvent amener des injustices particulières; mais alors il s'en explique formellement. Or c'est ce qu'il n'a pas fait ici, et ce que, dans son silence, je ne saurais admettre.

J'entends donc que la contestation de légitimité autorisée par l'article 315 n'exclut pas absolument le droit de prouver cette légitimité (1). Mais tout en le décidant ainsi pour l'honneur des principes, je reconnais que ma doctrine sera d'une bien rare application, parce qu'une gestation de 300 jours est un fait phénoménal, dont l'allégation devra presque toujours être repoussée par les tribunaux.

42 *bis.* II. Si l'on admet une fois que le terme de 300 jours de gestation peut accidentellement être dépassé, et si l'on reconnaît en conséquence que l'article 315 permet de déclarer légitime l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage, j'aurais, je l'avoue, beaucoup de peine à refuser absolument à l'enfant désavoué aux termes de l'article 312 le droit de faire valoir une défense du même genre. La loi ne contient réellement rien de contraire à cette prétention. Il est vrai que dans les conditions qu'elle suppose elle autorise le désaveu; mais tout ce qu'on en peut logiquement conclure, c'est qu'elle fait cesser alors la présomption de paternité. Or, de ce que la paternité n'est plus présumée, il ne s'ensuit nullement qu'elle ne puisse être prouvée. Je sais bien que cette réserve de preuve en faveur de l'enfant peut paraître ici moins nécessaire qu'au cas de l'article 315, car on doit naturellement supposer que le mari ne désavouerait pas s'il existait en effet quelques-unes de ces circonstances extraordinaires qui pussent faire croire à une gestation prolongée, et placer ainsi la conception à une date antérieure à l'impossibilité de cohabitation. Mais ce n'est toujours là qu'une induction morale qui n'exclut pas la possibilité du contraire. Or, s'il en est ainsi, pourquoi ne pas permettre à la vérité de se faire jour, lors surtout que la question de légitimité implique ici, contre l'honneur de la mère, non pas seulement,

(1) V. dans ce sens arrêt de Limoges 18 juin 1840 (J.P., tom. 114, pag. 628). On cite, au contraire; arr. de Grenoble, 12 avril 1809 (J. P., tom. 24, pag. 56), arr. 8 janv. 1812 (*ibid.*, tom. 33, pag. 216). Mais il est bien à remarquer que les motifs de ces deux arrêts constatent que dans l'espèce jugée il y avait absence des circonstances graves propres à faire supposer une gestation prolongée au delà du terme légal.

comme au cas de l'article 315, une question de commerce illicite, mais une question d'adultère?

42 *bis.* III. En réglant spécialement par l'article 314 la position de l'enfant né avant le 180e jour du mariage, et par l'article 315 celle de l'enfant né 300 jours après la dissolution, la loi a suffisamment donné à entendre que l'enfant qui naît après le premier terme et avant l'expiration du second est réputé conçu pendant le mariage, et qu'il y a lieu dès lors de lui appliquer purement et simplement les articles 312 et 313.

Mais une grave difficulté pourrait se présenter pour déterminer la filiation de l'enfant, dans le cas extraordinaire où une veuve, nonobstant la prohibition de l'article 228, se serait remariée et viendrait à accoucher d'un enfant viable 180 jours après la célébration du second mariage et moins de 300 jours après la dissolution du premier. Il est clair, en effet, que la théorie de la loi autoriserait également à placer sa conception pendant le premier ou pendant le second mariage, et à lui attribuer indifféremment pour père le premier ou le second mari. Je crois, en effet, qu'il serait permis, en pareil cas, de consacrer l'un ou l'autre résultat, et que les tribunaux devraient se déterminer par les circonstances. Mais, tout en établissant ainsi le point de droit, je dois ajouter qu'en fait la paternité du second mari est infiniment plus probable, car la précipitation même du second mariage semble la proclamer; et, dès lors, je ne concevrais guère, à moins de circonstances extraordinaires, que la sagesse des tribunaux pût hésiter à se décider plutôt par l'article 314 que par l'article 315.

42 *bis.* IV. Je vais plus loin, et quand bien même, dans notre hypothèse, l'enfant serait né avant le 180e jour du second mariage, il me semble encore qu'à moins de désaveu du second mari, c'est à lui que la paternité pourrait et devrait même en général être attribuée en vertu de l'article 314, si toutefois l'époque de la naissance de l'enfant permet de supposer légalement qu'il a été conçu depuis la dissolution du premier mariage, et que dès lors il n'est point issu d'un commerce adultérin (1). Or, pour cela, il devrait suffire qu'il fût né 180 jours après cette dissolution.

42 *bis.* V. Jusqu'à présent, j'ai supposé que la naissance dans

(1) V. ci-dessus, nº 37 *bis.* II.

les 300 jours de la dissolution du mariage arrivait dans le cours d'une seconde union. Dans cette supposition, la paternité attribuée au second mari ne prive pas l'enfant du bénéfice de la légitimité, dont on le fait jouir, au contraire, dans la famille à laquelle il appartient le plus probablement. Mais pourrait-on également faire prévaloir, sur la présomption de paternité légitime fondée sur la combinaison des articles 312 et 315, l'allégation d'une paternité simplement naturelle justifiée d'ailleurs par les moyens ordinaires d'établir cette espèce de filiation, c'est-à-dire par une reconnaissance en bonne forme (art. 334) ou par une recherche de paternité en cas d'enlèvement (art. 340)? Là encore je ne vois dans la loi aucun obstacle; car s'il y a, d'une part, présomption ou preuve légale de filiation légitime; d'autre part, il y a également preuve légale de filiation naturelle. Vainement dirait-on que la présomption de paternité légitime n'admet la preuve contraire que dans les deux cas de désaveu déterminés par les articles 312 et 313; cela est vrai pour les enfants conçus pendant le mariage. Mais quant à la présomption même de conception pendant le mariage, fondée seulement sur le calcul de la durée possible de la gestation, elle n'est pas établie d'une manière aussi précise, aussi absolue; et si elle doit suffire pour protéger l'état de l'enfant contre une simple contestation de légitimité, ce n'est pas une raison pour qu'elle exclue la preuve positive d'une autre filiation, produite par les moyens légaux. Il est, du reste, bien entendu que la reconnaissance de paternité naturelle pourra, ici comme toujours, être contestée (art. 339); qu'elle ne saurait être admise s'il en devait résulter la preuve d'un adultère, et qu'elle ne pourrait dès lors être reçue si l'enfant était né dans les 180 premiers jours du veuvage de la mère. Mais, hors ce cas, ma pensée est que les tribunaux, placés entre l'application de l'article 315 et celle de l'article 334, devront se déterminer par les circonstances du fait et prononcer suivant leur conviction. Seulement, dans le doute, la solution la plus favorable à l'honneur de la mère et à l'intérêt légal de l'enfant devrait naturellement être préférée, et l'enfant, par conséquent, être déclaré légitime. J'ajoute que, si l'enfant inscrit comme légitime avait une possession d'état conforme à son titre, toute reconnaissance ou toute recherche en sens contraire serait évidemment écartée suivant le prescrit formel de l'article 322.

43. Le mari qui ne désavoue pas l'enfant né de sa femme est censé le reconnaître, et personne ne sera reçu à se plaindre lorsque le principal intéressé gardera le silence. Sa réclamation doit avoir lieu dans un court délai, qu'il convenait de fixer diversement, suivant que le mari est présent ou absent (c'est-à-dire est ou non sur les lieux), et que la naissance lui est connue ou cachée. Le mari présent n'a qu'un mois à partir de la naissance. En cas d'absence ou de naissance cachée, la loi ne fait, avec raison, courir le délai que du retour ou de la découverte de la fraude; en outre, elle le porte à deux mois. V. art. 316.

Mais si le mari meurt dans le délai utile pour réclamer, l'état de l'enfant n'étant point encore consolidé, les héritiers peuvent contester sa légitimité dans un nouveau délai. Bien plus, le délai, qui, comme dans les deux derniers cas, est ici de deux mois, ne court pas contre les héritiers tant que le droit héréditaire, seul fondement de leur action, ne leur est pas disputé par l'enfant, c'est-à-dire tant qu'il n'y a de sa part ni prise de possession, ni trouble apporté à la possession des héritiers. V. art. 317, et remarquez que la *contestation de légitimité*, autorisée ici de la part des héritiers, est un véritable *désaveu;* la loi elle-même lui applique cette expression dans l'article suivant.

43 *bis*. I. La nécessité d'un désaveu formel existe à l'égard de l'enfant dont la filiation maternelle n'est pas contestée, et qui, ayant pour mère la femme mariée ou veuve, est légalement présumé avoir pour père le mari.

Cette nécessité s'applique, avec des conditions différentes quant au fond, mais semblables quant à la forme, et à l'enfant conçu pendant le mariage et à l'enfant conçu avant le mariage, mais né depuis sa célébration.

Ces conditions de forme sont principalement relatives :

1° A la qualité des personnes à qui le désaveu est permis;

2° Au délai dans lequel il doit intervenir.

Nous allons reprendre successivement ces deux points; mais

préalablement il importe de constater que les règles du désaveu, soit quant au fond, soit quant à la forme, ne s'appliquent pas indistinctement à toutes les contestations de légitimité qui pourraient, dans des circonstances diverses, être dirigées contre l'état de l'enfant, et qui tendraient plus ou moins directement à établir que le mari n'est pas le père.

Ainsi, ces règles ne concernent :

Ni la défense à une réclamation d'état, au cas prévu par les articles 323 et 325 (v. ci-dessous, n° 51);

Ni la contestation de légitimité autorisée par l'article 315 (v. ci-dessus, n° 42);

Ni la contestation tendant à établir contre l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage, qu'il ne peut avoir pour père le mari, par ce motif que la filiation alors serait adultérine ou incestueuse (v. ci-dessus, n° 37 *bis*. II et III);

Ni enfin l'action tendant à faire attribuer à l'enfant né plus de 180 jours et moins de 300 jours après la dissolution du mariage, et qui peut conséquemment avoir été conçu avant ou depuis cette dissolution, une filiation autre que celle d'enfant légitime du défunt (v. ci-dessus, n° 42 *bis*. IV et V).

Ainsi, dans tous ces cas, il n'est question ni de délai fatal ni de qualité spéciale pour agir, et la voie est ouverte de droit commun à tous ceux qui ont intérêt à soutenir, dans les trois premières hypothèses, l'illégitimité de l'enfant, ou à prétendre *déterminément*, dans la quatrième, qu'un autre que le mari est son père.

43 *bis*. II. Quant au désaveu, le droit de le faire est entièrement personnel au mari de son vivant. C'est de sa part l'exercice d'une sorte de magistrature domestique qui ne se lie directement à aucune idée d'intérêt pécuniaire. Ses créanciers donc, agissant aux termes de l'article 1166, ne pourraient le former en son nom. On a douté même que ce droit, d'après sa nature, pût appartenir au tuteur du mari interdit (1). Mais je crois, au contraire, que toute action en justice qui appartient au mineur ou à l'interdit peut être exercée par le tuteur, comme son représentant légal dans tous les actes civils (art. 450). Il y aurait d'ailleurs trop d'inconvénients à refuser l'action au tuteur et à paralyser ainsi l'exercice du droit pendant la

(1) Cour d'appel de Colmar, 21 janvier 1841.

durée indéfinie de l'interdiction; car on sent bien que dans ce système les délais du désaveu ne pourraient pas courir pendant l'incapacité du mari, et que l'état de l'enfant demeurerait incertain. Ajoutons que le jugement de l'affaire deviendrait plus difficile après un long espace de temps, parce que les preuves des faits justificatifs du désaveu pourraient dépérir. Par ces motifs, il faut décider, avec la cour de cassation (1), que le tuteur peut désavouer.

43 *bis.* III. Le caractère de personnalité du désaveu semblerait devoir en faire refuser l'exercice, même aux héritiers du mari. Telle était, en effet, la proposition de la section de législation (2), bien contraire en ce point au projet de la commission du gouvernement, qui, lorsque le mari était mort avant d'avoir encouru la déchéance, permettait la contestation à tous les intéressés (3). Peut-être une option franche entre ces deux systèmes eût-elle été préférable; mais la loi admet, au contraire, un terme moyen, et, prenant en considération l'intérêt pécuniaire, le seul qui subsiste après la mort du mari, elle s'attache d'ailleurs à l'idée de transmission du droit, qui, né dans la personne de celui-ci, ne peut dès lors se trouver que dans sa succession.

43 *bis.* IV. En s'attachant à cette idée, il devient évident que le droit accordé aux héritiers est absolument le même que celui qui résidait dans la personne du mari vivant. Ainsi, il est certain, quoique l'article 317 emploie une expression différente, que c'est bien de *désaveu* qu'il s'agit; du reste, le mot même est employé dans l'article 318. Cela posé, les mêmes causes sont applicables, et les mêmes moyens de justification doivent être admis. Si donc il était vrai, comme plusieurs le prétendent encore contre mon sentiment (4), que le désaveu autorisé par l'article 313 est *pour cause d'adultère* et qu'il est soumis à la condition de rapporter la preuve positive de ce fait, ce ne serait pas une raison pour refuser d'appliquer aux héritiers ce cas de désaveu. Pareillement, dans mon sentiment, où, à l'appui du désaveu fondé sur le recel de la naissance, l'adultère peut toujours être invoqué comme un des faits propres à justifier que le mari n'est pas le père, les héritiers pour-

(1) C. C., cass., 24 juillet 1844.
(2) V. Proc.-verb., séance du 14 brum. an x (Fenet, tom. 10, pag. 26).
(3) Projet de l'an VIII, tit. VII, ch. Ier, art. 7 (Fenet, tom. 2, pag. 63).
(4) V. ci-dessus, nº 39 *bis.* IV.

ront, comme le mari, proposer ce moyen. En effet, l'allégation d'adultère ne tendant pas ici à faire prononcer une peine contre la femme qui en serait reconnue coupable, on ne saurait la confondre avec la dénonciation permise au mari exclusivement par l'article 336 du Code pénal.

Il résulte encore de mon principe qu'à l'égard de l'enfant né avant le 180e jour du mariage, le désaveu des héritiers sera péremptoire comme le serait celui du mari. Ce sera, j'en conviens, un danger; car l'intérêt pourra souvent pousser les héritiers à faire un désaveu dont le mari, s'il eût vécu, se serait abstenu, et c'est alors surtout qu'il serait souverainement injuste de ne point admettre avec moi pour l'enfant désavoué la faculté de contester le désaveu au fond et de prouver par tous les moyens possibles que le mari était son père (1).

43 *bis*. V. C'est seulement pour les héritiers du mari que les termes de l'article 317 proclament la faculté de désavouer; mais la transmission des actions étant applicable, en principe, à tous successeurs universels ou à titre universel, je ne vois pas de raison dans l'esprit de la loi pour refuser cette application en ce qui concerne le droit de désaveu.

Cela posé, je permettrais le désaveu sous les conditions et dans les délais prescrits par l'article 317 :

1° Aux successeurs irréguliers;

2° Aux légataires universels ou à titre universel;

3° Aux donataires de biens à venir;

4° Au curateur à succession vacante.

43 *bis*. VI. Je l'accorderais même aux envoyés en possession provisoire ou définitive des biens du mari absent; et par là je n'entends pas dire seulement qu'après la déclaration d'absence les héritiers présomptifs de l'absent pourraient repousser la prétention qu'élèverait à l'envoi en possession un enfant né 300 jours après la disparition; car, pour cela, ils n'ont pas, selon moi, besoin de désaveu; il leur suffit de nier l'existence de la présomption de paternité, en se fondant sur l'incertitude de la durée du mariage. Mais j'entends dire que les envoyés en possession pourront, dans

(1) V. ci-dessus, n° 41 *bis* III.

les limites tracées par l'article 317, désavouer l'enfant né avant la disparition ou dans les 300 jours qui la suivent (1).

43 *bis*. VII. Une fois admis que le droit de désavouer n'appartient aux intéressés que par transmission, il s'ensuit qu'on doit le refuser aux enfants mêmes, et à plus forte raison aux autres successibles du mari, s'ils renoncent à sa succession. Évidemment encore, le droit n'appartient pas aux héritiers de la mère; et toutefois je n'entends pas dire par là que la qualité d'héritiers de la mère dût, à cause de la tache qui en résulterait pour l'honneur de celle-ci, priver les enfants communs du droit d'agir comme héritiers du mari. Sans doute, cette considération morale devra souvent les retenir; mais il n'y a point de fin de non-recevoir légale.

43 *bis*. VIII. Les intéressés qui n'ont pas qualité pour désavouer n'en devront pas moins profiter du désaveu fait par les ayant droit. Vainement l'enfant leur opposerait-il qu'ils n'ont pas été parties au jugement obtenu contre lui. Cela serait bon s'ils avaient pu en effet y être parties. Mais, dans une question qui intéresse la société entière, et dont la loi elle-même a concentré le débat entre les personnes qu'elle détermine, il faut dire que ceux qui ont régulièrement agi en vertu de leur qualité ont été les mandataires légaux de tous les autres intéressés, et que le jugement qu'ils obtiennent doit s'appliquer à tous.

43 *bis*. IX. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faudra, je crois, que le débat ait été collectivement engagé par tous ceux en qui résidait le mandat; non que j'entende refuser à chacun des héritiers le droit d'agir individuellement. Ici, en effet, comme dans tout autre cas d'indivisibilité, l'action, qui, par sa nature, ne peut s'exercer pour partie, peut l'être par chacun et nécessairement *in solidum* (v. art. 1224). Mais, si tous n'ont pas été mis en cause, la force de la chose jugée ne s'appliquera pas à ceux qui seront restés étrangers au débat, et, si elle ne s'applique pas à ceux des héritiers à qui compétait l'action et qui ne l'ont pas exercée, on ne voit pas qu'elle puisse profiter davantage aux autres intéressés. Il est clair en effet que ceux qui ont agi n'ont agi alors et n'ont pu agir qu'en leur nom personnel, car aucun en particulier n'était investi du mandat légal qui résidait en tous collectivement.

(1) V. tom. 1er, nos 158 *bis*. II et 177 *bis*. XII.

43 *bis*. X. Les délais fixés pour le désaveu du mari ou pour celui des héritiers sont évidemment de rigueur, car le désaveu est une exception admise par la loi à la présomption de paternité qu'elle a consacrée. Or, une exception ne peut s'étendre hors des termes précis dans lesquels elle est établie. Remarquons, au reste, qu'outre la déchéance qui pourrait résulter de l'expiration des délais, on devrait à plus forte raison admettre comme fins de non-recevoir tous les faits et circonstances d'où il résulterait que la légitimité de l'enfant aurait été reconnue par ceux à qui compétait le droit de le désavouer (arg. de l'art. 314). Quoi qu'il en soit, les délais varient et quant à leur durée et quant à leur point de départ, suivant les distinctions indiquées par la loi.

43 *bis*. XI. Quant au mari, il a paru raisonnable non-seulement de suspendre le cours du délai, tant que son absence (c'est-à-dire ici sa non-présence sur les lieux) ou l'ignorance dans laquelle il a été tenu mettent obstacle à son action, mais de doubler alors la durée : à cet égard, on a pensé apparemment qu'un certain temps lui était nécessaire pour éclaircir les faits, peut-être déjà anciens, qui doivent le déterminer à une démarche aussi grave. Quoi qu'il en soit, l'absence ou le recel de la naissance étant des circonstances purement accidentelles, c'est au mari qui veut jouir du délai plus long à fournir la preuve de ces circonstances.

43 *bis*. XII. A l'égard des héritiers, il est d'abord bien à remarquer que, le droit ne leur appartenant que par transmission, il faut pour cela que le mari n'en ait pas été déchu de son vivant. C'est évidemment ce que veut dire la loi quand elle suppose sa mort *dans le délai*. Du reste, sa disposition s'appliquerait *à fortiori* si le décès du mari avait eu lieu avant l'ouverture même du délai, *puta*, s'il était mort avant la naissance. Mais, sous cette condition, ils ont un délai propre sur lequel ne s'impute point la portion de temps écoulé contre le mari de son vivant. Le délai ici est indistinctement celui qui serait accordé au mari dans les cas spéciaux de fraude ou d'absence; il y a, en effet, même raison. Mais, ici, l'intérêt pécuniaire étant le principal mobile de l'action, c'est la possession de l'hérédité prise ou disputée par l'enfant qui sert de point de départ. J'ajoute, et cela me semble évident, que ce serait à l'enfant qui soutiendrait la déchéance à fournir la preuve des faits positifs de possession prise ou de trouble apporté par lui.

43 *bis*. XIII. La suspension du cours des délais n'a pour but que de préserver de la déchéance, tant qu'il y a eu raison de ne pas agir. Mais il ne s'ensuit nullement que l'action soit non recevable avant le moment qui sert de point de départ. Ainsi, le mari qui ne s'est point trouvé sur les lieux de la naissance, mais à qui la nouvelle est parvenue, pourrait certainement faire son désaveu sans attendre son retour; et le même droit appartiendrait aux héritiers, quoique non troublés actuellement dans la possession des biens du défunt. Souvent même il sera sage d'en agir ainsi pour ne point laisser dépérir les preuves.

43 *bis*. XIV. De la combinaison des articles de la loi il semble bien résulter que le désaveu, soit du mari, soit des héritiers, doit être exprès; mais la loi n'a pas précisément déterminé la forme de l'acte qui doit le contenir. Ce peut être un acte extrajudiciaire, pourvu qu'il soit suivi d'action en justice dans le délai déterminé par l'article suivant. Mais rien n'empêcherait de le faire dès le début par acte judiciaire, soit exploit introductif d'instance, soit conclusions en défense à une action dirigée au nom de l'enfant. Quant à l'acte extrajudiciaire, rien ne prescrit même de le signifier. Tout ce qu'il importe, c'est qu'il ait date certaine. Le mieux, je crois, sera de le faire par-devant notaire, sous la simple forme de protestation; mais on pourrait aussi le faire par acte d'huissier, et le signifier alors soit à l'enfant lui-même s'il est majeur, soit, dans le cas plus fréquent de minorité, à la mère, qui, outre son intérêt propre, est la seule personne qui, jusqu'à la nomination du tuteur *ad hoc*, ait un titre légal pour protéger les intérêts de l'enfant. Du reste, on le répète, tout ce qu'il faut, c'est que, dans un acte quelconque ayant date certaine et intervenu dans les délais, il y ait déclaration expresse de désaveu.

44. Un simple acte extrajudiciaire, intervenu dans les délais fixés, suffit pour préserver le mari ou ses héritiers de la déchéance, mais non pour autoriser à laisser indéfiniment dans l'incertitude l'état de l'enfant. De là la nécessité d'intenter une action dans un nouveau délai d'un mois, passé lequel le désaveu sera comme non avenu. Du reste, comme l'enfant, ordinairement mineur, doit être défendu par un tuteur (art. 459), et que sa position particulière ne permet pas de lui appliquer les

règles du droit commun sur la tutelle, l'action doit être dirigée contre un tuteur *ad hoc* qui lui sera donné. En outre, sa mère, dont l'intérêt dans cette circonstance est évident, doit être appelée pour être présente au procès. V. art. 318.

44 *bis*. I. Le délai pour intenter l'action après le désaveu par acte extrajudiciaire est fatal, et la loi elle-même s'en explique, puisqu'elle déclare, après son expiration, le désaveu *non avenu*. Si pourtant ce délai, qui part indistinctement du jour où le désaveu est intervenu, venait à expirer avant celui que les articles 316 et 317 accordaient pour faire le désaveu, je ne vois pas pourquoi le bénéfice du premier délai ne subsisterait pas pour permettre de désavouer de nouveau : soit par un acte extrajudiciaire qui procurerait un nouveau délai d'un mois, soit par action directement intentée (1).

44 *bis*. II. C'est une action en justice qui doit être intentée dans le délai d'un mois, et c'est mal à propos, je crois, que l'on considérerait comme remplissant le vœu de la loi une simple citation en conciliation donnée dans le délai et suivie plus tard d'assignation (2). Vainement opposerait-on l'article 2245 et l'article 57 du Code de procédure, qui donnent à la citation suivie d'assignation dans les délais de droit l'effet d'interrompre la prescription; car il s'agit ici, non d'une prescription proprement dite, mais d'un délai de rigueur auquel ne s'appliquent pas les causes ordinaires de suspension ou d'interruption. Ajoutons, quoique ce motif seul pût ne pas paraître déterminant, que la citation en conciliation serait ici un acte frustratoire, car, la matière n'étant pas susceptible de transaction, la demande n'est pas sujette au préliminaire de conciliation (C. pr., art. 48).

44 *bis*. III. L'action se dirige contre un tuteur *ad hoc* en présence de la mère. En établissant cette règle, la loi suppose que l'enfant est mineur et que sa mère est vivante. Il est évident que si l'enfant est majeur et non interdit, il ne peut y avoir lieu à le faire représenter par un tuteur. Mais la mise en cause de la mère vivante serait toujours exigée, car celle-ci a toujours son honneur à défendre; elle seule d'ailleurs est à même de fournir certaines explications dans

(1) V. C. C., rej., 4 avril 1837 (J. P. I-1837, pag. 542).
(2) V. pourtant C. C., rej., 9 nov. 1809.

l'intérêt de l'enfant comme dans le sien. Du reste, cette double considération étant entièrement personnelle à la mère, il est clair que si celle-ci était morte, ou même si elle venait à mourir pendant l'instance, personne ne devrait être appelé à sa place. Quant à la présence de la mère vivante, la loi la prescrit du moment même où l'action est intentée. Il est naturel d'en conclure que la mère doit être assignée en même temps que le tuteur; et la double assignation doit, à peine de déchéance, être donnée dans le délai fixé (1).

44 *bis*. IV. La nomination d'un tuteur *ad hoc* devait être exigée, et je la crois en effet nécessaire toutes les fois que l'enfant ne sera pas personnellement capable de se défendre. En effet, dans les cas ordinaires où le désaveu sera fait par le mari lui-même du vivant de la mère, le défendeur mineur qui est provisoirement en possession de l'état d'enfant légitime ayant père et mère, n'est pas actuellement en tutelle. Mais lors même que la mort d'un des deux parents survenue avant le désaveu l'aurait placé sous la tutelle du survivant, il est impossible de le faire ici représenter par ce survivant. Cela est évident si c'est le mari, puisqu'il est lui-même l'adversaire, mais cela est vrai même pour la mère, qui a un rôle propre à jouer dans l'instance. Que si le mineur, au refus de la mère survivante, était pourvu d'un autre tuteur, et pareillement au cas d'interdiction, la nécessité d'un tuteur *ad hoc* peut paraître moins évidente; et cependant, comme le tuteur en fonction sera, le plus souvent, un membre de la famille, ou que, hors le cas de l'article 506, il sera choisi par elle, il y aura par là même opposition d'intérêt et par conséquent suspicion légitime, ce qui justifie suffisamment l'établissement d'un tuteur *ad hoc*. Rien n'empêchera, du reste, de confier cette mission spéciale même au tuteur en fonction s'il est jugé digne de cette confiance.

44 *bis*. V. Mais comment et par qui sera nommé le tuteur *ad hoc*? La loi ne l'a pas dit; et, dans son silence, les uns veulent qu'il soit nommé par un conseil de famille composé, suivant le droit commun, de parents paternels et maternels, en considérant provisoirement comme parents paternels les parents du mari; d'autres, parce que la paternité est mise en question, excluent les parents du mari, et ne voient pas qu'en suivant cette idée il faudrait exclure aussi les pa-

(1) V. pourtant C. de Caen 31 janv. 1836. Mais je doute que cet arrêt doive faire jurisprudence.

rents maternels; car c'est la légitimité qui est en question, et l'enfant, s'il était déclaré illégitime, n'appartiendrait pas plus à la famille de sa mère qu'à celle de son prétendu père. Pour moi, en m'attachant principalement à la considération d'opposition d'intérêt entre l'enfant et la famille entière, je crois qu'il convient mieux de ne point faire nommer le tuteur par la famille, mais par le tribunal devant qui l'action devra être portée, et à qui il appartient par là même de prendre les mesures nécessaires pour constituer la régularité de la procédure. C'est ainsi qu'au cas de l'article 2208 c'est le tribunal qui nomme à la femme mariée le tuteur nécessaire pour la poursuite en expropriation. Il est vrai que dans une autre matière, celle du partage judiciaire, c'est dans la forme ordinaire qu'a lieu la nomination du tuteur spécial prescrite par l'article 838. Mais il a fallu pour cela une disposition spéciale (C. pr., art. 968).

Quoi qu'il en soit, c'est évidemment à la diligence du demandeur que la nomination doit être faite; c'est à lui à se mettre en mesure pour pouvoir dans les délais intenter régulièrement son action.

CHAPITRE II.

DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES.

45. On l'a déjà dit : il n'est point question dans ce chapitre des preuves de la légitimité, effet civil du mariage qui ne peut être réclamé que dans les termes des articles 194 et suivants. Le cas ici prévu est celui où le mariage entre deux personnes étant prouvé, ou non dénié, une autre personne se prétend issue de ce mariage. Les preuves qu'elle doit fournir de sa filiation ne sont pas les mêmes que celles qui seraient exigées pour établir la filiation naturelle.

45 *bis*. Une autre observation non moins nécessaire pour prévenir la fausse application des principes posés au chapitre précédent, c'est que les divers documents présentés ici comme moyens de preuve de la filiation légitime ne sont pas tels par cela seul qu'ils indiqueraient la maternité d'une femme mariée. Car, si l'indication de

la mère, sans relation directe au mari comme père, est accompagnée de circonstances qui fassent planer le soupçon d'adultère, cette indication, selon moi, au lieu de se compléter par la présomption légale de paternité du mari, deviendra au contraire insuffisante pour former document légal de la maternité elle-même (v. art. 335 et 342).

Que si l'indication de maternité est telle qu'elle ne repousse ni ne favorise la supposition de paternité du mari, ce ne sera pas encore, à mon avis, le cas d'appliquer l'article 312 avec toutes les conséquences développées au chapitre précédent, sur la forme et les conditions du désaveu; car, dans ce chapitre, on suppose une maternité déjà constante. Mais quand la maternité elle-même est en question, tout ce qu'on peut faire de plus favorable pour celui qui a tout à prouver, c'est d'attacher au fait simple de maternité, quand il l'aura prouvé, une présomption de paternité suffisante pour dispenser d'en fournir d'autre preuve, mais admettant d'ailleurs la preuve contraire et par tous les moyens possibles.

C'est par application de cette doctrine que nous verrons la force de la possession d'état subordonnée à la condition de se rattacher au père et d'émaner de lui (v. art. 321).

C'est ainsi encore que nous verrons la preuve de non-paternité du mari autorisée *par tous les moyens possibles* dans l'article 325, après que l'enfant admis à la preuve par témoins de sa filiation légitime a prouvé le fait de la maternité.

C'est ainsi enfin que, croyant saisir à cet égard la pensée du législateur, nous conclurons de la combinaison de l'article 319 avec l'article 57 que l'acte de naissance ne fera preuve de la filiation légitime, ou du moins n'en fera preuve complète, qu'autant qu'il indiquera le père et la mère.

46. La preuve la plus ordinaire de la filiation des enfants légitimes se trouve dans l'acte de naissance, qui doit en général contenir les déclarations relatives tant à la paternité qu'à la maternité (art. 57). Ces déclarations, quoique émanées de simples particuliers, font pleine foi, lors, bien entendu, que l'acte qui les contient est régulièrement dressé, et pourvu spécialement que cet acte soit inscrit sur les registres de l'état civil. V. art. 319; et remarquez : 1° que l'acte de naissance fait bien preuve de la filiation du dénommé, mais qu'il ne

peut dispenser le porteur de prouver son identité; 2° que pour être admis à faire cette preuve par témoins, le réclamant qui produit l'acte de naissance n'a pas besoin, comme au cas de l'article 323, de fournir un autre commencement de preuve.

46 *bis*. I. La foi traditionnelle accordée à l'acte de naissance pour l'établissement de la filiation légitime ne repose précisément, ni sur la force inhérente à l'aveu écrit, ni sur l'autorité qui s'attache au caractère de l'officier public rédacteur; car l'officier public ne constate que les déclarations qui lui sont faites, et ces déclarations ne portent pas essentiellement et uniquement sur des faits personnels à leur auteur. En effet, ce n'est pas toujours par le père que la naissance est déclarée; et lors même que c'est lui qui déclare, sa déclaration n'est pas un simple aveu de sa paternité : c'est, avant tout, la constatation de la maternité qu'il attribue à sa femme, sans la participation de celle-ci. Il est clair donc que toute la force probante de l'acte de naissance, en ce qui touche la filiation, réside dans le témoignage; ce qui, à première vue, pourrait paraître en contradiction avec la défiance manifestée par la loi elle-même en cette matière contre la preuve testimoniale (v. art. 323). Mais cette théorie fondée d'abord sur la nécessité d'asseoir sur une base solide l'état des personnes, se justifie d'ailleurs par les circonstances dans lesquelles le témoignage est rendu; c'est dans les premiers jours de la naissance, dans un moment où les fraudes sont moins probables et peut-être plus faciles à découvrir. Ajoutons que les personnes qui le rendent sont, par leur titre ou, en tout cas, par leurs rapports avec la mère, moins exposées à l'erreur que des témoins qu'on appellerait plus tard à déposer sur des faits plus ou moins précis, et sur lesquels leurs souvenirs mêmes pourraient les tromper.

46 *bis*. II. La foi due à l'acte de naissance est pleine et entière; cet acte *prouve;* toutefois, cela ne veut pas dire qu'il exclut la preuve contraire: car c'est seulement quand il y a possession d'état conforme que cette exclusion est prononcée (art. 322). Mais ne faut-il pas, du moins, pour faire la preuve contraire, prendre la voie de l'inscription de faux? Cela est incontestable s'il s'agit de contredire les assertions de l'officier de l'état civil, de nier la vérité

des signatures apposées, ou si l'on prétend que la pièce est fabriquée, falsifiée ou altérée. Que si, au contraire, on se borne à soutenir que la filiation a été faussement déclarée à l'officier de l'état civil, ce n'est pas proprement un faux dont on se plaint; et il en résulte, selon moi, qu'il n'y a pas lieu à inscription de faux. A la vérité, on a jugé, et plusieurs enseignent encore, que la déclaration mensongère, dans un acte, quand elle porte sur des faits dont l'acte est destiné à faire foi, constitue le crime de faux. Mais je ne crois pas qu'on pût le juger ainsi aujourd'hui sous l'empire du Code pénal, qui définit ce genre de crime; car le cas dont il s'agit ne me paraît rentrer dans aucune des catégories spécifiées par les articles 145, 146, 147 dudit Code. Ce qu'il y a, c'est faux témoignage; et c'est en effet la peine du faux témoignage qui est appliquée indistinctement par la loi à celui qui attribuerait à une femme un enfant dont elle n'est pas accouchée (C. pén., art. 345; v. à ce sujet C. pén., art. 363) (1).

46 *bis*. III. L'acte de naissance prouve la filiation des enfants légitimes, c'est-à-dire qu'il fait foi de la filiation qu'il indique, si d'ailleurs cette filiation est légitime; mais il ne fait pas preuve de la légitimité, quand même il la mentionnerait. En effet, la légitimité est et ne peut être qu'une conséquence du mariage. Si donc le mariage est nié, il en faudra fournir la preuve dans les termes des articles 194-199 (2). En l'absence de cette preuve spéciale, non-seulement l'acte de naissance ne pourra y suppléer, mais il ne constitue même pas alors la preuve légale de la filiation; car on ne se trouvera plus dans les termes de l'article 319.

46 *bis*. IV. L'acte prouve la filiation du dénommé, mais il ne saurait prouver que ce dénommé soit la personne qui le produit. Il reste donc à établir l'identité. Seulement, comme il résulte de l'acte qu'il est né un enfant, l'impossibilité où sont les adversaires de produire cet enfant ou d'indiquer ce qu'il est devenu donne une certaine probabilité à la prétention de celui qui présente l'acte et veut se le faire appliquer. Aussi l'identité pourra-t-elle se prouver par tous les moyens possibles et sans autre commencement de preuve. Ce n'est, en effet, qu'en l'absence de titre que le commencement de preuve est exigé (v. art. 323).

(1) V. tom. 1er, nº 90 *bis*. V; v. aussi C. C., rej., 12 juin 1823.
(2) V. tom. 1er, nos 277-282; v. notamment nº 279 *bis*. VI.

46 *bis*. V. La foi attribuée à l'acte de naissance est expressément subordonnée à son inscription sur le registre de l'état civil. Ainsi l'acte inscrit sur une feuille volante ne constituerait pas une preuve légale et complète; mais cela ne veut pas dire que cet acte fût absolument sans valeur; et je ne concevrais pas qu'on refusât d'y voir soit un commencement de preuve par écrit, si le père y a été partie, soit dans tous les cas un indice grave pouvant déterminer, aux termes de l'article 323, l'admission à la preuve testimoniale. Bien plus, comme dans les matières où la preuve testimoniale est admise les juges peuvent aussi se déterminer par des présomptions abandonnées à leur sagesse (art. 1353), je crois qu'ils pourront, en ayant égard aux circonstances, prendre pour base de leur décision l'acte inscrit sur une feuille volante; comme aussi ils pourraient, au contraire, n'y avoir aucun égard.

46 *bis*. VI. L'inscription sur les registres n'est pas la seule condition constitutive de la régularité d'un acte de naissance. Il doit avoir été dressé dans les délais (v. art. 55), sur la déclaration des personnes ayant qualité (v. art. 56); il doit aussi contenir les énonciations prescrites, et notamment les noms des père et mère (v. art. 57) Maintenant n'est-il pas à croire que la loi, en accordant une si grande foi à l'acte de naissance, a supposé sa régularité? S'il en est ainsi, l'acte irrégulier ne sera pas pour cela frappé de nullité; mais du moins les juges pourront-ils, en appréciant la gravité de l'infraction, lui accorder plus ou moins de foi : ce qui permettrait d'appliquer ici ce que nous venons de dire pour l'acte inscrit sur une feuille volante.

46 *bis*. VII. Ce point admis, devra-t-on en conclure que l'acte ne fera pas preuve complète lorsque, étant sous tous autres rapports régulier, et contenant l'indication de la mère femme mariée, il n'indiquera pas le mari comme père? Pour la négative, on dit que cette omission est indifférente, et que, par l'effet de la présomption légale, le mari est virtuellement indiqué comme père, par cela seul que sa femme est indiquée comme mère. En suivant ce raisonnement, les plus hardis arrivent à soutenir qu'il en doit être ainsi, soit que la mère indiquée le soit sous son nom de femme ou qu'elle le soit seulement sous son nom de fille, et quand même un autre que le mari serait indiqué comme père. Car, disent-ils, cette indication même doit disparaître devant la force de la présomption légale. Tout ce

qu'ils accordent, principalement dans les deux derniers cas, c'est que la naissance alors doit être réputée cachée au mari, et que celui-ci ou ses héritiers seraient admis à désavouer dans les termes de l'article 313, en observant d'ailleurs les formes et conditions prescrites par les articles 316-318.

Pour moi, tout en convenant que ce sentiment est appuyé de graves autorités, et qu'il a même été consacré par des arrêts, j'aurais beaucoup de peine à m'y rendre. Il est certain que l'omission de l'indication du père dans l'acte de naissance d'un enfant légitime serait une contravention à l'article 57; or ce qui, selon moi, fait précisément la gravité de cette contravention, c'est que, le père se trouvant tout naturellement révélé par l'effet de la présomption légale, il était bien facile de l'indiquer dans l'acte. Si donc on ne l'a pas fait, c'est probablement dans une intention qui dépose contre la légitimité de l'enfant. Cette raison s'applique dans le cas même où la prétendue mère est indiquée sous son nom de femme; mais, à plus forte raison, doit-on concevoir des soupçons graves lorsqu'elle l'a été seulement sous son nom de fille, et surtout si un autre que le mari a été indiqué comme père? Ma conclusion serait donc que dans tous ces cas l'acte ne prouverait ni la paternité ni la maternité, et que la prétention de l'enfant à la légitimité pourrait être combattue par tous les intéressés.

47. Il serait quelquefois impossible à un enfant de représenter son acte de naissance, lors même que cet acte existerait. Sa possession d'état doit y suppléer; car il arrivera bien rarement qu'un enfant étranger à la famille réunisse en sa faveur les diverses circonstances dont se compose cette possession. V. art. 320.

La possession est un fait qui, en matière d'état comme en toute autre, fait en général supposer le droit. La possession d'un état quelconque consiste dans l'exercice paisible et constant des droits et prérogatives attachés à cet état; elle se constitue conséquemment d'une réunion de faits. La possession d'état en matière de filiation consiste dans tous les faits qui indiquent les rapports de parenté entre un individu et la famille à laquelle il se prétend rattaché par sa filiation. La loi

énumère ici les principaux de ces faits, qui se résument tous dans ces trois mots usités dans les auteurs : *nomen*, *tractatus*, *fama*. V. art. 321.

47 *bis*. I. La loi définit la possession d'état en cette matière dans la première partie de l'article 321. Cette possession est le résultat d'une réunion *suffisante* de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté. Ce n'est ensuite qu'énonciativement que sont exprimés dans les paragraphes suivants les principaux de ces faits. J'en conclus qu'il n'est pas absolument nécessaire pour constituer la possession d'état qu'il y ait réunion complète de toutes les circonstances marquées par la loi; et c'est aux juges à apprécier, suivant les cas, si la réunion de faits est *suffisante*. Évidemment, par exemple, celui qui serait né après la mort de son père ne saurait remplir la condition d'avoir été traité par lui comme son enfant, et sa possession d'état pourrait n'en être pas moins complète.

47 *bis*. II. C'est au mari, comme père, que doit se référer la possession d'état d'enfant légitime. La loi l'indique assez quand elle suppose que c'est le nom du père prétendu qui a été porté, et que c'est comme son enfant qu'il a été par lui traité et comme tel reconnu dans la société et dans la famille. Quant à l'enfant que sa possession d'état rattacherait seulement à une mère femme mariée, quand rien d'ailleurs n'indiquerait que le mari a connu son existence, et surtout s'il n'a pas porté le nom de celui-ci, il est évident que cette possession serait plutôt contraire que conforme à sa prétention. Aussi, loin qu'il pût s'en appuyer pour se rattacher au mari par l'effet de la présomption de paternité, une possession semblable, indice d'une filiation adultérine, ne constituerait pas même preuve légale de la maternité.

47 *bis*. III. La possession d'état doit avoir un caractère de fixité et de continuité qui remonte jusqu'à la naissance : c'est ce qu'exprime la loi quand elle veut que le nom ait *toujours* été porté et que la filiation ait été *constamment* reconnue. On comprend, en effet, qu'une possession qui n'aurait commencé qu'à un certain âge pourrait être le résultat d'un concert frauduleux tendant à déguiser une adoption. Toutefois, comme il est assez rare qu'une possession d'état s'établisse après coup, ou qu'elle cesse et reprenne par intervalle, je crois que la possession actuelle doit en général faire supposer la

conformité de la possession antérieure et sa continuité, tant que les adversaires n'établiront pas l'époque fixe de son commencement postérieur à la naissance ou les interruptions qu'elle aurait éprouvées.

47 *bis*. IV. La possession d'état, si elle est niée, aura besoin d'être prouvée, et l'on ne pourrait, sans injustice, refuser absolument à celui qui l'invoque le droit d'être admis à cette preuve. La preuve portera sur les faits dont la réunion constitue la possession d'état. Quant à la manière de la faire, la loi n'ayant rien dit, la conclusion naturelle c'est que l'on doit admettre tous les moyens possibles, par conséquent même le témoignage ou les présomptions sans autre commencement de preuve. Cela est incontestable lorsque l'acte de naissance est produit, et que la possession d'état n'est invoquée que comme moyen d'établir l'identité (v. ci-dessus n° 46 *bis*. IV). Mais s'il n'y a pas d'acte de naissance, la question paraît plus délicate, car on peut soutenir que les termes de l'article 323 sont alors applicables, puisqu'il n'y a pas de titre et que la possession d'état, par cela seul qu'elle est niée, n'est pas dès à présent *constante*. Il est vrai qu'elle pourrait le devenir si la preuve en était fournie; mais admettre sans condition à cette preuve, qui n'est toujours qu'un moyen d'établir la filiation, ne serait-ce pas éluder la loi, qui ne permet pas de prouver par témoins la filiation sans un commencement de preuve? Toutefois j'aurais peine à admettre cette interprétation rigoureuse; les faits constitutifs de la possession d'état, comme en général tous les faits de possession, sont des faits précis, positifs, notoires, sur lesquels la preuve testimoniale offre peu de dangers. Pourquoi donc, à cet égard, en aurait-on restreint l'usage?

Il en est autrement des autres faits par lesquels on prétendrait, indépendamment de la possession d'état, établir sa filiation. Ceux-là sont ordinairement obscurs, difficiles à contredire, et prêtant par là même davantage aux inventions de la fraude. Cela explique pourquoi la loi doit subordonner alors à la condition d'un commencement de preuve l'admission de la preuve testimoniale. Il est vrai que cette condition est exigée quand la possession d'état n'est pas *constante;* mais cela ne veut pas dire qu'elle le soit pour la preuve à fournir de la possession d'état toutes les fois qu'elle sera niée. Peut-être, en effet, la loi a-t-elle seulement voulu dire que la possession d'état ne pourrait servir si elle n'a pas eu ce caractère de *constance*, c'est-à-dire de continuité que semble exiger l'article 321.

Mais, quand même ici le mot *constante* devrait s'entendre dans un autre sens, et que, suivant l'acception dans laquelle sont employés à la fin de l'article les mots *faits constants*, il fût considéré comme synonyme de *certaine*, ce ne serait pas une raison pour priver du droit de démontrer cette certitude, et cela par tous les moyens possibles. Car, à la différence de la fin de l'article où les faits qui peuvent suppléer au commencement de preuve par écrit doivent être *dès lors constants*, c'est sans aucune addition qu'il est parlé ici de *possession constante*.

48. Le titre et la possession réunis se prêtent une force mutuelle. La possession est la meilleure preuve de l'identité du réclamant avec l'enfant dont la naissance et la filiation sont constatées par l'acte. Leur concordance rend la fraude trop invraisemblable pour qu'il soit permis de la supposer. Ainsi l'acte de naissance isolé ne fait point preuve complète si l'identité est déniée; ni cet acte ni la possession d'état, séparés l'un de l'autre, n'excluent la preuve contraire; mais la possession conforme au titre rend l'état inattaquable. V. art. 322.

48 *bis*. I. La fin de non-recevoir proclamée ici s'élèverait, selon nous, contre toute prétention tendant à contredire la sincérité de la déclaration de filiation contenue en l'acte de naissance (v. ci-dessous n° III). Mais il faut pour appliquer les termes de la loi que ce titre soit réellement celui de la personne dont la possession d'état est conforme. Il est vrai que la possession d'état elle-même le fera naturellement supposer; car, comme nous l'avons dit, elle est en général la meilleure preuve d'identité. Quoi qu'il en soit, il serait possible que cette identité n'existât pas, et que la possession d'état, fruit de l'erreur ou de la fraude, eût été appliquée à un enfant autre que celui pour lequel l'acte de naissance a été dressé. Dès lors, les termes de la loi ne s'y opposant pas, je ne vois pas pourquoi la contestation d'identité ne serait pas admise. Que si elle triomphait, la possession d'état ne pouvant plus s'appuyer sur l'acte de naissance, ne produirait plus l'effet indiqué par notre article. Ajoutons qu'il serait même bien difficile de laisser à la possession d'état ainsi isolée l'effet ordinaire de prouver la filiation jusqu'à preuve contraire. Car presque toujours cette preuve contraire se trouvera tout

acquise par cela seul qu'on aura démontré la fausse application de l'acte de naissance.

48 *bis.* II. La fraude évidemment pourrait ne pas consister seulement à mettre, après coup, comme on vient de le supposer, un enfant en possession de l'état constaté par l'acte de naissance d'un autre. On la concevrait commise dès l'origine, dans la rédaction même de l'acte de naissance, et continuée ensuite par la possession d'état. Mais, quelque odieuse que fût cette fraude, heureusement très-rare, il faut bien reconnaître qu'elle resterait sans réparation possible; car on serait alors dans les termes précis de notre article 322. Vainement prétendrait-on, au contraire, en s'appuyant de l'article 323, que, l'enfant alors étant inscrit *sous de faux noms*, la filiation véritable pourrait, à l'aide d'un commencement de preuve, être prouvée par témoins. S'il en était ainsi, la disposition de l'article 322 deviendrait complétement inutile; car il n'est pas de cas où l'on ne pût se placer ainsi dans les termes de l'article 323 pour échapper à l'application de l'article 322. Pour concilier tout, il faut dire que le droit de se prétendre *inscrit sous de faux noms*, à l'effet de réclamer un état contraire, n'appartiendra qu'à l'enfant qui, n'ayant point une possession d'état conforme, peut, suivant le droit commun, combattre par la preuve contraire celle qui résulte de l'acte de naissance (v. ci-dessus, n° 46 *bis.* II).

48 *bis.* III. Suivant notre théorie, l'effet de la possession d'état conforme, quand elle s'applique réellement à l'enfant dénommé en l'acte de naissance, est de consolider pleinement la foi de la déclaration contenue dans cet acte, foi qui autrement n'aurait lieu que jusqu'à preuve contraire. Mais si, au lieu de prétendre que la déclaration a été mensongère, on soutenait qu'elle n'a pas été faite telle qu'elle se trouve énoncée dans l'acte produit, soit qu'il y ait eu à cet égard faux commis par l'officier de l'état civil dans la rédaction de l'acte (v. C. pén., art. 146), soit qu'il y ait eu altération postérieure (v. C. pén., art. 145), on se demande si l'on ne pourrait pas alors, en faisant tomber l'acte, par l'effet d'une procédure en faux, isoler la possession d'état, et échapper ainsi à l'application de l'article 322. A cet égard, je distinguerais entre les deux cas proposés. Dans le premier, l'inscription de faux elle-même me paraît interdite par les termes de l'article, car la possession d'état est conforme à l'acte tel qu'il a été primitivement dressé, et c'est toujours sa foi originaire

qu'il s'agirait d'attaquer. Dès lors, je ne vois pas pourquoi l'on admettrait plus facilement l'allégation d'un faux commis par l'officier public dans la rédaction que celle d'une déclaration mensongère par les parties. Mais lorsqu'on soutient que l'acte tel qu'il est produit n'est pas l'acte primitif, et qu'on se plaint d'un faux matériel, je crois qu'il en serait autrement, et que l'inscription de faux devrait être admise. Car cette procédure tendrait précisément à soustraire légalement la cause à l'application de l'article 322, en prouvant que la possession d'état n'est pas conforme au véritable titre de naissance (1).

48 *bis*. IV. La fin de non-recevoir tirée de la conformité du titre et de la possession d'état peut quelquefois, comme nous l'avons vu, couvrir des fraudes et empêcher la vérité de se faire jour. C'est le propre de toutes les règles absolues, qui, pour la protection d'un intérêt général, ne reculent pas devant la crainte de quelques rares injustices. Mais, s'il peut être de la sagesse du législateur d'en agir ainsi, il est du devoir de ceux qui appliquent la loi de la renfermer alors strictement dans le cas qu'elle a prévu. Cela posé, prenons garde que notre règle s'applique, dans la pensée du législateur, à la preuve de la filiation, et qu'elle n'a aucun trait à la preuve de la légitimité. Ainsi, le titre de naissance et la possession conforme n'empêcheraient pas de contester à ce point de vue l'état de l'enfant, soit en niant le mariage des père et mère, soit en le soutenant nul. Pareillement, les conditions du désaveu se trouvant exclusivement réglées au chapitre précédent, s'il était possible de supposer que la possession d'état a pu s'acquérir avant que fût encourue par le mari ou par ses héritiers la déchéance du droit de désavouer, il ne pourrait résulter de notre article aucune fin de non-recevoir contre le désaveu.

Enfin, notre règle n'étant proclamée que pour la preuve de la filiation légitime, il me paraîtrait abusif de l'appliquer à la preuve de la filiation naturelle (v. ci-dessous, n° 67 *bis*. III).

49. L'enfant qui n'a en sa faveur ni titre ni possession constante n'est pas pour cela privé du droit de réclamer son état;

(1) Cette distinction est indiquée dans les motifs d'un arrêt de la cour d'Amiens du 9 août 1821 qui déclare l'inscription de faux inadmissible parce qu'elle ne porte pas sur l'état matériel de l'acte (J. P. tom. 65, pag. 405), pourv. rej. 12 juin 1823 (*ibid.* tom. 67, pag. 161).

il peut, sous les modifications qui vont être indiquées, se faire admettre à la preuve testimoniale. On sent, du reste, qu'on doit considérer comme sans titre celui qui est inscrit comme né de père et mère inconnus; il en est de même de celui qui prouve qu'il a été inscrit sous de faux noms, puisque le résultat de cette preuve est de détruire le titre. V. art. 323, al. 1.

49 *bis*. I. C'est lorsque manquent à la fois le titre et la possession d'état qu'il est besoin, pour y suppléer, de recourir à la preuve testimoniale. Cela est évident, puisque soit le titre, soit la possession d'état suffiraient pour faire preuve complète. Mais ni le titre ni la possession d'état, à moins qu'ils ne soient réunis, n'excluant la preuve contraire, il reste permis de prétendre à un état différent de celui qui résulterait de l'un de ces documents isolé. Et, comme le réclamant n'aurait alors à l'appui de sa prétention ni titre ni possession d'état, nous n'hésitons pas à dire qu'il serait dans les termes de notre article 323, et admissible par conséquent, sous les conditions ici déterminées, à prouver sa filiation par témoins.

49 *bis*. II. Il y a défaut absolu de titre lorsqu'il n'est produit aucun acte de naissance applicable à la personne dont l'état est en question. Mais la loi assimile avec raison à ce cas celui où, l'enfant étant inscrit comme né de père et de mère inconnus, l'acte produit n'indique vraiment aucune filiation. Bien plus, elle met encore sur la même ligne le cas où l'enfant est inscrit *sous de faux noms*, ce qui, évidemment, s'appliquerait soit à l'inscription sous des noms imaginaires, soit à l'inscription sous le nom de personnes déterminées, que l'enfant prétendrait n'être pas ses père et mère véritables. Nous remarquons seulement que, dans cette dernière hypothèse, il pourrait y avoir possession d'état conforme. Or, s'il en était ainsi, la prétendue fausseté des noms ne pourrait être démontrée, car, comme nous l'avons vu, l'article 322 interdirait toute réclamation (v. ci-dessus, n° 48 *bis*. II).

50. Quoi qu'il en soit, le principe qui, en toute matière, restreint dans d'étroites limites l'emploi de la preuve testimoniale commandait ici, à cause de la gravité des intérêts et de la facilité des fraudes, une application sous certains rapports plus rigoureuse. La loi, en conséquence, sans tenir compte ici

de ce que l'absence de preuve écrite n'est pas imputable à la faute du réclamant (v. à ce sujet art. 1341-1348), exige pour l'admettre à la preuve testimoniale qu'il ait en sa faveur un commencement de preuve. Mais, d'un autre côté, tandis qu'en matière ordinaire le commencement de preuve, lorsqu'il est requis, doit nécessairement être par écrit, il peut en cette matière se tirer également de présomptions ou indices; seulement il faut que ces présomptions ou indices résultent de faits graves et dès lors constants. V. art. 323, al. dernier.

50 *bis*. La loi, réglant d'une manière spéciale la manière de prouver la filiation *à défaut de titre*, me paraît comprendre dans sa disposition le cas même de non-existence ou de perte des registres. Ce n'est donc point ici à l'article 46 qu'il faut se référer : il est bien à remarquer, en effet, que la loi ne renvoie pas à cet article, comme elle a soin de le faire par l'article 194 en matière de preuve du mariage; ajoutons que les termes de l'article 46 comprennent bien la *naissance* parmi les faits dont cet article autorise à faire preuve; mais qui dit naissance ne dit pas précisément filiation. Quoi qu'il en soit, le fait de perte ou de non-existence des registres étant certainement une circonstance grave, servant à expliquer le défaut de production de l'acte, je ne vois pas pourquoi on ne le considérerait pas comme présomption ou indice suffisant pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale, sans autre commencement de preuve. Seulement, il faudrait pour cela que le fait de non-existence ou de perte des registres fût *dès lors constant* (v. tom. I, n° 91 *bis*. V).

51. Au surplus, en ce qui concerne le commencement de preuve par écrit et ses caractères, la loi, appliquant ici avec quelque modification les principes généraux posés ailleurs (v. art. 1347), le fait résulter avec raison des papiers domestiques (registres ou autres) des père et mère, et des actes (quelle que soit leur forme) émanés de toute personne ayant effectivement ou ayant dû avoir un intérêt dans la contestation. V. art. 324.

51 *bis*. I. Le caractère essentiel du commencement de preuve par

écrit, c'est, comme le mot même l'indique, de rendre vraisemblable le fait allégué. Cela est évident, et applicable en toute matière. Mais, tandis qu'en matière ordinaire l'écrit susceptible de produire cet effet doit nécessairement émaner des adversaires eux-mêmes ou des personnes qu'ils représentent (v. art. 1347), la loi accorde ici une bien plus grande latitude. Car indépendamment de l'autorité qu'elle attribue avec raison en première ligne aux papiers des père et mère, vivants ou morts, parties ou non dans l'instance, nous voyons qu'elle admet non-seulement les *actes* émanés d'une partie engagée dans la contestation, mais aussi ceux qui émanent d'une personne décédée, sous la seule condition que cette personne (mal à propos désignée ici sous le nom de partie, puisqu'elle n'est point en cause) aurait intérêt dans la contestation si elle était vivante. Du reste, il ne paraît pas douteux que l'intérêt exigé ne doive, dans la pensée du législateur, être un intérêt opposé à celui du réclamant; mais il n'est d'ailleurs nullement nécessaire que la personne défunte ainsi intéressée soit l'auteur de ceux avec lesquels le procès est engagé.

51 *bis*. II. Les registres et papiers des père et mère, lorsque ceux-ci sont décédés, peuvent, au cas prévu par l'article 46, être considérés, suivant les cas, comme formant preuve complète; mais puisque nous pensons que cet article n'a pas d'application à la preuve de la filiation, nous devons décider qu'en cette matière on n'y pourra jamais voir qu'un commencement de preuve.

51 *bis*. III. Quoique la loi, pour désigner les écrits qui peuvent servir de commencement de preuve, se serve du mot *acte*, non-seulement dans notre article, mais dans l'article 1347, j'ai peine à croire qu'elle emploie ce mot dans son sens technique et qu'elle entende exiger un écrit dressé exprès pour constater un fait juridique. Ici surtout, où, pour autoriser la preuve testimoniale, on se contente de présomptions ou indices, je ne comprendrais pas qu'on repoussât les éléments de vraisemblance qui résulteraient d'une correspondance ou de tout autre écrit émané des intéressés. Ma pensée, au surplus, est que, même dans l'article 1347, le mot *acte par écrit* signifie seulement *écrit*, et je ne crois pas que, sur ce point, il y ait difficulté dans la doctrine et dans la pratique.

51 *bis*. IV. Quant au degré de vraisemblance résultant soit de l'écrit produit comme commencement de preuve, soit des indices

ou présomptions, qui, en cette matière, peuvent y suppléer, l'appréciation en est nécessairement abandonnée à la prudence et à la sagesse des tribunaux; leur décision à cet égard échapperait donc à la censure de la cour de cassation.

Mais ce que les tribunaux ne doivent pas perdre de vue, c'est que le commencement de preuve doit, pour être admissible, se référer à l'objet même de la réclamation, c'est-à-dire ici à la filiation légitime. Ainsi, le document qui rendrait vraisemblable la maternité d'une femme mariée devrait, selon moi, être rejeté si les circonstances qui l'accompagnent, le soin, par exemple, qu'on aurait pris de dissimuler au mari les rapports de l'enfant avec sa prétendue mère, semblaient de nature à faire supposer une filiation adultérine.

52. Le titre même ou la possession d'état, à moins qu'ils ne soient réunis, admettent la preuve contraire (v. art. 322). A plus forte raison doit-il en être ainsi lorsque la filiation n'est établie que sur la base si incertaine de la preuve testimoniale, contre laquelle d'ailleurs cette réserve est de droit en toute matière (C. pr., art. 256). La contradiction doit naturellement porter d'abord sur le fait de maternité, le seul que le demandeur ait besoin d'établir, parce qu'il fait supposer celui de la paternité. Mais battue sur ce point, la défense peut transporter le débat sur le fait même de paternité et combattre à cet égard la présomption légale. Sur ce point comme sur le premier, la loi admet alors tous les moyens possibles de preuve. V. art. 325.

52 *bis*. I. La filiation légitime est un fait complexe qui se constitue de deux circonstances distinctes, la maternité de la femme mariée, et la paternité du mari. Toutefois, il n'est pas nécessaire que le demandeur fasse porter directement sa preuve sur l'un comme sur l'autre de ces deux faits; car il suffit que la maternité soit établie pour que la présomption de la loi dispense de prouver spécialement la paternité. C'est bien ce que suppose notre article quand il rejette sur les adversaires, après la maternité prouvée, la preuve de la non-paternité du mari.

Quant à cette preuve, ici spécialement autorisée, il faut bien se

garder de la confondre avec le désaveu réglé par le chapitre précédent. La réserve qui en est faite par la loi d'une manière générale semble par cela même applicable aux adversaires de l'enfant, quels qu'ils soient, et sans autre limitation de délai que celle qui est établie par le Code de procédure en matière d'enquête (V. C. pr. art. 257, 259, 278). Enfin la preuve se fait *par tous les moyens propres à justifier que le mari n'est pas le père*. Or cette formule, en quelque sorte calquée sur celle de l'article 313, montre bien qu'ici pas plus que là il n'est besoin, pour établir que le mari n'est pas le père, de démontrer l'impossibilité physique de cohabitation. La raison, au surplus, est la même dans les deux cas : car si le simple recel de la naissance au mari forme contre la légitimité de l'enfant une sorte de témoignage qui, sans détruire entièrement la présomption légale, l'affaiblit du moins considérablement, à plus forte raison doit-il en être ainsi quand il s'agit d'un enfant, dont la naissance a été dissimulée à la société tout entière, puisque, dépourvu de titre et de possession, il en est réduit à réclamer son état dans les termes de l'article 323.

52 *bis*. II. La disposition qui permet, *après la maternité prouvée*, d'établir que le mari n'est pas le père est diversement interprétée. Quelques-uns en font l'application au cas où un premier jugement rendu contre la femme ou ses représentants aurait déclaré la maternité de celle-ci ; après quoi le réclamant, armé de ce jugement, invoquerait contre le mari ou ses représentants la présomption de paternité. Cela posé, ils ne veulent voir dans la loi que le droit réservé au mari ou à ses héritiers qui n'ont pas été parties au jugement, d'en repousser l'autorité suivant les principes du droit commun. Cette pensée, je dois en convenir, paraît bien avoir été celle du tribunat, sur la proposition duquel fut adoptée la rédaction définitive de notre article 325 (1). Mais, quelque grave que paraisse cette autorité, il me semble impossible de donner à la loi un sens aussi restreint. Elle a, selon moi, un but tout différent, et entièrement indépendant des principes sur la chose jugée qui sont ailleurs suffisamment consacrés et proclamés (art. 1351). Son objet est d'autoriser tous les intéressés, contre lesquels aurait été dirigée une action en réclamation de l'état d'enfant légitime, à contredire comme de raison

(1) V. observ. du tribunat (Fenet, tom. 10, pag. 123).

l'enquête du demandeur, et à faire porter la preuve contraire, non-seulement sur le fait de la maternité, base légale de la présomption de paternité; mais, si la contradiction sur ce point n'était pas possible, à transporter alors le débat sur la question même de paternité, et à combattre, comme on vient de le dire, par tous les moyens possibles, la présomption que les circonstances de la cause dépouillent d'une partie de sa force.

52 *bis*. III. Maintenant, on se demande si dans cette procédure il y aura lieu à deux jugements successifs, l'un sur le fait de la maternité, l'autre sur celui de la paternité.

Pour l'affirmative on dit que la loi a dû l'entendre ainsi quand elle a supposé la maternité *prouvée* au moment où se produit la preuve de non-paternité. On ajoute que cette marche serait à la fois plus raisonnable et plus morale, parce qu'elle permettrait au mari d'attendre l'issue du procès sur la maternité avant de proposer des faits compromettants pour l'honneur de sa femme et tendant nécessairement à lui imputer un adultère.

Mais, tout en reconnaissant la gravité de cette considération, je crois que les principes ne permettent pas de s'y attacher. En effet, il n'y a au procès qu'une seule question, celle de filiation légitime; et par conséquent il ne doit y avoir qu'un seul jugement prononçant pour ou contre la prétention à cette filiation. Cette question, sans doute, comprend comme éléments celle de maternité et celle de paternité; mais la contestation sur chacun de ces points ne constitue toujours que des moyens distincts de la même défense. Or je ne sache pas qu'il soit jamais permis aux juges saisis d'une question unique de rendre autant de jugements qu'il y a de moyens proposés.

Quant au texte de l'article qui suppose la maternité *prouvée* lorsque la défense se porte sur la question de paternité, je l'entends du cas où l'enquête du demandeur, quoique non suivie encore de jugement, aurait rendu cependant le fait de maternité assez évident pour empêcher le défendeur de faire porter la contestation sur ce point.

52 *bis*. IV. Le cas prévu par notre article 325, qui autorise et réglemente la preuve contraire, est celui d'une réclamation d'état qui, à défaut de titre et de possession, n'est appuyée que sur la preuve testimoniale. On comprend alors toute la latitude accordée à la défense. Mais, quoique la preuve contraire soit également admise contre le titre ou la possession d'état quand ces deux documents ne sont

pas réunis, la position est toute différente; et alors, en effet, ce n'est pas une simple défense à une action en réclamation d'état; c'est une contestation à diriger contre un état assis sur une base légale. Là donc, évidemment, ne s'appliquerait pas la faculté de contester la paternité hors des conditions prescrites pour le désaveu. Quant à la maternité, le droit commun sans doute suffirait pour autoriser dans la contestation l'emploi de tous les moyens possibles; mais, par argument de l'article 323, il semblerait raisonnable de n'admettre à la proposition de ces moyens que sous la condition d'un commencement de preuve, sinon par écrit, au moins tiré d'indices graves résultant de faits dès lors constants. Cela paraîtrait surtout nécessaire si c'est sur un titre que l'état de l'enfant était appuyé; car, outre les principes spéciaux de la matière, qui doivent s'appliquer aussi bien en faveur de l'enfant que contre lui, on pourrait encore invoquer la règle générale, qui ne permet pas de prouver par témoins ou par présomptions contre le contenu aux actes (v. art. 1341, 1347 et 1353).

53. Quoique ce soit souvent par le résultat d'un crime ou d'un délit commis à son préjudice que l'enfant se trouve placé dans la nécessité de réclamer son état, et quoique la preuve de ce crime ou délit pût amener celle de l'état véritable, le législateur n'a pas voulu qu'à l'aide d'une procédure criminelle, on parvint à éluder la sévérité des règles établies pour la preuve de filiation. Non-seulement donc il établit en principe la compétence exclusive des tribunaux civils en matière de réclamation d'état (nonobstant C. inst. crim., art. 3, al. 1), mais il veut que l'action criminelle, au lieu de suspendre ou d'arrêter comme à l'ordinaire l'exercice de l'action civile (v. C. instr. crim., art. 3, al. dernier), soit, au contraire, ici suspendue jusqu'au jugement sur la question d'état. V. art. 326, 327; voy., au contraire, art. 198.

53 *bis*. I. L'article 326 proclame la compétence exclusive des tribunaux civils. Cela va de soi quand c'est directement et principalement que la question est soulevée. Mais le but spécial de la loi est de refuser ici aux tribunaux criminels, juges d'une action publique, la compétence qui leur appartient en général pour connaître acces-

soirement de l'action civile (C. instr. crim., art. 3, al. 1). Le motif exprimé dans la discussion a été la crainte qu'on n'éludât la nécessité du commencement de preuve exigé par l'article 323. Cette crainte est née de l'idée vulgaire qui considère comme principe essentiel de la procédure criminelle l'admission de tous les genres de preuves, et notamment de la preuve testimoniale sans commencement de preuve par écrit. Cette idée pourtant n'est pas parfaitement exacte, car lorsque le crime ou délit à rechercher suppose l'existence antérieure d'un fait dont la loi civile n'admet la preuve par témoins que sous certaines conditions, cette preuve préalable à la constatation du délit n'a lieu, même devant la juridiction criminelle, que sous les conditions requises par la loi civile (1). Mais, indépendamment du motif qui paraît avoir principalement déterminé le législateur, sa disposition peut encore se justifier par l'importance de la question d'état, qui ne permet pas de la juger comme simple accessoire d'une question d'un autre ordre, surtout si l'on considère que les deux questions ne sont pas entièrement et nécessairement dépendantes l'une de l'autre : car la démonstration de la suppression d'état, *puta* par altération ou destruction de l'acte de naissance, pourrait très-bien intervenir sans faire apparaître l'état véritable. Par toutes ces considérations, et aussi à cause de la difficulté de la matière, il convenait de réserver à tout événement la compétence aux tribunaux ordinaires avec le bénéfice des deux degrés de juridiction.

53 *bis*. II. Mais le législateur ne s'arrête pas là; et parce que les informations sur le crime ou délit, objet de l'action publique, auraient pu avoir quelque influence sur la question d'état, et qu'en vue de cette influence ces informations eussent été peut-être témérairement ou malicieusement provoquées, la loi, par une disposition toute spéciale, et en sens complétement inverse des règles ordinaires (v. C. instr. crim., art. 3, al. dernier), suspend jusqu'au jugement définitif de la question d'état (par les tribunaux civils) l'exercice de l'action *criminelle* (art. 327). Ainsi se trouve paralysée l'action du ministère public, si indépendante de sa nature; et la collision ou la négligence de l'intérêt privé peut soustraire indéfiniment à la répression légale le crime le plus odieux (nonobst., C. instr. crim., art. 4).

(1) V. C. c. cass., 5 septembre 1812; 17 juin 1813; 2 décembre 1813; 16 mai 1829.

Quelques-uns, il est vrai, ne l'avaient pas pensé, et ne voyaient dans l'article 327 que l'interdiction des plaintes abusives des particuliers sur une prétendue suppression d'état; ils considéraient comme réservé de droit au ministère public, lors au moins qu'aucune action en réclamation d'état n'était actuellement intentée, le droit de poursuivre d'office la répression du crime (1). Mais la jurisprudence, prenant à la lettre le mot action criminelle employé par l'article 327, et s'appuyant d'ailleurs sur la généralité de ses termes, a constamment refusé l'action au ministère public, et repoussé la distinction proposée (2).

53 *bis.* III. Quoi qu'il en soit, la disposition exorbitante de l'article 327 ne comprend dans ses termes que l'action criminelle *contre un délit de suppression d'état.* Il importe donc de s'entendre sur la valeur de ce mot.

Et d'abord, il faut remarquer 1° que le mot délit est pris ici dans son sens générique, comprenant également et les crimes et les délits proprement dits. La même observation s'applique aux mots *action criminelle,* qui désignent aussi bien les poursuites correctionnelles que les poursuites criminelles proprement dites. En effet, lorsqu'on a rédigé le Code civil, on n'était pas encore fixé sur la terminologie adoptée et consacrée depuis par les Codes d'instruction criminelle et pénal.

Il faut observer 2° qu'il n'y a pas dans la loi pénale un crime ou délit spécial de *suppression d'état*, mais que les crimes ou délits de diverse nature, qui, par des moyens différents, tendent à priver un enfant de son état, rentrent tous dans les termes de la loi, soit que la suppression résulte de faux matériel (C. pén., art. 145, 147);

Ou de faux commis dans la rédaction de l'acte de naissance par l'officier de l'état civil (C. pén., art. 146);

Ou de faux témoignage de la part des déclarants (C. pén., art. 345, 363);

Ou de soustraction, destruction ou enlèvement des registres de naissance (C. pén., art. 254, 255);

Ou enfin de l'inscription de l'acte sur une feuille volante (C. pén., art. 192).

(1) V. Merlin, Quest. de droit, v° *Quest. d'état,* § II.

(2) V. C. c. rej. ch. réun. 10 messid. an XII; C. c. cass. arr. du même jour (Merlin, *ibid.*).

53 *bis*. IV. Ainsi, dans tous ces cas, il peut y avoir lieu à suspension de l'action criminelle. Mais il ne faut pas perdre de vue que cette suspension a pour but unique de prévenir tout préjugé sur une réclamation d'état. Si donc l'état que ces divers crimes ou délits auraient pu compromettre n'avait pas été en effet compromis, *puta* si l'enfant était porteur d'un extrait des registres de naissance délivré avant la destruction ou altération des registres, ou s'il avait possession d'état; comme alors il ne pourrait y avoir lieu de sa part à aucune action en réclamation d'état, la justice criminelle devrait évidemment suivre son cours.

53 *bis*. V. En outre, il y aurait peut-être, pour l'application de la suspension de poursuites, une distinction à faire entre les divers crimes ou délits ci-dessus énoncés. Cette suspension, sans doute, sera prescrite toutes les fois que la recherche du fait de suppression d'état ne pourra se faire sans relation à une personne déterminée, *puta* lorsqu'il s'agira d'un faux commis dans la rédaction de l'acte de naissance par l'officier public, qui aurait infidèlement reproduit les déclarations à lui faites sur la filiation, ou lorsqu'il s'agira de déclarations mensongères faites dans l'acte sur le même point. Il serait, en effet, bien difficile alors que l'on pût informer sur le faux ou sur le faux témoignage sans toucher à la question de l'état véritable de tel enfant, et par conséquent sans préjuger l'action en réclamation d'état. Mais quand il s'agira du fait matériel soit d'altération d'acte, soit de destruction ou d'enlèvement de registres, faits susceptibles d'être démontrés sans qu'on ait même besoin de savoir à quelles personnes s'appliquaient les actes altérés ou détruits, je ne vois pas pourquoi l'action du ministère public serait arrêtée, et je crois qu'elle ne le serait pas. Seulement, il est bien entendu que l'information ne devrait porter alors que sur le fait matériel, et qu'on devrait en écarter tout ce qui tendrait à établir la relation du fait punissable avec l'acte de naissance d'une personne désignée.

53 *bis*. VI. Les règles exorbitantes des articles 326 et 327 ne sont relatives qu'à la filiation, et nous savons que la loi a consacré la règle inverse en ce qui concerne la suppression de la preuve du mariage (v. art. 198). C'est que là on n'a point autant de raison de se défier de la preuve testimoniale, parce qu'il s'agit d'un fait simple, d'un fait patent, sur l'existence duquel les témoins ne

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE IMPR.

peuvent guère ni se tromper ni essayer de tromper la justice. Il n'y avait donc point de motif pour s'éloigner du droit commun.

54. Nul ne pouvant renoncer à l'état qui lui est donné par la nature et par la loi, il s'ensuit que l'action pour le réclamer est imprescriptible à l'égard de l'enfant. V. art. 328.

54 *bis*. I. Les motifs qui font admettre l'imprescriptibilité de l'état lui-même ne sont pas applicables aux droits subordonnés à l'état. Ainsi, dans le silence de la loi, ces droits restent évidemment soumis au principe général de la prescription (v. art. 2262). Si donc une succession, par exemple, à laquelle donnerait droit l'état réclamé, était ouverte et possédée par d'autres depuis trente ans lorsque intervient la réclamation, le succès obtenu par le réclamant n'empêcherait pas de repousser par la prescription son action en pétition d'hérédité. Vainement opposerait-il qu'il n'a pu agir tant que l'état qui le fait héritier n'était pas reconnu; et plus vainement encore voudrait-il en conclure que la prescription jusque-là n'a pas dû courir contre lui. Le fait, d'abord, ne serait pas toujours exact; car, s'il connaissait son état véritable, rien ne l'empêchait de le réclamer plus tôt; mais, quand il l'aurait ignoré, peu importerait, cette circonstance ne constituant pas une cause légale de suspension de la prescription (v. art. 2251).

54 *bis*. II. La règle d'imprescriptibilité se fondant évidemment sur l'inaliénabilité de l'état, on ne doit point hésiter à en conclure que la matière n'est pas susceptible de transaction (v. art. 2045). Encore moins pourrait-on admettre une renonciation pure et simple au droit d'agir en réclamation ou au droit d'appeler, dans les délais, du jugement qui déboute de cette action. Quant à la déchéance qui résulte de l'expiration des délais, c'est un principe d'ordre public qui, évidemment, s'appliquerait ici comme partout (v. C. pr., art. 444).

Constatons encore que l'imprescriptibilité de l'action n'exclut pas le droit commun sur la péremption d'instance (v. C. pr., art. 397-401), et que l'interdiction de la renonciation au droit d'agir n'emporte pas celle du désistement (v. C. pr., art. 402, 403). La dernière proposition résulte clairement de l'article 330, dont la disposition finale suppose également la seconde sur les deux points; au reste, le maintien du droit commun n'offre aucun inconvénient, puisque

l'imprescriptibilité de l'action permettra toujours de la recommencer après la péremption ou le désistement.

55. La mort de l'enfant privé de son état ne détruisant pas l'intérêt de sa réclamation, le droit d'intenter ou de suivre l'action passe aux héritiers; mais le silence gardé par lui pendant un certain temps, depuis l'époque où il était capable de juger de ses droits, peut élever contre ses héritiers, dont l'intérêt est moindre, une fin de non-recevoir. Ainsi, les héritiers ne peuvent intenter l'action dont leur auteur s'est abstenu, si celui-ci est mort plus de cinq ans après sa majorité. V. art. 329.

Quant au droit de suivre l'action intentée par l'enfant, il ne pouvait être renfermé pour les héritiers dans des limites aussi étroites, puisqu'il est de principe qu'une action, même non transmissible de sa nature, peut toujours être suivie par les héritiers quand elle est commencée par le défunt (v. *Just.* Inst., § 1^er^, *in fin.*, *de perp. et temp. act.*). Mais il est clair que ce droit ne peut plus être invoqué quand le défunt de son vivant a renoncé à la poursuite commencée. Suivant cette idée, la loi refuse ici aux héritiers le droit de suivre l'action : 1° si le défunt s'en est formellement désisté; 2° s'il a laissé passer sans poursuite trois ans, délai ordinaire de la péremption (C. pr., art. 397). V. art. 330.

55 *bis*. I. Des articles 329 et 330 il résulte : 1° que l'action imprescriptible dans la personne de l'enfant s'éteint par sa mort, si, ayant survécu cinq ans à sa majorité, il est décédé sans l'avoir intentée; 2° que l'action intentée par lui, à quelque époque que ce soit, ne s'éteint pas par la mort et peut être suivie par ses héritiers; mais, pour cela, bien entendu, il faut que l'instance subsiste : or, elle serait éteinte s'il y avait eu de sa part désistement formel; elle le serait également en cas de péremption. Bien plus, à s'en tenir aux termes de l'article 330, il semblerait que la péremption ici aurait lieu, de plein droit, par la seule expiration du terme ordinaire de trois ans à partir du dernier acte de la procédure. Et toutefois, j'ai peine à croire que cette dérogation, que rien ne mo-

tiverait, ait été dans la pensée du législateur, et je crois qu'ici, comme partout ailleurs, il faut appliquer la règle généralement observée dans notre ancienne jurisprudence (1) et consacrée par l'article 399 du Code de procédure.

55 *bis*. II. Le désistement ou la péremption empêchent les héritiers de suivre l'action commencée par l'enfant. Mais je ne vois pas pourquoi on leur refuserait le droit de recommencer l'action, si le décès de leur auteur a eu lieu avant l'expiration des cinq ans fixés par l'article précédent. Cet article, il est vrai, suppose que l'enfant est mort sans avoir réclamé, mais ce n'est pas une raison pour qu'on ne l'applique pas ici, où la réclamation est comme non avenue. Quant à l'induction qu'on voudrait tirer de la péremption ou du désistement pour en conclure que l'enfant lui-même a reconnu son action mal fondée, elle serait tout à fait arbitraire, puisque, de droit commun, l'un comme l'autre de ces faits n'a trait qu'à la procédure et laisse subsister le droit d'intenter de nouveau l'action, si elle n'est pas prescrite.

55 *bis*. III. L'action en réclamation d'état n'étant déclarée imprescriptible que dans la personne de l'enfant, celle que l'article 330 réserve aux héritiers reste soumise sous ce rapport au droit commun, et la prescription ordinaire de trente ans lui serait applicable; mais bien entendu que les trente ans ne pourraient courir que du jour de la mort de l'enfant, sans préjudice néanmoins de la prescription de l'action en pétition d'hérédité qui pourrait être acquise avant ce terme, puisqu'elle courait contre l'enfant lui-même (v. ci-dessus, n° 54 *bis*. I).

55 *bis*. IV. C'est aux *héritiers* que les articles 329 et 330 réservent le droit d'intenter ou de suivre l'action en réclamation d'état; mais je ne crois pas que le mot héritiers doive être ici pris à la lettre. En effet, l'action, qu'elle soit ou non déjà intentée, faisant partie de la succession, doit naturellement appartenir à tout successeur universel, soit légataire, soit donataire, soit successeur irrégulier; je l'accorderais même sans difficulté au curateur à succession vacante, agissant dans l'intérêt de qui de droit.

55 *bis*. V. Il est clair, au reste, que la condition commune à tous les successeurs pour être recevables à intenter l'action, c'est d'avoir

(1) V. Repert. de jurispr. verb. *Péremption*, § 1er, n° 19.

intérêt. Or à cet égard une distinction importante apparaît entre les enfants ou descendants, héritiers légitimes du défunt, et les autres classes de successeurs. Pour les premiers, en effet, l'intérêt existe toujours, puisqu'en recherchant la filiation de leurs père ou mère ou ascendant, ils recherchent virtuellement la famille à laquelle ils doivent eux-mêmes se rattacher. Au contraire pour les autres successeurs dont l'état personnel est indépendant de celui du défunt, ils n'ont d'intérêt qu'en vue des droits à eux transmissibles que l'état réclamé attribuait à leur auteur. Dès lors si aucun de ces droits ne s'était ouvert du vivant de celui-ci, comme il ne peut plus s'en ouvrir après sa mort, il y a pour eux défaut absolu d'intérêt, et par conséquent fin de non-recevoir contre l'action qu'ils voudraient intenter aux termes de l'article 329. On peut même se demander s'il ne faudrait pas dans cette hypothèse aller jusqu'à leur refuser le droit de suivre, aux termes de l'article 330, l'action intentée par le défunt. Mais je ne le pense pas; car, puisqu'il y a débat engagé, et par conséquent des frais déjà faits, il y a toujours intérêt à poursuivre le jugement de la contestation afin d'obtenir condamnation pour les dépens.

55 *bis*. VI. La réclamation de l'état du défunt étant pour ses enfants ou descendants la réclamation virtuelle de leur propre état de famille, on serait tenté d'en conclure que l'action leur appartient directement et en dehors des limitations établies par les articles 329 et 330. C'est dire en d'autres termes qu'on leur reconnaîtrait, personnellement et indépendamment de toute transmission, le droit de réclamer la qualité de petit-fils ou arrière-petit-fils. Mais ce système, tout favorable qu'il peut paraître, est évidemment contraire à la pensée du législateur. Ce n'est point l'état de famille dépendant de la filiation d'un autre dont la loi autorise la recherche directe; l'objet de la réclamation, c'est la filiation, c'est-à-dire la qualité de fils ou de fille; la question à agiter est celle de paternité et de maternité (v. notamment art. 325). Le droit de soulever cette question ne doit donc originairement appartenir qu'à celui qui se prétend fils ou fille; ce n'est qu'à titre d'ayant cause qu'il peut passer à d'autres, et cela sous les conditions déterminées par les articles 329 et 330. La preuve, au reste, que ces conditions sont applicables aux descendants du défunt, c'est qu'ils sont, à bien dire, seuls compris dans les termes de ces deux articles, qui ne parlent que des *héritiers*.

Ce mot, il est vrai, ne doit pas être pris au pied de la lettre, il comprend par extension tous les successeurs universels; c'est bien notre pensée, et elle est conforme à la doctrine générale; mais enfin faut-il bien admettre que les *héritiers* proprement dits ne peuvent échapper à l'application de l'article. Or, ces *héritiers* sont précisément les descendants, car des membres de la famille à laquelle le défunt est réputé appartenir jusqu'au jugement de la réclamation d'état, les descendants sont les seuls qui puissent lui faire attribuer une nouvelle famille sans lui devenir par là même étrangers, et sans cesser par conséquent d'être ses successibles.

55 *bis*. VII. L'action en réclamation d'état étant transmissible aux héritiers, on est naturellement disposé à en conclure qu'elle n'est pas attachée exclusivement à la personne, et que les créanciers pourraient l'exercer aux termes de l'article 1166. Et toutefois la proposition et le raisonnement qui lui sert de base ne sauraient, selon moi, être admis sans distinction. J'entends bien en effet qu'après le décès arrivé dans les conditions prescrites pour que la transmission ait lieu, le droit accordé aux héritiers ne saurait sans inconséquence être refusé aux créanciers, et qu'il doit alors appartenir sait aux créanciers du défunt, soit même aux créanciers personnels de l'héritier à qui compète l'action. Mais il ne faut pas confondre l'action prescriptible et uniquement basée sur l'intérêt pécuniaire, dont la loi autorise la transmission, avec l'action qui compète à l'enfant de son vivant. Celle-là n'a pas sa base principale dans l'intérêt pécuniaire qui se trouve absorbé dans un intérêt d'un ordre plus élevé, et c'est cet intérêt supérieur qui seul doit servir à en déterminer la nature essentiellement personnelle. Evidemment, ce caractère de personnalité exclusive ne pourrait plus être nié à partir des cinq ans qui suivent la majorité, puisque alors il n'y aurait plus de transmission possible; comment dès lors ne le reconnaîtrait-on pas dès les premières années de la vie de l'enfant, jusqu'à ce que sa mort arrivée en temps utile ait donné une existence propre à l'action de pur intérêt pécuniaire réservée aux héritiers par les articles 329 et 330, et qui seule, à ce titre, peut recevoir l'application du principe posé en l'article 1166?

Concluons que les créanciers, du vivant de la personne, ne peuvent de son chef exercer l'action en réclamation d'état.

55 *bis*. VIII. La loi, qui fixe une limite au droit de réclamer

l'état d'une personne après son décès, n'en établit aucune pour les contestations qui pourraient être dirigées contre l'état en possession duquel la personne est décédée. Le droit romain, il est vrai, fixait un terme après lequel l'état des défunts ne pouvait plus être attaqué (v. Marcien, l. 1, ff., *ne de statu defunct.*); et quoique ces dispositions ne paraissent avoir eu en vue que l'état de *liberté*, quelques anciens auteurs voulaient les appliquer dans notre droit à l'état de famille. Mais cette prétention ne peut aujourd'hui se soutenir. Le silence de la loi laisse évidemment la question sous l'empire du droit commun. D'où il suit qu'il est permis à tout intéressé d'intenter l'action contre les ayants cause du défunt, tant que subsistera l'intérêt qui sert de base à cette action.

CHAPITRE III.

DES ENFANTS NATURELS.

56. On appelle enfants naturels tous ceux qui ne sont point issus d'un mariage légitime; ils sont adultérins si l'un des deux parents était, à l'époque de la conception, engagé par mariage avec une autre personne; ils sont incestueux s'ils naissent de deux personnes parentes ou alliées au degré prohibé.

La haine de l'adultère et de l'inceste a fait refuser aux fruits de ces déplorables unions tous les droits de famille attachés à la naissance. Il n'existe aucun moyen de leur attribuer ces droits; mais la loi, plus indulgente pour les enfants qui doivent le jour à une faiblesse moins condamnable, permet de les élever au rang des enfants du mariage par la légitimation, ou de leur conférer les droits de filiation naturelle par une reconnaissance.

SECTION I.

De la légitimation des enfants naturels.

57. La légitimation est une faveur de la loi qui élève au rang d'enfants légitimes ceux qui ne sont pas nés tels. Cette

faveur dans notre droit est exclusivement attachée au mariage subséquent des père et mère. On a dû penser que le moyen le plus efficace de ramener aux bonnes mœurs les personnes qui avaient vécu en mauvais commerce, était de subordonner à leur mariage l'état des enfants auxquels ils avaient donné le jour.

Les seuls enfants qui aient besoin de légitimation sont les enfants *nés* (1) hors mariage ; les seuls qui n'en soient pas susceptibles sont ceux qui proviennent d'un commerce incestueux ou adultérin. Ceux donc qui en ayant besoin ne sont pas compris dans l'exclusion *peuvent* être légitimés par le mariage. Du reste, la certitude de la filiation étant, on le sent bien, la condition essentielle de la légitimation, la loi exige que cette filiation soit établie par une reconnaissance légale des deux parents ; bien plus, dans la crainte des fraudes, elle veut que la reconnaissance, qui peut d'ailleurs précéder le mariage, soit faite au plus tard dans l'acte même de célébration. V. art. 331, et remarquez :

1° Que la légitimation est bien facultative, en ce sens que le mariage qui la produit peut n'avoir pas lieu, mais qu'elle est un effet nécessaire du mariage accompagné des conditions légales ;

2° Qu'elle n'est refusée qu'aux enfants incestueux ou adultérins, et qu'il n'y a pas lieu d'ailleurs à examiner si les parents, au moment du commerce, étaient ou non capables de se marier ;

3° Que le mariage même antérieur à la naissance de l'enfant provenant d'un commerce adultérin ne couvrirait pas le vice de son origine ; il ne naîtrait donc pas légitime, et l'article 314 ne lui serait pas applicable.

57 *bis*. I. L'exception admise à l'égard des enfants incestueux ou adultérins paraît fondée sur l'ancien principe qui exigeait que le mariage fût possible au temps du commerce des parents, afin que les enfants en provenant pussent passer pour fruits anticipés du ma-

(1) Quant aux enfants conçus hors mariage, mais qui naissent depuis le mariage, v. art. 314, et ci-dessus, n° 37.

riage subséquent. Toutefois, le principe lui-même n'est pas consacré. Ainsi, par exemple, la mort civile de l'un des parents au temps de la conception n'empêcherait pas la légitimation de résulter du mariage devenu possible après le retour à la vie civile. C'est ainsi qu'on a jugé que le mariage contracté par un prêtre, sous l'empire des lois qui le permettaient, avait légitimé l'enfant qu'il avait eu à l'époque où le mariage lui était défendu (C. C. Rej. 28 janvier 1812) (1).

57 *bis*. II. L'enfant incestueux ou adultérin ne peut être légitimé, quand même les parents ou l'un d'eux auraient ignoré au temps de la conception le vice constitutif de l'inceste ou de l'adultère. L'espèce de bonne foi résultant de cette ignorance ne peut, comme au cas des articles 201 et 202, couvrir ici le vice de la naissance. Les termes de la loi manquent; et, d'ailleurs, il n'y a point parité de motifs; car le commerce hors mariage étant toujours illicite, ceux qui s'y livrent savent toujours qu'ils font mal, quoiqu'ils ignorent la circonstance qui rend ce commerce plus coupable. *Danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ sequuntur præter voluntatem suam* (2).

57 *bis*. III. Lorsque le vice de la naissance fait ainsi obstacle à la légitimation, il n'importe que le même vice continué jusqu'au mariage subséquent en ait empêché la validité. Inutile alors d'examiner si la bonne foi des contractants réservant au mariage nul les effets civils, la légitimation serait un de ces effets; car ici la légitimation n'aurait pas lieu quand le mariage serait valable.

Mais lors même que la naissance n'est pas vicieuse, je doute que la bonne foi des contractants puisse attribuer à un mariage nul l'effet de légitimer les enfants issus de leur commerce antérieur. Car la légitimation est une faveur que la loi a attachée au mariage, mais qui n'en est pas la suite naturelle comme la légitimité des enfants qui en sont issus. La réserve générale des effets civils ne paraît donc pas suffisante pour comprendre, sans une mention spéciale, cet effet exorbitant. A l'appui de cette doctrine enseignée par Pothier, on peut argumenter des termes mêmes de l'article 202, qui, n'appliquant sa disposition qu'aux enfants *issus du mariage,* sert à

(1) J. P. tom. 33-5.

(2) V. Poth. *Contr. de mariage*, n° 416, 441; v. pourtant le même Pothier, *Successions*, ch. Ier, sect. II, art. 3, § V, quest. Ire.

expliquer dans le même sens les termes plus généraux de l'article 201 (1).

57 *bis*. IV. L'empêchement de parenté ou d'alliance qui constitue le commerce incestueux pouvant, dans les cas déterminés, cesser par l'effet d'une dispense, je crois que le commerce même antérieur au mariage, mais postérieur à l'obtention de la dispense, ne peut plus passer pour incestueux, et que les enfants qui en proviennent peuvent être légitimés.

On serait tenté d'aller plus loin, et parce que la possibilité de la dispense pouvait en faire concevoir l'espérance au moment du commerce qui l'a précédé, on concevrait que l'indulgence de la loi fît rétroagir l'effet de la dispense obtenue jusqu'au commerce antérieur, pour le purger du vice d'inceste, et rendre habiles à la légitimation les enfants qui en sont provenus; car ce point de vue permettrait de considérer ces enfants comme fruits anticipés du mariage. Il paraît même qu'on le décidait ainsi autrefois, non pas cependant indistinctement, mais quand la dispense était du nombre de celles qui s'obtenaient facilement (2).

Quoi qu'il en soit, la loi qui excepte du bienfait de la légitimation les enfants incestueux étant générale, et n'ayant même d'application directe que dans la supposition d'un mariage subséquent, par conséquent d'un mariage devenu possible, on est bien forcé de comprendre dans cette exception l'enfant né de deux personnes qui peuvent se marier avec dispense. Et comme d'ailleurs il n'y a plus de dispenses faciles à obtenir, on ne doit point hésiter à déclarer l'enfant dont il s'agit incapable de légitimation. La morale, au surplus, est intéressée au maintien de cette doctrine. Car autrement les parents ou alliés entre lesquels la dispense est possible seraient encouragés au désordre par l'espoir de forcer ainsi en quelque sorte la concession de la dispense.

57 *bis*. V. Pour être conséquent, il faut admettre que la naissance même pendant le mariage ne pourrait rendre légitime l'enfant conçu avant l'obtention de la dispense. Car la légitimité qui résulte de la naissance dans le mariage, quand la conception est antérieure, n'est toujours, à le bien prendre, qu'une légitimation, dont les enfants nés d'un commerce incestueux ne doivent pas être plus sus-

(1) Poth., *Contr. de mariage*, n° 419, v° *Contr.* M. Duranton, tom. 2, n° 356.
(2) V. Rép. de jurispr. verb. *Légitimation*, sect. II, § II, IX.

ceptibles que ne le seraient les enfants nés d'un commerce adultérin (v. ci-dessus, n° 38 *bis*. II).

57 *bis*. VI. Si l'on décide que l'enfant conçu sous l'empire d'une loi qui permettait la dispense, mais avant l'obtention de cette dispense, ne peut être légitimé, à plus forte raison le dira-t-on des enfants conçus avant la loi qui a rendu la dispense possible. Car la dispense ici ne pouvait pas être espérée lors de la conception. Cela s'applique aux enfants des beaux-frères et belles-sœurs conçus avant la loi du 16 avril 1832.

57 *bis*. VII. Les mots *pourront être légitimés*, employés par l'article 331, expriment l'habileté des enfants à être légitimés sous la condition *casuelle* du mariage, mais non la liberté pour les parents qui se marient de conférer ou non la légitimation. La légitimation doit, suivant les anciens principes, dont on n'a pas à cet égard voulu s'éloigner, s'opérer par la seule force du mariage : seulement il faut pour cela que la filiation paternelle et maternelle soit certaine ; et c'est à cet effet que la loi prescrit une reconnaissance des deux parents.

La preuve de la filiation résulte naturellement de la reconnaissance, mais n'en résulterait pas d'une manière certaine si cette reconnaissance n'intervenait qu'après le mariage ; il pourrait y avoir alors soupçon de fraude ; la loi exige donc avec raison que la reconnaissance précède ou accompagne la célébration.

La preuve de la filiation paternelle ne peut, en général, résulter que de la reconnaissance ; si donc la reconnaissance du père n'a pas précédé ou si elle n'accompagne pas le mariage, la légitimation devient impossible.

Mais la filiation maternelle peut être judiciairement déclarée (art. 341), et la filiation paternelle elle-même le pourrait en cas d'enlèvement (art. 340). La loi qui n'exige point un acte formel de la volonté des parents pour produire la légitimation, puisqu'elle se contente d'une reconnaissance antérieure non rappelée dans l'acte de mariage, serait en contradiction avec elle-même, si elle refusait à un moyen quelconque de prouver légalement la filiation l'effet qu'elle accorde à la reconnaissance.

Je pense, d'après cela, que la déclaration judiciaire de filiation assurera aussi bien la légitimation que la reconnaissance prescrite par l'article 331 ; et, à cet égard, je ne distinguerai même pas si c'est avant ou après le mariage qu'intervient la déclaration ; c'est

seulement pour la reconnaissance que cette distinction est établie dans la crainte de fraudes; crainte qui ne s'applique pas ici.

Ce système, professé par M. Duranton (1), n'a rien de contraire aux termes de l'article 331, qui n'est pas conçu en termes limitatifs, et qui n'a exigé une reconnaissance antérieure ou concomitante que pour exclure l'effet de la reconnaissance postérieure. Si dans la discussion au conseil d'État on a paru supposer qu'une reconnaissance antérieure ou concomitante serait la condition nécessaire de la légitimation, c'est qu'on partait de cette idée que la reconnaissance était le seul moyen de prouver la filiation (2). Mais cette idée, vraie en général par rapport au père, est fausse par rapport à la mère, et le serait même par rapport au père au cas d'enlèvement. Du reste, ce point de vue ne fut point soulevé au conseil d'État, et toute la discussion porta sur le point de savoir si l'on admettrait les reconnaissances postérieures au mariage (3). Ainsi cette discussion est étrangère à la question.

Le système que je défends ne pourrait être rejeté sans exposer beaucoup d'enfants aptes à la légitimation à la privation de ce bénéfice; car la reconnaissance de la mère manquera souvent, soit que la mère ait été retenue par un sentiment de pudeur mal entendue, soit par suite de la fausse croyance où sont généralement les mères naturelles, qu'elles n'ont pas besoin de reconnaître une maternité constante pour tous, et déclarée dans l'acte de naissance de l'enfant.

57 *bis*. VIII. Si l'on n'admettait pas ce système, il faudrait au moins se montrer très-facile dans l'appréciation des conditions constitutives d'une reconnaissance légale quant à la mère, et dire avec quelques-uns (4) que la mère, déclarée telle dans la reconnaissance du père, reconnaît virtuellement quand elle épouse sciemment l'auteur de cette reconnaissance. Cette décision pourrait au surplus s'induire *à contrario* des termes de l'article 336 (5).

58. En rattachant à la famille l'enfant qui en est l'objet, la

(1) Tom. 3, n° 180.

(2) V. notamment Tronchet répondant au ministre de la justice, séance du 24 brum. an x (Fenet, tom. 10, pag. 46).

(3) *Ibid.*, p. 43-55.

(4) V. Toullier, tom. 2, n° 927.

(5) V. à ce sujet un arrêt de la cour de Bruxelles, qui, s'appuyant sur cet article, fait résulter la preuve de la maternité naturelle de la déclaration du père et de faits postérieurs constitutifs de l'aveu de la mère. Bruxelles, 4 févr. 1811 (J. P. tom. 29, pag. 568. V., au surplus, ci-dessous, n° 64 *bis*. I.

légitimation y rattache également toute la descendance. De là la faculté de légitimer même les enfants morts, s'ils ont laissé des descendants. V. art. 332.

59. La légitimation, comme le mot lui-même l'indique, confère la légitimité; mais cet effet du mariage ne peut précéder sa cause. La légitimité de l'enfant ne remonte donc pas à sa naissance. Il n'a que les droits qu'il aurait eus s'il était né du mariage qui le légitime. V. art. 333.

59 *bis*. I. Ce n'est pas seulement quant aux droits directement attachés à sa qualité que l'enfant légitimé est assimilé à l'enfant légitime. Ainsi la légitimation d'un enfant naturel produira le même effet que la survenance d'un enfant légitime pour opérer, aux termes de l'article 960, la révocation des donations faites par ses père ou mère; seulement il faut pour cela que la naissance de l'enfant soit postérieure à la donation.

59 *bis*. II. L'effet ne pouvant précéder sa cause, la règle qui fait partir seulement du jour du mariage l'aptitude aux droits doit s'appliquer même à l'enfant né pendant le mariage s'il a été conçu auparavant. Celui-ci ne peut donc prétendre aux droits ouverts depuis sa conception si l'ouverture est antérieure au mariage qui le fait naître légitime. C. C. cass. 11 mars 1811 (1). Paris, 21 décembre 1812 (2). V. ci-dessus n° 37 *bis*. I.

SECTION II.

De la reconnaissance des enfants naturels.

60. La loi, attribuant des effets civils à la filiation naturelle, a dû indiquer les moyens de la constater. Ces moyens diffèrent de ceux qui sont relatifs à la filiation légitime.

Ainsi, 1° on ne s'en rapporte pas ici à des témoignages étrangers consignés dans l'acte de naissance; c'est l'aveu du père et de la mère qui constitue le titre de l'enfant (art. 334). Cet aveu, du reste, ne lie que celui qui l'a fait (art. 336); il peut être contesté par les intéressés (art. 339).

(1) J. P. tom. 29, pag. 697.
(2) *Ibid.* tom. 35, pag. 184.

2° A défaut de cet aveu, il n'est pas toujours permis d'avoir recours à une recherche judiciaire (art. 340).

3° Enfin, lors même que cette recherche n'est pas défendue, elle est assujettie à des conditions plus sévères (art. 341).

La raison de ces différences est facile à apercevoir : c'est que la réclamation de l'enfant, dont l'intérêt d'ailleurs est moins précieux, tend à imputer aux père et mère un fait illicite, ce qui commande la plus grande réserve.

Quoi qu'il en soit, la loi indique deux manières d'établir la filiation naturelle : la reconnaissance volontaire et le jugement déclaratif.

§ I.

De la reconnaissance volontaire.

61. La reconnaissance est un aveu formel que le père ou la mère fait de sa qualité.

La validité de la reconnaissance est subordonnée à sa forme; elle n'est pas permise indistinctement à l'égard de tous les enfants naturels.

62. La reconnaissance doit être faite dans la forme la plus propre à s'assurer qu'elle est sérieuse et libre. Sa place naturelle est dans l'acte de naissance ; toutefois il est permis de la faire par acte séparé. L'acte, comme nous l'avons vu, peut être reçu par l'officier de l'état civil (art. 62) ; v. tom. I, n° 105 *bis*. II) ; mais le ministère de cet officier n'est pas nécessaire. Tout ce que la loi exige, c'est que la reconnaissance soit faite par acte authentique. V. art. 334, 1317.

62 *bis*. I. La reconnaissance peut être faite *dans* l'acte de naissance; autrement il faut qu'elle soit faite *par* un acte authentique. Les termes de la loi sembleraient indiquer pour ce dernier cas la nécessité d'un acte exprès, c'est-à-dire d'un acte spécialement dressé dans ce but. Toutefois, cette exigence n'étant pas explicitement formulée et la matière étant favorable, on paraît généralement admettre comme suffisante la reconnaissance exprimée *dans* un acte ayant un autre objet, pourvu qu'il soit authentique.

62 *bis.* II. S'il fallait un acte exprès, il est évident que les seuls officiers publics compétents pour le recevoir seraient l'officier de l'état civil et le notaire : le premier, tirant son droit de la nature de l'acte, qui est évidemment un acte de l'état civil (v. d'ailleurs art. 62); le second, puisant le sien dans son institution spéciale à l'effet de conférer l'authenticité aux actes de toute nature, si la compétence n'est exclusivement attribuée à un autre officier public (v. L. 25 ventôse an XI (1), art. 1). Or, ici, l'on ne peut soutenir qu'il y ait compétence exclusive de l'officier de l'état civil en présence de l'article 34, qui, au lieu de se référer à l'article 62, exige seulement un acte authentique (2).

Maintenant, au contraire, si l'on admet avec nous la faculté d'insérer la reconnaissance dans un acte ayant un autre objet, il en faudra conclure que tout officier public ayant caractère pour recevoir l'acte, eu égard à son objet principal, l'aura également pour la reconnaissance comprise dans cet acte. Cela pourrait s'appliquer, par exemple, soit au procès-verbal d'un juge procédant à un interrogatoire, soit au procès-verbal de conciliation dressé aux termes de l'article 54 du Code de procédure (3).

62 *bis.* III. La reconnaissance reçue par l'officier de l'état civil doit être inscrite sur les registres, conformément à l'article 62. Cette inscription me paraît pouvoir s'appliquer même à toute autre reconnaissance en forme authentique dont on voudrait assurer ainsi et la conservation et la publicité. Mais l'inscription, dans ce dernier cas, me paraît purement facultative pour les parties, qui peuvent avoir de bonnes raisons pour désirer le secret, et qui n'ont peut-être choisi de préférence le ministère du notaire que pour éviter la publicité essentielle des registres de l'état civil. Dans aucun cas, la validité de la reconnaissance ne peut dépendre ni de sa transcription sur ces registres ni de la mention à faire en marge de l'acte de naissance; car tout ce qu'exige l'article 334, c'est l'authenticité de l'acte.

62 *bis.* IV. Au reste, l'acte notarié doit être passé en minute,

(1) III, B. 248, n° 2440.

(2) V., au surplus, tom. 1er, n° 105 *bis.* II.

(3) Nous verrons sur l'article 1317 que l'authenticité de ce procès-verbal ne peut être sérieusement contestée, quoique les conventions insérées n'aient *force* que *d'obligation privée* (C. pr. art. 54); c'est-à-dire qu'elles ne confèrent ni hypothèque ni exécution parée.

suivant la règle générale contenue dans la loi organique du notariat (L. 25 vent. an XI (1), art. 20). C'est là une condition de validité, puisque c'en est une d'authenticité (v. d. L. art. 68).

62 *bis*. V. L'authenticité de l'acte étant requise comme condition de forme, cette condition ne pourrait être suppléée par l'aveu ou la vérification en justice de la signature apposée à un acte privé. L'acte, il est vrai, acquerrait alors la même foi que l'acte authentique (art. 1322); mais ce n'est pas en vue seulement de la foi de l'acte que l'authenticité est exigée, c'est surtout en raison de la garantie d'indépendance et de liberté que l'on trouve dans la présence de l'officier public et dans l'emploi des solennités requises.

62 *bis*. VI. La reconnaissance non authentique n'étant donc point une preuve légale de filiation, ne peut évidemment être admise comme preuve d'aucun des droits qui en dérivent; par conséquent, elle ne peut même servir de base à une action à fin d'aliments; *secus* si l'acte contenait promesse d'en fournir, car la validité d'une semblable promesse n'est subordonnée à aucune forme, et la reconnaissance contenue en l'acte vaudrait au moins pour justifier la cause de cette promesse.

62 *bis*. VII. La reconnaissance sous seing privé ne peut être d'aucune utilité pour l'établissement de la paternité, dont la loi prohibe la recherche. Mais, au contraire, la recherche de la maternité étant permise, il est clair qu'une semblable reconnaissance émanée de la prétendue mère pourrait au moins servir de commencement de preuve par écrit pour faire admettre à la preuve testimoniale (art. 341).

62 *bis*. VIII. La reconnaissance pourrait évidemment se faire par procureur, il suffit pour cela que la loi ne le défende pas; mais là s'appliquerait la règle de l'article 36, qui exige une procuration spéciale et authentique. L'application serait directe si l'acte était reçu par l'officier de l'état civil; mais personne n'hésitera pour étendre cette application au cas même où l'acte serait reçu par un notaire, car c'est bien toujours un acte de l'état civil. On conçoit d'ailleurs que les motifs qui font exiger l'authenticité de l'acte de reconnaissance réclament impérieusement la même condition d'authenticité pour la procuration qui doit lui servir de base.

(1) III, B. 248, nº 2440.

62 *bis.* IX. La loi, en déterminant la forme de la reconnaissance, n'a fixé précisément aucune condition de temps ou de lieu.

Quant au lieu, il est clair que la reconnaissance par-devant notaire peut être faite partout, pourvu que le notaire soit dans son territoire. Mais il y a plus de difficulté pour la reconnaissance à faire devant l'officier de l'état civil, car c'est là une sorte de complément à l'acte de naissance, dont mention doit être faite en marge de cet acte, et l'on pourrait en conclure que la compétence n'appartiendrait qu'à l'officier du lieu de la naissance. Mais je ne m'attacherais pas à cette idée; selon moi, sauf le cas du mariage, pour lequel il y a disposition spéciale, tout officier de l'état civil a qualité pour constater les faits relatifs à l'état civil qui se passent dans sa commune; la reconnaissance est un de ces faits : donc, lorsqu'elle intervient devant lui, il est compétent pour en dresser acte. Seulement, il conviendra d'envoyer extrait à l'officier de l'état civil du lieu de la naissance, pour qu'il le transcrive sur son registre et fasse la mention prescrite par l'article 62. Mais, comme je l'ai déjà dit, la validité de l'acte ne sera pas subordonnée à l'accomplissement de cette formalité (v. ci-dessus, III).

62 *bis.* X. C'est pour le cas seulement où la reconnaissance n'aurait pas eu lieu dans l'acte de naissance qu'est proclamé par la loi le droit de la faire par acte séparé. On en pourrait conclure que l'acte de naissance doit nécessairement précéder, et l'on refuserait en conséquence le droit de reconnaître pendant la grossesse. Mais cette conséquence, à laquelle le législateur n'a probablement pas songé, serait à la fois contraire aux principes et à l'équité. L'enfant conçu existe dans le sein de sa mère; il est, sous la seule condition de naître vivant et viable, dès à présent capable d'acquérir (art. 725, 906); il importe donc d'assurer dès à présent son état, dont, autrement, le prédécès du père pourrait rendre la constatation impossible. Il est vrai que l'époque même de la naissance, en jetant des lumières sur celle de la conception, peut être un document utile pour fixer sur le fait de sa paternité celui qui a eu des rapports avec la mère, et que ce document lui manquera quand il reconnaîtra avant la naissance; ce sera peut-être une raison pour accorder moins de foi à la reconnaissance ainsi faite, et le motif d'une contestation que les juges apprécieront suivant les circonstances

(v. art. 339). Mais il n'en faut pas moins admettre en principe, pour celui qui se croit père, le droit de reconnaître l'enfant conçu.

62 *bis*. XI. La mort de l'enfant ne fait pas disparaître l'intérêt qui s'attacherait à sa reconnaissance, car elle pourrait certainement profiter à sa postérité (v. art. 759). J'applique donc ici sans hésitation la règle écrite dans l'article 332 pour la légitimation. Mais si l'enfant non reconnu de son vivant n'a pas laissé d'enfants, la reconnaissance ne pourrait avoir d'autre objet que de faire attribuer sa succession au parent même qui le reconnaîtrait ainsi tardivement (v. art. 765); or, je ne puis admettre pour celui-ci le droit de se créer à lui-même un titre. Concluons que la reconnaissance, comme la légitimation, n'est permise après la mort qu'autant que le défunt a laissé des enfants. Du reste, j'en dirais autrement de la déclaration judiciaire de maternité, qui me paraît pouvoir intervenir utilement à quelque époque que ce soit pour produire toutes les conséquences dont elle est susceptible (v. ci-dessous, n° 72 *bis*. I).

62 *bis*. XII. Jusqu'ici, nous nous sommes occupé des formes de la reconnaissance, en y comprenant les conditions de temps et de lieu; mais la reconnaissance n'est-elle pas soumise surtout à des conditions de fond? Le fait de reconnaissance entraîne pour son auteur des obligations dont il n'est pas, il est vrai, la source ou le principe, mais dont il constate l'existence, et dont il est, suivant les cas, le mode unique et exclusif de constatation; n'en faut-il pas conclure que la volonté dont elle émane doit jouir des mêmes protections que le consentement qui forme les contrats? Je le pense, et je décide en conséquence que les vices d'erreur, de violence ou de dol pourraient être causes de nullité ou rescision de la reconnaissance, comme ils le seraient des contrats (v. art. 1109-1117). Peut-être seulement y aurait-il quelques différences d'application en ce qui concerne l'erreur et le dol (1).

62 *bis*. XIII. Mais je ne conclus pas de là qu'il faille appliquer à la reconnaissance les conditions de capacité qui sont exigées pour les contrats. Ce n'est pas la reconnaissance qui produit les obliga-

(1) Ici, par exemple, comme en matière d'acceptation de succession (v. art. 783), je serais disposé à voir dans le dol une cause de restitution, de quelque personne qu'il émanât. Quant à l'erreur qui ne proviendrait pas d'un dol, je n'admettrais comme viciant la reconnaissance que celle qui porterait sur l'identité même de l'enfant; auquel cas, il n'y aurait pas seulement cause d'annulation, mais nullité radicale.

tions, c'est le fait de paternité ou de maternité. Or, la personne qui a été capable de devenir père ou mère l'a été, par là même, des obligations attachées à ces titres. Et maintenant, comment refuser à celui qui est moralement tenu de ces obligations le pouvoir d'en assurer l'exécution par un aveu régulier, qui, pour le père au moins, est le seul moyen possible de les constater? C'est ici comme pour les obligations qui naissent des délits, et dont ni la naissance ni le mode de preuve ne sont subordonnés à aucune condition de capacité légale (v. à ce sujet art. 1310).

62 *bis*. XIV. Toutefois, entendons bien que parmi les causes d'incapacité il en est qui sont de nature, sinon à détruire, du moins à obscurcir ou considérablement atténuer l'intelligence et la fermeté de la volonté; or, la reconnaissance, devant toujours émaner d'une volonté libre et éclairée, pourra manquer ainsi de sa principale condition de foi. J'en conclus sans difficulté que l'âge ou l'état mental de son auteur sera un motif grave pour contester la reconnaissance. Mais je me bornerai là, en ce qui concerne le mineur, en laissant entièrement aux juges l'appréciation des circonstances. A l'égard de l'interdit, il y a plus de difficulté, parce que, indépendamment de l'article 1124, qui, selon moi, n'a pas ici d'application, il reste toujours la règle générale de l'article 502, qui annule indistinctement tous actes passés postérieurement à l'interdiction. Et cependant, j'incline à penser que la reconnaissance faite dans un intervalle lucide pourrait être déclarée valable. Ma grande raison, c'est qu'à défaut de ce moyen il n'y en aurait aucun de constater la paternité naturelle de l'interdit. Quant à la femme mariée, je ne vois aucun motif pour lui refuser le pouvoir de reconnaître sans autorisation l'enfant qu'elle aurait eu avant son mariage. Car la reconnaissance ne rentre nullement dans la catégorie des actes pour lesquels l'article 217 exige cette autorisation. Bien entendu, au reste, que l'effet de cette reconnaissance sera réglé par l'article 337.

63. Les fruits de l'inceste ou de l'adultère n'ont pas grand intérêt à ce que le secret de leur naissance soit divulgué. La morale publique aurait à gémir s'il était permis aux pères et mères de consigner leur propre turpitude sur les registres. La

reconnaissance ne peut donc avoir lieu au profit des enfants adultérins ou incestueux. V. art. 335.

63 *bis*. I. De la prohibition de la loi il résulte que l'officier public ne doit point prêter son ministère pour constater une filiation qui lui serait déclarée comme adultérine ou incestueuse. Mais les choses se passeront rarement ainsi; le plus souvent, le fait qui constitue le vice d'inceste ou d'adultère ne sera point révélé à l'officier public, et l'acte sera dressé. Alors, quand on voudra le faire valoir comme reconnaissance légale, les adversaires repousseront cet effet, en produisant la preuve, soit du mariage constituant l'adultère simple ou double, soit du lien de parenté ou d'alliance entre les père et mère, constituant le vice d'inceste. Mais l'acte étant valable en la forme, et pouvant conséquemment faire foi, on se demande s'il ne suffira pas toujours pour constater le fait de filiation adultérine ou incestueuse, soit dans l'intérêt de l'enfant pour lui faire accorder des aliments (art. 762), soit contre lui pour faire réduire à cette mesure les dons ou legs qui lui seraient faits par l'auteur de la reconnaissance (art. 908). Je réponds que si telle eût été la pensée du législateur, il n'eût pas dû prohiber la reconnaissance; il eût dû seulement en restreindre les effets, et, pour cela, il suffisait de la disposition de l'article 762. Mais il y a ici prohibition, et la conséquence naturelle, c'est que la reconnaissance intervenue contre cette prohibition doit être considérée absolument comme non avenue. Je sais bien qu'en combinant cette proposition avec la disposition de l'article 342, qui proscrit également la recherche de paternité ou de maternité, on arrive à une difficulté grave pour l'application des articles 762 et 908, et qu'on éviterait cette difficulté si l'on donnait à la reconnaissance dont il s'agit ici la force probante que nous lui refusons. Mais cette difficulté ne doit pas nous arrêter dans l'admission des conséquences légales qui se tirent des termes précis de la loi. Nous verrons au reste comment, indépendamment de toute recherche et de toute reconnaissance, le fait de filiation adultérine ou incestueuse pourrait se trouver constant, et donner lieu alors à l'application des articles 762 et 908. V. ci-dessous n° 71 *bis*. II-V.

63 *bis*. II. Il n'est pas nécessaire pour que l'enfant soit adultérin que l'adultère soit double; il suffit qu'un des deux parents soit engagé dans les liens du mariage. Évidemment, donc, le parent

libre ne pourrait reconnaître l'enfant comme né de lui et d'une personne mariée. Mais l'un des parents pouvant toujours reconnaître sans indiquer l'autre, il arrivera souvent que l'enfant réellement issu d'un adultère sera valablement reconnu par le parent libre, l'autre demeurant inconnu. Pareillement l'enfant né d'un inceste pourra toujours être valablement reconnu par un seul de ses parents.

63 *bis*. III. Mais *quid* dans les deux cas, s'il y a reconnaissance des deux parents, soit qu'ils l'aient faite simultanément (en dissimulant à l'officier public le vice qui la rendait impossible), soit qu'ils l'aient faite successivement, au su ou à l'insu l'un de l'autre? Je réponds en deux mots que, si les reconnaissances sont faites par actes séparés et sans relation de l'une à l'autre, on peut toujours faire valoir l'une en contestant et faisant tomber l'autre. L'application est simple si nous supposons qu'une des deux reconnaissances est faite par une personne mariée; c'est évidemment celle-là qui doit tomber, en laissant subsister l'autre.

Quant au cas où les deux reconnaissances émanent de personnes parentes ou alliées au degré prohibé, il y a plus de difficulté; et cependant il faut toujours admettre qu'on peut en valider une. Les juges alors décideront d'après les circonstances. Ils pourront, suivant les cas, ou préférer celle de la mère comme offrant en général plus de certitude, ou s'attacher à la première en date, comme ayant constitué pour l'enfant un état légal que la seconde viendrait vicier. Mais la grande règle consiste toujours à rechercher laquelle des deux semble, en fait, mériter plus de confiance, et à faire prévaloir celle-là en écartant l'autre.

63 *bis*. IV. Jusqu'ici nous avons supposé deux reconnaissances isolées et indiquant uniquement le fait simple de paternité ou de maternité. Mais si toutes deux étaient faites par le même acte, ou si seulement dans la reconnaissance unique faite par l'un des parents, l'autre était indiqué, il en serait tout autrement; car l'acte portant alors en lui-même la révélation d'une filiation adultérine ou incestueuse tomberait tout entier sous la prohibition de l'article 335. Ici, en effet, il n'y a pas reconnaissance simple du fait de paternité ou de maternité, il y a reconnaissance de paternité ou de maternité adultérine ou incestueuse; et les principes sur l'indivisibilité de l'aveu ne permettent pas de retrancher une partie de la déclaration

pour faire valoir l'autre. La conséquence, c'est que la reconnaissance ou les deux reconnaissances seraient également nulles.

64. La reconnaissance est l'aveu d'un fait personnel, qui ne doit pas s'appliquer au fait d'autrui. Toutefois il paraît qu'on ne concevait pas d'abord une reconnaissance faite par le père sans indication de la mère. La supposant donc faite avec cette indication, on hésitait, lors de la confection de la loi, à lui attribuer un effet quelconque indépendant de l'aveu ou du désaveu de la mère, qui seule peut connaître d'une manière certaine le fait de la paternité (1). Quoi qu'il en soit, le législateur appliquant ici dans l'intérêt de l'enfant les principes reçus en matière d'aveu, accorde effet à la reconnaissance du père sans l'indication et l'aveu de la mère; mais, fidèle aux mêmes principes, il borne cet effet au père seul. V. art. 336.

De là, au reste, il résulte clairement que l'indication de la mère faite par le père sans l'aveu de celle-ci ne prouve point la maternité naturelle. Dites-en autant de l'indication qui serait faite par toute autre personne. A plus forte raison l'indication du père faite par qui que ce soit, sans pouvoir de lui, ne prouverait-elle pas la paternité. Ajoutons que cette dernière indication ne devrait pas même être admise dans l'acte (art. 35 et 340 combinés).

64 *bis*. I. La disposition de l'article 336 a un double objet: 1°, donner effet à la reconnaissance de paternité, faite sans indication de la mère; 2°, lors même que cette indication serait faite, lui refuser tout effet à l'égard de celle-ci, quand elle a eu lieu sans son aveu. Dans l'une ou l'autre hypothèse, la filiation paternelle est légalement établie et produit à l'égard du père, mais à l'égard du père seul, les effets dont elle est susceptible. Du reste, les effets n'étant refusés à l'égard de la mère qu'autant qu'elle n'est pas indiquée ou qu'elle l'est sans son aveu, il est naturel d'en conclure *a contrario* que la restriction ne s'appliquerait plus s'il y avait indication et aveu. Maintenant que faut-il entendre par *aveu* de la mère?

(1) V. projet de Code civil, liv. I, tit. VII, art. 27; rédaction communiquée au tribunat et discussion au conseil d'Etat sur cette rédaction, art. 23 (séance du 29 fructidor an X.) Fenet, t. II, p. 66; t. X, p. 111-115.

est-ce nécessairement une reconnaissance en bonne forme? Si on le décide ainsi, on ne donne aucune valeur à l'indication faite par le père, car il est évident que la reconnaissance en bonne forme constituerait en elle-même une preuve légale de maternité indépendamment de toute indication antérieure. Mais cela est-il bien raisonnable, et n'aperçoit-on pas qu'abstraction faite de toute question de droit, il y a un caractère probable de vérité en faveur d'une déclaration émanée d'une personne nécessairement bien informée, et dont rien n'autorise à soupçonner la fraude? Maintenant que cette déclaration d'un tiers, si compromettante pour l'honneur de la prétendue mère, ne prévale pas sur sa dénégation, et qu'elle ne puisse même constituer contre elle un commencement de preuve par écrit, cela se comprend. Mais lorsque, loin de la contredire, la mère indiquée la confirme au contraire par son aveu, il y aurait rigueur excessive, il y aurait injustice envers l'enfant et envers la mère elle-même (1) à subordonner à des conditions de forme, que la loi n'a pas ici rappelées, la force de cet aveu. L'aveu, c'est tout ce que la loi exige, et cet aveu, qui peut précéder, accompagner ou suivre l'indication faite par le père, peut aussi bien résulter des faits ou de la conduite de la mère que de sa déclaration expresse. En d'autres termes, j'entends que l'indication de maternité faite par le père doit former preuve si elle est confirmée par l'aveu exprès ou tacite de la mère indiquée.

64 *bis*. II. Ce point une fois admis, je ne vois pas pourquoi l'on n'irait pas plus loin, et pourquoi l'on n'accorderait pas à l'aveu exprès ou tacite de la mère l'effet de valider, en la confirmant, la déclaration de maternité faite dans l'acte de naissance par la personne qui a présenté l'enfant à l'état civil. Les circonstances dans lesquelles intervient ce témoignage offrent une garantie de sincérité telle qu'il ferait foi entière s'il s'agissait de filiation légitime (art. 319). Sans doute, il en doit être autrement quand il s'agit d'imputer à une femme non mariée, qui le nie, le fait déshonorant d'une maternité naturelle; mais, pourvu qu'on réserve à celle-ci le droit de simple dénégation, pourvu que l'indication de l'acte de naissance ne puisse lui être opposée comme preuve, ou commencement de preuve de sa maternité, son honneur a une garantie suffisante, et

(1) Très-souvent, dans la pratique, la mère naturelle qui élève son enfant comme tel ne se doute pas de l'utilité qu'il y aurait à faire une reconnaissance formelle.

c'est la favoriser elle-même que de l'affranchir d'une démarche toujours pénible, en donnant à son aveu, exprès ou tacite, combiné avec l'acte de naissance, autant de force qu'en aurait une reconnaissance formelle.

Mais, dit-on, les termes de la loi manquent ici complétement; car l'article 336 ne peut plus fournir qu'un argument d'analogie. Or, en l'absence d'un texte spécial, comment échapper à la rigueur du système légal, qui n'admet que deux modes de constater la filiation naturelle, une reconnaissance en bonne forme ou une recherche appuyée sur un commencement de preuve par écrit? Je réponds que le système de la loi ne me paraît pas aussi absolu qu'on veut ici le présenter. Sans doute, il n'admet comme titre de la filiation naturelle qu'une reconnaissance en bonne forme; il refuse à l'acte de naissance, par cela même qu'il ne la lui confère pas, la force que lui attribue pour la preuve de la filiation légitime la disposition de l'article 319; mais est-ce à dire que cet acte, qui, de sa nature, est toujours la base constitutive de l'état, ne soit en cette matière qu'un document sans importance, et que les énonciations qu'il contient, suivant le prescrit de la loi (v. art. 57, et t. I^er^, n° 102 *bis*. II et III), ne puissent entrer comme élément grave dans une recherche judiciaire que la loi autorise? On m'objecte que l'acte de naissance n'a pas le caractère d'un commencement de preuve par écrit; j'en conviens, car il n'émane pas de la partie adverse; mais ce que je conteste, c'est la nécessité absolue du commencement de preuve par écrit pour être admis à la recherche de la maternité; cette condition n'est exigée que pour être reçu à faire la preuve par témoins; et tout ce qu'on en doit conclure ici, c'est que l'aveu nécessaire pour confirmer l'indication contenue en l'acte ne pourrait, sans commencement de preuve par écrit, être prouvé par témoins (v. ci-dessous, n° 70 *bis*. I).

65. L'enfant qu'un des époux a eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, n'est point adultérin; mais sa reconnaissance pendant le mariage constitue une sorte de manque de foi envers le conjoint, qui, dans l'ignorance de son existence, n'avait pas dû compter sur le préjudice qui en résulterait pour lui et ses enfants. La loi a satisfait à tous les intérêts en anéantissant, à l'égard du conjoint et des enfants du ma-

riage, cette reconnaissance, d'ailleurs valable et susceptible de produire tous ses effets. Mais les mêmes raisons ne s'appliquant pas à l'enfant né du commerce antérieur des deux époux, la loi l'excepte avec raison de la disposition. Conséquemment, cet enfant, dont la légitimation n'est plus possible après la célébration du mariage (art. 331), peut au moins acquérir encore par une reconnaissance les droits d'enfant naturel. V. art. 337.

65 *bis*. I. La considération qui fait interdire à certains égards pendant le mariage la reconnaissance d'un enfant naturel né auparavant, doit s'appuyer surtout sur la crainte du trouble que jetterait dans le ménage le juste mécontentement du conjoint, si cet acte pouvait nuire à lui ou à ses enfants. Mais cette considération ne s'appliquant plus après la dissolution de l'union conjugale, ni les termes ni l'esprit de la loi ne permettent de refuser effet à la reconnaissance faite au préjudice de ses enfants légitimes par l'époux veuf. Il n'importe, à cet égard, que l'enfant reconnu soit né avant le mariage ou après la dissolution, pourvu qu'il ne soit pas adultérin. Il est vrai que le projet présenté par la section de législation ne permettait de faire la reconnaissance après la dissolution du mariage qu'autant qu'il n'en resterait pas d'enfant (1); mais cette proposition n'ayant pas été convertie en loi, on reste à cet égard dans le droit commun.

65 *bis*. II. Il existe une contradiction apparente entre la disposition qui veut que la reconnaissance faite pendant le mariage ne puisse nuire au conjoint, et celle qui accorde effet à la reconnaissance après la dissolution du mariage, s'il n'en reste pas d'enfants; car c'est précisément pour ce cas de non-existence d'enfant que l'exercice des droits de l'enfant naturel doit se trouver le plus souvent en conflit avec les droits du conjoint. Mais il faut entendre que les effets réservés à la reconnaissance, pour le cas où il n'existera pas d'enfants, ne se produiront entiers que tout autant qu'ils le pourront sans nuire au conjoint; car la disposition principale et formelle qui protége le conjoint ne saurait disparaître devant la disposition simplement explicative qui termine l'article. Cette disposition finale recevra son application sans difficulté, si le décès du

(1) V. projet de la section, art. 12, séance du 26 brum. an x (Fenet, tom. 10, pag. 72).

conjoint a précédé l'ouverture de la succession du parent auteur de la reconnaissance; elle s'appliquera même fréquemment, malgré la survie du conjoint, car il est très-possible en fait que l'exercice du droit de l'enfant naturel ne soit nullement incompatible avec l'exercice des droits du conjoint. Mais, quoi qu'il en soit à cet égard, il est évident que les droits du conjoint doivent toujours prévaloir.

65 *bis*. III. La reconnaissance faite pendant le mariage, ne devant pas nuire au conjoint, ne pourra certainement porter atteinte aux droits que celui-ci tiendrait de son contrat de mariage, droits que la volonté postérieure de son conjoint ne pouvait lui enlever. Mais il y a plus de difficulté pour les droits dépendants, directement ou indirectement, de la volonté du conjoint auteur de la reconnaissance; car il n'y a pas ici droit acquis, et l'on pourrait, dans cette reconnaissance même, voir la volonté de détruire le titre du conjoint, ou du moins d'en restreindre l'effet dans une certaine mesure, de manière à laisser entiers les droits constitués à l'enfant par la reconnaissance.

Ce point de vue s'appliquerait aux legs ou aux donations entre époux, soit que le testament ou la donation eût précédé ou suivi la reconnaissance. Il pourrait comprendre même le droit de succession irrégulière conféré par l'article 767; car, la loi n'appelant le conjoint qu'à défaut d'enfant naturel, on soutiendrait, avec quelque apparence, que la reconnaissance qui constitue les droits de l'enfant naturel manifeste suffisamment la volonté d'exclure au profit de celui-ci la succession du conjoint.

Quoi qu'il en soit, je ne saurais admettre ce système. Je crois plus sûr et plus conforme aux termes comme à l'esprit de la loi de réserver au conjoint, à qui la reconnaissance ne doit pas *nuire*, tous les avantages attachés à sa qualité, sans distinguer si ces avantages consistent en droits acquis ou en simples chances. Peu importe que ces avantages dépendent ou non de la volonté du conjoint auteur de la reconnaissance; car rien n'indique que la reconnaissance ait été faite dans l'intention de préférer l'enfant naturel au conjoint; et l'on doit plutôt supposer l'intention contraire en présence des dispositions de la loi que nul n'est censé ignorer.

Je décide, en conséquence, que le conjoint succédera en vertu de l'article 767, à l'exclusion de l'enfant naturel, qui ne peut lui nuire; je décide également que, dans aucun cas, on ne pourra, pour par-

faire la réserve de l'enfant naturel, réduire les dons et legs faits au conjoint, quelles que soient la date et la nature de ces libéralités.

65 *bis*. IV. L'exception faite en faveur de l'enfant né du commerce des deux époux ne pourra pas toujours s'appliquer s'ils ne sont pas tous deux d'accord pour le reconnaître : ainsi, la recherche de paternité étant interdite, la reconnaissance faite par la mère seule restera sous l'empire de la prohibition, si elle n'est précédée, accompagnée ou suivie de la reconnaissance du père. Au contraire, la recherche de la maternité étant admise, on pourra toujours faire valoir la reconnaissance faite par le mari père, en prouvant, conformément à l'article 342, que la femme est la mère.

66. La reconnaissance n'est point une légitimation, elle tend seulement à établir la filiation naturelle, état nécessairement inférieur à celui de légitimité. Toutefois, des effets importants sont attachés à cet état, particulièrement quant aux droits réciproques de succession ; ces droits sont réglés en leur lieu. V. art. 338, et à ce sujet, art. 756-766, 158, 383, 908.

67. Les droits et devoirs attachés à la qualité d'enfant naturel, et d'autre part les incapacités qu'elle entraîne, soulèvent contre la reconnaissance, ou contre la réclamation de cet état, des intérêts divers. D'un autre côté, la reconnaissance n'est qu'un aveu, et c'est contre son auteur seul qu'un aveu doit, de sa nature, faire pleine foi. Il n'est pas moins conforme aux principes qu'une réclamation qui touche au droit d'autrui laisse libre carrière à la défense. De là la faculté, pour tout intéressé, de contester, soit la reconnaissance, soit la réclamation. V. art. 339, qui, dans la généralité de ses termes, semble autoriser également à contester, soit la validité de la reconnaissance, soit la vérité du fait reconnu.

67 *bis*. I. La loi n'a défini ou limité ni les causes de contestation ni la qualité des personnes ayant intérêt qui peuvent contester. Ainsi, la contestation de la reconnaissance peut porter, non-seulement sur sa validité en la forme ou au fond, mais même sur la vérité du fait de filiation valablement reconnu. Quant à l'intérêt, base nécessaire du droit de contester, s'il est purement pécuniaire il doit

évidemment être né et actuel; mais je ne vois aucune raison pour n'accorder le droit qu'à l'intérêt pécuniaire. Cela posé, l'auteur de la reconnaissance, l'enfant reconnu lui-même, le tiers qui, contrairement à la reconnaissance, prétendrait s'attribuer la paternité ou la maternité, toutes ces personnes, dont l'intérêt subsiste indépendamment de l'ouverture d'un droit pécuniaire à leur profit, me paraissent, à des points de vue différents, toujours recevables à contester. Seulement l'auteur de la reconnaissance, contre lequel son aveu fait foi s'il est valable, ne peut contester que la validité en la forme ou au fond; tandis que les autres peuvent porter la contestation sur la vérité même de l'aveu.

67 *bis*. II. Au nombre des personnes intéressées, je n'hésite pas à comprendre l'autre parent; car c'est son propre honneur qu'il défend quand il veut nier son commerce avec l'homme ou la femme qui, nonobstant sa dénégation, s'est reconnu père ou mère de son enfant.

67 *bis*. III. Lorsque la contestation de la reconnaissance ne portera pas sur la validité de l'acte, mais sur la vérité du fait de filiation, les juges devront en général se montrer sévères dans l'appréciation des moyens présentés par les contradicteurs; car outre que la reconnaissance faite dans la forme légale porte avec elle un caractère probable de vérité, il y a pour l'enfant un grand intérêt à n'être point privé de l'état tel quel que cette reconnaissance lui attribuait. La décision en faveur de la reconnaissance paraîtra surtout commandée quand ce titre sera soutenu d'une possession d'état conforme. Toutefois ce n'est pas ici comme en matière de filiation légitime, où la possession conforme au titre établit une fin de non-recevoir invincible (art. 322). Les principes des deux matières étant très-différents, on ne peut par simple analogie étendre d'un cas à l'autre une disposition exorbitante et rigoureuse, en ce sens qu'elle ne permet pas à la vérité de se faire jour. Ajoutons qu'on ne peut, sans un texte formel, admettre une exception au principe qui, sans distinction, permet de contester la reconnaissance.

67 *bis*. IV. Ainsi, il est bien entendu que la possession d'état n'aura pas ici l'effet qui lui est attribué par l'article 322. A cette occasion, je me demande si, et jusqu'à quel point, les autres effets attribués à la possession d'état en matière de filiation légitime seraient applicables à la filiation naturelle. En d'autres termes, je

demande si, sauf la preuve contraire, la possession d'état ne fait pas preuve de la filiation naturelle comme de la filiation légitime.

Je réponds que la loi qui indique trois manières de prouver la filiation légitime, l'acte de naissance, la possession d'état et le témoignage, n'en indique au contraire que deux pour l'établissement de la filiation naturelle, savoir, la reconnaissance et la recherche judiciaire. J'en conclus que la possession d'état ne peut être admise comme moyen de preuve distinct des deux autres, et que l'article 320 n'a pas ici plus d'application que l'article 319, qui constitue la force de l'acte de naissance. Est-ce à dire que la possession d'état soit sans valeur? Telle n'est pas ma pensée. Mais je crois que ce document important n'est, comme l'acte de naissance lui-même, qu'un élément de la recherche judiciaire, dont l'emploi conséquemment est borné aux cas où la loi permet cette recherche. Ainsi la recherche de la paternité n'étant permise qu'en cas d'enlèvement (art. 340), c'est dans ce cas seulement que la possession pourra servir à l'établissement du fait de paternité. Mais il en sera autrement quant au fait de maternité, dont la recherche en règle générale est admise (art. 341).

67 *bis*. V. Maintenant quelle sera précisément la valeur de la possession d'état employée comme élément dans la recherche, soit de paternité en cas d'enlèvement, soit de maternité? En ce qui concerne la paternité du ravisseur, la possession d'état ne suppléerait certainement pas la condition essentielle du rapport entre l'époque de la conception et celle de l'enlèvement; mais si ce rapport existe, je ne concevrais pas que la possession d'état pût permettre d'hésiter à déclarer le ravisseur père.

A l'égard de la maternité, je pense que la possession d'état, si elle est constante et qu'on n'ait pas besoin pour l'établir de recourir à la preuve testimoniale, constituera une preuve complète. C'est dans ce sens que j'entends la proposition avancée dans la discussion au conseil d'État par M. Portalis, qui s'opposa en conséquence à ce que la possession d'état, *la plus naturelle et la plus complète de toutes les preuves*, fût considérée comme simple commencement de preuve servant à faire admettre la preuve testimoniale (1).

Mais si, au contraire, la possession d'état est seulement alléguée,

(1) V. séance du 28 brum. an x, disc. sur l'article 7 du projet (Fenet, tom. 10, pag. 78).

c'est sans doute un fait pertinent et plus propre que tout autre à établir l'identité du réclamant; mais, pour le prouver par témoins, il faudra, comme pour tous les autres faits également pertinents, la condition du commencement de preuve par écrit. Car, en cette matière, la possession d'état n'étant pas un mode légal de preuve distinct de la recherche judiciaire, dont elle est seulement un élément, la règle qui exclut la preuve testimoniale s'applique à cet élément comme à tout autre. C'est parce que ce raisonnement ne s'applique pas quand il s'agit de filiation légitime que j'adopte alors une décision contraire (1).

67 *bis*. VI. Des faits isolés de possession d'état ne forment pas une possession *constante*, et ils ne suffiraient pas pour établir la filiation légitime. Évidemment donc, ils ne pourraient ici faire preuve complète; mais ils n'en peuvent pas moins entrer comme éléments dans la recherche judiciaire, et servir, par exemple, à constituer l'aveu tacite de la mère indiquée dans la reconnaissance du père ou dans l'acte de naissance (2). Seulement, il est toujours bien entendu qu'on n'admettra pas la preuve testimoniale de ces faits sans un commencement de preuve par écrit.

67 *bis*. VII. Quelque effet, du reste, que l'on accorde à la possession d'état d'enfant naturel à défaut d'acte de reconnaissance, personne au moins ne niera l'importance de cette possession jointe à l'acte, pour l'établissement de l'identité soit du parent auteur de la reconnaissance, soit de l'enfant reconnu.

Pareillement, en cas de contestation, non pas sur la forme, mais sur le fond de la reconnaissance, la possession d'état qui l'aura suivie pourra servir à repousser les allégations de surprise ou d'erreur, par lesquelles on chercherait à atténuer la force de l'aveu consigné dans l'acte.

Enfin, comme on l'a déjà dit (3), en cas de plusieurs reconnaissances émanées de personnes différentes, la possession d'état pourra servir à déterminer le choix.

Sur tous ces points, il est certain que la constance de la possession lui donnera d'autant plus de valeur. Mais cette valeur, à un degré moindre, pourra s'appliquer à des faits isolés de possession.

(1) V. ci-dessus, n° 47 *bis*. IV.
(2) V. ci-dessus, n° 64 *bis*. I et II.
(3) V. ci-dessus. III.

Dans tous les cas, les faits de possession allégués pourront se prouver par témoins, car il y aura toujours dans l'acte de reconnaissance un commencement de preuve par écrit.

Disons ici, pour ne rien omettre, que la valeur de la possession d'état, comme complément d'un acte de reconnaissance en bonne forme, sera la même, soit qu'il s'agisse de la paternité ou de la maternité.

§ II.

De la déclaration judiciaire, soit de paternité, soit de maternité.

68. A défaut d'une reconnaissance, la filiation naturelle peut, comme on l'a dit, s'établir par une déclaration judiciaire. A cet égard, il faut voir : quand il est permis de rechercher soit la paternité, soit la maternité ; quelles preuves peuvent être admises ; quels effets la déclaration doit produire.

69. La paternité est un fait difficile à constater d'une manière certaine, en l'absence de l'aveu, et la loi n'a pas voulu permettre une procédure scandaleuse qui n'aurait pu amener qu'un résultat douteux. La recherche de la paternité est donc en général interdite.

Mais l'enlèvement étant un fait positif, facile à prouver, la loi, qui en ordonne la poursuite, a pu également autoriser à en tirer les inductions relatives à la paternité. L'enlèvement, au reste, n'établit pas contre le ravisseur une présomption de paternité, il permet seulement de le déclarer père ; encore faut-il pour cela qu'il y ait rapport entre l'époque de la conception et celle de l'enlèvement. V. art. 340 ; v. à ce sujet C. pén., art. 341-344, 354-357.

69 *bis*. I. Du principe qui prohibe en général la recherche de la paternité, la doctrine et la pratique ont tiré plusieurs conséquences utiles à rappeler :

1° Le père naturel qui ne se déclare pas, par lui-même ou par un fondé de procuration *spéciale et authentique* (art. 36), ne doit point être indiqué dans l'acte de naissance ; là s'applique la prohibition adressée à l'officier de l'état civil par l'article 35 (v. t. I^er^, n^os^ 80 *bis* et 102 *bis*. II).

2° L'indication du père naturel qui serait abusivement faite rait nulle et de nul effet; elle ne serait donc pas, comme l'indicat de la mère, susceptible d'être confirmée par un aveu exprès tacite du prétendu père.

3° La possession d'état, qui, en matière de filiation naturelle, peut constituer qu'un élément de recherche judiciaire, est ici sa valeur pour suppléer à la reconnaissance (v. ci-dessus, n° 67 *bis*. II

De toutes ces propositions combinées il résulte que, hors le d'enlèvement, la reconnaissance en bonne forme est le seul moy légal de constater la paternité naturelle. Telle est, au surplus, proposition nettement formulée par l'orateur du gouverneme Bigot de Préameneu dans l'exposé des motifs (1).

69 *bis*. II. L'exception pour le cas d'enlèvement n'avait été admise d'abord par le conseil d'État, ni proposée par la section législation du tribunat (2). Les circonstances de *rapt* ou de viol coïncidant avec l'époque de la conception de l'enfant, pouvaie seulement donner lieu à des dommages et intérêts. Toutefois, l'ex ception fut produite dans la rédaction soumise au conseil d'État la suite de la conférence avec le tribunat, et présentée par M. Big de Préameneu comme proposée par le tribunat; mais l'expressi d'*enlèvement* fut, sans qu'il en ait été donné de motif, substituée celles de *rapt* et de *viol*, qui se trouvaient dans la rédaction co muniquée au tribunat et dans le procès-verbal des observations ce corps. Du reste, dans le système de la proposition, la déclarati de paternité du ravisseur était forcée; mais, sur l'observation Cambacérès, combattue par Treilhard et Thibaudeau, et appuy au contraire par Tronchet et Portalis, on convint de la rendre se lement facultative, et l'article fut arrêté tel qu'il est aujourd'hui (3

69 *bis*. III. Toutes les inductions autorisées par le fait d'enlèv ment se justifient, plus complétement encore peut-être, en cas viol. Aussi ne m'expliqué-je pas que cette circonstance, mise pe dant tout le cours de la discussion sur la même ligne que celle rapt, ne soit pas mentionnée dans la loi; et je ne puis croire qu'

(1) Fenet, tom. 10, pag. 155.

(2) V. 1re rédact., art. 6 et 14 (Fenet, tom. 10, pag. 74); (2e rédact., art. 27 (*ib.*, pag. 112); observations du trib., ch. III, art. 7 (*ib.*, pag. 125 et 126).

(3) Séance du 13 brum. an XI, discussion sur l'art. 29 (Fen., tom. 10, pag. 133, 134).

substituant aux deux mots *rapt* et *viol* le mot *enlèvement*, les rédacteurs aient songé à écarter, comme moins significatif que l'autre, l'un de ces deux faits. Selon moi, le cas de viol est compris dans l'idée d'enlèvement, car c'est vraiment un enlèvement momentané.

69 *bis*. IV. Suivant la même idée, je dis que sous le nom d'enlèvement on doit ici comprendre tous les faits punissables qui, ôtant à la femme la liberté de sa personne, la mettent au pouvoir de celui qui veut abuser d'elle. Ainsi, quoique la loi pénale ne statue spécialement sur l'*enlèvement* que par rapport aux mineurs (v. C. pén., art. 354-357), je n'hésite pas à faire rentrer dans la disposition qui nous occupe les cas de séquestration de personnes majeures ou mineures, prévus par les articles 341-344.

69 *bis*. V. Le Code pénal, statuant sur l'enlèvement des mineurs, comprend également le cas de fraude et le cas de violence; il s'applique conséquemment à ce qu'on est dans l'habitude d'appeler le *rapt de séduction*. Quoique ce cas ne fût pas prévu par la loi pénale au moment de la confection du Code civil, je n'hésite pas à dire qu'il est compris par notre article 340 sous le nom générique d'enlèvement, et que cet article peut et a toujours pu lui être appliqué. Rien, en effet, n'autorise à penser que la loi civile, en attachant un effet important au fait d'enlèvement, mot qu'elle ne définit pas, mais qui avait son sens dans la doctrine, ait entendu subordonner cet effet à la condition que le fait constituerait dans la loi pénale un crime ou un délit. Comment surtout pourrait-on le prétendre en présence de la législation pénale alors en vigueur, qui ne punissait même l'enlèvement par violence qu'autant qu'il s'appliquait à une fille de moins de quatorze ans (1)?

En suivant cette idée, on irait jusqu'à dire que le rapt de séduction, bien qu'il ne constitue crime qu'à l'égard des mineurs, pourrait autoriser la recherche de la paternité quand même la fille séduite serait majeure. Peut-être, en effet, dans des circonstances graves, serait-il permis de le décider ainsi; mais, en général, les majeurs ayant en droit la liberté de leurs actions, et la volonté qui cède à la séduction étant toujours plus ou moins libre, j'aurais de la peine à appliquer l'idée d'enlèvement au fait du séducteur qui, sans violence, aurait déterminé une majeure à le suivre.

(1) Cod. pén. du 25 septembre-6 octobre 1791, 2e part., tit. II, sect. Ire, art. 31.

69 *bis*. VI. Le fait d'enlèvement étant la base légale d'une demande en déclaration de paternité, les juges civils exclusivement compétents pour statuer sur la question d'état sont par là même compétents pour statuer sur cet élément de la cause. Mais si, avant ou pendant l'instance civile, le fait d'enlèvement donne lieu à une poursuite criminelle, j'appliquerais ici la règle établie par la loi pour l'action civile en dommages et intérêts, dont l'exercice doit demeurer suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique (instr. crim., art. 3, al. 2; v. à ce sujet C. civ., art. 235).

Quant à la règle qui autorise à poursuivre l'action civile (pour la réparation du dommage) en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique (instr. crim., art. 3, al. 1), elle est évidemment sans application pour le jugement d'une question d'état (1).

69 *bis*. VII. Pour statuer, soit sur le fait d'enlèvement, quand la connaissance leur en appartient, soit sur la question même de paternité du ravisseur, les juges civils ne sont liés par aucune règle spéciale; ils peuvent donc admettre toute espèce de preuve, soit par écrit, soit par témoins, soit par présomptions abandonnées à leur sagesse.

69 *bis*. VIII. La déclaration de paternité n'est jamais que facultative; mais les juges n'ont pas le droit de la faire s'il n'y a rapport possible entre l'époque de l'enlèvement et celle de la conception. Ici, au reste, comme dans tous les cas, c'est par l'époque certaine de la naissance que l'on calculera l'époque de la conception. Il faudra donc voir si l'époque de l'enlèvement se place dans l'intervalle du 300e au 180e jour précédant la naissance. Ajoutons néanmoins que, pour reconnaître ce rapport, on pourra apprécier toutes les circonstances de fait tendant à établir la durée véritable de gestation. La présomption légale n'est pas ici directement applicable. Quant à l'époque de l'enlèvement, qui doit être en rapport avec celle de la conception, il faut l'entendre, non pas seulement du jour où l'enlèvement a été commis, mais de tout l'espace de temps pendant lequel la femme enlevée a été au pouvoir de son ravisseur.

70. La grossesse et l'accouchement sont des faits apparents

(1) V. au surplus ce que je dis sur le cas analogue de demande en séparation de corps fondée sur un fait qui constitue crime ou délit. Ci-dessus, n° 9 *bis*. I et II.

et faciles à constater, qui peuvent conduire à la certitude de la maternité. La crainte du scandale n'a donc pas paru un motif suffisant pour en interdire la recherche.

A l'égard de cette recherche, la loi se borne à établir l'obligation pour le réclamant de prouver son identité avec l'enfant dont la prétendue mère est accouchée, et la nécessité d'un commencement de preuve par écrit pour être admis à la preuve testimoniale. V. art. 341.

Remarquons à ce sujet :

1° Qu'en exigeant de celui qui réclame sa mère la preuve de son identité avec l'enfant dont elle est accouchée, la loi exige, par là même, la preuve du fait de l'accouchement, si ce fait n'est pas dès à présent constant. C'est donc au fait de l'accouchement, comme au fait de l'identité, que s'applique la règle sur l'admission à la preuve testimoniale, et la nécessité d'un commencement de preuve par écrit;

2° Que l'acte de naissance indicatif de la mère, sans aveu de celle-ci, ne fait point ici foi de l'accouchement; qu'il n'a pas même les caractères requis pour constituer un commencement de preuve;

3° Que les indices, quelque graves qu'ils soient, ne peuvent, comme en matière de filiation légitime, suppléer au commencement de preuve par écrit.

70 *bis*. I. L'article 341 contient trois parties, statuant distinctement sur trois points : 1°, faculté de rechercher la maternité; 2°, que doit prouver l'enfant qui réclame sa mère; 3°, à quelle condition il est admis à faire cette preuve par témoins.

La faculté de rechercher la maternité est proclamée d'une manière générale et absolue; si la loi s'arrêtait là, on en conclurait sans difficulté que tous moyens de preuve sont admissibles, pourvu qu'ils soient de nature à convaincre le juge; mais l'admission de la preuve testimoniale étant subordonnée à l'existence d'un commencement de preuve par écrit, cette condition n'est-elle pas par là même virtuellement exigée pour l'admission de tout autre genre de preuve? Pour le prétendre on peut raisonner ainsi : il n'y a, en général, que trois manières de prouver, l'écriture, le témoignage, les

présomptions; or, la preuve écrite en cette matière ne pouvant résulter que d'une reconnaissance en bonne forme, qui rendrait toute recherche inutile, il s'ensuit que tout document propre à éclairer cette recherche rentre nécessairement dans l'une de ces deux catégories, preuve testimoniale ou présomptions. Maintenant, comme il est de principe que les présomptions, à moins d'être légales, ne peuvent être admises que dans les matières où la loi admet les preuves testimoniales, il en résulte que la condition du commencement de preuve par écrit, exigée ici pour qu'on soit reçu à faire la preuve par témoins, l'est également pour la production de tout document non constitutif d'une présomption légale.

Ainsi, dans ce système, sans nier précisément la force des inductions à tirer, soit de la déclaration de maternité insérée dans l'acte de naissance, soit d'une possession d'état constante, on ne verra là que des présomptions abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, dont l'admission serait toujours subordonnée à la condition du commencement de preuve par écrit.

Pour moi, je prétends au contraire que l'acte de naissance où la mère est indiquée, lorsque celle-ci, par son aveu exprès ou tacite, s'est approprié cette déclaration, constitue une preuve écrite, qu'on ne peut, dès lors, reléguer dans la classe des simples présomptions. J'en dis autant de la reconnaissance du père contenant indication de la mère et suivie de son aveu; et ici j'ai pour appui les termes mêmes de l'article 336 (1).

Quant à la possession d'état, elle ne produit, j'en conviens, qu'une présomption, mais je soutiens que c'est une présomption légale; et pour cela, je n'ai pas besoin de m'appuyer sur l'effet attribué par la loi à la possession d'état d'enfant légitime; ce ne serait qu'un argument d'analogie dont je reconnais le premier l'insuffisance. Mais je m'appuie sur ce principe de droit universel, qui n'a pas même besoin d'être écrit textuellement dans la loi, et qui donne en toute matière à la possession l'effet de faire supposer le droit (2).

Ainsi se trouve justifiée ma proposition, qui consiste à ne pas confondre la disposition générale qui autorise la recherche de la maternité, et la disposition suivante, applicable seulement à la preuve testimoniale, qui exige un commencement de preuve par

(1) V. ci-dessus, n° 64 *bis*. I et II.
(2) V. ci-dessus, n° 67 *bis*. V.

écrit. Je vois dans l'acte de naissance ou dans la reconnaissance du père, quand l'aveu de la mère vient les confirmer, une preuve écrite, dans la possession d'état une présomption légale, ces deux moyens de preuve, s'ils sont dès lors constants, les juges saisis de la recherche peuvent toujours les admettre; que si l'aveu confirmatif ou les faits de possession d'état avaient eux-mêmes besoin d'être prouvés par témoins, ou par présomptions, alors, mais alors seulement, la condition du commencement de preuve par écrit serait applicable.

70 *bis*. II. La preuve à faire doit porter sur deux points : 1° l'accouchement de la prétendue mère; 2° l'identité du réclamant avec l'enfant dont elle est accouchée. Ni sur l'un ni sur l'autre point la preuve testimoniale ne peut être admise sans un commencement de preuve par écrit. Mais le commencement de preuve doit-il se rapporter à l'un et à l'autre, ou suffirait-il qu'il rendît probable l'un des deux seulement? La question ne se présente pas quand le commencement de preuve se rapporte à l'identité, car l'identité avec un enfant né suppose d'abord nécessairement l'accouchement. Mais l'on comprendrait que le commencement de preuve rendît probable le fait d'accouchement, sans rien préjuger sur l'identité du réclamant : je crois qu'alors celui-ci ne devrait être admis ni à compléter par témoins la preuve de l'accouchement, ni à faire par témoins la preuve de l'identité. On sent, au surplus, que s'il ne doit point être reçu à la preuve de son identité, il n'aura aucun intérêt à prouver l'accouchement, et que cette preuve ne tendrait qu'à déshonorer inutilement la mère. Mais pourquoi exiger que le commencement de preuve rende probable l'identité? C'est qu'autrement il suffirait à un aventurier de s'être procuré des indices écrits de la faute commise par une femme pour arriver à l'aide de témoignages achetés à se faire passer pour son fils. Sans doute il en serait autrement s'il existait en bonne forme une reconnaissance, soit de paternité, soit de maternité, et que la contestation portât seulement sur l'identité de celui qui prétend s'appliquer cette reconnaissance. Là, dans le silence de la loi, on devrait admettre toute espèce de preuve; c'est qu'alors il n'y a pas à craindre de diffamer la femme dont la maternité naturelle est déjà établie par sa reconnaissance. Ajoutons que le fait déjà constant de l'existence d'un enfant naturel, qui ne vient pas disputer ce titre à celui qui prétend se l'appliquer,

est une présomption très-favorable à cette prétention. Ce sont des raisons du même genre qui, en matière de filiation légitime, autorisent le porteur de l'acte de naissance à prouver son identité par tous les moyens possibles (1).

70 *bis*. III. Le caractère du commencement de preuve par écrit exigé ici est évidemment le même que pour la preuve de la filiation légitime; et je considérerais en général comme applicable pour la détermination des actes susceptibles de le constituer les dispositions de l'article 324. Seulement il est bien entendu que le père n'ayant ici aucune qualité pour déclarer la mère, et n'ayant point, en ce qui concerne la recherche de maternité, d'intérêt opposé à celui du réclamant, ce n'est point dans ses registres et papiers domestiques, mais dans ceux de la mère qu'on pourrait trouver ce commencement de preuve.

70 *bis*. IV. Je considère aussi sans difficulté comme applicables, par entière parité de motifs, à la recherche de la maternité naturelle les articles 326 et 327 sur la compétence exclusive des tribunaux civils, et les articles 328-330 sur l'imprescriptibilité et la transmission de l'action aux héritiers. Ces points n'ayant été en aucune manière réglés, en ce qui concerne la filiation naturelle, il est à croire que le législateur s'en est purement et simplement référé à ce qu'il avait édicté plus haut. On ne pouvait faire le même raisonnement à l'égard des moyens de preuve, qui sont distinctement fixés et déterminés dans les chapitres spéciaux pour chaque espèce de filiation; c'est pour cela que nous avons considéré comme non applicables ici les articles 319, 320 et 322.

71. Les motifs qui ont fait prohiber la reconnaissance des enfants incestueux ou adultérins ne permettent pas davantage d'admettre ces enfants à la preuve judiciaire de leur filiation. Cette règle est commune à la recherche de la paternité, permise au cas d'enlèvement, et à la recherche de la maternité. V. art. 342.

71 *bis*. I. La conséquence de cette prohibition, c'est qu'un enfant dont la filiation est légalement établie à l'égard d'un de ses parents, et qui voudrait ensuite rechercher l'autre aux termes de

(1) V. ci-dessus, n° 46 *bis*. IV.

l'article 340 *in fine* ou de l'article 341, serait repoussé par fin de non-recevoir, si cette recherche devait amener pour résultat la preuve d'une filiation adultérine ou incestueuse. Ainsi, l'enfant reconnu par une femme libre ne pourrait, sous prétexte que sa mère a été enlevée, prétendre qu'il a pour père le ravisseur, si celui-ci est un homme marié; l'enfant reconnu par un père libre, et qui ne conteste pas cette reconnaissance, ne serait pas reçu à prétendre qu'il a pour mère une femme mariée. L'enfant reconnu par l'un seulement de ses père et mère, et qui accepte cette filiation, ne serait pas reçu à prétendre qu'il a pour mère ou pour père une personne de l'autre sexe, parente ou alliée au degré prohibé avec l'auteur de la reconnaissance. Bien entendu que dans tous ces cas la filiation précédemment établie subsistera, comme simplement naturelle, puisque la preuve de l'inceste ou de l'adultère n'aura pas été admise.

71 *bis*, II. La filiation adultérine ou incestueuse ne pouvant être ni reconnue (art. 335) ni recherchée (art. 342), on se demande comment pourront jamais être appliqués les effets que la loi elle-même attribue ailleurs à cette filiation (v. art. 762-764). Je réponds qu'indépendamment de toute reconnaissance et de toute recherche, la filiation adultérine ou incestueuse pourra être légalement constante, et qu'alors, mais alors seulement, s'appliqueront les effets dont il s'agit.

71 *bis*. III. Notre hypothèse se réalise incontestablement pour la maternité adultérine en cas de désaveu de paternité; car le jugement qui admet ce désaveu constate, à la fois, que l'enfant a pour mère la femme mariée, sans quoi il n'y aurait pas eu lieu au procès, et que le mari n'en est pas le père; en d'autres termes, que l'enfant est le fruit de l'adultère de la mère.

71 *bis*. IV. On admet aussi généralement comme réalisant l'hypothèse d'une filiation adultérine ou incestueuse légalement constante, le cas d'un mariage nul pour bigamie ou inceste. La célébration donnant à ce mariage, jusqu'à la déclaration de nullité, une existence de fait, on en conclut que l'état des enfants qui en proviennent a été légalement constaté par les moyens applicables aux enfants légitimes, et que le jugement qui, en déclarant ensuite la nullité du mariage, prive les enfants de la légitimité, n'empêche pas néanmoins la filiation de demeurer constante avec la tache que

lui imprime le vice reconnu du commerce de leurs père et mère.

71 *bis.* V. Enfin, je considère la filiation incestueuse ou adultérine comme légalement constante, à l'effet d'amener l'application des articles 762 et suivants, lorsque dans une instance le fait de filiation, tout entaché qu'il est du vice d'inceste ou d'adultère, est cependant avoué et tenu pour constant entre les parties. Je suppose, par exemple, que le porteur d'une reconnaissance en bonne forme réclame les droits d'enfant naturel, et que ses adversaires, qui produisent la preuve de l'inceste ou de l'adultère, au lieu de nier en conséquence la filiation, comme ils le pourraient en invoquant la nullité de la reconnaissance, avouent, au contraire, cette filiation, et se bornent à soutenir qu'elle est vicieuse; je ne vois pas comment on ferait difficulté d'appliquer alors l'article 762, et d'accorder des aliments à l'enfant, s'il y conclut.

72. La loi garde le silence sur les effets de la déclaration judiciaire, soit de paternité, soit de maternité; toutefois, il y a lieu de croire que les droits qu'elle accorde à l'enfant naturel reconnu, les devoirs qu'elle lui impose, les incapacités dont elle le frappe, sont des conséquences attachées à l'état de filiation naturelle. De quelque manière donc que cet état se trouve légalement établi, les effets doivent être les mêmes (v. pourtant art. 756).

72 *bis.* I. Le droit repose sur l'état, et son étendue doit être la même, de quelque manière que l'état qui lui sert de base se trouve légalement établi. Cela n'a jamais été mis en question quant à la filiation légitime. Toutefois, on a voulu en douter, quant à la filiation naturelle, en s'attachant à la lettre de l'article 756, qui n'accorde aux enfants naturels le droit de succéder à leurs père et mère *que lorsqu'ils ont été légalement reconnus.* On a prétendu que la reconnaissance librement émanée de la volonté du père ou de la mère était la condition constitutive du droit de succession, et, pour justifier ce système, on a dit que cette libre faculté d'accorder ou non à l'enfant naturel des droits successifs serait pour les parents un moyen efficace de le maintenir dans le devoir. Mais ces raisons de douter n'ont pas prévalu en doctrine ni en jurisprudence (1).

(1) V. Paris 27 juin 1812; J. P., tom. 34, pag. 316.

Tous s'accordent aujourd'hui à voir, dans le droit de succession limité que la loi a organisé, une sorte de liquidation des obligations qu'impose le titre de père ou de mère. Ainsi, de quelque manière qu'apparaisse légalement le titre auquel ces obligations sont attachées, le droit doit être le même. Si donc l'article 756 exprime dans ses termes la condition d'une reconnaissance légale, il veut dire seulement que le titre d'enfant doit être établi suivant les règles prescrites au titre qui nous occupe. S'il parle seulement de la reconnaissance, c'est que c'est le mode ordinaire, c'est même le seul, en général, quant au père, de constater la filiation naturelle. Quant à la déclaration judiciaire, lorsque la loi la permet, ses effets sont évidemment les mêmes; les principes le commandent, et si la loi eût voulu s'en éloigner, elle aurait dû s'en expliquer formellement.

72 *bis*. II. Il ne me paraît pas même nécessaire, pour fonder le droit de l'enfant, que la déclaration judiciaire, ou l'action qui doit l'amener, ait précédé l'ouverture de la succession. Car le titre d'enfant préexiste avec les droits qui s'y attachent, et le jugement n'intervient que pour le constater.

72 *bis*. III. C'est par des raisons analogues que j'ai admis plus haut (1) la déclaration judiciaire de filiation, intervenue avant ou depuis le mariage des père et mère, comme suppléant à la condition de reconnaissance légale exigée par l'article 331 pour la légitimation de l'enfant. Il est vrai qu'on ne se contenterait pas d'une reconnaissance postérieure au mariage, parce qu'elle serait suspecte de fraude; mais ce soupçon ne peut naître quand la filiation est déclarée par jugement. Cette filiation étant donc constante, le mariage a dû produire de plein droit la légitimation.

72 *bis*. IV. Je vois plus de difficulté à faire produire à la déclaration de filiation intervenue pendant le mariage, au cas prévu par l'article 337, les effets qui seraient refusés à la reconnaissance. Car, si l'enfant doit nuire au conjoint dont il n'est pas le fils, ou aux enfants nés du mariage, il est à craindre que cette circonstance n'apporte dans le ménage le trouble, que la loi a voulu éviter en restreignant, comme elle l'a fait, les effets de la reconnaissance. Et toutefois, comme la réclamation de l'enfant est un fait indépendant du conjoint contre lequel il la dirige, et qu'elle ne peut dès lors pas-

(1) V. ci-dessus, n° 57 *bis*. VII.

ser pour un manque de foi de la part de celui-ci, il n'y a pas tout à fait même raison. Ajoutons que la disposition de l'article 337, étant exorbitante, comme toute disposition exceptionnelle, doit se renfermer strictement dans le cas qu'elle a prévu. J'en conclus que la déclaration judiciaire, quoique provoquée et intervenue pendant le mariage, produira effet à l'égard de tous.

73. Les avantages attachés à la filiation naturelle portent le plus souvent l'enfant lui-même à la réclamer. D'autre part cependant les incapacités qui en sont la suite font concevoir l'intérêt qui peut exister à diriger contre l'enfant la recherche, soit de paternité, soit de maternité. Le législateur, en traçant les règles ci-dessus, semble avoir eu principalement en vue la recherche dirigée par l'enfant (v. art. 341, 342). Toutefois, ni les termes ni l'esprit de la loi n'autorisent à distinguer pour l'application de l'article 340, qui prohibe d'une manière générale la recherche de la paternité. Quant à la prohibition de l'article 342, on pourrait soutenir, d'après les termes de la loi, qu'elle n'a pas d'application à la recherche dirigée contre l'enfant; mais cette distinction, appuyée sur la lettre, ne paraît pas ratifiée par l'esprit du législateur. Selon nous, dans tous les cas où la recherche ne serait point admise de la part de l'enfant, elle ne peut davantage être admise contre lui.

73 *bis*. Le système consistant à permettre contre l'enfant la recherche qui ne serait pas admise en sa faveur est aujourd'hui généralement abandonné. Loin de là, beaucoup soutiennent au contraire que, dans les cas même où la loi admet l'enfant à rechercher, soit la paternité, soit la maternité, cette recherche ne devrait jamais être admise contre lui. Cette opinion, que j'ai peine à comprendre, s'appuie uniquement, à bien dire, sur un argument négatif dont la base même n'est pas bien certaine. Ainsi l'on prétend, et c'est là le grand argument, que toutes les dispositions relatives à la reconnaissance ou à la recherche judiciaire n'ont en vue que la constatation de l'état de l'enfant à son profit. Pour le prouver, on invoque les termes des articles 335, 337, 338, 339, 341, al. 2 et 3, 342.

Cette base, ai-je dit, n'est pas bien certaine; car, à l'induction tirée des articles cités on pourrait opposer les termes absolus de

l'article 340 et de l'article 341, al. 1. Il est évident, en effet, que ces termes s'appliqueraient aussi directement à l'hypothèse d'une recherche dirigée contre l'enfant qu'à celle d'une réclamation formée par lui. Mais, tout en admettant que la loi, même dans les deux articles 340 et 341, a eu principalement en vue le cas d'une réclamation dirigée par l'enfant dans son intérêt, il n'en résultera rien autre chose, si ce n'est que la loi a gardé le silence sur le cas qui nous occupe. Et tout ce qu'on peut en conclure, c'est que ce cas reste dans le droit commun qui permet à toute personne, ayant une prétention légitime fondée sur un fait, de fournir la preuve de ce fait.

Appuyé sur ces principes, je décide sans hésiter que les parties intéressées peuvent, pour faire appliquer à l'enfant les incapacités attachées à sa qualité (v. art. 908), faire valoir contre lui la reconnaissance qu'il conteste, ou, à défaut de reconnaissance, rechercher contre lui soit la paternité, en cas d'enlèvement, soit la maternité. Mais, comme la question à juger est toujours la même, quelle que soit la personne qui la soulève, je n'hésite pas à soumettre absolument aux mêmes conditions ou restrictions, et la recherche contre l'enfant, et la recherche en sa faveur.

TITRE HUITIÈME.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

74. Ce titre se lie naturellement au précédent, car l'adoption produit une espèce de filiation. A l'adoption se rattache la tutelle officieuse qui est destinée à y conduire.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ADOPTION.

SECTION I.

De l'adoption et de ses effets.

75. L'adoption, inconnue en France jusqu'à la révolution, a été introduite dans nos lois pour consoler, par une image de paternité, les personnes de l'un ou de l'autre sexe auxquelles la nature a refusé des enfants. Le Code en fait aussi un moyen de payer la dette de la reconnaissance pour des services au-dessus de toute récompense.

L'adoption contrarierait les vues sages du législateur si elle pouvait détourner de la procréation des enfants légitimes, ou diriger, au préjudice de ceux-ci, l'affection des parents sur des étrangers. L'illusion qu'elle est destinée à produire ne pourrait naître s'il n'existait entre l'adoptant et l'adopté une différence d'âge suffisante, ou si les rapports qu'elle établit ne remontaient à l'enfance ou à la première jeunesse de l'adopté. Cette illusion serait en général incompatible avec l'adoption d'une même personne par plusieurs; au contraire, elle n'est

que plus complète lorsque ce sont deux époux qui se donnent par l'adoption un enfant commun. Au reste, l'illusion dont il s'agit n'est point précisément le but qu'on se propose dans l'adoption rémunératoire, ce qui explique en partie les priviléges dont jouit cette adoption.

Enfin, le changement d'état que l'adoption doit opérer, les nouveaux rapports qui vont s'établir entre l'adoptant et l'adopté, rapports de nature à altérer ceux qui existent entre eux et leur famille respective, tous ces motifs demandent de leur part un consentement réfléchi dont les mineurs ne sont point susceptibles. Ils n'exigent pas moins impérieusement la participation du conjoint de l'adoptant, et des père et mère de l'adopté.

76. D'après ces considérations, on se rendra facilement raison des conditions auxquelles est subordonnée la faculté d'adopter ou d'être adopté. La loi exige :

1° Que l'adoptant ait plus de cinquante ans; 2° qu'il n'ait à l'époque de l'adoption ni enfants ni descendants légitimes; 3° qu'il ait quinze ans au moins de plus que l'adopté. V. art. 343.

76 *bis*. I. Il n'y a que les enfants ou descendants *légitimes* qui fassent obstacle à l'adoption. Peu importe donc l'existence d'enfants naturels. Il n'est pas moins évident que les enfants adoptifs ne sont pas compris sous le nom d'enfants légitimes, et qu'ils n'empêcheraient pas une autre adoption; la loi en effet suppose plus loin qu'on peut avoir plusieurs enfants adoptifs (art. 348).

76 *bis*. II. C'est à l'époque de l'adoption que l'adoptant doit n'avoir point d'enfants légitimes. Ainsi la mort postérieure des enfants ne validerait pas l'adoption illégalement admise de leur vivant (v. pourtant art. 366); d'autre part, la survenance d'enfants ne détruirait pas l'adoption déjà consommée; la loi le suppose dans les articles 348 et 350.

76 *bis*. III. L'existence n'étant parfaite qu'à la naissance, on pourrait prétendre que l'enfant conçu ne ferait point obstacle à l'adoption. Je crois au contraire que l'existence de l'enfant, pourvu qu'il naisse viable, remonte à sa conception, et je ne vois pas pourquoi ce principe qui rend l'enfant conçu apte à recueillir des droits

(art. 725, 906) ne recevrait pas ici son application. L'application, j'en conviens, n'est pas directe, car il ne s'agit pas ici d'ouverture de droit pour l'enfant conçu ; mais je ne concevrais pas que le père ou la mère qui a déjà un enfant apte à lui succéder pût être considéré comme n'ayant pas d'enfant, à l'effet de se constituer une paternité fictive, que la loi n'autorise qu'en vue de consoler par cette fiction celui à qui la nature a refusé la paternité véritable. Du reste, le fait de la conception pouvant être ignoré, il sera possible que l'adoption se conclue ; mais l'événement de la naissance de l'enfant viable venant à prouver ensuite l'incapacité de l'adoptant, l'adoption, selon moi, devra être déclarée nulle.

Quant à la détermination de l'époque de la conception par celle de la naissance, à l'effet de juger si l'enfant était conçu au moment de l'adoption, il y a lieu de s'attacher aux présomptions légales sur la durée de la gestation, en ce sens qu'on devrait certainement considérer comme conçu avant l'adoption l'enfant qui naîtrait viable dans les 180 premiers jours, et au contraire comme non conçu lors de l'adoption celui qui ne naîtrait qu'après 300 jours. Mais, s'il est né dans l'intervalle du 180e au 300e jour depuis l'adoption, les juges devront se déterminer par les circonstances de fait ; car la légitimité de l'enfant ne dépendant pas de sa conception antérieure ou postérieure à l'adoption, il est clair qu'il n'y a pas lieu de suivre ici la théorie qui conclut *à posse ad factum*.

77. La loi exige, 4° que la personne qu'on se propose d'adopter ne soit pas en même temps, ou ne soit pas déjà, adoptée par un autre, si ce n'est pourtant par le conjoint de l'adoptant ; 5° que ce conjoint, s'il ne veut pas adopter lui-même, consente au moins à l'adoption. Toutefois, cette dernière condition n'est pas requise pour l'adoption testamentaire, qui ne doit produire son effet qu'après la dissolution du mariage. V. art. 344.

78. La loi exige, 6° qu'il existe entre l'adoptant et l'adopté des rapports antérieurs, qui préparent ou motivent les rapports plus intimes que l'adoption va consacrer.

Ainsi, dans les cas ordinaires, il faut que les bienfaits répandus sur l'enfant, pendant sa minorité, aient annoncé à

l'avance et commencé à réaliser l'intention qu'il n'était pas encore permis d'accomplir. On ne satisfait à cette condition que par six ans au moins de secours et de soins non interrompus.

Quant à l'adoption rémunératoire, il faut que l'adopté ait sauvé la vie de l'adoptant *au péril de la sienne;* telle est au moins l'idée générale qui paraît ressortir des cas particuliers que la loi exprime. Du reste, on n'exige ici ni l'âge de cinquante ans, ni les quinze ans de distance entre les deux parties; il suffit à cet égard que l'adoptant soit majeur et plus âgé que l'adopté (majeur lui-même, art. 346). Mais cette adoption ne peut pas plus que l'autre avoir lieu au préjudice des enfants ou descendants légitimes actuellement existants, ni sans le consentement du conjoint. V. art. 345.

78 *bis*. Quoique la loi ne rappelle pas ici la règle qui défend l'adoption d'une même personne par plusieurs, elle me paraît applicable à l'adoption rémunératoire. Les termes de l'article 344 sont absolus, et la restriction apportée par l'article 345 aux conditions ordinaires de l'adoption ne me paraît porter que sur les conditions relatives à la personne de l'adoptant. On sent d'ailleurs que l'adoption rémunératoire, comme toute autre, serait destructive de l'illusion légalement produite en faveur d'un précédent adoptant.

79. La loi exige, 7° que l'adopté soit majeur; 8° s'il a ses père et mère ou l'un d'eux, qu'il obtienne leur consentement ou requière leur conseil, suivant qu'il a ou non atteint l'âge de vingt-cinq ans. V. art. 346, et remarquez que, la loi ne distinguant pas, la nécessité du consentement jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans est la même pour les deux sexes; remarquez encore que la loi ne parlant que des père et mère, il n'y a point lieu, à leur défaut, de s'adresser aux ascendants. Quant à la manière de requérir le conseil, c'est probablement par un acte respectueux notifié dans la même forme que pour le mariage, et il paraît convenable d'observer le délai d'un mois; mais on ne voit pas qu'il y ait lieu dans aucun cas de renouveler cet acte.

79 *bis*. I. La loi exigeant le consentement des père et mère ou du survivant, il est clair que s'ils vivent tous deux, il faut le consentement de tous deux. Ainsi, en cas de dissentiment, le consentement du père ne suffirait pas.

79 *bis*. II. Et toutefois, comme la loi ne peut avoir voulu exiger l'impossible, je crois qu'ici, comme en matière de mariage (v. art. 149, 150, 151, 159, 160), il faut assimiler au cas de mort l'impossibilité de manifester la volonté. J'en conclus que, même avant l'âge de 25 ans, on pourra procéder à l'adoption sans le consentement du parent qui se trouve dans cet état. A plus forte raison, après l'âge de 25 ans, sera-t-on dispensé de lui demander un conseil qu'il ne peut donner.

80. A toutes ces conditions, il faut joindre celle de la bonne réputation de l'adoptant (art. 355). En outre, on ne peut croire que ces conditions spéciales soient tellement constitutives de la capacité d'adopter ou d'être adopté qu'elles excluent la nécessité d'autres conditions fondées sur les principes généraux et sur la nature même de l'acte d'adoption. Ainsi l'adoption, étant essentiellement un contrat, suppose évidemment un consentement valable (art. 1109), et dans les deux parties la capacité générale de contracter. D'où il suit que l'interdit ne pourrait ni adopter ni être adopté (art. 1125, 502), et qu'une femme mariée ne pourrait, sans autorisation de son mari ou de justice, se donner en adoption (art. 1125, 217). J'ajoute que l'adoption, étant une institution de pur droit civil, doit s'appliquer uniquement aux personnes qui jouissent des droits civils, ce qui exclut les morts civilement et en général les étrangers.

Je crois aussi que l'essence même de l'adoption, qui n'a pour but que d'établir une fiction de paternité, s'oppose à l'application qu'on en voudrait faire aux enfants naturels.

80 *bis*. I. La doctrine qui applique à l'adoption l'incapacité générale résultant de l'interdiction pourrait sembler en contradiction avec celle que j'ai suivie pour le mariage. Là, en effet, j'ai considéré la spécialité des règles et des conditions déterminées au siége

de la matière, comme excluant l'application des règles générales, notamment en ce qui concerne l'effet de l'interdiction (1). Mais d'abord, on conviendra que la faculté naturelle de contracter mariage est bien autrement favorable que le droit exorbitant d'adopter ou d'être adopté. J'ajoute que la loi, au siége de la matière, a réglé plus complétement les conditions du mariage qu'elle ne l'a fait ici pour l'adoption; car elle a pris soin d'énoncer même la condition du consentement (art. 146), et de déterminer les vices qui pourraient l'annuler (v. art. 180). Ici, au contraire, elle s'en est référée sur ce point aux principes généraux, et c'est pour moi une raison suffisante de croire qu'elle a de même sous-entendu toutes les conditions exigées pour les contrats ordinaires.

C'est ce motif qui me fait également décider que la femme mariée ne peut, sans autorisation, se donner en adoption; ce qui, au surplus, n'a rien de commun avec la règle qui défend à la personne mariée, de l'un ou de l'autre sexe, d'adopter sans le consentement de son conjoint (art. 344).

80 *bis*. II. Le principe qui rend les étrangers incapables d'adoption a été plusieurs fois consacré par la cour de cassation, qui en a fait l'application à l'adoption d'un étranger par un Français (2). L'inverse n'eût pas souffert plus de difficulté si le cas s'était présenté à juger. Mais le motif cesserait, et la règle ne s'appliquerait plus si l'étranger était admis à établir son domicile en France (v. art. 13), ou s'il existait entre son pays et la France des traités établissant la réciprocité du droit d'adoption (v. art. 11).

80 *bis*. III. C'est comme contraire à l'essence même de l'acte que je repousse l'adoption des enfants naturels. En effet, cette prétendue adoption mentirait à son titre, puisqu'elle ne tendrait pas à établir des rapports de filiation qui existent déjà; son but unique serait de conférer à l'enfant naturel certains avantages réservés à la filiation légitime; ce ne serait donc qu'une légitimation plus ou moins complète. Et maintenant, si l'on veut considérer les effets que pourrait produire une semblable adoption, on verra qu'ils se réduiraient à un seul, et précisément à celui que la loi a voulu exclure par l'incapacité dont elle frappe les enfants naturels. Ce

(1) V. tom 1er, nº 224 *bis*. I.

(2) V. C. c. cass. 5 août 1823 (J. P. tom. 67, pag. 536; C. c. rej. 22 nov. 1825 (*ib.* tom. 75, pag. 107); C. c. cass. 7 juin 1826 (*ibid.* tom. 76, pag. 5.)

droit unique consisterait, contre le prescrit de l'article 908, à conférer à l'enfant naturel sur la succession du père ou de la mère qui l'adopte les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage (art. 350). Quant aux autres effets, qui consistent dans la transmission du nom (art. 347), dans l'établissement de certains empêchements au mariage (art. 348), dans l'obligation réciproque entre l'adoptant et l'adopté de se fournir des aliments (art. 349), ils ne pourraient ici se produire, puisqu'ils sont déjà produits, et même avec plus d'étendue, par le fait de filiation naturelle. Et qu'on ne dise pas que la fiction de filiation légitime, suite de l'adoption, se substituant au fait de filiation naturelle, c'est à elle que se rattacheront, désormais, les conséquences dont il s'agit. Pour cela, il faudrait que l'adoption, en produisant de nouveaux rapports, effaçât aux yeux de la loi ceux que la nature a établis; mais c'est ce qu'on ne peut prétendre en présence du principe de notre droit qui laisse l'adopté dans sa famille naturelle (art. 348). Evidemment en vertu de ce principe, le fils naturel adopté n'en resterait pas moins fils naturel avec les droits attachés à cette qualité; et pour être logique, il en faudrait dire autant des incapacités dont cette qualité le frappe; ce qui réduirait l'adoption à un véritable *non-sens*.

A toutes ces raisons, déterminantes en législation pour faire proscrire l'adoption des enfants naturels, on oppose que cette proscription n'est pas écrite dans la loi, et qu'on ne peut l'y sous-entendre parce que la proposition de l'y introduire a été formellement repoussée dans le sein du conseil d'État (1). On ajoute que l'adoption des enfants naturels peut se fonder sur des précédents législatifs, et qu'elle était admise par le droit romain, soit à l'égard des enfants nés du concubinat, soit à l'égard des enfants que l'émancipation avait fait sortir de la famille et que l'adoption y faisait rentrer (v. *Modest.*, L. 11, ff. *de his qui sui vel al.*; *Ulp.*, L. 46, ff. *de adopt. et emanc.*). Quant à la prétendue confusion de l'adoption des enfants naturels avec la légitimation, on la nie, car l'adoption n'aura jamais dans notre droit les effets étendus de la légitimation, puisqu'elle ne fait point entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant. Enfin, dans ce système, on invoque les considérations qui, lorsque la légitimation par mariage se trouverait impossible, pour-

(1) Séance du 16 frim. an x (Fenet, tom. 10, pag. 281 et 319).

raient faire regretter l'absence de tout moyen pour effacer les suites d'une faute et placer dans une position honorable l'enfant qui s'en serait montré digne.

On le voit, toute la base du système, c'est le principe : *ce que la loi ne défend pas est permis ;* mais ce principe me paraît insuffisant pour accorder une faculté inconciliable avec la nature de l'institution à laquelle on veut l'appliquer.

Or, je prétends toujours que la faculté d'adopter les enfants naturels est inconciliable avec la nature de l'adoption telle que le Code civil l'a faite. Cette adoption, dit-on, était permise à Rome. Je conviens qu'elle l'a été pendant longtemps comme moyen de faire entrer dans la famille les enfants qui n'en faisaient pas partie. Et pourtant ce ne fut pas sans controverse que ce moyen fut admis pour relever les enfants naturels des incapacités dont ils furent frappés par la législation du Bas-Empire, et il fut en définitive proscrit par l'empereur Justin (v. *Arc.* et *Hon.*, L. 2 ; *Anast.*, L. 6 ; *Justin*, L. 7, Cod., *de natur. lib.*). Du reste, tant que cette adoption fut admise, la dénomination n'avait alors rien d'impropre ; il y avait bien en effet *adoption*, en ce sens que l'adopté, quels que fussent ses rapports antérieurs avec le père de famille, devenait, par le *choix* de celui-ci, membre de la famille à laquelle il était précédemment étranger.

La même raison pouvait faire admettre cette adoption, dans le système du projet en discussion, lorsque fut rejetée, dans la séance du 16 frimaire an X, la disposition qui tendait à la prohiber. Ce projet, en effet, faisait entrer complétement l'adopté dans la famille de l'adoptant, en le faisant sortir de la sienne (1) ; mais, ce système ayant été depuis complétement abandonné, et remplacé par celui du Code civil, la faculté d'adopter les enfants naturels dut disparaître comme incompatible avec le principe qui maintient l'adopté dans sa famille (2), principe d'où il résulterait qu'il serait à la fois fils naturel et fils adoptif, c'est-à-dire qu'il serait à la fois héritier en vertu de l'article 350, et incapable de l'être (art. 756),

(1) V. ledit projet, art. 34-37 (Fen., tom. 10, pag. 284).

(2) Remarquons ici que, même avant l'entier abandon du premier système, lorsque l'année suivante on reprit la discussion de la matière, on ne tint aucun compte de la décision du 16 frimaire an X. Car, dans la séance du 27 brumaire an XI, M. Treilhard avança, sans être contredit, que *si les enfants sont reconnus, ils ne peuvent être adoptés.* — Fen., *ib.*, pag. 372.

comme aussi, incapable, aux termes de l'article 908, de rien recevoir au delà de sa part de succession irrégulière. Je sais bien que, pour lever cette contradiction, on se contente de dire que l'incapacité originaire se trouve couverte par la capacité qui résulte de l'adoption; mais, en admettant même que cela pût se concilier avec l'article 348, il resterait vrai alors que l'adoption serait un moyen de purger le vice de la naissance, en d'autres termes une légitimation, moins avantageuse sans doute et moins complète que celle qui résulte du mariage, mais toujours une légitimation.

Quant aux considérations qu'on invoque en faveur de la faculté d'adopter, elles ne me paraissent pas assez graves pour contre-balancer les raisons morales qui ont dicté les articles 756 et 908, raisons qui s'opposent également à l'admission dans la loi d'un moyen de les éluder. Cette admission serait d'autant plus fâcheuse qu'on ne pourrait, sans distinguer arbitrairement, refuser d'appliquer, même aux enfants adultérins ou incestueux, la faculté d'adoption; car eux aussi pourraient dire que ce que la loi ne défend pas est permis; et, si l'article 908 ne s'oppose pas à l'adoption des uns, il ne s'opposera pas davantage à celle des autres.

Quoi qu'il en soit, je dois convenir que l'adoption des enfants naturels est certainement très-usitée, que ses partisans sont nombreux, et que la plupart des arrêts de cour d'appel sont en sa faveur. Quant à la cour de cassation, qui, pendant un long espace de temps, n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur la question, elle l'a résolue d'abord affirmativement (1), ensuite négativement (2); mais, par un troisième et un quatrième arrêt rendus le même jour, elle est revenue à l'affirmative (3). Toutefois, la doctrine reste très-divisée (4), et l'on ne peut encore considérer la jurisprudence comme définitivement fixée.

80 *bis*. IV. Quelques-uns des motifs qui font interdire le mariage aux personnes engagées dans les ordres sacrés pourraient faire désirer qu'on leur interdît aussi l'adoption; car l'adoption, aussi bien que la procréation des enfants, tendrait à donner au prêtre une

(1) C. c. rej. ch. civ. 28 avril 1841 (J. P. tom. 115, pag. 737).
(2) C. c. rej. ch. civ. 16 mars 1843 (*ibid.* tom. 119, pag. 539).
(3) C. c. rej. ch. civ. 1er avril 1846, deux arrêts (J. P. tom. 126, pag. 170).
(4) V. contre l'adoption, M. Benech, M. Demolombe, M. Marcadé. Pour l'adoption, M. Duranton, M. Valette sur Proudhon.

famille, et à détourner ainsi de sa famille spirituelle une partie de ses soins et de ses affections. Ajoutons que celui qui, en vue des graves devoirs qu'il s'impose, a librement renoncé aux douceurs d'une paternité véritable, ne peut être bien vu quand il vient demander ensuite à la loi la consolation d'une paternité fictive établie en faveur de ceux à qui la nature a refusé des enfants. Mais, de ces considérations il serait téméraire de conclure une véritable incompatibilité entre le caractère de prêtre et la qualité de père adoptif. Et pourtant il ne faudrait rien moins que cette incompatibilité pour constituer un empêchement, que les canons mêmes ne proclament pas, et qui dès lors n'aurait aucune base dans la loi civile (1). On sent, au reste, qu'il y a bien moins de raisons pour prohiber l'adoption que pour prohiber le mariage, car c'est principalement le commerce charnel que l'Église a voulu interdire à ses ministres. Quant aux devoirs que la paternité leur imposerait et qui pourraient les distraire de leur saint ministère, cette considération, toute grave qu'elle est, n'est pas déterminante, puisqu'on admet aux ordres l'homme veuf qui a des enfants.

80 *bis*. V. L'absence de quelqu'une des conditions requises constitue évidemment un empêchement, devant lequel devront s'arrêter les juges saisis de l'examen du projet d'adoption (v. à ce sujet art. 354-357). C'est déjà une sanction sérieuse; car les juges, avant de prononcer, ne négligeront certainement pas de se procurer tous les documents relatifs à l'accomplissement des conditions légales. Mais ils peuvent être trompés, et l'erreur, pour eux, sera d'autant plus facile qu'aucune publicité n'accompagne l'instruction, et que les intéressés à combattre l'adoption ne sont pas mis en demeure, disons plus, ne sont souvent pas à même de révéler les obstacles. C'est une raison pour ne pas refuser, du moins indistinctement, aux empêchements le caractère dirimant. Pour moi, je crois que ce caractère doit en général leur être accordé; car l'adoption, n'étant qu'une création du droit civil, ne peut pas légalement exister dans les cas où elle n'était pas permise. Cela posé, je considérerais comme entachée d'une nullité absolue toute adoption admise contre le prescrit des articles 343, 344, 345; j'en dis autant pour la première partie de l'article 346. Les conditions prescrites

(1) C. c. rej. 26 nov. 1844 (J. P. tom. 122).

par ces articles me paraissent fondées sur l'ordre public ou sur l'essence même de l'acte d'adoption tel que l'a conçu le législateur. Je remarque d'ailleurs que toutes ces dispositions statuent en termes prohibitifs. Je n'hésiterais pas davantage à voir une nullité absolue, si les parties ou l'une d'elles ne jouissaient pas des droits civils, ou en cas d'adoption d'un enfant naturel. Dans les deux cas, les motifs qui m'ont porté à reconnaître la prohibition amènent forcément cette conséquence.

Quant aux conditions de droit commun, qui me semblent applicables à l'adoption comme à tous les autres contrats, il est clair que leur inobservation n'entraînerait ici que les conséquences ordinaires; ainsi, les vices du consentement, l'interdiction d'une des parties, ou, pour la femme mariée qui se donne en adoption, le défaut d'autorisation maritale, ne produiraient qu'une nullité relative régie par les articles 1117, 1125, 1304, 1338.

La difficulté n'existerait donc pour moi qu'à l'égard de la condition du consentement à obtenir ou du conseil à requérir des père et mère de l'adopté (art. 346 fin.). J'avoue qu'il me paraîtrait difficile d'admettre ici comme cause de nullité absolue une contravention qui, en matière de mariage, ne produirait, si le consentement était nécessaire, qu'une nullité relative, et qui n'en produirait pas du tout s'il s'agissait seulement du conseil. Maintenant, pour y voir une nullité relative, il faudrait trouver dans la loi l'organisation de cette nullité, c'est-à-dire la détermination des personnes qui pourraient l'invoquer, et du temps accordé pour agir. Dans le silence de la loi, je crois donc plus sûr de conclure, pour le défaut de consentement comme pour le défaut de conseil, qu'il n'y a pas nullité. Je remarque d'ailleurs que la loi n'est pas conçue en termes prohibitifs. A plus forte raison, ne pourrait-on pas demander la nullité d'une adoption admise, sous prétexte que l'adoptant ne jouissait pas d'une bonne réputation; car la loi, qui charge les juges de vérifier ce fait (art. 355), ne l'énonce même pas parmi les conditions constitutives de l'adoption.

81. L'adoption étant une création du droit civil, ses effets sont nécessairement renfermés dans le cercle tracé par la loi. Elle établit entre l'adoptant et l'adopté, non une filiation proprement dite, mais certains rapports de paternité et de filia-

tion. Ces rapports se réduisent : 1° à la transmission de nom (art. 347) ; 2° à certaines prohibitions de mariage (art. 348) ; 3° à l'obligation d'aliments (art. 349) ; 4° au droit de succession de l'adopté à l'adoptant (art. 350) ; 5° à la succession de l'adoptant ou de ses descendants aux biens que l'adopté tenait de l'adoptant (art. 351, 352) ; 6° enfin le meurtre commis par l'adopté sur la personne de l'adoptant serait considéré et puni comme parricide (C. pén., art. 299).

Au surplus, l'adopté reste dans sa famille naturelle (art. 348) ; non-seulement il y conserve tous ses droits (ibid.), mais il est vrai de dire qu'aucun des liens qui l'unissent à ses parents naturels n'est brisé ni même relâché (v. art. 349-351, al. 2). Au contraire, l'adopté demeure en général étranger aux parents de l'adoptant (v. art. 350 ; voy. pourtant art. 348).

82. Nous avons dit que l'adoption opère transmission de nom ; mais, puisque l'adopté reste dans sa famille, il ne doit point, en prenant le nom de l'adoptant, perdre le sien. Le nouveau nom s'ajoute seulement à l'ancien. V. art. 347.

82 *bis*. Le nom conféré par l'adoption se transmettra évidemment aux enfants et descendants qui naîtront ultérieurement de l'adopté mâle ; car ce nom désormais fait partie de l'état de famille que le père transmet à ses enfants en leur donnant le jour. Mais cette raison ne s'applique pas aux enfants déjà nés ou même simplement conçus au temps de l'adoption de leur père. Aussi ne les crois-je pas autorisés à prendre ce nom. La même considération me suggérera plus bas une distinction sur la question de successibilité des descendants de l'adopté à l'adoptant (*infr.* n° 85, III).

83. L'adopté restant dans sa famille naturelle, l'adoption ne produit évidemment ni parenté ni alliance. Néanmoins, l'image de paternité qui rattache à l'adoptant l'adopté, et par suite tous les descendants de celui-ci, ne permet pas de mariage entre eux. L'intimité, que cette adoption doit introduire entre ceux qui deviennent enfants d'un même père, est aussi une cause suffisante pour empêcher le mariage de l'adopté avec les enfants légitimes ou adoptifs de l'adoptant. La même raison

d'honnêteté publique a dû faire également interdire le mariage entre l'adoptant ou l'adopté, et le conjoint de l'autre. V. art. 348.

83 *bis*. I. L'adoption étant une pure création du droit civil, qui en détermine et limite les effets, on doit certainement se garder d'étendre hors des termes de la loi les empêchements qui en résultent. Toutefois, il paraîtra au moins singulier que la prohibition de mariage établie entre l'adoptant et l'adopté ou ses descendants s'applique au conjoint de l'adopté et ne s'étende pas aux conjoints des descendants de l'adopté. Pour ce cas même, cependant, je m'en tiendrais au principe; heureusement que la distance probable des âges ne permettra pas souvent que la question se présente.

83 *bis*. II. De la prohibition de mariage entre les frères et sœurs adoptifs, on n'est nullement fondé à conclure que le mariage existant entre deux personnes fasse obstacle à une adoption qui aurait pour effet de les rendre frère et sœur adoptifs, soit qu'il s'agît d'adopter les deux époux depuis le mariage, soit que, l'adoption de l'un deux étant antérieure, il s'agît d'adopter ensuite son conjoint. Le droit romain, il est vrai, était différent (v. Justinien, inst. § 2, *de nupt.*). Mais il serait dérisoire de comparer les effets de notre adoption avec ceux de l'adoption romaine. On sent, au surplus, que les motifs qui ont fait défendre le mariage entre les enfants adoptifs d'une même personne n'ont aucune application quand le mariage a précédé l'adoption.

83 *bis*. III. Quoiqu'il ne résulte proprement de l'adoption ni parenté ni alliance, et que les prohibitions contenues en l'article 348 ne rentrent nullement dans les termes des articles 161, 162, 163, je crois pourtant qu'elles constituent des empêchements dirimants auxquels il faut appliquer par analogie l'article 184 avec toutes ses conséquences. Cette doctrine, qui rentre dans ma théorie générale des nullités de mariage (v. tom. 1^er^, n^os^ 260, 260 *bis*. I et II), s'appuie spécialement sur la forme prohibitive de l'article 348; sur son analogie avec les articles 161, 162, 163; sur l'absence d'autre sanction; enfin sur ce que le classement des prohibitions dont il s'agit hors du titre du mariage détruit l'argument *à contrario* qu'on tirerait de leur omission au chapitre IV de ce titre.

84. La loi rend commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un

envers l'autre, l'obligation naturelle, qu'elle a consacrée ailleurs, entre les pères et mères et leurs enfants, de se fournir des aliments (appliquez les art. 203-205, 208-210). Il est clair, au reste, que cette obligation n'en continue pas moins d'exister entre l'adopté et ses père et mère. V. art. 349.

85. Le principal effet de l'adoption, outre la transmission du nom, consiste dans le droit de succession qu'elle confère à l'adopté. Ce droit n'a aucune application aux parents de l'adoptant; car sous tout autre rapport que celui du mariage (art. 348) l'adopté leur demeure totalement étranger. Mais, quant à la succession de l'adoptant lui-même, le droit de l'enfant adoptif est semblable à celui de l'enfant né en mariage. La survenance même d'autres enfants de cette dernière qualité n'altérerait pas ce principe; il y aurait alors lieu à partage égal entre l'adopté et les enfants du mariage. V. art. 350.

85 *bis*. I. La réserve étant un droit de succession légitime, le droit de l'adopté à une réserve me paraît appuyé sur les termes mêmes de l'article 350 (v. art. 913).

Le droit à la réserve entraîne celui de faire réduire les libéralités excessives (art. 920, 921); et l'on ne fait pas en général difficulté de reconnaître à l'adopté le droit de faire réduire les legs; mais quelques-uns contestent le droit de faire réduire les donations entre vifs, par ce motif que les biens donnés ne font pas partie de la succession (1). D'autres accordent ce droit pour les donations postérieures à l'adoption, que l'adoptant ne devait pas faire au préjudice du droit plus ancien de l'adopté; mais ils le refusent pour les donations antérieures, parce qu'autrement l'adoption serait un moyen pour le donateur d'attenter à l'irrévocabilité de son acte (2). Pour moi, je prends à la lettre la loi qui donne à l'adopté sur la succession de l'adoptant *les mêmes droits qu'aurait l'enfant né en mariage* (art. 350). Or la réserve est un droit de succession; la réduction des legs ou des donations est le moyen de le faire valoir; ce moyen ouvert à l'enfant né en mariage ne peut être refusé à l'adopté. J'admets donc l'action en réduction, même pour les donations antérieures à l'adop-

(1) V. Delvincourt, tom. 1er, pag. 100, n° 5.
(2) V. Toullier, tom. 2, n° 1011. Grenier, *Adoption*, n° 40.

tion, comme on l'admettrait sans difficulté en faveur de l'enfant légitime né depuis la donation (1) ou de l'enfant naturel légitimé depuis la donation. Vainement dit-on que c'est là faire dépendre en tout ou en partie le sort de la donation de la volonté du donateur resté maître d'adopter ou non. Selon moi, l'adoption, avec les formes et conditions auxquelles la loi la subordonne, ne peut pas plus passer pour un acte de pure volonté que le mariage qui produit les enfants légitimes ou légitimés, ou que le fait même de la procréation d'enfants. Ce sentiment, auquel se range en définitive M. Duranton (2), est consacré par un arrêt de la cour de cassation. V. C. c., rej. Montpellier, ch. civ., 29 juin 1825 (3).

85 *bis*. II. C'est seulement pour la succession que l'adopté est assimilé à l'enfant légitime. Ainsi l'adoption ne serait pas, comme la légitimation, une cause de révocation des donations pour survenance d'enfants. Il suffira pour le décider ainsi que ce cas ne soit pas nommément compris dans les termes de l'article 960.

Pareillement, l'existence d'un enfant adoptif ne ferait point obstacle au droit de retour stipulé par le donateur pour le cas où le donataire mourrait sans enfant (v. art. 951). C. c., rej. Pau, 27 juin 1822 (4). En effet, il n'y a pas lieu de croire que le cas extraordinaire d'adoption ait été compris dans la pensée du donateur, qui n'entendait se préférer à lui-même que le donataire ou sa postérité. Cette raison peut même faire douter que l'existence d'un enfant adoptif du défunt dût faire obstacle au droit conféré à l'ascendant donateur par l'article 747, et à l'adoptant ou à ses descendants légitimes par les articles 351 et 352. Car ce droit, quoique réduit aux effets d'un droit de succession, a toujours son principe dans l'idée d'un retour, pour cessation de la cause en vue de laquelle s'était opérée la transmission. Cela posé, on pourrait dire que la préférence accordée aux descendants du donataire ou de l'adopté ne tient pas à leur qualité de successeurs du premier ordre, mais uniquement à ce que leur existence fait défaillir la condition sous laquelle le retour est accordé. En effet, c'est *à l'exclusion de*

(1) En supposant que sa naissance n'ait pas produit un effet plus ample, la révocation même de la donation (v. art. 960); effet, au reste, que la loi n'accorde pas à l'adoption.

(2) Tom. 3, n° 340.

(3) J. P. tom. 72, pag. 476.

(4) J. P. tom. 64, pag. 286.

s *autres*, et sans distinction des divers ordres de parents, que 'ascendant succède, aux termes de l'article 747, quand le descen- ant donataire est mort sans postérité ; et l'analogie conduit natu- llement à entendre dans le même sens les articles 351 et 352. uoi qu'il en soit, cette manière de raisonner est trop subtile. Il este toujours vrai que les descendants légitimes du donataire ou e l'adopté succèdent aux choses données par l'ascendant ou aux iens provenant de l'adoptant à l'exclusion du retour légal, et qu'ils ueillent ces biens au même titre que les autres biens du défunt. uel qu'en soit le motif, ce droit doit, aux termes de l'article 350, tre commun à l'enfant adoptif du défunt qui a sur la succession es mêmes droits que s'il était né en mariage. Cela d'ailleurs est aisonnable : car, pourquoi l'adoption émanée de la volonté du éfunt serait-elle moins efficace pour faire évanouir le droit de tour légal que ne le serait une disposition quelconque de cette ième volonté ?

85 *bis*. III. Quoique l'adopté seul soit compris dans les termes e l'article 350, il y a lieu de croire que l'intention du législateur 'a pas été de refuser à ses enfants ou descendants, sur les biens e l'adopté, les droits de successibilité qu'elle refuse au contraire ormellement à l'adopté sur les biens des parents de l'adoptant. Il emble qu'il en doive être, à cet égard, de la filiation adoptive mme de la filiation simplement naturelle, qui ne remonte pas aux rents des père et mère naturels (art. 756), mais qui prenant sa urce dans le père ou la mère qui a reconnu, descend par degrés toute la postérité de l'enfant reconnu (v. art. 759). La preuve que es descendants de l'adopté sont compris dans l'adoption peut s'in- uire de l'article 348, qui les comprend dans les prohibitions du ariage, suite de l'adoption, et surtout des articles 351 et 352, qui ont cesser en leur faveur le droit de retour légal. Enfin, on peut re que l'adoption n'atteindrait pas complétement son but si elle créait pas à l'adoptant une famille adoptive composée de tous ceux à qui se transmettra le nom qu'elle confère. Ces raisons, ba- lancées pourtant par le principe qui défend d'étendre une fiction hors des termes précis de la loi, ont paru déterminantes à la cour de cassation, qui, admettant en doctrine que l'espèce de parenté ivile qui résulte de l'adoption se transmet à toute la descendance de l'adopté, en a conclu qu'un legs fait par l'adoptant au fils de

l'adopté devait être censé fait en ligne directe. La cour, en conséquence, a cassé le jugement qui refusait cette faveur (C. c. cass., 2 décembre 1822) (1).

Si l'on admet cette doctrine, certainement fort controversable (2), on en conclura, comme le suppose au reste expressément l'arrêt ci-dessus, que les descendants de l'adopté viendront à la succession de l'adoptant, comme descendants, soit par représentation, soit de leur chef. Toutefois, je bornerais toujours cette proposition à ceux qui seront nés depuis l'adoption, les seuls à qui se transmette le nom (v. ci-dessus, n° 82 *bis*).

86. Le droit de succession de l'adopté à l'adoptant n'est point réciproque ; c'est à ses parents légitimes qu'appartient la succession de l'adopté. Seulement la loi ne veut pas que des biens dont une affection toute personnelle l'avait enrichi passent, au préjudice du bienfaiteur ou de sa postérité, en des mains étrangères.

Au cas donc de mort de l'adopté, pourvu qu'il meure sans descendants légitimes, car les descendants de l'adopté ne sont pas étrangers à l'adoptant, en ce cas, disons-nous, la loi fait retourner à l'adoptant ou à ses descendants les biens qui proviennent de lui par succession ou donation ; comme ailleurs, et par le même principe, elle fait succéder l'ascendant donateur aux choses par lui données à son descendant mort sans postérité (art. 747). Ce retour n'est point une résolution du titre auquel le défunt possédait les biens (v. à ce sujet art. 951, 952) ; c'est ici, comme au cas de l'article 747, une véritable succession, qui oblige à contribuer aux dettes, à respecter les droits conférés aux tiers par le défunt, et qui dès lors n'a point d'application aux biens aliénés par lui. C'est d'ailleurs un droit limité exclusivement aux personnes et aux choses que la loi détermine. Tous autres biens appartiennent aux héritiers légitimes ; et ceux mêmes qui proviennent de l'adoptant leur ap-

(1) J. P. tom. 65, pag. 385.

(2) V. au contraire Grenier, *Adoption*, n° 37 ; Locré, *Espr. du Cod. civ.*, pag. 344.

artiennent également, à défaut de l'adoptant ou de ses des-ndants. V. art. 351.

86 *bis*. I. Le retour se bornant aux biens qui existent en nature, est clair que l'adoptant ou ses descendants prendront les biens s l'état où ils se trouveront, et qu'ils devront respecter les ypothèques ou autres charges réelles créées par l'adopté ou de son ef, comme ils respectent les aliénations à titre onéreux ou gra-it. Je crois qu'ils doivent respecter même les legs, quoique les ens légués se trouvent encore en nature dans la succession. La son en est que les legs, en principe, doivent prévaloir sur un oit de succession légitime.

86 *bis*. II. Le droit de retour étant expressément borné aux *choses* onnées ou recueillies dans la succession, on peut soutenir que adoptant ou ses descendants ne succéderaient pas, comme l'ascen-ant donateur (art. 747), au prix des biens aliénés (1). Mais du oins ne pourrait-on pas, je crois, leur refuser les actions tendant recouvrer, par voie de rescision ou résolution, les choses aliénées. Car la chose même est censée se trouver en nature dans la succes-on quand il s'y trouve l'action pour la recouvrer (2). Cela posé, le tour comprendrait donc l'action résolutoire pour défaut de paye-ent du prix (art. 1184, 1654); et si l'on admet ce point, il sera ien difficile de refuser d'y comprendre l'action directe en payement u prix. Aussi, me déterminerais-je à l'accorder.

On devrait même, selon moi, réserver à l'adoptant ou à ses des-ndants, contre le mari, l'action en reprise de la dot mobilière par i constituée à sa fille adoptive; car, à bien dire, c'est cette action ulement que la femme dotée a reçue de lui.

87. Ce n'est qu'à défaut de descendants légitimes de l'adopté ue le retour ci-dessus a lieu. Ceux-ci recueillent donc, à exclusion de l'adoptant ou de sa postérité, les biens prove-ant de l'adoptant qui se trouvent dans la succession de leur uteur. Mais s'ils viennent à mourir eux-mêmes sans postérité, a loi, toujours par le même motif, accorde encore le retour

(1) V. Grenier, *Adopt.*, n° 15; Toullier, tom. 2, n° 1013; M. Duranton, tom. 3, n° 324; contra Malleville, art. 351; Delv., pag. 100, n° 11.
(2) V. M. Duranton, tom. 3, n° 323.

à l'adoptant. C'est là, au reste, une faveur plus grande que dans le cas précédent, puisque le retour s'applique ici à des biens *qui ont fait souche*. Aussi cette faveur est-elle exclusivement bornée à la personne de l'adoptant lui-même. V. art. 352.

87 *bis*. La loi suppose le décès des enfants ou descendants de l'adopté, par conséquent de *tous les enfants ou descendants;* si donc il y en a plusieurs qui viennent à mourir successivement avant l'adoptant, il paraît raisonnable, à la mort de chacun d'eux, de laisser les survivants succéder au préjudice du droit de retour, et d'ajourner l'ouverture de ce droit jusqu'à la mort du dernier décédé (1). Cela paraîtrait sans difficulté si les descendants de l'adopté étaient toujours respectivement appelés à se succéder exclusivement. Mais il peut n'en être pas ainsi : *puta*, si le prémourant a son père ou sa mère, s'il a des frères et sœurs consanguins ou utérins qui ne descendent pas de l'adopté, si les descendants survivants de l'adopté ne sont pas frères, sœurs ou neveux, mais oncles ou tantes du prémourant appelés en concours avec des héritiers de l'autre ligne. Dans ces divers cas, je crois que le droit de l'adoptant devrait s'exercer sur la part des biens donnés, qui, dans l'ordre de succession ordinaire, devrait revenir aux héritiers qui ne descendent pas de l'adopté; mais qu'il ne s'exercera jamais au préjudice du droit de succession ordinaire dévolu à des héritiers descendants, comme le défunt, de l'adopté. Du reste, j'entends bien qu'au décès du dernier mourant, l'adoptant succédera aux biens par lui donnés, que le défunt aura ainsi recueillis dans la succession de ses frères, sœurs, oncles, tantes, neveux ou nièces.

SECTION II.

Des formes de l'adoption.

88. Constater le consentement des parties, vérifier l'accomplissement de toutes les conditions requises, et notamment s'assurer de la bonne réputation de l'adoptant, le tout en évitant d'abord une publicité inopportune; donner à l'adoption

(1) V. Grenier, n° 16; Delvinc., tom. 1er, p. 101, n° 3.

une fois admise la publicité qui doit accompagner un changement d'état; consigner ce changement sur les registres destinés à constater l'état des personnes, et à donner à tous le moyen de le connaître et de le prouver : tel est le but qu'a dû se proposer le législateur en réglant les formes de l'adoption (art. 353-359).

89. Le consentement se constate par un acte passé entre les parties présentes devant le juge de paix du domicile de l'adoptant. V. art. 353.

90. Le contrat ainsi formé est ensuite successivement soumis à l'homologation du tribunal de première instance et à celle de la cour d'appel; là encore c'est le domicile de l'adoptant qui détermine la compétence. Cette double homologation est poursuivie par *la partie la plus diligente*, dans les formes et les délais prescrits. Les deux tribunaux instruisent et jugent dans des formes toutes spéciales (art. 354-357).

90 *bis*. L'action de la partie la plus diligente s'applique avec raison à toute démarche postérieure au consentement donné devant le juge de paix (art. 354, 357, 359). Rien n'empêche du reste, lorsqu'un acte a été fait par l'une des parties, que les actes suivants ne soient faits par l'autre.

91. Le tribunal de première instance est saisi au moyen de la remise faite par la partie au procureur de la république d'une expédition de l'acte ci-dessus. Cette remise doit être faite dans le délai de dix jours. V. art. 354.

L'instruction a lieu et le jugement est rendu dans la chambre du conseil; l'instruction porte sur l'accomplissement des conditions prescrites au chapitre I^er^, et en outre sur la bonne réputation de l'adoptant. Le jugement est rendu sur les conclusions du procureur de la république; il n'est pas motivé. V. art. 355, 356.

92. La partie, mécontente ou non du jugement, doit le soumettre à la cour d'appel; elle a pour cela le délai d'un mois. La cour instruit dans les mêmes formes que le tribunal. L'arrêt n'est pas non plus motivé. Voy. art. 357.

92 *bis.* La manière de saisir la cour n'est point indiquée par la loi. Il faut dire par analogie que ce sera par la remise des pièces au procureur général.

93. Le jugement de première instance, quelle que soit sa décision, et l'arrêt de la cour, quand il rejette l'adoption, se rendent en la chambre du conseil; mais lorsque la cour juge définitivement qu'il y a lieu à l'adoption, la publicité qu'on devait jusque-là éviter devient au contraire désirable. Cette publicité s'acquiert par le prononcé à l'audience, et par des affiches, dont la cour détermine le nombre ainsi que les lieux d'apposition. V. art. 358.

94. L'adoption admise par arrêt s'inscrit, à la réquisition d'une des parties, sur le registre de l'état civil du domicile de l'adoptant; l'inscription ne s'opère que sur le vu de l'arrêt; elle doit avoir lieu dans les trois mois, à peine de déchéance. V. art. 359.

94 *bis.* Ce délai est le seul pour l'inobservation duquel soit prononcée formellement par la loi la peine de déchéance. Ici, en effet, il fallait bien s'en expliquer, car, l'adoption étant admise par arrêt, personne n'eût osé, par voie d'induction, suppléer à la disposition qui la prive d'effet. Mais, au contraire, on doit, sans hésiter, dans le silence de la loi, considérer comme de rigueur les délais des articles 354 et 357. J'entends dire par là que le procureur de la république devra refuser de saisir de l'examen le tribunal ou la cour si les pièces ne lui sont pas remises dans le délai prescrit; ce qui obligera à recommencer la procédure, et, par conséquent, à refaire le contrat d'adoption. Sans cette rigueur, la loi n'aurait pas de sanction, et l'on se dispenserait impunément d'observer des délais que le législateur apparemment a jugés utiles, puisqu'il les a prescrits. Peut-être, en effet, importait-il de ne pas retarder indéfiniment l'examen de la justice, afin que les intérêts contraires, éveillés par les premières démarches relatives à l'adoption, le soient encore au moment de cet examen, et puissent ainsi fournir aux tribunaux les renseignements propres à les éclairer, notamment sur la question de bonne réputation.

Quoi qu'il en soit, je considère bien l'inobservation des délais

comme devant empêcher l'homologation. Mais si elle a été homologuée nonobstant cette irrégularité, je ne puis croire que ce soit un cas de nullité.

95. L'adoption, œuvre de la loi, n'est vraiment parfaite qu'après l'entier accomplissement des formes légales ; jusque-là donc il semblerait naturel d'exiger la capacité respective des parties. Toutefois, en cas de mort de l'adoptant pendant l'instruction, les démarches qu'il a faites ne devant pas avoir moins de force que n'en aurait le vœu testamentaire (1) d'un tuteur officieux (v. art. 366), le législateur ne veut pas que cette mort fasse défaillir le projet d'adoption. Ainsi, l'instruction se continuera, et l'adoption sera admise s'il y a lieu. Seulement alors les héritiers de l'adoptant, dont l'intérêt contraire est né, peuvent se rendre parties dans l'instance, à l'effet d'établir que l'adoption est inadmissible. Du reste, vu la nature de l'affaire, c'est par voie de mémoire ou observations remis au procureur de la république qu'ils doivent procéder. V. art. 360.

95 *bis*. I. La faculté ici accordée par la loi de poursuivre après la mort de l'adoptant l'instruction commencée, et la combinaison de cette disposition avec celles qui, du vivant même des deux parties, laissent à la plus diligente la poursuite de cette instruction (v. art. 354, 357), ont fait penser à la plupart des auteurs que la capacité d'adopter n'est requise qu'au moment de l'acte des consentements respectifs dressé par le juge de paix (2).

Pour être conséquent, il faudrait admettre avec Delvincourt (3), contre les termes de la loi, que la mort de l'adoptant survenue avant même que l'acte fût porté devant les tribunaux n'empêcherait pas de commencer l'instruction et d'admettre ensuite l'adoption. Il faudrait également appliquer la règle à la capacité d'être adopté, et n'avoir en conséquence nul égard à l'incapacité survenue depuis le contrat dans la personne de l'adopté, lors au moins

(1) Opinion de M. Réal, discussion au conseil d'État, séance du 18 frimaire an XI (Fenet, tom. 10, pag. 396).

(2) V. Toullier, tom. 2, n° 1004; Delv., tom. 1, pag. 102, n° 9; M. Duranton, tom. 3, n° 278.

(3) Delv., pag. 102, n° 9.

que cette incapacité n'enlèverait pas tout intérêt à l'adoption (1).

Mais je ne puis admettre cette doctrine, qui, sauf vérification des conditions légales, fait consister dans le concours des volontés privées la perfection de l'adoption. Selon moi, ce concours de volonté en est bien l'élément principal, mais l'adoption, œuvre de la loi, n'existe que par la proclamation de justice. C'est ainsi que le mariage lui-même ne me paraît point parfait tant que l'officier public n'a pas prononcé l'union au nom de la loi. Je ne comprendrais pas, en effet, que les tribunaux pussent prononcer, dans les termes des articles 356 et 357, qu'*il y a lieu à l'adoption*, en présence d'un empêchement survenu. Loin de contrarier ma doctrine, l'article 360 la suppose en y faisant exception pour le cas unique de mort de l'adoptant et en exigeant pour cela que l'acte reçu par le juge de paix soit déjà porté devant les tribunaux. Quant à l'action accordée à la partie la plus diligente après l'acte dressé des consentements, j'en conclus seulement qu'après cet acte le concours des volontés n'est plus nécessaire et qu'il n'y a plus dès lors à s'inquiéter de la capacité de consentir. Mais la capacité de droit, qui consiste dans l'existence naturelle, dans la jouissance des droits civils et dans l'absence d'empêchements, doit exister au moment où la justice prononce.

95 *bis*. II. Ne faudrait-il pas aller plus loin, et, parce que le défaut d'inscription sur les registres de l'état civil pourrait encore, après l'arrêt de la cour d'appel, faire défaillir l'adoption (art. 359), en conclure que l'adoption n'est parfaite que par l'inscription, et requérir jusqu'à cette inscription la prolongation de la capacité de droit? Je n'admets pas cette idée; car, si l'adoption prononcée dépendait encore de l'avenir et de la conservation de la capacité, je ne concevrais pas que la loi accordât trois mois pour l'inscrire sans nouvel examen. Aussi ne considéré-je le défaut d'inscription que comme une condition résolutoire.

95 *bis*. III. Cela posé, voici en deux mots toute ma théorie. Je distingue la capacité de consentir et la capacité de droit. Je n'exige la première qu'au moment du contrat passé devant le juge de paix; j'en conclus que la démence ou interdiction postérieure de l'une ou

(1) *Puta*, si l'adopté perd la qualité de Français, ce qui ne l'empêcherait pas de profiter d'une adoption consommée; ou s'il meurt laissant des enfants à qui l'adoption pourrait transmettre le nom et la succession de l'adoptant.

de l'autre partie n'empêcherait pas de passer outre à l'adoption. Mais, sauf le cas de l'article 360, j'exige la capacité de droit dans les deux parties tant au moment du contrat qu'au moment de l'arrêt de la cour d'appel.

C'est ainsi que dans les testaments la capacité de vouloir n'est exigée qu'au temps de la confection, mais la capacité de droit est exigée et au temps de l'acte et au moment de la mort qui opère la transmission.

96. Malgré les précautions prises pour assurer l'accomplissement des conditions sous lesquelles la loi permet l'adoption, il est possible que, par erreur ou ignorance, les juges l'aient admise en l'absence de quelqu'une de ces conditions. L'adoption alors peut être nulle (1); mais il y a de graves difficultés sur la manière de faire valoir cette nullité, dont le principe pourtant est évident. D'une part, l'adoption étant admise par un arrêt, la force de la chose jugée semble la mettre à l'abri de toute attaque, à moins qu'on ne fasse tomber l'arrêt en prenant une des voies extraordinaires de cassation, requête civile ou tierce-opposition. D'autre part, l'application de ces voies aux héritiers de l'adoptant, par lesquels la question sera ordinairement soulevée, n'offre qu'incertitude et embarras. Selon nous, il vaut mieux dire que les jugements et arrêts qui interviennent ne dépouillant point l'adoption de son caractère primitif de contrat, la question de validité ou invalidité du contrat doit ici, comme dans tous les cas, être portée directement devant les tribunaux ordinaires, pour y subir, s'il y a lieu, les deux degrés de juridiction.

(1) V. ci-dessus, n° 80 *bis*. V.

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

97. Le législateur ayant cru ne devoir admettre l'adoption proprement dite qu'à l'égard des majeurs, a offert dans la tutelle officieuse le moyen de s'attacher les mineurs par un titre légal, et de se procurer ainsi la facilité de les adopter par la suite.

97 *bis*. La loi prévoit un autre cas où une personne étrangère peut, par l'effet d'une simple déclaration devant l'autorité municipale, se trouver chargée d'un enfant; c'est lorsqu'il s'agit d'un enfant nouveau-né trouvé par une personne qui consent à s'en charger (C. pén., art. 347, al. dernier). Le législateur garde le silence sur les conditions et sur les effets de cet acte de charité. Il est à croire que le règlement des conditions est laissé à la prudence de l'autorité municipale, qui doit avoir le pouvoir de refuser l'offre. Quant aux effets, ils ne peuvent consister que dans l'obligation plus ou moins étendue de pourvoir aux besoins de l'enfant. Cette étendue pourrait s'apprécier diversement suivant les circonstances. Du reste, il est clair que ce mineur ne pourrait avoir d'autre représentant légal que celui dont il serait pourvu suivant les règles ordinaires de la tutelle.

98. La tutelle officieuse ayant pour but principal de conduire à l'adoption, ce moyen n'est ouvert qu'à ceux à qui leur âge et leur état de famille permettraient l'adoption. Il ne peut d'ailleurs se réaliser qu'avec le consentement des personnes sous la protection ou la dépendance desquelles l'enfant se trouve placé. Ainsi, le tuteur doit être âgé de cinquante ans et n'avoir point d'enfants légitimes. Quant aux personnes à qui la loi confie le droit de disposer ainsi de l'enfant, ce sont les père et mère ou le survivant d'entre eux; à leur défaut, le conseil de famille; à défaut de parents, les administrateurs de l'hospice, si l'enfant est dans un hospice, sinon la municipalité de sa résidence. V. art. 361.

98 *bis*. La loi exigeant formellement le consentement des père et mère, il est clair qu'en cas de dissentiment le consentement du père ne suffirait pas. J'ai fait la même remarque sur l'article 346 en ce qui concerne le consentement à obtenir des père et mère de l'adopté.

Je ne sais même s'il faudrait admettre ici comme suffisant le consentement d'un seul des parents, lorsque l'autre est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Je l'ai admis, il est vrai, pour l'adoption, parce que, la loi n'offrant aucun autre moyen de suppléer au consentement ou au conseil de l'incapable, le projet d'adoption se trouverait indéfiniment ajourné si la circonstance d'incapacité n'autorisait pas à passer outre. Mais, ici, rien n'est plus facile que d'avoir recours au conseil de famille et de remplacer par son consentement, joint à celui du parent présent et capable, le consentement du parent incapable.

Il n'y a, du reste, aucune difficulté à considérer le consentement du conseil de famille comme suffisant pour remplacer le consentement du parent ou des parents incapables, car cela peut rentrer dans les termes de la loi, qui appelle le conseil de famille *à défaut* des père et mère ou du survivant.

99. Le même motif qui fait exiger pour l'adoption le consentement du conjoint a dû également faire établir la nécessité de ce consentement pour la tutelle officieuse. V. art. 362.

99 *bis*. La loi ne répète ici ni la disposition qui prohibe l'adoption d'une même personne par plusieurs ni l'exception admise à cette règle pour le cas d'adoption par deux époux. Mais l'analogie me semble parfaite, puisque la tutelle officieuse tend évidemment à l'adoption. La prohibition, d'ailleurs, peut se fonder sur les principes mêmes de la tutelle ordinaire, qui, dans notre droit, ne se divise pas entre plusieurs personnes. Quant à l'exception, je crois qu'il faut l'admettre en vue de l'adoption future que la tutelle officieuse doit faciliter, car je ne trouverais pas juste de priver l'un des époux de cette facilité. Mais si la tutelle officieuse peut, comme je le pense, appartenir en commun à deux époux, j'entends que l'exercice pendant le mariage n'en devra appartenir qu'au mari (arg. de l'art. 373).

100. La loi exige avec raison que les divers consente-

ments qui doivent constituer le contrat de tutelle officieuse soient constatés par un procès-verbal. Ce procès-verbal, comme pour l'adoption, est dressé par le juge de paix; mais le juge ici est celui du domicile de l'enfant. V. art. 363.

100 *bis*. Le contrat constitutif de la tutelle officieuse n'est pas, comme celui d'adoption, sujet à l'homologation des tribunaux. C'est une raison pour reconnaître ici au juge de paix, non pas seulement le pouvoir, commun, selon moi, à tout officier public, de refuser son ministère pour un acte dont il connaîtrait l'illégalité; mais le devoir de vérifier si l'acte qu'on lui propose de recevoir est légal, en se faisant justifier de l'accomplissement des conditions requises. Au reste, si ces conditions manquaient, les intéressés seraient à temps, plus tard, pour soutenir que la tutelle n'a pas été légitimement établie et pour en contester les effets.

101. Principalement destinée à préparer l'adoption et à sauver la bizarrerie de l'adoption d'un majeur, la tutelle officieuse manquerait son but si elle pouvait avoir lieu moins de six ans avant la majorité du pupille. Il faut donc que celui-ci n'ait pas quinze ans. A ce moyen, si le tuteur veut adopter plus tard, son seul titre pourra lui servir à justifier des six ans de soins et de secours prescrits pour l'adoption (art. 345), puisque, à ce titre, il aura été obligé de les fournir. Voy. art. 364, al. 1.

102. Remarquons ici, comme nous l'avons fait pour l'adoption, que l'énonciation des conditions spéciales contenue aux articles 361-364 n'est pas tellement limitative qu'elle exclue l'application des conditions auxquelles le droit commun soumet tous les contrats. Ainsi le contrat de tutelle officieuse pourrait être annulé pour cause d'interdiction ou pour vices de consentement. Je crois également, par les motifs qui m'ont déterminé en matière d'adoption, qu'on ne pourrait prendre en tutelle officieuse ses enfants naturels, et que cette tutelle ne serait applicable qu'entre personnes jouissant des droits civils. V. ci-dessus n° 80.

102 *bis*. L'absence des conditions spéciales ou des conditions qui

tiennent à la nature même de l'acte doit en général produire une nullité absolue (v. ci-dessus, n° 80 *bis*. V). Toutefois, lorsque la contravention consistera dans le défaut de qualité des personnes qui ont consenti au nom de l'enfant, j'inclinerais à ne voir là qu'une infraction aux règles de la capacité pour contracter, et j'appliquerais l'article 1125.

103. Les effets de la tutelle officieuse légalement établie consistent principalement dans les obligations qu'elle impose au tuteur. Ces obligations peuvent être plus ou moins étendues par l'effet des stipulations ou conditions particulières sous la foi desquelles l'établissement de la tutelle aura été consenti; mais, en l'absence même de toute stipulation, elles consistent à nourrir et à élever le pupille, et à le mettre en état de gagner sa vie. V. art. 364, al. 2.

104. L'établissement de la tutelle officieuse fait cesser la tutelle ordinaire : c'est dès lors au tuteur officieux que passe l'administration de la personne du mineur, avec celle des biens, s'il y en a. Ses devoirs, sous ce rapport, sont en général ceux de tout tuteur (art. 450). Mais il y a cela de particulier, qu'étant obligé de nourrir et d'élever à ses frais le pupille (art. 364), il ne peut, dans le compte qu'il devra rendre (art. 370, 469), imputer sur les revenus de celui-ci les dépenses d'éducation. V. 365.

104 *bis*. La loi, qui déplace l'administration déjà établie pour la confier au tuteur officieux, doit, à plus forte raison, l'attribuer à celui-ci lorsque le mineur qui devrait déjà être en tutelle n'y a pas encore été placé. Mais on pourrait prétendre que la règle bornée par les termes de la loi au cas où le mineur était antérieurement en tutelle ne s'appliquerait pas lorsque le mineur, ayant encore ses père et mère, n'était pas même dans le cas d'être en tutelle. On en conclurait que la garde de la personne continuerait à appartenir au père, en vertu des articles 372, 373, 374, et qu'il conserverait l'administration des biens (art. 389); ce qui paraîtrait d'autant plus raisonnable qu'il en a la jouissance (art. 384).

Quoi qu'il en soit, je ne puis croire que le législateur ait pensé ici à faire de l'existence antérieure d'une tutelle une condition pour

attribuer l'administration de la personne et des biens au tuteur officieux; ce qu'il a voulu dire, c'est que cette administration lui passerait *quand même* il y aurait déjà une tutelle établie.

Cela posé, la question de savoir si le tuteur officieux doit être préféré au père ou au survivant des père et mère pour l'administration de la personne et des biens reste entière, soit que, le mariage n'étant pas dissous, le père n'ait point le titre de tuteur, ou que ce titre existe au contraire dans la personne du survivant des père et mère. Dans les deux cas, il y a lieu de se demander : 1° si la puissance paternelle, à laquelle la tutelle officieuse ne peut pas plus porter atteinte que n'en porterait à tout autre droit de famille une adoption consommée, ne devrait pas ici prévaloir pour l'attribution de la garde de l'enfant; 2° si la jouissance légale, suite de cette puissance, n'est pas une raison suffisante pour réserver au père ou à la mère l'administration des biens.

Quant à la garde de la personne, je crois que le but particulier qui distingue la tutelle officieuse de toute autre tutelle doit la faire attribuer au tuteur, obligé d'élever l'enfant (art. 364). Ce qui n'empêchera pas le parent, maintenu d'ailleurs dans l'exercice de l'autorité paternelle, d'avoir la surveillance et de conserver entier le droit de correction, tel qu'il est réglé par les articles 375-382. En ce qui concerne les biens, peut-être eût-il été raisonnable de faire cesser la jouissance légale, puisque la tutelle officieuse affranchit les parents de la charge principale qu'on peut considérer comme cause de cette jouissance, la nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant (v. art. 385-2°). Mais, la loi ne l'ayant pas dit, je crois que la jouissance subsistera, aux termes de l'article 384, et qu'elle entraînera à sa suite l'administration, telle qu'elle appartient à tout usufruitier; mais le tuteur n'en sera pas moins administrateur comptable quant à la propriété, tenu d'agir pour le mineur et chargé de le représenter dans tous les actes de propriétaire.

105. Un effet important de la tutelle officieuse, c'est d'autoriser l'adoption testamentaire. Toutefois cette adoption n'est permise qu'en prévoyance du cas où le tuteur décéderait pendant la minorité, qui rend impossible l'adoption ordinaire; elle ne peut d'ailleurs être conférée qu'après que les rapports résultant de la tutelle se sont invétérés par l'expiration de

cinq ans. Enfin son effet est subordonné à la condition du décès du tuteur sans enfants légitimes. V. art. 366.

105 *bis*. I. Il ne suffit pas pour la validité de l'adoption testamentaire que le décès du testateur, qui doit y donner ouverture, soit précédé de cinq années de tutelle officieuse, il faut que les cinq années depuis la tutelle soient révolues au moment où, *en prévoyance de son décès*, le tuteur fait sa disposition. C'est là une condition exigée pour que la volonté soit réputée suffisamment éclairée, et qui doit dès lors exister au moment où se manifeste cette volonté, qui sera ensuite censée continuer jusqu'à révocation. Là évidemment s'applique le principe qui, pour les dispositions testamentaires, exige la capacité du testateur au moment de la confection du testament. Quant à la condition de n'avoir point d'enfants légitimes, il en est autrement, car la loi dit formellement que la disposition sera valable pourvu que le tuteur ne *laisse* point d'enfants. C'est que cette condition, comme en général toutes celles qui reposent sur la qualité des héritiers du testateur, n'a aucunement trait à la certitude et à l'indépendance de la volonté. Les conditions de ce genre sont plutôt des règles de disponibilité que des règles de capacité proprement dite. Or, pour l'application des règles de disponibilité, on n'envisage jamais que le moment de l'ouverture de la succession (v. art. 920, et, à ce sujet, art. 909-2° et 1049).

105 *bis*. II. L'adoption testamentaire devient sans objet si le testateur survit à la majorité du pupille, puisqu'il est loisible alors aux parties de procéder à l'adoption dans la forme ordinaire. Toutefois la loi n'ayant pas formellement prononcé pour ce cas la nullité de l'adoption testamentaire, je croirais que les tribunaux pourraient la maintenir, si le décès a suivi de si près la majorité qu'il n'ait pas laissé le temps de procéder à l'adoption entre vifs. La suffisance ou l'insuffisance de ce temps devrait s'apprécier suivant les circonstances; mais par argument de l'article 369, qui ne donne que trois mois pour prendre parti sur l'adoption requise par le pupille devenu majeur, je crois que l'adoption testamentaire restera toujours sans effet si le décès du testateur n'a eu lieu qu'après ce délai. Ajoutons que l'adoption n'ayant été conférée qu'en vue du décès *avant la majorité*, l'est, en quelque sorte, sous une condition, que la survie du tuteur à la majorité fait défaillir.

105 *bis*. III. Comme toute disposition testamentaire, l'adoption dont il s'agit ici est, sous certain rapport, parfaite par la volonté unique du disposant. Seulement celui à qui elle est conférée peut l'accepter ou la répudier. Mais la question est de savoir quand et comment pourra intervenir utilement la répudiation, si, comme on doit le supposer, l'adopté est mineur au moment du décès du tuteur. A cet égard on peut prétendre que, la mort de l'adoptant faisant obstacle à l'établissement des rapports que l'adoption entre vifs aurait produits entre les deux personnes, et dès lors son effet principal ne consistant qu'en une institution d'héritier, les représentants légaux du mineur auraient ici qualité pour prendre parti en son nom, comme ils l'ont en général pour une succession qui lui est déférée (v. art. 461, 776). Mais ce point de vue serait-il exact; et n'est-il pas vrai au contraire que l'adoption constituerait toujours un changement d'état, puisque, sans parler des empêchements au mariage qu'elle pourrait établir, soit avec d'autres enfants adoptifs du défunt, soit avec le conjoint de celui-ci, elle emporterait transmission du nom? Cela posé dans le système de la loi qui n'a reconnu à personne le pouvoir de disposer de l'état d'autrui, et qui, par ce motif, n'a pas permis l'adoption entre vifs des mineurs, ne faut-il pas conclure que le parti à prendre sur l'acceptation ou la répudiation de l'adoption testamentaire devrait être différé jusqu'à la majorité?... D'autre part, pourtant, comment laisser en suspens la délation de la succession du défunt pendant les longues années qui peuvent s'écouler entre son décès et la majorité de l'adopté? Cet inconvénient me paraît si grave, que nonobstant les objections, dont j'apprécie toute la force, j'aime mieux, en définitive, m'en tenir à la première idée. Seulement je remarque qu'aucun texte ici ne consacrant formellement l'irrévocabilité du parti pris au nom du mineur par ses représentants légaux, il pourra, selon moi, rester au mineur la ressource extraordinaire de la restitution pour lésion.

105 *bis*. IV. La disposition testamentaire qui *confère* l'adoption n'est pas soumise par la loi à l'homologation des tribunaux. Ce n'est pas qu'elle ne soit, comme le contrat d'adoption entre vifs, soumise à des conditions et à des empêchements; mais c'est qu'ici les droits des personnes intéressées à se prévaloir des empêchements sont ouverts, et qu'elles peuvent immédiatement porter la question devant les tribunaux.

105 *bis*. V. L'adoption testamentaire, tout aussi bien que l'adoption entre vifs, emportant changement d'état, il y a peut-être lieu de s'étonner que la loi n'en ait pas prescrit l'inscription sur les registres de l'état civil. Il en résulte évidemment que sa validité ne dépend pas de cette inscription. Du reste, je crois qu'il conviendra toujours de la faire. Mais pour y parvenir il faudra s'adresser au tribunal comme en matière de rectification (v. art. 99).

106. Le tuteur peut mourir sans avoir été à même d'adopter par testament ou sans avoir usé de cette faculté. Sa mort ne doit point éteindre l'obligation qu'il s'est imposée par la tutelle officieuse; sa succession reste donc tenue de fournir au pupille, jusqu'à sa majorité, des moyens de subsister, qui ont pu être réglés par une convention antérieurement faite en prévoyance de ce cas, et qui, à défaut de cette convention, sont réglés amiablement ou judiciairement. V. art. 367.

106 *bis*. Les moyens de subsister ne doivent être fournis que pendant la minorité; mais ils doivent tendre à mettre le mineur à même de pourvoir par lui-même à sa subsistance quand il sera majeur. Aux frais de nourriture il faut donc ajouter ceux d'éducation professionnelle. En effet, l'obligation du tuteur, par lui transmise à ses héritiers, consistait à mettre le mineur en état de gagner sa vie; la preuve en est dans l'indemnité que la loi accorde au mineur devenu majeur lorsque cette obligation n'a pas été remplie (art. 369).

107. Si le tuteur survit à la majorité du pupille, il n'est point forcé à l'adoption, que le pupille de son côté est toujours en droit de refuser; mais il peut y être procédé de leur consentement respectif, suivant les formes et avec les effets réglés au chapitre précédent. V. art. 368.

107 *bis*. Les formes de l'adoption ne tendant qu'à s'assurer de l'existence des conditions légales, le renvoi fait ici aux formes prescrites au chapitre précédent emporte virtuellement renvoi à toutes les conditions prescrites au même chapitre. Ainsi, sauf la condition d'âge de l'adoptant et celle des soins et secours pendant la minorité qui sont nécessairement accomplis si la tutelle officieuse a été légalement établie, toutes les conditions ordinaires devront

être aussi bien exigées que s'il n'y avait pas eu tutelle officieuse. Ainsi, les enfants légitimes survenus depuis la tutelle feraient obstacle à l'adoption ; le consentement donné par le conjoint à la tutelle ne dispensera pas d'obtenir de nouveau son consentement ; il en sera de même pour le consentement à obtenir des père et mère de l'adopté.

108. Quoique l'adoption ne puisse, comme on voit, intervenir sans le consentement mutuel des deux parties, celles-ci sont cependant placées dans une position différente. Celui qui s'est imposé la charge de la tutelle officieuse a manifesté par là l'intention d'adopter ; il peut donc être requis de réaliser cette intention, et faute par lui de satisfaire à la réquisition, il peut être tenu d'une indemnité (voy. à ce sujet art. 1147). Mais sur ce point plusieurs observations :

1° L'indemnité n'étant due qu'à défaut d'adoption, le tuteur n'en peut être tenu qu'après un certain délai, fixé par la loi à trois mois depuis la majorité, et lorsque les réquisitions faites dans ce délai sont restées sans effet (voy. à ce sujet art. 1146).

2° L'indemnité n'est point due ici pour refus d'adoption comme s'il eût existé une obligation d'adopter ; elle ne l'est qu'en vertu de l'engagement pris par le tuteur de mettre le pupille en état de gagner sa vie (art. 364). Par conséquent elle ne peut appartenir au pupille s'il n'est hors d'état de gagner sa vie et d'ailleurs sans moyen d'existence ; elle a pour objet unique de réparer le tort résultant pour lui de cette incapacité, et se résout dès lors en secours propres à lui procurer un métier (v. à ce sujet art. 1149).

3° Sous ces conditions même il paraît que le droit à l'indemnité est encore abandonné à la prudence des juges ; il est possible en effet que l'incapacité du pupille ne soit point imputable au tuteur (v. à ce sujet art. 1147, 1148).

4° Enfin il est évident que toutes les règles ci-dessus ne sont applicables qu'à défaut de stipulations particulières (v. à ce sujet art. 364, 1134, 1152). V. art. 369).

108 *bis*. I. La loi prévoit seulement le cas où, l'adoption étant légalement possible, elle est requise par le pupille et refusée par le tuteur. Évidemment, le pupille, lors même qu'il se trouverait hors l'état de gagner sa vie, n'aurait rien à prétendre, si l'adoption lui était offerte, et que le refus vînt de lui; car l'adoption qu'on lui offre assurerait immédiatement sa subsistance en constituant en sa faveur une créance d'aliments (art. 349). C'est donc à lui à s'imputer le tort que lui cause son refus. Mais si l'adoption est impossible, *ula*, parce qu'il est survenu au tuteur des enfants légitimes, il est clair qu'il n'y aurait lieu alors ni à requérir, ni à refuser l'adoption; mais le pupille hors d'état de gagner sa vie pourrait conclure directement à une indemnité, en basant sa demande sur l'article 364.

108 *bis*. II. La loi accorde trois mois au tuteur requis d'adopter pour prendre son parti. La réquisition peut intervenir utilement dans le cours de ces trois mois, aussi bien le dernier jour que le premier, mais le délai court toujours à partir de la majorité, qui a rendu l'adoption possible. Dès ce moment, en effet, le tuteur pouvait la proposer, sans attendre qu'il en fût requis.

108 *bis*. III. C'est au tuteur requis d'adopter qu'est accordé le délai de trois mois, avant lequel il ne peut être condamné. Mais si, l'adoption étant légalement impossible, le pupille voulait conclure directement à l'indemnité, comme nous lui en avons reconnu le droit, il n'y aurait aucune raison pour suspendre soit la demande, soit la condamnation.

108 *bis*. IV. Le délai de trois mois ne me paraît avoir d'autre but que de suspendre pendant ce temps la condamnation du tuteur. Mais parce que la loi en fixant ce terme a supposé une réquisition antérieure, plusieurs en concluent que la réquisition doit, à peine de déchéance, être faite dans les trois mois. Ils argumentent surtout de ce qu'aucun autre délai n'étant fixé, le tuteur, si l'on n'appliquait pas celui-là, resterait indéfiniment exposé à la réquisition d'adoption et à la demande d'indemnité qui en est la suite. Pour moi, je ne suis pas touché de cet inconvénient, car rien n'empêche le tuteur qui veut rendre sa position nette de proposer l'adoption, et de s'affranchir de toute demande d'indemnité en faisant constater le refus. Ne trouvant donc dans les termes de la loi rien qui constitue une déchéance, je repousse cette idée, et j'accorde à l'action du pupille, non pas peut-être la durée de trente ans, mais, parce

que cette action, fondée sur ce que le tuteur n'a pas rempli ses obligations, est relative aux faits de la tutelle, la durée de dix ans fixée par l'article 475.

109. Que la tutelle soit ou non suivie d'adoption, que le pupille ait droit ou non à indemnité, il est de toute évidence que le tuteur lui doit compte de ses biens s'il les a administrés. V. art. 370, *jung.* art. 469.

TITRE NEUVIÈME.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

110. La filiation produit entre les enfants et les auteurs de leurs jours des rapports de supériorité d'une part et de dépendance de l'autre. Ces rapports, qui commencent à la naissance et se continuent avec plus ou moins de force pendant toute la durée de la vie, constituent la *puissance paternelle*.

111. Établie par le droit naturel, et l'un des moyens les plus efficaces pour le maintien du bon ordre chez les hommes réunis en société, la puissance paternelle a reçu des législateurs anciens et modernes des développements proportionnés aux besoins des temps et des lieux. Chez les Romains, cette puissance, concentrée dans la main du chef de famille, était tout à la fois une propriété et une sorte de magistrature domestique, qui, n'étant bornée ni par l'âge ni par le mariage des enfants, s'étendait également sur leur postérité la plus reculée. Mais notre Code, en consacrant la prérogative paternelle, n'en fait une véritable puissance qu'à l'égard des enfants qui ne sont pas en âge de se gouverner eux-mêmes; encore cette puissance est-elle réduite à des limites assez étroites. Du reste, la prérogative chez nous est commune au père et à la mère, sauf la prééminence du mari comme chef. Elle leur appartient

par préférence aux ascendants du degré supérieur, qui pourtant y participent jusqu'à un certain point, particulièrement à défaut de père et mère.

111 *bis.* La puissance paternelle du droit romain avec les adoucissements apportés par la législation du Bas-Empire était admise, en principe, dans nos anciens pays de droit écrit. Ainsi, jusqu'à la loi du 28 août 1792, qui déclara que les majeurs ne seraient plus soumis à la puissance paternelle, les enfants de tout âge étaient placés sous la puissance du père de famille, à l'exclusion absolue de la mère. Cette puissance qui attribuait en général au père, non la propriété, mais la jouissance des biens des enfants, durait jusqu'à la mort ou jusqu'à l'émancipation, qui ne la faisait même cesser qu'en partie (v. *Justin.*, § 2, Inst., *per quas person.*). Seulement l'usage et la jurisprudence des parlements avaient assez généralement introduit divers cas d'émancipation tacite, notamment par le mariage de l'enfant de famille avec le consentement de son père. De cette innovation, au reste, résultait cette conséquence, que les petits-enfants n'étaient pas, comme à Rome, sous la puissance de leur aïeul, puisqu'ils ne pouvaient naître qu'après l'émancipation de leur père.

En pays coutumier, la puissance paternelle n'était pas en général admise. Le pouvoir que certaines coutumes désignaient sous ce nom (1) n'était qu'une sorte d'autorité tutélaire, consistant dans le gouvernement de la personne et des biens des enfants hors d'état, par leur âge, de se gouverner eux-mêmes et de pourvoir à leurs intérêts. Cette autorité commune au père et à la mère, mais que la mère n'exerçait qu'à défaut du père, se terminait naturellement à la majorité ou à l'émancipation.

Cette puissance, improprement dite, n'était accompagnée, pendant le mariage des père et mère, d'aucun émolument. Mais à la dissolution du mariage elle prenait, sous le nom de *garde*, un caractère particulier, et beaucoup de coutumes accordaient au gardien noble, quelques-unes même, et notamment celle de Paris, au gardien bourgeois, un droit qui consistait principalement, sous certaines charges, dans la jouissance des biens du mineur jusqu'à un certain âge.

(1) Coutume d'Orléans, titre 9.

112. La puissance paternelle, prise dans son sens le plus large, est le fondement de plusieurs dispositions éparses dans le Code civil, notamment aux titres du mariage (art. 148-151, 173, 182, voy. aussi art. 184, 187, 191), de l'adoption (art. 346, 361), de la tutelle (art. 389, 390, 397, 402-404), des donations entre-vifs et testaments (art. 1075; voy. aussi art. 913, 919). Le titre qui nous occupe se borne à proclamer le principe général des devoirs communs aux enfants de tout âge (art. 371), et à fixer les principaux effets de la puissance paternelle proprement dite (art. 372-387), effets qui sont propres aux père et mère seuls.

113. C'est un principe de morale que l'enfant, à tout âge, doit à ses père et mère honneur et respect. En érigeant cette maxime en loi, le législateur prescrit évidemment aux enfants de conformer à ces sentiments, qu'il ne peut commander, leurs actes extérieurs; et par là il donne aux magistrats, suivant les cas, le pouvoir d'empêcher ou de réprimer les infractions. V. art. 371.

113 *bis*. Le principe de morale proclamé ici par le législateur n'est pas effectivement, comme il l'est par les termes de la loi, borné aux père et mère; il est évident qu'il s'applique en général aux ascendants de tous les degrés. Ce principe sert de base à plusieurs dispositions de la loi civile ou criminelle. Là, peut se référer notamment la nécessité des actes respectueux pour le mariage ou pour l'adoption (art. 151, 152, 345). De là aussi les dispositions rigoureuses de la loi criminelle contre le parricide (C. pén., art. 13, 323). Pareillement, la loi tient compte de certains rapports de famille, celui-ci non exclusivement compris, soit pour modifier les conséquences de certains faits coupables (v. C. pén., art. 380), soit pour interdire entre les personnes placées dans ces rapports la voie rigoureuse de la contrainte par corps (L. 17 avril 1832 (1), art. 19; 13 décembre 1848, art. 10 (2)). Evidemment encore, les tribunaux appelés à statuer sur une question d'injures auront égard à notre principe pour apprécier la gravité de l'offense et en régler la répa-

(1) IX, B. 1re partie, B. 73, nº 158.
(2) X, B. 103, nº 946.

ration. C'est assez dire qu'en matière criminelle, correctionnelle ou de police, ils devront en tenir grand compte dans l'exercice du pouvoir qu'ils ont de graduer dans une certaine limite la peine à prononcer contre le coupable reconnu. Mais cette part faite à notre principe pour son application dans le for extérieur, je ne crois pas qu'on puisse aller au delà, et refuser aux enfants, même contre leur père, l'exercice d'un droit proclamé indistinctement par la loi, bien qu'en l'exerçant ils parussent contrevenir au devoir d'honneur et de respect qui leur est imposé. Ainsi, je ne crois pas qu'avant la loi de 1832, on eût pu se dispenser de prononcer la contrainte par corps requise par le fils contre le père dans les cas où cette voie d'exécution est de droit. Mais je crois qu'il y aurait eu mal jugé si on l'eût accordée au fils dans les cas où il est laissé à la prudence des juges de la prononcer.

114. Mais la faiblesse de l'âge, en même temps qu'elle réclame pour les enfants une protection spéciale, leur impose des devoirs plus étroits, et c'est à quoi la loi a pourvu en plaçant les mineurs non émancipés sous l'autorité de leurs parents.

114 *bis*. I. Cette autorité avec les droits et avantages qui l'accompagnent étant ici formellement proclamée par la loi, et attachée par elle à la qualité indélébile de père et de mère, il est clair, en principe, qu'elle ne peut être refusée aux pères et mères sans un texte également formel. Il existe bien dans la loi et dans ce titre même quelques exceptions ou modifications tendant à refuser dans des cas prévus certaines conséquences de l'autorité paternelle; mais je ne connais de loi portant privation entière et absolue que la disposition du Code pénal (art. 335) contre les pères et mères coupables d'avoir excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de leurs enfants. Toutefois il est difficile d'admettre que la loi entende réserver cette autorité au parent frappé de mort civile (v. pourtant art. 22 et 25). En outre, je ne puis croire que les magistrats chargés de faire exécuter les lois suivant les vues du législateur, soient impuissants pour prévenir ou réprimer des abus manifestement contraires à ces vues. Je pense conséquemment qu'on doit reconnaître à ceux-ci un pouvoir discrétionnaire pour modifier suivant les cas l'exercice de cette autorité dans la personne des

pères et mères qui s'en seraient rendus évidemment indignes (v. art. 267, 302). Mais je n'ai pas besoin d'ajouter que les magistrats doivent user de ce pouvoir avec une extrême réserve.

114 *bis*. II. Le fait d'excitation de mineurs à la débauche, tel qu'il est défini par l'article 334 du Code pénal, constitue un délit, de quelque personne qu'il émane; mais ce délit est puni plus sévèrement s'il est commis par ceux-là mêmes qui étaient constitués les gardiens des mœurs des mineurs; ce qui s'applique nommément et en première ligne aux pères ou mères, et aussi aux tuteurs et autres personnes chargées de la surveillance (C. pén., art. 334). Les coupables de ce délit, outre la peine correctionnelle qui leur est infligée, sont pendant un temps, plus ou moins long, suivant la catégorie à laquelle ils appartiennent, interdits à bon droit de toute tutelle ou curatelle, et de toute participation aux conseils de famille. Cette disposition, comme on voit, est générale, et son application n'est pas relative seulement aux mineurs objets du délit. Mais le coupable, si c'est le père ou la mère, est privé en outre, et cela indéfiniment, *des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code civil*, au titre qui nous occupe (v. C. pén., art. 335). Il eût paru bien raisonnable d'établir, d'une manière absolue, cette déchéance de la puissance paternelle, de manière qu'elle comprît tous les droits fondés sur la confiance qu'inspire le titre de père ou de mère, et qu'elle s'appliquât à tous les enfants du coupable. Mais ni l'une ni l'autre de ces propositions ne me paraissent conciliables avec les termes de l'article 335. Les droits et avantages refusés sont seulement ceux qui sont accordés dans notre titre; et, d'autre part, il ne s'agit que des droits et avantages sur la personne *de l'enfant*, ce qui ne peut guère s'entendre que de l'enfant qui a été excité à la débauche. Ainsi, le père ou la mère coupable conservera son autorité sur ses autres enfants; il conservera sur leurs personnes le droit de correction, et sur leurs biens, le droit de jouissance. Quant à l'administration, il n'en sera privé, à l'égard de l'enfant même auquel s'applique le délit, que par l'effet de l'interdiction générale de tutelle, et pendant la durée de cette interdiction. Le même principe m'oblige encore à lui reconnaître le droit de consentir au mariage; nous verrons sur l'article 477 s'il faut en dire autant du droit d'émanciper (1). Tout

(1) V. ci-dessous, n° 242 *bis*. II.

cela, il faut en convenir, est fort dangereux ; et c'est une raison de plus pour admettre, comme je le fais, le pouvoir discrétionnaire, au moyen duquel les tribunaux pourront toujours, en connaissance de cause, prévenir et empêcher les abus.

115. C'est au père et à la mère que la nature et la loi attribuent cette autorité. V. art. 372. Mais la puissance maritale en décerne nécessairement au père l'exercice exclusif pendant le mariage. V. art. 373.

115 *bis*. Le droit étant commun au père et à la mère, et l'exercice n'en étant refusé à celle-ci qu'en vue et comme conséquence de l'attribution exclusive qui en est faite à son mari, cet exercice semble lui appartenir de plein droit toutes les fois que pour une cause quelconque il cesse dans la personne du père.

Cela est sans difficulté pour le cas de survie (v. art. 381), et cela est appliqué par la loi elle-même au cas de disparition du père (art. 141). La même règle, je crois, doit, en général, être étendue aux autres cas où le droit du père vient à cesser ou à être suspendu pendant le mariage, soit qu'il en ait encouru la privation aux termes de l'article 335 du Code pénal, ou qu'il soit empêché pour cause d'interdiction légale ou judiciaire.

Toutefois, comme la loi à cet égard ne s'est pas expliquée, et que l'exercice par la mère restée sous la puissance du mari pourrait dans une hypothèse rendre illusoire la déchéance encourue par celui-ci, ou attenter, dans l'autre, au droit exclusif qu'il peut d'un jour à l'autre recouvrer, c'est le cas ou jamais de reconnaître et d'appliquer ici le pouvoir discrétionnaire des tribunaux soit pour refuser entièrement à la mère l'exercice de la puissance paternelle, soit pour ne le lui confier que sous certaines restrictions ou modifications.

Observons au reste qu'il ne s'agit ici que de l'autorité sur la personne des enfants. Quant au pouvoir d'administrer les biens et de représenter le mineur dans les actes, je crois qu'à moins d'un texte formel, il ne peut être attribué qu'en connaissance de cause. Hors le cas donc de l'article 141, je ne le reconnaîtrais pas en général à la mère. Voyez, au surplus, ci-dessous n° 138 *bis*.

116. L'autorité des pères et mères consiste dans un pouvoir de direction et de répression, que la loi n'avait pas besoin de

définir pleinement. Ses effets ici relatés s'appliquent à la résidence de l'enfant, aux moyens de correction que la loi met dans la main des pères ou mères, enfin au droit qu'elle défère à ceux-ci sur les biens de leurs enfants.

117. L'enfant, placé sous l'autorité de ses père et mère, doit évidemment résider dans la maison paternelle, à moins que le père, qui exerce cette autorité, ne juge à propos de le placer ailleurs. La faveur du service militaire fait seule admettre une exception à ce principe, pour le cas d'enrôlement volontaire, et cette exception même ne s'applique qu'après un certain âge, que le Code fixait à dix-huit ans, mais que la loi actuelle recule jusqu'à vingt ans (L. 21 mars 1832 (1), art. 32-5°). V. art. 374; voy. aussi art. 108; voy. cependant art. 267, 302.

117 *bis*. I. Le droit de retenir l'enfant dans sa maison, et d'accorder ou refuser la permission de la quitter n'est évidemment qu'une conséquence de l'autorité que l'article 372 déclare commune au père et à la mère. Si donc ce droit n'est attribué ici qu'au père, c'est que la loi suppose l'existence du mariage, qui attribue à celui-ci l'exercice exclusif de l'autorité (art. 373). J'en conclus que le même droit appartient en principe au survivant des père et mère. Cela est sans difficulté dans les cas ordinaires où le survivant joint à son titre de père ou de mère celui de tuteur (v. art. 390). Alors en effet la disposition de l'article 374 se trouve en quelque sorte fortifiée par celle des articles 108 et 450. Mais si le père se fait dispenser de la tutelle (v. art. 427-437) ou si la mère ne l'accepte pas (v. art. 394), j'ai peine à croire que cette circonstance, qui donnera lieu à la nomination d'un autre tuteur, doive empêcher d'appliquer, dans la personne du parent survivant, la disposition de l'article 374. J'entends bien que le mineur alors aura son domicile de droit chez le tuteur, que l'article 450 constitue son représentant; mais ce n'est pas une raison pour enlever au père ou à la mère la garde de la personne, que la nature même confie à sa tendresse et à son affection. J'en dirais autrement, au moins en général, si le parent survivant était incapable, exclus ou destitué de la tutelle (art. 442-444). Car les causes qui l'éloignent alors de la tutelle sont de na-

(1) IX, 1re partie, B. 68, no 149.

ture à altérer la confiance, qui sert de base à l'autorité paternelle. Dans tous les cas, au reste, c'est-à-dire au cas d'excuse comme au cas d'incapacité, exclusion ou destitution, j'admets, par argument des articles 267 et 302, que les tribunaux saisis de la question pourront, en connaissance de cause, décider, suivant le plus grand intérêt de l'enfant.

117 *bis*. II. Par la même raison, je crois qu'indépendamment même du fait de l'existence d'un tuteur étranger, les tribunaux pourraient toujours, dans des cas graves, autoriser l'enfant à quitter la maison paternelle. Voyez, au surplus, ci-dessus n° 114 *bis*.

118. Le droit de diriger les actions de l'enfant entraîne celui de corriger ses écarts ; on sent au surplus que c'est uniquement dans des cas très-graves que les moyens de correction contre un enfant peuvent entrer dans le domaine du législateur. V. art. 375.

119. La peine consiste dans une *détention* temporaire dont la durée est calculée sur la faiblesse de l'âge. Le droit de la requérir ou de l'infliger, droit qui, en principe, n'appartient qu'aux magistrats revêtus de l'autorité publique, se trouve ici communiqué aux magistrats domestiques, toujours cependant avec l'intervention des magistrats ordinaires, et sauf l'accomplissement des formes et conditions prescrites. Le pouvoir du magistrat domestique est plus ou moins étendu, et l'intervention de l'autorité publique plus ou moins puissante, suivant l'âge de l'enfant, la qualité du parent, l'indépendance plus ou moins grande de sa position. Le législateur a cru devoir prendre aussi en considération la position de l'enfant propriétaire ou exerçant un état, qui dès lors appartient moins exclusivement à sa famille et a plus de droit à la protection sociale (art. 376-382).

119 *bis*. Il est évident que le mot *détention*, constamment employé dans les articles 376-382, pas plus que le mot *réclusion* employé dans l'article 468, ne sont pris dans le sens technique attribué à ces expressions dans la loi pénale. Il ne s'agit ni d'une peine afflictive à subir dans une forteresse ou dans une maison de force (v. C. pén., art. 20 et 21), ni même d'un emprisonnement à subir dans

une maison de correction (C. pén., art. 40). Ce que la loi veut dire, c'est que l'enfant sera renfermé dans une maison autorisée à cet effet et soumise sous ce rapport à la surveillance de l'autorité publique. J'ajoute qu'il serait à désirer que cette peine de discipline domestique ne fût jamais subie dans une prison ordinaire. Mais si, à défaut de maison spéciale, on est souvent obligé de se servir de la prison; soit maison d'arrêt, soit maison de correction, du moins il est dans l'esprit de la loi que toutes les précautions soient prises pour ne point laisser l'enfant en communication avec les prévenus ou les condamnés, dont le contact pourrait être pour lui éminemment dangereux.

120. La loi dispose d'abord pour le cas le plus général, celui où l'autorité est exercée par le père, en l'absence de toute circonstance particulière (art. 376-379); elle indique ensuite quelques modifications, et prévoit successivement le cas de second mariage du père (art. 380); celui où l'autorité est exercée par la mère survivante (art. 381); et enfin celui où l'enfant a des biens ou exerce un état (art. 382).

121. Le droit du père varie suivant que l'enfant a plus ou moins de seize ans commencés : dans le premier cas, il ordonne la détention pendant un mois au plus; dans le second, il requiert seulement cette détention, qui peut durer six mois, mais ne peut excéder ce terme. Dans l'un comme dans l'autre, le père doit s'adresser au président du tribunal, car une arrestation ne peut avoir lieu sans l'ordre du magistrat. Mais dans le premier, le président n'est point juge; il n'est en quelque sorte que l'instrument légal de la volonté du père; dans le second, au contraire, c'est lui qui porte la sentence en connaissance de cause, avec pouvoir d'admettre, de rejeter ou de modifier; et préalablement il doit en conférer avec le procureur de la république. V. art. 376, 377.

121 *bis*. Quoique la loi, en conférant au père, dans le cas qu'elle détermine, le droit d'*ordonner* la détention, semble interdire au président toute connaissance de cause, je ne puis croire pourtant que ce magistrat soit tenu de prêter son ministère à un acte de folie

ou d'évidente iniquité. Sans doute, en refusant l'ordre d'arrestation, il s'exposera à être poursuivi comme coupable de déni de justice (v. C. pén., art. 185). Mais, sa conduite examinée, on reconnaîtra facilement que, loin de dénier la justice, il ne fait que la rendre avec intelligence quand il refuse son concours à un abus évident d'autorité.

122. Dans les deux cas, les formes les plus simples doivent être employées. Point d'écritures qui laisseraient des traces, point de formalités qui entraîneraient des frais, point d'entraves qui blesseraient l'indépendance du pouvoir paternel. Toutefois, il faut bien que l'ordre d'arrestation soit délivré par écrit, mais il n'y a ni requête ni procès-verbal détaillé, l'ordre même n'est pas motivé. V. art. 378, al. 1.

122 *bis*. I. Les motifs que la loi défend d'énoncer, ce sont les causes pour lesquelles l'ordre d'arrestation a été requis et obtenu ; mais cet ordre doit évidemment exprimer les éléments de sa légalité, qui sont, dans tous les cas, la demande faite par le parent ayant qualité, et, s'il y a lieu, la conférence avec le procureur de la république. Il importe d'autant plus d'insérer dans l'acte ces énonciations, qu'il ne resterait sans cela aucune trace de l'observation de la loi, puisque aucune écriture ne précède la délivrance de l'ordre.

122 *bis*. II. La minute de l'ordre d'arrestation pourrait être confiée au parent requérant, qui se chargerait de conduire lui-même l'enfant dans la maison indiquée. Mais si l'enfant résiste et qu'il faille employer la force publique, il est clair que l'officier chargé d'opérer l'arrestation aura nécessairement un procès-verbal à dresser. En outre, la règle générale qui oblige tout gardien de prison à tenir un registre d'écrou (v. C. instr. crim., art. 607) est applicable par la force des choses. Sur ce registre devra nécessairement être inscrit l'ordre d'arrestation (v. C. instr. crim., art. 608). Mais il serait à désirer, si la maison dans laquelle l'enfant est conduit n'est pas spéciale pour la correction paternelle, qu'il y eût un registre à part distinct du registre ordinaire d'écrou.

123. Il faut bien aussi pourvoir à la subsistance de l'enfant pendant sa détention et au recouvrement des frais. A cet effet,

le père est *tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables*. V. art. 378, al. 2.

123 *bis*. I. La mesure de discipline domestique autorisée par la loi n'est vraiment qu'un moyen d'éducation, dont les frais, aussi bien que les aliments de l'enfant, sont naturellement à la charge du parent obligé de le nourrir et de l'élever (v. art. 203, 385-2°). Et dans le cas même où la charge devrait en définitive être supportée par l'enfant lui-même, *puta* si cet enfant a des biens personnels et que le père ou la mère n'en ait pas la jouissance, ou si la mesure était requise par un tuteur (v. art. 468), ce serait toujours au provoquant à pourvoir, sauf recours, à l'accomplissement de cette charge. Mais, pour prévenir à cet égard toute illusion et tout malentendu, la loi veut que le père (*add.* ou toute autre personne ayant qualité et requérant la mesure) souscrive une soumission, qui évidemment doit précéder la délivrance de l'ordre d'arrestation.

123 *bis*. II. Tenu seulement de souscrire une soumission, le requérant est par cela même dispensé de faire immédiatement une avance; mais cette dispense ne s'appliquant qu'à ce qui fait l'objet de la soumission, il importe de lever l'équivoque que présente sur ce point le texte. La loi, en effet, entend-elle dire que le père est seulement tenu de souscrire une soumission ayant à la fois pour objet les frais et les aliments, ou veut-elle dire qu'il est *tenu* de souscrire une soumission de payer les frais, et *tenu*, en outre, sans aucune souscription sur ce point, de fournir les aliments? Cette équivoque n'existait pas dans les premières rédactions; il y était dit formellement que le président faisait souscrire par le père une soumission de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables (1). Cette proposition n'ayant été nullement contredite et la nouvelle rédaction n'ayant été amenée qu'à la suite d'amendements portant sur d'autres points, il est à croire que sur celui-ci la pensée primitive n'a pas changé. Je n'hésite donc point à dire que les aliments sont, comme les frais, l'objet de la soumission; et j'en conclus que le requérant n'est pas ici, comme le créancier qui fait emprisonner son débiteur (v. C. pr., art. 791), obligé de les consigner. On sent, au reste, combien cette consignation, s'ils y étaient

(1) V. première rédaction, présentée dans la séance du 22 frim. an X, art. 2; deuxième rédaction, séance du 8 vendém. an XI, art. 7 (Fenet, tom. 10, pag. 479 et 488).

obligés, pourrait rendre difficile à des parents pauvres l'exercice du droit de correction.

124. L'autorité paternelle serait dépouillée de sa plus belle prérogative si le père n'avait pas toujours le droit de pardonner. Ce droit lui appartient dans le cas même où la détention, simplement requise par lui, semblerait plutôt l'œuvre du magistrat que la sienne. Au reste, la peine abrégée ou subie ne s'appliquant qu'au passé, il est clair que de nouveaux écarts pourraient donner lieu à une nouvelle peine dont l'application serait réglée par les dispositions précédentes. V. art. 379.

124 *bis*. I. Quoique contenues dans le même article, les deux dispositions qui proclament, l'une, le droit de pardonner, l'autre, le droit de punir de nouveau, sont, dans leurs termes, indépendantes l'une de l'autre; et il n'y aurait d'ailleurs pas de raison pour subordonner la peine méritée par les nouveaux écarts au fait d'abréviation de la première peine.

J'entends donc que le père, soit qu'il ait usé ou non la première fois de l'indulgence qui lui était permise, pourra toujours, s'il y a lieu, provoquer de nouveau la détention.

124 *bis*. II. Les nouveaux écarts commis depuis la sortie sont la condition sous laquelle la nouvelle détention est autorisée. Lors donc que le magistrat a une vérification à faire, son examen devra porter spécialement sur ce point. Mais la nouvelle détention étant, quant à la manière de l'ordonner, soumise aux mêmes règles que si elle était la première, le président, si l'enfant a moins de 15 ans, sera, même à cet égard, tenu de s'en rapporter au père. Seulement il faut reconnaître que s'il n'y avait pas eu en effet nouveaux écarts, il y aurait de la part du père abus d'autorité. Là donc pourrait s'appliquer ce que j'ai dit plus haut n° 121 *bis*.

125. Le second mariage du père diminue la confiance que la loi a mise en lui; car on peut redouter pour les enfants du premier lit l'influence de la belle-mère. Le père alors, quel que soit l'âge de l'enfant, doit employer pour le faire détenir la voie de réquisition; ses droits, du reste, ne reçoivent aucune atteinte. V. art. 380.

125 *bis.* Il est clair que la modification apportée à l'exercice du droit du père par son second mariage n'empêche sur aucun autre point l'application des dispositions précédentes. Ainsi l'âge de l'enfant, quoiqu'on ne le prenne plus en considération pour le mode d'application de la peine, déterminera toujours le *maximum* de la durée, et sous ce rapport, l'article 376 restera applicable à l'enfant au-dessous de 16 ans. Il va sans dire aussi qu'il n'est nullement dérogé aux dispositions des articles 378 et 379.

126. Quant à la mère, quoique, à défaut de son mari, elle ait l'exercice de l'autorité paternelle, la faiblesse de son sexe ne permet pas de lui confier le droit de correction avec la même étendue qu'au père. Ce droit lui est absolument refusé en cas de second mariage; dans aucun cas elle ne peut l'exercer qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels et par voie de réquisition. V. art. 381.

126 *bis.* I. Le droit de correction, par les moyens indiqués, étant un des attributs de l'autorité paternelle, appartient par là même à la mère lorsqu'elle est appelée à l'*exercice* de cette autorité. C'est ce que suppose la loi en se bornant à établir pour ce cas certaines restrictions; je conclus de là que, sous ces restrictions, tout ce que la loi a dit du père s'applique à la mère survivante.

Ainsi, sauf les différences signalées, on appliquera ici les articles 375-379.

Cela posé, on ne doit point exiger pour l'exercice du droit de pardonner qui appartiendra à la mère, aux termes de l'article 379, le concours des deux plus proches parents paternels. Car c'est seulement pour faire détenir l'enfant que la loi exige ce concours.

126 *bis.* II. Quoi que l'article 381 ne comprenne dans ses termes que la mère survivante, mon principe m'amène à étendre son application au cas où le père serait absent, interdit, ou déchu de la puissance paternelle (C. pén., art. 335). En effet, ma pensée, ci-dessus exprimée, est que la mère, en cas d'incapacité du père, a en général, l'exercice de l'autorité paternelle (v. ci-dessus n° 115 *bis*). Du reste, il est évident que les motifs qui font restreindre l'exercice du droit dans la personne de la mère survivante, commandent d'admettre les mêmes restrictions dans tous les cas où elle est appelée à cet exercice.

126 *bis*. III. Le concours des deux plus proches parents paternels est une garantie exigée par la loi en vue de la faiblesse du sexe, qui exposerait la mère, malgré sa vive tendresse, à céder trop facilement à un mouvement d'irritation. Il est, du reste, bien entendu, que les deux parents doivent *concourir*, c'est-à-dire *adhérer* à la mesure. Le motif qui fait exiger cette garantie subsisterait lors même que l'enfant n'aurait point de parents paternels, et je crois qu'alors, comme pour la vocation au conseil de famille, il conviendrait de remplacer les parents qui manquent par des amis (v. art. 409).

126 *bis*. IV. Le second mariage, qui diminuerait, comme on l'a vu, le droit du père, ferait cesser entièrement celui de la mère (sans préjudice, toutefois, du droit qu'elle aurait comme tutrice (v. art. 468), si elle a conservé cette qualité.

Ces effets du second mariage, soit par rapport au père, soit par rapport à la mère, me semblent principalement fondés sur l'influence fâcheuse que pourrait exercer contre l'enfant du premier lit la malveillance du second conjoint. Ce motif cessant à la mort de ce conjoint, on ne verra peut-être plus de raison suffisante pour maintenir dans la personne du père ou de la mère l'incapacité, plus ou moins étendue, que les termes de la loi n'appliquent qu'au parent *remarié ;* or, dira-t-on, celui qui est veuf n'est plus remarié. Toutefois, comme tous les liens formés par le second mariage ne sont pas rompus par la mort du second conjoint, et que ce second mariage peut toujours avoir faussé plus ou moins les rapports entre le père ou la mère, et l'enfant du premier lit, il vaut mieux, je crois, voir dans le fait du second mariage contracté une cause de déchéance qui subsistera même après sa dissolution.

127. La voie de réquisition est également la seule admise à l'égard de l'enfant propriétaire ou exerçant un état. A cette garantie, réclamée par la position sociale de l'enfant, la loi en ajoute une autre, la jouissance des deux degrés de juridiction. L'enfant détenu peut, par l'intermédiaire du procureur général, obtenir du président de la cour d'appel la révocation ou modification de l'ordre d'arrestation. La loi d'ailleurs trace la marche à suivre par les deux magistrats pour que la décision soit portée en grande connaissance de cause. A cet effet, le procureur général, saisi par un mémoire

de l'enfant, doit se faire rendre compte par le procureur de la république, et faire ensuite son rapport au président de la cour. Celui-ci doit, avant de statuer, donner avis au père et recueillir tous les renseignements. V. art. 382.

127 *bis*. Je trouverais raisonnable que la loi eût appliqué à tous les cas, à tous ceux du moins où la détention n'a lieu que par voie de réquisition, le recours autorisé par l'article 382. Cela serait conforme au principe général qui établit deux degrés de juridiction, principe plus spécialement applicable quand il s'agit de la liberté individuelle (v. L. 17 avril 1832 (1), art. 20). Mais, sans me préoccuper sur ce point des arguments, en sens contraire, qu'on peut tirer des travaux préparatoires du Code civil, il me semble que la disposition finale de l'article 382 ne peut, par la place qu'elle occupe, se référer qu'à la première partie de l'article, et n'a dès lors d'application qu'aux deux cas qui s'y trouvent prévus. Du reste, le motif d'une faveur exceptionnelle est évident pour l'enfant qui exerce un état, car sa détention en suspendrait l'exercice et pourrait même le lui faire perdre. Quant à celui qui a des biens personnels, je ne vois guère en quoi cette circonstance devait le faire placer dans une position particulière, à moins qu'on ne dise qu'il doit moins dépendre de son père parce qu'il lui est moins à charge, ou qu'on ne trouve dans sa qualité de propriétaire, contribuant aux charges publiques, un titre pour obtenir une plus ample protection sociale. Mais je dois le dire, ni l'un ni l'autre de ces motifs ne me paraît satisfaisant. Quant au motif donné dans la discussion du conseil d'État (2), et tiré de ce que son père pourrait lui faire acheter sa liberté par des sacrifices, il repose évidemment sur la crainte d'un danger chimérique, puisque l'enfant non émancipé ne dispose de rien, et ne peut valablement consentir aucun sacrifice.

128. Les devoirs généraux des enfants et l'autorité des parents sur les mineurs sont trop essentiellement attachés à la qualité de père et d'enfant pour que le législateur ait eu besoin de prononcer par une disposition expresse l'application aux enfants naturels des art. 371, 372 et 374. Quant au droit

(1) IX, 1re partie, B. 73, n° 158.
(2) Cambacérès, séance du 8 vendémiaire an XI (Fenet, tom. 10, pag. 496 et 497).

de correction, il est certainement une conséquence de l'autorité paternelle sur les mineurs, et dès lors il convenait de rendre commun aux pères et mères naturels le moyen introduit par le droit positif; mais il était nécessaire de s'en expliquer comme l'a fait le législateur en renvoyant aux articles 376, 377, 378, 379. V. art. 383.

128 *bis*. I. La disposition qui accorde aux pères et mères naturels le droit de correction suppose évidemment que l'enfant est placé sous leur autorité. Peu importe donc que la loi n'ait pas fait explicitement aux enfants naturels l'application de l'article 372; cet article, conçu d'ailleurs en termes généraux, doit être considéré comme leur étant directement applicable. Il en faut dire autant de l'article 374, dont la disposition, au surplus, n'est qu'un corollaire de l'autre. Il n'est pas moins évident que le principe de morale proclamé par l'article 371 comprend *tous* les enfants, sans en excepter même les enfants adultérins ou incestueux, auxquels, au contraire, je n'appliquerais pas sans hésitation les articles 372 et 374. Quant à notre article 383, ses termes mêmes n'accordent le droit de correction qu'aux pères et mères des enfants *légalement reconnus*.

Il reste à observer que si l'article 383 combiné avec les principes généraux nous autorise à considérer comme communs aux parents naturels les pouvoirs sur la personne des enfants, il est au contraire impossible de leur appliquer sans un texte formel les pouvoirs ou droits sur les biens. La place même qu'occupe l'article 383 montre assez que les articles suivants qui constituent le droit de jouissance légale en vue du cas de mariage ou de dissolution du mariage entre les père et mère (art. 384), doivent leur demeurer complétement étrangers. Quant au pouvoir d'administrer les biens qui est réglé au titre suivant, le défaut de texte nous autorisera également à le refuser aux parents naturels.

128 *bis*. II. L'autorité étant attribuée à l'un comme à l'autre des père et mère, il n'y a aucune difficulté pour son exercice si l'un des parents a seul reconnu, ou si l'un d'eux est survivant. Mais s'ils ont tous deux reconnu, et s'ils vivent tous deux, l'autorité qui leur est commune s'exercerait difficilement par tous deux en commun. Et nous n'avons pas ici, dans les termes de la loi, une règle qui attri-

bue pour cet exercice la préférence à l'un des parents sur l'autre. Car l'article 373, qui dispose dans la supposition du mariage, n'est pas directement applicable; et pour l'appliquer par analogie, il faudrait être bien sûr que les rapports dérivant de l'union conjugale ne sont pas son motif déterminant. Je sais bien que quand il s'agit du mariage de l'enfant naturel, l'article 158, par sa relation à l'article 148, semble consacrer la prérogative du père. Mais, sans examiner si cette disposition elle-même ne serait pas sujette à critique, il serait téméraire de la prendre pour base d'une décision générale; et de ce que le père serait considéré comme meilleur juge d'un projet de mariage, d'en conclure qu'il aurait plus d'aptitude que la mère pour la direction et les soins à donner à l'éducation physique et morale de l'enfant. Pour moi, quand il s'agit du choix d'un gardien pour l'enfant mineur dont les père et mère ne sont pas mariés, je me déciderais bien plutôt par argument tiré de l'article 302, qui, disposant dans la supposition d'un mariage dissous par le divorce, règle, indépendamment de la prérogative du sexe, à qui et comment les enfants doivent être confiés. A cet égard, ma pensée est donc que les père et mère naturels ont un titre égal pour prétendre à la garde de l'enfant, qu'en principe, l'un d'eux devra l'exercer sous la surveillance de l'autre, sauf au tribunal à ordonner sur la réquisition de qui de droit, même du ministère public, telle mesure qu'il jugera utile pour le plus grand avantage de l'enfant. J'entends, au reste, que s'il n'y a pas de contestation, le fait de la possession déterminera entre les père et mère le gardien légal, chez lequel l'enfant sera tenu de résider, et à qui provisoirement appartiendra le droit de diriger l'éducation.

128 *bis*. III. Le père et la mère naturels ayant un titre égal à l'exercice de l'autorité paternelle, c'est à l'un comme à l'autre que l'article 383 confère le droit de correction; c'est à tous deux que sont déclarés communs les articles qui en règlent le mode et l'étendue en vue du cas normal où l'exercice de l'autorité réside dans la personne du père légitime. Ma pensée est que, si le père et la mère existent tous deux, l'un ne pourra agir sans le concours de l'autre. Les motifs qui s'opposent en général à l'action en commun, motifs qui m'ont fait décider que la garde devait spécialement appartenir à l'un des deux sous la surveillance de l'autre, n'ont pas à mon avis d'application à l'acte déterminé dont il s'agit. En effet, la loi

elle-même, dans un cas qu'elle prévoit, celui où la mère légitime est survivante, soumet l'action de celle-ci au *concours* de deux parents. Ainsi appliquée, l'assimilation des père et mère naturels au père légitime, quant au droit non-seulement de requérir, mais même d'ordonner la détention, n'offre rien de choquant; car alors, l'illégitimité du titre, loin d'augmenter la prérogative, la diminuerait, au contraire, en en soumettant pour chacun l'exercice au concours de l'autre. Mais s'il n'existe qu'un des deux parents, comme c'est en lui seul que réside l'autorité et son exercice, c'est à lui seul aussi que pourront s'appliquer les termes de l'article 383.

128 *bis*. IV. Cela posé, on se demande si le renvoi exclusif aux articles 376-379 doit affranchir indistinctement et dans toute hypothèse les pères et mères naturels des restrictions établies par les articles 380, 381 et 382.

128 *bis*. V. En ce qui concerne l'article 382, la question ne me paraît pas sérieuse; car cet article, qui, sans égard à l'état et à la qualité du parent qui exerce le droit de correction, protége la position spéciale de l'enfant, comprend dans sa généralité les enfants naturels comme les autres. Il est vrai que l'article 383 n'y renvoie pas; mais peu importe; car sa disposition en faveur de l'enfant modifiant l'exercice des droits conférés au père par les articles compris dans le renvoi, c'est nécessairement sous cette modification que les articles cités sont déclarés communs aux pères et mères naturels.

128 *bis*. VI. Mais il y a plus de difficulté pour l'application aux pères et mères naturels des restrictions contenues dans les articles 380 et 381. A cet égard ma pensée est que ces articles ne sont pas en tout point applicables, et c'est ainsi que je m'explique qu'ils n'aient point été compris dans le renvoi.

128 *bis*. VII. Ainsi je ne crois pas que les effets attribués au second mariage du parent légitime, effets qui consistent à enlever au père le droit d'*ordonner* la détention, et à priver la mère du droit même de la requérir, je ne crois pas, dis-je, que ces effets puissent directement ou par analogie s'appliquer aux pères et mères naturels qui viendraient à contracter avec une tierce personne un premier ou un second mariage. Car le premier mariage ne serait pas même dans les termes de la loi, qui ne parle que du parent *remarié*. Et quant à

un mariage ultérieur, il est évident qu'au point de vue de l'enfant naturel, il n'offrirait ni plus ni moins de danger que le premier.

128 *bis*. VIII. Je ne verrais pas non plus grande difficulté à dispenser la mère naturelle, lorsqu'elle a seule reconnu ou que le père est décédé ou incapable, d'obtenir le concours d'autres personnes pour requérir la détention. Car il ne peut y avoir ici de parents paternels, puisque l'enfant naturel est étranger à la famille de son père.

128 *bis*. IX. Mais ce que je ne puis absolument admettre, c'est que la mère naturelle ait jamais le droit d'*ordonner* la détention; car le motif évident qui fait refuser ce droit à la mère légitime survivante, se puisant uniquement dans la faiblesse du sexe, on ne comprendrait pas que cette puissante considération cédât devant l'illégitimité du titre. Je sais bien que l'article 383 renvoie à l'article 376; mais en tirant de ce renvoi toutes les conséquences qu'il autorise lorsque le droit sera exercé par les père et mère réunis, ou par le père seul, *à défaut* de la mère, je crois devoir faire taire la lettre de la loi devant son esprit évident, en n'appliquant l'article à la mère agissant seule que pour le règlement de la durée de la détention.

128 *bis*. X. Résumant toute ma doctrine, je dis que les pères et mères naturels, soit qu'ils aient ou non contracté mariage avec une tierce personne, ont, à la condition d'agir de concert, le pouvoir qui appartient au père légitime non remarié.

J'accorde le même droit au père agissant seul, *à défaut* de la mère.

Quant à la mère agissant *à défaut* du père, je lui reconnais le droit de requérir seule et sans aucun concours la détention de l'enfant; mais je lui refuse le droit de l'ordonner.

129. Dans la vue d'accorder aux pères et mères une indemnité des soins et des sacrifices de tout genre que leur impose l'éducation de leurs enfants, le législateur a attaché à la puissance paternelle un droit utile. Ce droit, qui consiste dans la jouissance des biens, a encore pour effet de prévenir les discussions fâcheuses auxquelles donnerait souvent lieu un compte rigoureux des revenus. Observons du reste :

1° Que ce droit, comme en général l'exercice de la puis-

sance paternelle, appartient aux deux parents, l'un à défaut de l'autre ;

2° Que, dans la crainte que l'intérêt personnel ne portât les parents à retarder le mariage ou l'émancipation de leurs enfants mineurs, la loi fait cesser l'usufruit avant la majorité dès que les enfants ont atteint l'âge de dix-huit ans ;

3° Que, ce droit n'ayant plus de cause lorsque le mineur administre par lui-même, il cesse encore par l'émancipation. V. art. 384.

129 *bis*. I. Le droit de jouissance dont il s'agit présente quelque analogie avec l'usufruit accordé, en pays de droit écrit, au père de famille sur les biens de ses enfants en puissance; mais son principe est différent : car l'usufruit du père de famille était un reste de cette ancienne puissance romaine qui absorbait avec la personne même du fils de famille tous les biens qui pouvaient lui advenir; tandis qu'ici le droit n'est accordé qu'à titre d'indemnité ou de compensation pour les charges et les obligations qu'impose au parent qui l'exerce le *pouvoir*, si l'on n'aime mieux dire, le *devoir* paternel. Sous ce rapport, le droit dont il s'agit rappelle plutôt le droit de garde noble ou bourgeoise admis dans les pays coutumiers; droit dont l'étendue variait, mais qui, à Paris, consistait à conférer, sous certaines charges, au gardien du mineur, jusqu'à ce que celui-ci eût atteint un certain âge, l'administration des meubles et la jouissance des immeubles (1).

129 *bis*. II. Quoi qu'il en soit de cette origine, il importe de se fixer sur la nature du droit de jouissance accordé par la loi aux père et mère. C'est, à vrai dire, un usufruit, rentrant complétement dans la définition de l'article 578, et qualifié tel par la loi elle-même (v. art. 601); toutefois, le plus souvent, et ici notamment au siége de la matière, on semble avoir à dessein évité l'emploi de cette expression (art. 384-387, 389, 453). C'est qu'en effet le droit dont il s'agit a un caractère propre qui empêche de le confondre entièrement avec un usufruit ordinaire. Ce caractère essentiel et dominant, c'est d'être inhérent à la puissance paternelle et l'un des éléments de son organisation. Cela explique la limite fixée à sa

(1) V. coutume de Paris, art. 265-271.

durée, eu égard à l'âge et à l'état de l'enfant, tandis que les changements survenus dans l'état du propriétaire n'apportent aucune modification à l'usufruit ordinaire. Ce caractère d'inhérence à la puissance paternelle explique encore les charges particulières auxquelles il est soumis. Enfin, de ce caractère, la doctrine, dans le silence de la loi, est autorisée à tirer certaines conséquences importantes. La principale, selon moi, consiste à communiquer à ce droit l'inaliénabilité qui s'applique à la puissance paternelle elle-même. J'en conclus qu'il ne pourrait être ni cédé, ni hypothéqué par l'usufruitier, ni saisi par les créanciers (nonobst. art. 595, 2118, 2204). Du reste, de la prohibition de céder je me garderais bien d'induire celle d'affermer, car la location n'est qu'un mode de jouissance, et le seul souvent que les circonstances rendent possible. Je ne voudrais pas non plus conclure de ce que les créanciers ne pourraient saisir et faire vendre le droit lui-même, qu'ils ne pussent saisir les fruits; sauf pourtant aux tribunaux à distraire, s'il y a lieu, de la saisie, une portion de ces fruits pour l'accomplissement des charges de l'usufruit; car ce n'est que déduction faite de ces charges que les fruits appartiennent au débiteur.

Sous ces modifications, j'appliquerais en général au droit de jouissance les règles établies au titre de l'usufruit.

129 *bis*. III. La coutume de Paris accordait la garde noble aux père, mère, aïeul ou aïeule; mais elle n'accordait la garde bourgeoise qu'au père ou à la mère. Dans l'un comme dans l'autre cas, ce droit ne s'ouvrait qu'au décès d'un des deux parents. Comme le droit de garde bourgeoise, le droit de jouissance n'est accordé par le Code qu'au père ou à la mère; mais, son motif n'étant pas moins applicable aux biens que l'enfant posséderait du vivant des deux parents qu'à ceux qui lui adviendraient par le décès de l'un d'eux, ou postérieurement, la loi le fait avec raison ouvrir pendant le mariage et l'accorde alors au père. Bien entendu qu'après la dissolution du mariage il appartient au survivant. Ce dernier cas, au surplus, sera évidemment le plus fréquent; car les premiers biens qui adviennent ordinairement à un mineur sont ceux qui lui sont transmis par le décès du premier mourant des père et mère. Il est clair, du reste, qu'il n'y a plus lieu à la question qui s'élevait autrefois, ni à se préoccuper de la jurisprudence qui refusait d'étendre le droit du gardien aux biens advenus à l'enfant depuis l'ouverture

de la garde (1). C'est, en général, à tous les biens de l'enfant que s'applique successivement, s'il y a lieu, le droit, soit du père pendant le mariage, soit du survivant des père et mère.

129 *bis*. IV. La disposition qui attribue le droit au père pendant le mariage semble être la conséquence du principe qui lui accorde exclusivement l'exercice de l'autorité paternelle; et, toutefois, il n'en faudrait pas conclure que les diverses circonstances qui peuvent quelquefois, comme on l'a vu, déplacer cet exercice, entraînassent par là même le déplacement du droit de jouissance. Il faut d'abord remarquer que l'usufruit n'est pas un attribut essentiel de la puissance paternelle, qui rentre nécessairement dans son exercice; c'est un effet purement légal, qu'il est difficile d'appliquer hors des termes précis de la loi. Accordé donc au père pendant le mariage, et après la dissolution du mariage au survivant des père et mère, il doit en principe continuer d'appartenir au père tant que dure le mariage, et, d'autre part, la mère n'y peut prétendre tant qu'elle n'est pas survivante. Les deux raisons se réunissent pour ne point déplacer la jouissance au cas d'interdiction et de présomption d'absence. Ce n'est d'ailleurs que provisoirement et au nom du mari, sous la puissance duquel elle reste placée, que la mère exerce alors l'autorité. A la vérité, la première raison n'est plus applicable lorsque le père est déchu de son droit aux termes de l'article 335 du Code pénal. Mais il reste toujours vrai que le mariage n'est pas dissous et que la mère n'est pas survivante. D'où je conclus que, sous la réserve du droit éventuel de la mère pour le cas de survie, l'usufruit, en attendant, n'existera pour personne, et que c'est à l'enfant propriétaire que profitera la déchéance. S'il n'en était pas ainsi, la déchéance du père ne serait le plus souvent que nominale; car presque toujours il profiterait de la jouissance qu'on accorderait à la mère.

Quoi qu'il en soit, en cas de déclaration d'absence du père, le principe qui autorise l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès (v. art. 123) autoriserait la mère, si toutefois elle ne demandait pas la continuation de la communauté (v. art. 124), à réclamer l'usufruit, mais bien entendu à titre provisoire et sauf restitution au père de retour de la portion de fruits réglée par l'article 127.

(1) V. Ferrière, sur l'article 267 de la coutume de Paris.

Nous verrons sur l'article 386 si et jusqu'à quel point les principes ici exposés devaient recevoir leur application au cas de divorce, et si l'on doit assimiler à ce cas celui de séparation de corps.

129 *bis*. V. La garde noble ou bourgeoise devait, à Paris du moins, s'accepter en jugement; et le gardien était tenu de faire inventaire; le gardien bourgeois était même tenu de donner caution (cout. de Paris, art. 269). Aujourd'hui la jouissance a lieu de plein droit; ce qui, pour le dire en passant, n'exclurait pas la faculté d'y renoncer. Quant à l'inventaire, il est exigé de tout usufruitier (art. 600), sans préjudice de l'obligation particulière imposée au survivant s'il était marié en communauté (art. 1442) ou de celle qui lui incomberait comme tuteur (art. 451). Mais il y a dans la loi dispense formelle de donner caution (art. 601).

129 *bis*. VI. La garde noble ou bourgeoise finissait lorsque le mineur avait atteint un certain âge fixé par la coutume de Paris: pour la garde noble à vingt ou quinze ans, suivant le sexe; et pour la garde bourgeoise à quatorze ou douze (c. Par., art. 268). Notre Code, sans distinction de sexe, a posé pour limite l'âge de dix-huit ans; ce qui, hors le cas d'émancipation, fait cesser la jouissance avant l'administration. Cela n'est peut-être pas sans inconvénient; car il faudra un compte de fruits pour les trois dernières années de la minorité; mais il paraît qu'on a craint de laisser au père ou à la mère un intérêt à retarder le mariage ou l'émancipation du mineur parvenu à l'âge de dix-huit ans. Peut-être aussi a-t-on eu en vue l'avantage qu'aura ainsi le mineur, quand il reprendra l'administration de ses biens, à trouver quelques économies faites sur les revenus des dernières années.

129 *bis*. VII. La mort de l'enfant avant l'âge de dix-huit ans ferait évidemment cesser l'usufruit; là ne s'appliquerait pas la disposition de l'article 620 qui, lorsque l'âge d'*un tiers* a été pris pour terme à la durée d'un usufruit, prolonge cette durée jusqu'à l'époque où l'âge devait être atteint. C'était là une question d'interprétation du titre, que le législateur a tranchée d'après l'intention probable des parties. Mais ici il ne peut y avoir d'équivoque. Car la loi, qui n'accorde l'usufruit que sur les biens des enfants, 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. Remarquons surabondam-

ment que l'article 620 ne serait pas même applicable dans ses termes, puisqu'il ne s'agit pas ici de l'âge d'un *tiers*, mais de l'âge du propriétaire.

129 *bis*. VIII. L'émancipation ne pouvant avoir lieu que par la volonté du père ou de la mère à qui appartient la jouissance, ce fait constitue de leur part renonciation à leur droit; j'en conclus que, dans le cas même où l'émancipation viendrait à être retirée (v. art. 485), l'usufruit ne renaîtrait pas.

129 *bis*. IX. En saisissant, comme je le fais, dans l'émancipation, le caractère de renonciation, je n'entends pas du reste assimiler en tout point cette renonciation à celle que le père ou la mère, comme tout usufruitier, pourrait faire, directement et principalement, à la jouissance qui leur compète. Celle-ci pourrait, suivant le droit commun, être critiquée par leurs créanciers et annulée aux termes de l'article 622. Mais on ne comprendrait pas qu'un intérêt pécuniaire pût entraver l'exercice essentiellement libre et indépendant de la puissance du père sur la personne de l'enfant, ni par conséquent l'usage qu'il fait de son pouvoir en l'émancipant.

130. Cette jouissance, comme tout usufruit, est assujettie à l'acquittement des charges de fruits, au nombre desquelles il faut naturellement comprendre l'entretien des enfants. La loi s'explique encore sur le payement des arrérages ou intérêts; elle y ajoute les frais funéraires et ceux de dernière maladie. V. art. 385; v. aussi art. 605-613.

130 *bis*. I. La charge de nourrir, entretenir et élever les enfants incomberait aux pères et mères en leur seule qualité (art. 205); à plus forte raison quand ils ont la jouissance des biens de ceux-ci. Quant à l'étendue de cette charge, elle se règle sur la fortune des enfants; mais c'est sans préjudice de l'obligation qu'auraient les pères ou mères, eu égard à leur propre fortune et à leur position sociale, d'y subvenir au delà même du revenu de leur usufruit. Maintenant faut-il conclure de là que la charge pèserait en entier sur le parent usufruitier légal, dans le cas même où, par l'effet des exceptions que la loi consacre (v. art. 387, 730), une partie des biens des enfants serait soustraite à son usufruit? Pour le prétendre on invoque la doctrine de Pothier qui soumettait indistinctement le gardien à cette charge, quoique l'enfant eût des biens si-

tués dans le ressort de coutumes qui n'admettaient pas le droit de garde, des biens conséquemment non soumis à sa jouissance (1). On ajoute qu'il n'y aura pas injustice à le décider ainsi, parce que le père ou la mère, si la charge lui paraît excéder son bénéfice, pourra toujours s'y soustraire en renonçant à l'usufruit légal. Pour moi, j'ai quelque peine à me soumettre à cette décision. En principe, il me paraît équitable que les aliments du propriétaire, et par conséquent aussi les frais de son entretien et de son éducation, se prennent sur la totalité de ses revenus; et la charge entière ne me paraît imposée par l'article 385 à l'usufruitier légal que parce que, en règle générale, son usufruit s'applique à tous les biens. Mais lorsque, exceptionnellement, il en est autrement, je ne vois pas pourquoi l'on n'établirait pas une répartition proportionnelle. J'admettrais cette répartition dans le cas même où la portion de revenus conservés par le père ou la mère suffirait pour l'accomplissement entier de la charge; à plus forte raison si elle n'y suffit pas, et qu'à défaut de la contribution de l'enfant sur les revenus qui lui sont réservés, le père ou la mère fût réduit à subvenir sur ses biens propres; ce à quoi le parent ne doit jamais être tenu que subsidiairement, c'est-à-dire quand les revenus des biens de l'enfant sont insuffisants (v. tom. 1^er^, n° 285 *bis*. III).

Au reste, ce que je dis de la contribution à fournir par l'enfant jouissant d'une partie de ses biens me paraît généralement applicable à toutes les charges imposées par l'article 385 à l'usufruit légal.

130 *bis*. II. Les charges auxquelles sont tenus les usufruitiers comprennent évidemment, outre les contributions et les réparations d'entretien, le service des intérêts et arrérages pour les dettes ou rentes grevant les biens soumis à l'usufruit (v. art. 610, 612); il eût donc été inutile de mentionner spécialement cette charge dans le n° 3 de l'article 385, si elle ne devait pas recevoir ici une application particulière. Je crois en effet que dans notre texte il ne s'agit pas seulement de la charge de droit commun, évidemment bornée aux intérêts ou arrérages courant depuis l'ouverture de l'usufruit; mais que la disposition a principalement pour but d'imposer à l'usufruit légal l'acquittement des prestations arriérées qui se trouvaient dues

(1) V. Pothier, cout. d'Orléans, introd. au titre des fiefs, n° 347; M. Demolombe, tom. 6, n° 540; M. Valette sur Proudhon, tom. 2, pag. 254, n. (*a*).

à l'ouverture de l'usufruit. Ce qui justifie ce point de vue, c'est que le gardien était autrefois tenu de payer les dettes mobilières du mineur (1), et qu'il a pu paraître raisonnable que le nouvel usufruit substitué au droit de garde fût bien affranchi des dettes de capitaux, mais demeurât chargé des dettes d'intérêts ou arrérages, que le défunt, s'il avait vécu, aurait probablement acquittées sur les revenus que l'usufruitier va percevoir.

130 *bis*. III. La comparaison avec l'ancien droit m'amène aussi à décider sans difficulté que les frais funéraires dont la loi charge ici l'usufruitier sont relatifs, non à l'enfant lui-même s'il venait à mourir, mais aux personnes dont l'enfant recueille la succession. La charge des frais funéraires ainsi entendue était en effet imposée au gardien par plusieurs coutumes, et malgré le doute qui, à Paris, naissait sur ce point du silence de la coutume, la jurisprudence était fixée dans ce sens. On comprend au reste que, dans l'intérêt de l'enfant, à qui incomberait comme héritier la charge des frais funéraires de son auteur, la loi ait obligé le parent usufruitier à l'en acquitter. Mais on ne comprendrait pas pourquoi les frais funéraires de l'enfant, qui sont une charge de sa succession, seraient supportés exclusivement par le père ou la mère, dont l'usufruit est éteint par la mort de l'enfant, et à qui la succession n'est dévolue qu'en partie.

A l'égard des frais de dernière maladie, il eût été inutile, s'il s'était agi de ceux de l'enfant, de les imposer spécialement au parent usufruitier ; car ils rentrent, avec ceux de toutes les maladies qu'aurait eues l'enfant pendant la durée de l'usufruit, dans les frais d'entretien, dont la charge est imposée par le n° 2 de l'article. Mais ce que la loi a voulu et ce qu'elle a eu besoin de dire, c'est que l'usufruitier, quoiqu'il ne soit point, comme autrefois le gardien, tenu des dettes du défunt à qui l'enfant succède, acquitte l'enfant de celle-là, comme il doit, selon nous, l'acquitter des dettes d'intérêts et arrérages. Le motif, du reste, est le même ; car le défunt, s'il avait vécu, aurait probablement payé sur ses revenus ses frais de maladie.

131. Le principe de l'usufruit légal reçoit quelques exceptions, les unes générales, les autres particulières à certains biens. Partie de ces exceptions sont fondées sur la défaveur encourue par les pères et mères dans certains cas : ce qui

(1) V. cout. de Paris, art. 267.

s'appliquait notamment à l'époux contre lequel le divorce aurait été prononcé, comme aussi cela s'applique, sans préjudice d'un autre motif plus déterminant encore, à la mère qui se remarie. V. art. 386.

131 *bis*. I. La déchéance encourue par l'époux contre lequel le divorce avait été prononcé rentre évidemment dans le système général de rigueur admis avec raison contre cet époux, dont la culpabilité est démontrée (v. art. 299-302). L'autre époux, au contraire, toujours suivant la même théorie, conservait évidemment son droit à l'usufruit. Mais devait-il l'exercer immédiatement? Il est permis d'en douter, quel que soit celui des père et mère que l'on suppose avoir obtenu le divorce, et par conséquent, avoir conservé son droit. Car, à s'attacher à l'article 384, ce droit n'existe plus pour le père en cette qualité, puisque le mariage est dissous; et il n'existe encore ni pour l'un ni pour l'autre à titre de survivant, puisqu'il n'y a pas survie. La conséquence serait que l'enfant, en cas de divorce entre ses père et mère, aurait recouvré, indistinctement, la pleine propriété des biens dont son père jouissait pendant le mariage, sauf l'ouverture ultérieure d'un nouvel usufruit en faveur de celui des père et mère qui avait obtenu le divorce s'il venait à survivre.

Toutefois, j'ai peine à croire que telle fût la pensée du législateur. Le mariage étant dissous par le divorce, et l'un des époux se trouvant déchu de la garde des enfants (art. 302), je ne vois aucune bonne raison pour qu'on eût voulu retarder jusqu'à la mort de l'un d'eux l'ouverture du droit de l'autre. Ici, en effet, ne s'appliquent pas les motifs qui m'ont déterminé, soit en cas d'absence ou d'interdiction du père, soit au cas de déchéance par lui encourue aux termes de l'article 305 du Code pénal, à refuser l'usufruit à la mère; il est vrai que les termes de l'article 384 manquent pour la constitution immédiate de l'usufruit, mais cette constitution au profit de l'époux qui a obtenu le divorce, ne pouvait-elle pas se conclure *à contrario* des termes de l'article 386?

131 *bis*. II. Quoi qu'il en soit de cette question, qui n'a plus d'application actuelle, il reste à savoir si et jusqu'à quel point la disposition de l'article 386, pour le cas de divorce, serait applicable à la séparation de corps. A cet égard, tout ce qu'on pourrait prétendre, c'est que la séparation qui se prononce pour les mêmes causes que

e divorce entraînerait la même déchéance pour l'époux contre le-uel elle est prononcée. Quant à l'ouverture immédiate du droit e l'autre, elle est impossible dans mon système, puisque le ma-iage subsiste, et que l'union peut être rétablie. Mais je pense que déchéance même n'est pas encourue; car, outre qu'il n'y a pas solument même raison qu'au cas de divorce, l'absence de texte blige à s'en tenir purement et simplement aux termes de l'ar-'cle 384. V. ci-dessus, n° 33 *bis*. I.

131 *bis*. III. La raison principale qui a dû motiver la déchéance e la mère en cas de second mariage, c'est que la jouissance, si on a lui avait réservée, aurait, en droit ou en fait, plutôt appartenu son mari qu'à elle-même. Cette raison ne s'appliquant pas au se-ond mariage du père, qui pourtant, à beaucoup d'égards, n'est as plus favorable que celui de la mère, la loi n'y a pas appliqué a déchéance de l'usufruit. Au contraire la coutume de Paris fai-it indistinctement finir la garde noble ou bourgeoise par le second ariage du gardien (cout. de Paris, art. 268).

131 *bis*. IV. La sévérité de la loi pour la mère qui se remarie emblerait à plus forte raison devoir atteindre celle qui, par le désordre de ses mœurs, souille son caractère de mère et donne à es enfants de funestes exemples. Pothier, en effet, sous l'empire même de la coutume d'Orléans, où le second mariage ne faisait pas finir la garde, considérait le cas de débauche publique de la gardienne comme une juste cause pour la priver de son titre (1). Dans le même esprit, notre Code fait de l'inconduite notoire une cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle, ce qui s'appli-querait au père ou à la mère comme à tout autre tuteur; et je n'hésite pas à dire que les tribunaux, en vertu du pouvoir discré-tionnaire que je leur reconnais en cette matière (v. ci-dessus n° 114 *bis*), pourraient toujours, pour cette cause, enlever au père ou à la mère la garde de la personne de l'enfant. Mais toutes ces raisons me paraissent insuffisantes pour faire admettre l'extinction de l'usufruit légal. Le cas ne rentre dans aucune des causes d'extinc-tion déterminées au titre de l'usufruit, et l'argument *à fortiori* qu'on voudrait tirer de l'article 386 est sans valeur; car, outre que le motif principal qui fait appliquer la déchéance à la mère

(1) Pothier, cout. d'Orl., introd. au titre des fiefs, n° 346.

remariée peut n'être pas ici applicable, il reste toujours vrai qu'une disposition rigoureuse ne s'étend jamais par analogie.

131 *bis*. V. Mais de ce que la déchéance de la mère n'est attachée qu'à son second mariage, faut-il en conclure que cette déchéance soit subordonnée à la validité du mariage? Je ne le crois pas; car la nullité du mariage n'empêche pas que le fait matériel qui devait entraîner déchéance n'ait été commis par la mère autant qu'il était en elle; et la célébration donne toujours au mariage nul une existence de fait qui doit suffire pour rendre applicables les termes de l'article 386. Tous sont obligés d'en convenir dans le cas où le mariage nul, ayant été contracté de bonne foi, conserverait les effets civils (art. 201, 202). Or comment concevoir que la mère coupable d'avoir contracté mariage contre le prescrit de la loi échappât à la déchéance, quand cette déchéance au contraire atteindrait celle qui n'aurait péché que par ignorance? Pour moi, j'aime mieux dire que la déchéance est encourue dans tous les cas; j'en excepterais seulement celui où la nullité du second mariage aurait pour cause la violence exercée contre la femme; car, son consentement n'ayant pas été libre, il ne serait plus vrai de dire qu'elle se fût volontairement soumise à la déchéance.

131 *bis*. VI. La déchéance de la mère qui se remarie s'encourant par un fait dépendant de sa volonté, ce fait me paraît emporter de sa part renonciation à son droit : j'en conclus que l'extinction de ce droit est définitive, et que la mère ne le recouvrerait pas si elle devenait veuve. Vainement prétendrait-on que ce droit, qui lui appartient comme survivante, doit se reconstituer lorsque la cause qui y mettait obstacle a cessé; je pense, au contraire, par application des termes de l'article 384, que le droit ne se constitue au profit du survivant qu'au moment de la dissolution du mariage entre les père et mère. Or, celui qui a été ainsi constitué ayant été éteint, il faudrait, pour le rétablir, une nouvelle constitution ayant sa base dans le texte de la loi.

132. L'usufruit est encore refusé à titre de peine : 1° par l'article 730, au parent exclu d'une succession, comme indigne, sur les biens de cette succession dévolue à ses enfants mineurs; 2° par l'article 1442, au parent survivant qui, à la dissolution de la communauté conjugale, manque à faire inven-

taire; 3° enfin, par l'article 335 du Code pénal, au père ou à la mère coupable d'avoir excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de son enfant mineur. Alors, en effet, le coupable est privé généralement par la loi *des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant*, par le Code civil, au titre *De la puissance paternelle*.

132 *bis*. I. L'article 730 peut recevoir son application, soit au père, pendant le mariage, soit après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère. Au premier cas, il est évident que l'usufruit refusé au père indigne n'en pourra pas moins être réclamé par la mère, si elle vient à survivre avant que les enfants aient atteint l'âge qui les en affranchît. Mais tant que vivra le mari, l'usufruit n'appartiendra à personne, car la mère n'y peut jamais prétendre qu'à la dissolution du mariage (art. 384). S'il en était autrement, le but de la loi ne serait pas atteint; presque toujours, en effet, le père indigne profiterait de la jouissance qu'on accorderait à sa femme; disons mieux, ce serait lui qui, en fait ou en droit, l'exercerait.

132 *bis*. II. L'usufruit demeurant ainsi suspendu pendant toute la durée du mariage, il en résultera que l'indignité du père pourra indirectement nuire à la mère, en privant la communauté qui existerait entre elle et son mari du revenu des biens des enfants. C'est là un fait que nous nous bornons à constater, et qui se produira toutes les fois qu'un des conjoints, pour une cause quelconque, viendrait à perdre un de ses biens personnels. Mais à l'inverse, il pourra arriver que la mère indigne, qui, comme telle, ne pourrait prétendre à l'usufruit de la succession dévolue à ses enfants, profitera, comme commune, de l'usufruit, que son indignité n'empêchera évidemment pas d'exister durant le mariage en faveur du père.

132 *bis*. III. Le défaut d'inventaire, après la dissolution de la communauté, peut rendre difficile l'établissement de la consistance des biens et effets communs, et par conséquent la liquidation des droits revenant aux enfants comme héritiers du parent prédécédé. La loi, il est vrai, pour suppléer à l'inventaire qui manque par la faute du survivant, autorise alors contre lui l'emploi de tous les moyens de preuves possibles. Mais cela même peut ne pas sauvegarder complétement les droits des enfants. Et comme en tout cas

l'omission de l'inventaire est une faute commise par le survivant au préjudice de ses enfants, la loi punit cette faute par la perte de l'usufruit légal (art. 1442, al. dernier).

132 *bis*. IV. L'inventaire prescrit par la loi doit évidemment être fidèle et exact; ajoutons que le but ne serait pas atteint et que l'exactitude pourrait être suspectée s'il n'était fait dans un bref délai. Le délai ordinaire pour faire inventaire dans les divers cas où la loi prescrit cette formalité, est de trois mois (v. art. 794, 795; 1456, C. pr., art. 174), sauf prolongation si les circonstances l'exigent (v. art. 798, 799, 1458; C. pr., art 174, al. 2). C'est ce délai qui, à défaut de disposition spéciale, me paraît ici applicable à l'époux survivant de l'un ou de l'autre sexe. Et par là j'entends que lorsque l'inventaire, dont l'exactitude et la fidélité ne seront point d'ailleurs contestées, aura été fait dans ce délai, le survivant sera certainement à l'abri de la déchéance. Mais je ne veux pas dire par là qu'il ne puisse se préserver de cette déchéance par un inventaire tardivement fait. C'est *le défaut d'inventaire* qui fait perdre la jouissance, et 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. Ce point me paraît laissé à l'arbitrage des juges.

132 *bis*. V. Le cas prévu par l'article 1442 n'est pas le seul où l'omission d'inventaire puisse préjudicier aux enfants et constituer en faute le parent appelé à l'usufruit légal. Le besoin de l'inventaire se fera sentir toutes les fois qu'une succession écherra aux enfants, ce qui arrivera notamment au décès du prémourant des père et mère, sous quelque régime qu'ils fussent mariés. Il est clair que l'obligation de faire procéder à l'inventaire incombera au père ou à la mère, soit en qualité de tuteur (v. art. 451), soit en qualité d'usufruitier (art. 600). De là, sans doute, le droit commun autorise à conclure que les mineurs seraient admis à la preuve par commune renommée (v. art. 1348, et arg. des art. 1415 et 1504). Ajoutons que l'entrée en jouissance pourra toujours être refusée à l'usufruitier légal par qui de droit agissant au nom des mineurs, tant que l'inventaire ne sera pas fait (art. 600). Mais la déchéance est une peine rigoureuse qui n'est prononcée que par l'article 1442, et qui ne peut s'appliquer qu'au cas précis de cet article, c'est-à-dire

ontre le survivant des père et mère qui omet l'inventaire après la issolution de la communauté.

132 *bis*. VI. Il pourrait paraître raisonnable de n'appliquer qu'aux iens que les enfants ont à reprendre dans la communauté la perte e jouissance prononcée contre le parent survivant qui a négligé de faire régulièrement constater les forces de cette communauté; mais es termes de l'article 1402 étant généraux, je ne crois pas devoir aire cette distinction, et je pense que la privation d'usufruit s'appliquera également, et aux biens que pouvaient avoir les enfants endant le mariage de leur père et mère, et à ceux qui leur adviendraient à l'avenir.

132 *bis*. VII. Aux causes de déchéance propres à l'usufruit légal, et qui font l'objet de dispositions spéciales, il faut, selon moi, ajouter comme lui étant applicable, de droit commun, celle qui pour tout usufruitier pourrait résulter de l'abus de jouissance (art. 618). Et je verrais un abus de ce genre si l'usufruitier négligeait d'accomplir les charges diverses qui lui sont imposées par l'article 385; car il détournerait alors de leur destination les revenus qui ne lui sont accordés qu'à cette condition. Cela, du reste, est évident pour la charge d'entretenir les biens, car ce cas est spécifié dans l'article 618; et je ne vois pas de raison pour ne pas reconnaître le même caractère d'abus à l'inexécution des autres obligations. Bien entendu, au reste, qu'ici comme en général la déchéance pour abus admet les divers tempéraments énoncés en l'article 618. La qualité des parties est même une raison de plus pour user ici de ces tempéraments.

133. Les autres exceptions reposent soit sur la faveur particulière due au travail et à l'industrie de l'enfant, soit sur la volonté des personnes qui transmettent les biens; cette volonté, en effet, étant le principe de la transmission, il est naturel qu'elle puisse, dans certaines limites, en régler l'effet et l'étendue. La première exception comprend les biens acquis par un travail et une industrie *séparés;* la seconde s'applique aux biens donnés ou légués sous la condition *expresse* que les père et mère n'en jouiront pas. V. art. 387.

133 *bis*. I. La disposition qui réserve aux enfants la jouissance des biens qu'ils acquerront par leur travail ou leur industrie rap-

pelle la faveur accordée par le droit romain aux pécules castrense et quasi-castrense, à l'égard desquels le fils de famille était réputé père de famille. Mais cette faveur ne s'appliquait qu'aux gains faits dans l'exercice de certaines professions, tandis que notre droit applique la faveur au produit d'un travail ou d'une industrie quelconque. Il faut seulement que l'enfant ait travaillé ou agi, non pour le compte de son père, mais pour son compte séparé.

133 *bis*. II. Le droit d'imposer des conditions qui restreignent ou augmentent l'effet d'un acte de transmission repose uniquement sur le pouvoir qu'avait l'auteur de la transmission de ne pas l'opérer si les conditions n'eussent été admises. Si donc la donation ou le legs porte sur des biens auxquels l'enfant avait, comme héritier à réserve, un droit indépendant de la volonté du parent qui les lui transmet, il semble qu'on ne doive, relativement à ces biens, avoir aucun égard aux conditions imposées. Aussi la plupart des auteurs enseignent-ils que la jouissance de la réserve ne peut être enlevée au père et à la mère. A l'appui de ce sentiment on invoque la novelle 117, qui, en permettant de léguer au fils de famille à condition que le père n'aura pas sur les biens légués l'usufruit qu'il avait en général sur le pécule adventice, exceptait formellement la légitime. Toutefois, ces raisons ne me paraissent pas déterminantes. Je n'admets pas, en effet, que les biens composant la réserve ne puissent absolument être donnés. La donation qui excède la quotité disponible est seulement réductible (art. 920), et doit conserver tout son effet si l'action en réduction n'est pas intentée par qui de droit, c'est-à-dire par les héritiers à réserve, leurs héritiers ou ayant cause (art. 921). Or, je prétends qu'il n'y a pas lieu ici à intenter cette action, puisque, bien loin de profiter aux héritiers à réserve, elle ne tendrait qu'à leur nuire, en leur faisant posséder à titre de succession, pour les soumettre à l'usufruit paternel, des biens qui en seront affranchis s'ils les conservent à titre de donation ou de legs. Le père, il est vrai, aurait intérêt à intenter l'action, mais je soutiens qu'il n'a pas qualité, parce que je ne lui reconnais pas le titre d'ayant cause de ses enfants. Ce n'est pas d'eux, en effet, qu'il tient son droit à l'usufruit objet de sa réclamation, c'est uniquement de la loi, qui ne lui confère ce droit que tout et autant que les biens appartiendront aux enfants à un titre qui ne l'exclurait pas; maintenant, quand deux titres leur sont offerts, dont l'un

seulement donnerait ouverture au droit du père, c'est par leur intérêt propre et non par celui de leur père que doit se déterminer le choix à faire en leur nom. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que les deux titres entre lesquels le choix est à faire fussent directement attribués au père, qui, comme autrefois le père de famille romain, les acquerrait par ses enfants. C'est cette idée que l'ancien droit romain appliquait indistinctement à la pleine propriété des biens échus aux enfants de famille, et qui continua de s'appliquer à l'usufruit du pécule adventice (1). Cela explique pourquoi la novelle 117 réservait au père, nonobstant volonté contraire du testateur, l'usufruit de la légitime du fils. Mais c'est là un système entièrement étranger aux principes de notre droit. La loi, donc, affranchissant indistinctement de l'usufruit paternel les biens donnés ou légués sous cette condition, et l'enfant donataire ou légataire ayant toujours le droit de conserver à ce titre les biens même qui feraient partie de sa réserve, j'en conclus que ces biens, comme tous les autres, subiront l'effet de la condition imposée, et que le père ou la mère n'en aura pas la jouissance.

133 *bis*. III. Le parent privé de la jouissance n'en conservera pas moins, de droit commun, l'administration à laquelle il se trouve appelé, soit comme père, pendant le mariage, par l'article 389, soit comme tuteur, par les articles 390 et 450. Je n'admets pas même que la volonté expresse du donateur ou testateur puisse déroger sur ce point à la loi. Il est de principe, en effet, pour les donations comme pour les conventions, que les volontés privées ne peuvent déroger aux lois qui intéressent l'ordre public (v. art. 6), et l'on doit considérer comme telles celles qui règlent l'organisation de la famille ou qui constituent les pouvoirs protecteurs des intérêts des incapables. A cette catégorie doivent en général appartenir les effets légaux attachés à la qualité de père ou de mère. La loi, il est vrai, permet d'exclure un de ces effets, l'usufruit, parce que c'est un droit principalement établi dans l'intérêt privé du père et de la mère. Mais si, sur ce point même, il a fallu une disposition expresse, on ne peut évidemment tirer cette disposition à conséquence pour l'appliquer à des droits d'une nature toute différente, qui, tels que le pouvoir d'administrer, ne sont établis que dans l'intérêt de l'enfant.

(1) ...Filius familiâs... suis parentibus non in plenum, sicut anteà fuerat sancitum, sed *usque ad usumfructum solum acquirat...*, Justinien, L. 6, *Cod., de bon. quæ liber.*

TITRE DIXIÈME.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.

134. L'âge des individus, qui influe sur leur capacité physique et morale, doit nécessairement apporter de grandes différences dans l'état des personnes. De là naît leur division en majeurs et mineurs. Il faut savoir d'abord ce que c'est qu'un mineur : c'est l'objet du chapitre I^er^. Les mineurs sont, comme nous l'avons vu, plus étroitement soumis à la puissance paternelle; mais, indépendamment de cette puissance ou à son défaut, le mineur privé par la mort d'un de ses protecteurs naturels réclamait une protection plus spéciale de la loi (1); tel est le but de la tutelle, qui fait la matière du chapitre II. L'émancipation, en soustrayant le mineur à l'autorité paternelle et le faisant sortir de tutelle, lui confère une certaine capacité qui le rapproche du majeur ; elle est l'objet du chapitre III.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MINORITÉ.

135. La nature n'a point posé une limite bien fixe à l'incapacité résultant de l'âge : cette limite doit être tracée par le droit positif, eu égard à la capacité du plus grand nombre à un certain âge. Le Code civil ne prolonge la minorité que jusqu'à vingt et un ans accomplis. V. art. 388.

135 *bis*. L'année civile se composant de jours, c'est par jours et non par heures que se comptent en général les années. Cette règle,

(1) Exposé des motifs, par le conseiller d'État *Berlier*.

proclamée par l'article 2260 pour la prescription, semble tout naturellement applicable à la computation des vingt et une années formant la durée de la minorité. Il en résulterait que le jour même de la naissance, qui n'est qu'une fraction de jour, n'entrerait pas dans le calcul; et, parce que les vingt et une années doivent être accomplies (art. 388), on en conclurait, conformément à l'article 2261, que le dernier jour de la vingt et unième année, le jour anniversaire de la naissance, appartiendrait tout entier à la minorité. Toutefois, le doute naît à cet égard, de ce que les Romains, qui comptaient aussi les délais par jours et qui seulement s'attachaient tantôt au commencement (Ulp., L. 6 et L. 7, ff. *de usucap.;* Venul., L. 15, *de div. temp. præscr.;* Paul., L. 132, ff. *de verb. signif.*), et tantôt à la fin du dernier jour (Paul., L. 6, *de obl. et act.*); les Romains, dis-je, comptaient le temps de la minorité *de momento ad momentum* (Ulp., L. 3, ff. *de minor.*).

Quoi qu'il en soit, comme je ne vois pas de bonnes raisons pour motiver la différence, et que la prolongation de la minorité est favorable, je crois plus sûr de suivre ici la même règle qu'en matière de prescription.

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE.

136. La tutelle est en général une autorité conférée à une personne capable sur la personne et les biens d'un incapable, dans le but unique de le protéger; elle s'applique dans notre droit aux mineurs non émancipés et aux interdits.

C'est toujours de la loi que le tuteur tient son autorité; mais quelquefois la loi la défère, directement et sans connaissance de cause, à certaines personnes, à raison de leur qualité : c'est la tutelle légitime. Dans d'autres cas, la loi permet à certaines personnes de la déférer; la tutelle peut alors être appelée dative.

Le Code reconnaît quatre sortes de tutelles, deux légitimes et deux datives; elles ont lieu, en général, suivant l'ordre

dans lequel elles sont énumérées dans les quatre premières sections de ce chapitre.

SECTION I.

De la tutelle des père et mère.

137. Il résulte de ce que nous avons dit, après l'orateur du gouvernement, que la tutelle n'a point lieu pour les mineurs qui ont père et mère : mais c'est une conséquence de la puissance paternelle que le père, chargé de gouverner la personne, administre aussi les biens, lors même qu'il n'en aurait pas la jouissance. Il est clair que cette administration le rend comptable, et que son compte doit être plus ou moins étendu, suivant qu'il a ou non la jouissance. Le compte, dans un cas, comprend la propriété et les revenus; dans l'autre il ne s'applique qu'à la propriété. V. art. 389; v. à ce sujet art. 384-387, 730, 1442.

137 *bis*. I. Il paraît bien que c'est à dessein et pour favoriser le père que le législateur a évité de lui donner la qualité de tuteur pendant le mariage. La conséquence, c'est qu'il n'y a pas lieu ici à nommer un subrogé tuteur, et que les biens de l'administrateur ne sont pas grevés d'hypothèque légale, car on n'est pas dans les termes des articles 420 et 2121. V. C. c. rej., 3 décembre 1821 (1); Lyon, 3 juillet 1827 (2).

Au reste, pour justifier cette faveur et le refus fait au mineur de la protection spéciale de la tutelle, on peut, au motif tiré de ce qu'il conserve ici ses deux appuis naturels, joindre cette considération, qu'il n'a point encore recueilli la succession de l'un ni de l'autre de ses parents, ni probablement aucune succession importante.

137 *bis*. II. Le mineur ici n'ayant pas de subrogé tuteur, il faudrait bien, s'il survenait une opposition d'intérêt entre lui et le père administrateur, lui donner un représentant spécial; je crois qu'alors on doit nommer un tuteur *ad hoc*.

(1) J. P., tom. 62, pag. 337.
(2) *Ibid.*, tom. 79, pag. 302.

137 *bis.* III. Quoique l'administration du père ne soit pas une tutelle proprement dite, il est clair pourtant que c'est une administration du même genre. Et comme la loi n'a pas ici tracé de règles spéciales pour cette administration, force est bien de recourir par analogie à celles de la tutelle. Ainsi, sauf les différences ci-dessus marquées, j'assimilerais en général au tuteur le père administrateur, quant à ses pouvoirs, ses obligations et aussi quant aux causes d'excuse, exclusion ou destitution. Toutefois, comme l'application des règles de la tutelle à l'administration légale du père n'est pas directe, les tribunaux doivent nécessairement, dans cette application, jouir d'une certaine latitude. Je dis plus, je crois que, parmi les règles établies pour la tutelle, il convient de distinguer celles qui tiennent à la nature de toute administration comptable, comme, par exemple, l'obligation de faire inventaire, et celles qui peuvent passer plutôt pour des garanties spéciales accordées au mineur contre le tuteur. Ainsi, je ne crois pas que le père administrateur qui fait procéder à l'inventaire ait besoin d'y appeler un tuteur *ad hoc*, comme le tuteur a besoin d'y appeler le subrogé tuteur (art. 452). Ainsi, encore, je ne me croirais pas suffisamment autorisé par la raison d'analogie à soumettre le père administrateur à des dispositions exorbitantes, telles que la déchéance prononcée par l'article 451; j'en dirais autant en ce qui concerne le cours des intérêts de plein droit, soit au cas des articles 455, 456, soit même au cas de l'article 474. Il me paraîtrait également difficile d'appliquer l'article 472 dans toute sa rigueur aux traités qui pourraient intervenir entre le père et l'enfant devenu majeur. D'autre part, et toujours par la même raison, je n'appliquerais pas non plus contre l'enfant la prescription de dix ans établie spécialement par l'article 475.

Il va sans dire, au reste, que toute règle dont la loi elle-même affranchit la tutelle des père et mère n'a pas d'application possible à l'administration légale du père.

Les différences que je viens de signaler expliquent pourquoi le législateur n'a pas voulu, comme le proposait le tribunat (1), terminer l'article 389 par un renvoi à la section 8 de ce titre. Mais il n'en reste pas moins vrai que l'ensemble de cette section, et notamment tout ce qui est relatif à la limitation des pouvoirs du tuteur, doit s'appliquer par analogie au père administrateur.

(1) Observations de la section (Fenet, tom. 10, pag. 609).

138. La mort naturelle ou civile de l'un des époux donne ouverture à la tutelle du survivant. V. art. 390.

138 *bis*. C'est la dissolution du mariage par la mort naturelle ou civile qui, aux termes de l'article 390, donne ouverture à la tutelle du survivant des père et mère; et c'est évidemment en vue de ce point de départ qu'à défaut de celle-ci, la loi organise successivement les trois autres espèces de tutelle. Du reste, la loi, qui a prévu dans l'article précédent le cas où les mineurs ont des biens pendant le mariage de leurs père et mère, a omis complétement de statuer sur l'administration des biens des enfants naturels, soit du vivant, soit après la mort des père et mère ou de l'un d'eux. Même omission en ce qui concernait l'administration des biens des enfants après la dissolution du mariage, qui pouvait alors avoir lieu par divorce. Pareillement, la loi n'a pas statué sur les divers cas autres que la présomption d'absence, où le père administrateur, pendant le mariage, peut se trouver empêché; *puta*, s'il est interdit, excusé ou exclu. Dans tous ces cas, évidemment, il doit être pourvu à l'administration des biens des mineurs et à la représentation de leurs personnes; la manière d'y pourvoir est, selon moi, la nomination d'un tuteur. Voici, à cet égard, ma théorie : quoique l'organisation des tutelles n'ait été faite qu'en vue des mineurs, enfants légitimes, que la mort d'un de leurs parents prive d'un de leurs appuis naturels et appelle à la succession de ce parent, ce mode de protection, le plus efficace, le seul qui soit complétement et régulièrement organisé, est celui qu'il faut appliquer par analogie à tout mineur non émancipé ayant des biens, si la loi n'a pas autrement pourvu à l'administration. Mais comme, dans le silence de la loi, il ne peut y avoir de tutelle légitime, et que ce n'est pas non plus le cas de la tutelle testamentaire, il y a lieu à tutelle dative.

Telle est la règle que j'aurais appliquée au cas de divorce des père et mère; telle est celle que j'appliquerais aux enfants naturels, lors même qu'ils auraient leur père et mère (1); telle est enfin celle qu'il faut appliquer aux enfants légitimes dont le père est empêché, dans tous les cas, excepté pourtant celui de présomption d'ab-

(1) La tutelle des enfants naturels est dative. C. R. de Paris, 9 août 1811 (J. P., tom. 30). Contr. Bruxelles, 4 février 1811 (tom. 29, pag. 568).

sence, qui est réglé par les articles 141-143, et qui ne donne lieu à tutelle qu'à défaut de mère ou d'ascendants.

139. Quoique la tutelle soit déférée sans distinction au survivant des père et mère, il y a pourtant plusieurs différences à cet égard dans le droit de chacun d'eux.

Ces différences, dont il est au surplus facile de se rendre raison, s'appliquent à l'étendue des pouvoirs, à l'époque où la tutelle est déférée, aux causes qui peuvent en dispenser ou en exclure.

140. La tutelle du père survivant n'est, en quelque sorte, que la continuation de son droit antérieur, qui s'étend, ou commence à s'appliquer, aux biens que la mort de la mère transmet à l'enfant, et à tous ceux qu'il acquerra par la suite. Ce droit, à l'exercice duquel la mère ne participait point de son vivant, demeure entier après sa mort. Au contraire, la volonté du père, toujours supposée sage et éclairée, peut, non pas, il est vrai, enlever la tutelle à la mère survivante, mais en modifier dans ses mains l'exercice par la nomination d'un conseil. La mère alors est inhabile à faire *sans l'avis* du conseil les actes pour lesquels l'assistance est requise. Cette incapacité, qui ne peut, au reste, s'appliquer qu'aux actes relatifs à la tutelle, s'étend à tous ou à quelques-uns seulement, suivant que le père a spécifié ou non ceux pour lesquels l'avis du conseil serait nécessaire. V. art. 391.

140 *bis*. I. La mère tutrice à laquelle le père a donné un conseil n'est pas seulement tenue de prendre l'avis du conseil, sauf à y déférer si bon lui semble; elle n'est pas habile à faire, sans son *assistance*, les actes pour lesquels le conseil lui est donné : ce qui s'applique à tous les actes relatifs à la tutelle, quand le père ne les a pas spécifiés. A cet égard, la disposition finale de l'article 391 lève l'équivoque de la première disposition.

140 *bis*. II. Mais le conseil ne peut forcer la mère à agir; conséquemment son assistance ne la soustrait pas à la responsabilité de ses actes.

Au contraire, le refus d'assistance la force, en général, à s'abste-

nir, et l'affranchit, par conséquent, de responsabilité pour les omissions qui sont la suite de ce refus. Observons toutefois que cela ne doit pas s'entendre d'une manière trop absolue. Car s'il paraît à la mère que l'intérêt évident du mineur commande de faire un acte auquel le conseil refuse son adhésion, elle doit nécessairement avoir un moyen de faire vider le conflit par un pouvoir supérieur. Je crois qu'en pareil cas elle devrait s'adresser au conseil de famille, qui statuerait en connaissance de cause et sauf recours aux tribunaux. Cela posé, j'entends que la tutrice qui aurait négligé l'emploi de ce moyen pourrait, suivant les cas, demeurer responsable de l'abstention.

140 *bis*. III. Quant au *conseil*, son titre n'entraîne point en général de responsabilité. Cette proposition ne s'applique pas seulement au cas où il a donné son assistance, qui laisse subsister la responsabilité de la mère; elle s'étend, en principe, aux omissions même dont son refus est la cause, et dont la tutrice, par ce motif, ne répond pas.

Toutefois, dans les deux cas, le conseil pourrait être déclaré responsable par application de l'article 1382; mais pour cela il faudrait prouver de sa part un dol ou une faute lourde; car il sera toujours censé avoir agi par de bons motifs, et son erreur serait excusable.

141. La nomination du conseil est une disposition à cause de mort, nécessairement soumise à certaines formes; mais la loi qui la favorise n'exige pas ici celles des actes ordinaires de dernière volonté, c'est-à-dire des testaments (v. art. 969). Elle autorise bien l'emploi de ces formes, mais elle permet d'y suppléer par une déclaration assujettie seulement à l'authenticité, qui, dans ce cas particulier, peut être également conférée par le ministère du juge de paix assisté de son greffier, et par celui des notaires. V. art. 392.

142. C'est toujours au moment de la mort de la mère que la tutelle est déférée au père; mais, à la mort du père, l'enfant peut être seulement conçu : l'incertitude de sa naissance et de sa viabilité rend incertaine la propriété des biens, dont l'administration ne peut dès lors être confiée à la mère; d'un autre côté, celle-ci pourrait avoir intérêt à supposer une gros-

sesse et un accouchement. La loi pourvoit à tout en faisant nommer un curateur au ventre par le conseil de famille.

Il paraît certain que ce curateur doit, dans l'intérêt de qui de droit, administrer provisoirement, et surveiller la veuve pour prévenir la supposition de *part*. Après la naissance, il continue à surveiller la mère devenue tutrice, dans l'intérêt de l'enfant, dont il devient le subrogé tuteur. V. art. 393; et remarquez qu'en appelant le curateur à la subrogée tutelle, la loi, par là même, ôte à la mère le droit de concourir à sa nomination, et exclut de cette fonction les parents de la ligne maternelle (art. 423).

142 *bis*. Les motifs qui font prescrire la nomination d'un curateur au ventre n'ont pas d'application quand il existe déjà d'autres enfants mineurs, dont la tutelle est immédiatement déférée à la mère. Alors, en effet, l'administration des biens laissés par le père défunt doit à tout événement appartenir à la mère, soit comme tutrice des enfants déjà nés, seuls héritiers si l'enfant ne naît pas viable; soit comme tutrice de l'enfant qu'elle porte, si sa naissance ultérieure le fait cohéritier des autres. Ajoutons qu'en pareil cas la supposition de part n'est guère à craindre, et que lors même qu'on la craindrait, la surveillance du subrogé tuteur suffit pour parer à ce danger. Quoi qu'il en soit, la loi n'ayant pas distingué, si l'on croit nécessaire de nommer un curateur au ventre, tout se conciliera en donnant ce titre au subrogé tuteur des enfants nés, jusqu'à ce que, par la naissance du posthume, il devienne également subrogé tuteur de celui-ci. Mais dans ce cas, le subrogé tuteur, dit *curateur au ventre*, devra évidemment se renfermer dans son rôle de surveillant, et s'il y a quelque acte d'administration à faire, c'est la mère tutrice qui devra agir.

143. Hors les cas particuliers d'excuse (art. 427-441), qui sont même plus rares pour lui que pour tout autre (voy. art. 435, 436), le père appelé à la tutelle ne peut la refuser; mais le refus de la mère devant toujours être attribué à un bon motif, il lui est loisible de s'imposer ou non une charge, peut-être au-dessus de ses forces. Sa qualité l'oblige seulement à

faire pourvoir ses enfants d'un tuteur, et à remplir jusque-là les devoirs de la tutelle. V. art. 394.

143 *bis*. I. Les motifs qui font accorder la dispense à la mère sembleraient également applicables pour lui faire obtenir la décharge de la tutelle qu'elle aurait d'abord acceptée; mais les termes de la loi manquent, et, en cette matière, il n'est pas possible d'y suppléer. Seulement, comme il est toujours permis au conseil de famille d'admettre, s'il le juge convenable et dans l'intérêt même des mineurs, des excuses que la loi n'a pas consacrées, je crois qu'il devra en général être enclin ici à user de ce pouvoir pour faire droit à la réclamation de la mère; car, lorsque celle-ci demande à déposer un fardeau que l'expérience lui a fait reconnaître au-dessus de ses forces, elle n'est probablement déterminée que par l'intérêt même de ses enfants.

143 *bis*. II. Il n'en reste pas moins vrai que la mère, par son acceptation, perd l'avantage de la position qui la constituait seule juge des motifs de sa détermination. Sous ce rapport, son acceptation la lie. Il importe donc de savoir quand elle sera réputée avoir accepté. A cet égard, je crois qu'ici, comme en matière de succession, l'acceptation peut être expresse ou tacite : expresse, si la mère, dans un *acte* (*instrumentum*), a pris la qualité de tutrice; tacite, si quelque *acte* (c'est-à-dire ici quelque *fait*) de sa part suppose nécessairement l'intention d'être tutrice; et l'on ne devra en général considérer comme tels que les actes qu'elle n'avait droit de faire qu'en cette qualité (v. art. 778). Bien plus, sur ce point même, il y aura difficulté, à cause de l'obligation que la loi lui impose de remplir les devoirs de la tutelle qu'elle refuse, jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur : car, si elle a fait quelque acte du ministère de tuteur, ce n'est peut-être que pour se conformer à cette obligation. La question se décidera d'après les circonstances, en ayant surtout égard à la nature des actes, suivant qu'ils seront plus ou moins importants, plus ou moins urgents. Car je crois que la mère qui refuse la tutelle doit faire sans délai nommer un tuteur, et ne doit faire jusque-là que les actes d'urgence.

144. Quelque fâcheuse que soit pour les enfants du premier lit l'entrée d'une belle-mère dans la maison paternelle, cette circonstance n'est pas cependant de nature à exercer quelque

influence sur la tutelle que la loi confie au père; mais l'état de dépendance dans lequel la mère doit se trouver placée par son second mariage donne lieu d'abord d'examiner si la tutelle lui sera conservée, et ne permet, dans tous les cas, de la maintenir dans ses fonctions qu'en lui adjoignant son second mari. L'examen appartient à la famille; il doit être provoqué par la mère elle-même avant son mariage. Faute de remplir cette obligation, qui pèse aussi jusqu'à un certain point sur le futur mari, la mère perd, de *plein droit*, la tutelle; et si, faute de remplacement, elle la conserve indûment, tous deux sont solidairement responsables de *toutes* les suites. V. art. 395.

144 *bis*. I. De ce que la tutelle est perdue de droit, il s'ensuit que, sans avoir besoin de faire prononcer une destitution, toute partie intéressée peut provoquer la nomination d'un tuteur. Il s'ensuit encore que personne n'est obligé désormais de reconnaître à la mère la qualité de tutrice et le pouvoir de représenter les mineurs dans les procès ou dans les actes; qu'elle n'a plus effectivement ces pouvoirs, et que, sauf les effets qui pourraient être réservés en faveur des tiers, s'ils avaient traité avec elle de bonne foi (v. à ce sujet art. 1240, 2005), les actes qu'elle ferait au nom des mineurs ne les lieraient pas. Mais cette déchéance n'affranchit pas la mère des obligations attachées à la tutelle, qu'elle conserve de fait tant qu'elle n'est pas remplacée. La loi elle-même consacre cette idée en la déclarant responsable des suites de la tutelle indûment *conservée*. C'est donc toujours à titre de tutrice qu'elle continue à être tenue, et par conséquent toujours sous la garantie de l'hypothèque légale.

144 *bis*. II. La perte de la tutelle prononcée ici contre la mère est simplement le retranchement du droit qu'elle avait à la tutelle légitime; et, la loi n'ayant point appliqué à ce cas les termes d'*exclusion* ou de *destitution*, j'en conclus qu'il n'entraînerait pas les mêmes conséquences (v. art. 443, 444, 445). Ainsi, la mère ne deviendra pas incapable de faire partie d'un conseil de famille, et devra, en sa qualité, être appelée à celui de ses enfants. Rien n'empêche même qu'elle ne soit renommée tutrice; auquel cas, la nouvelle tutelle se rattachant à celle qu'elle a eue de droit jusqu'à son mariage et qu'elle a depuis indûment conservée, l'hypothèque

légale des mineurs prendra toujours rang du jour de la première entrée en gestion (1).

144 *bis*. III. Quoi qu'il en soit, le droit à la tutelle légitime est perdu, et la mère, quand elle deviendrait veuve, ne le recouvrerait pas. Ainsi, lors même qu'elle aurait indûment conservé la tutelle pendant toute la durée de son mariage, la mort de son second mari ne convertira pas pour l'avenir le fait en droit. Il y aura donc toujours à pourvoir les enfants d'un tuteur. A plus forte raison, si la mère a été remplacée, son veuvage ne l'autorisera pas à réclamer la tutelle, à l'exclusion du tuteur en fonction, ni même à son défaut en cas de vacance. Car, outre qu'elle n'a pas purgé la défaveur résultant contre elle du fait de son second mariage sans convocation du conseil de famille, il y a une raison plus déterminante pour lui refuser la tutelle légitime, c'est qu'elle n'est pas actuellement dans le cas en vue duquel l'article 390 la défère. Or, il n'y a pas de tutelle légitime hors des termes de la loi qui l'établit.

144 *bis*. IV. La responsabilité du second mari est une sanction de plus pour assurer l'accomplissement du devoir imposé à la mère tutrice qui se remarie. Cette responsabilité, d'ailleurs, en tant qu'elle s'applique à la gestion, qui continue de fait depuis le mariage, est une juste conséquence de l'influence qu'il ne peut manquer d'exercer sur cette gestion. Mais la responsabilité du mari ne s'étend-elle pas aux actes même antérieurs au mariage, et n'est-ce pas là précisément ce que veut indiquer la loi quand, à la différence du second mari cotuteur, qu'elle déclare responsable de la gestion postérieure au mariage (art. 396), elle déclare celui dont il s'agit ici responsable *de* TOUTES LES SUITES *de la tutelle indûment conservée?* Cette rigueur, en effet, n'aurait rien d'inique, parce que l'on pourrait dire que le second mari s'y serait volontairement soumis en épousant la tutrice sans convocation du conseil de famille; et l'on pourrait d'autant mieux la supposer dans l'intention du législateur, qu'elle serait conforme aux traditions de l'ancien droit. Autrefois, en effet, lorsqu'une mère tutrice se remariait sans faire nommer un tuteur à ses enfants, on tenait généralement que les biens du second mari étaient hypothéqués au compte qu'elle avait à rendre, *tant pour le passé que pour l'avenir*. C'est ce qu'enseigne

(1) C. C., rej., 15 décembre 1825 (J. P., tom. 76, pag. 42).

Domat en s'appuyant sur la loi romaine, qui est formelle (1). Ces raisons sont graves; elles sont presque généralement considérées comme déterminantes par les auteurs et par les tribunaux, et, pour mon compte, c'est à cette doctrine que je me suis toujours attaché. Toutefois, des doutes assez sérieux peuvent naître sur ce point, et du texte même de notre article 395, et surtout de sa combinaison avec les travaux préparatoires du Code. Le texte, en effet, déclare bien le mari responsable de *toutes les suites de la tutelle*, mais de la tutelle *indûment conservée*. Or, c'est seulement depuis le mariage que la mère conserve *indûment* la tutelle. Quant à la pensée qu'aurait eue le législateur de soumettre, à titre de peine, le mari à la responsabilité du temps antérieur, ce n'était certainement pas l'intention primitive du conseil d'État; car la rédaction communiquée au tribunat n'appliquait la responsabilité du mari qu'à l'*indue gestion qui aura eu lieu depuis le nouveau mariage* (2). Ce ne fut pas non plus celle du tribunat, sur les observations duquel la rédaction fut changée; car, dans le but seulement de lever l'équivoque de l'expression *indue gestion*, et de bien marquer que la responsabilité s'appliquerait également au défaut de gestion, le tribunat proposait de dire, avec plus de concision et de manière à exclure toute restriction, que le mari serait *responsable avec elle* (la mère) *depuis le nouveau mariage* (3). N'est-il pas à croire dès lors que la nouvelle rédaction faite à la suite de ces observations n'a eu pour objet que d'y faire droit, et que c'est uniquement pour comprendre à la fois dans la responsabilité, et la gestion, et le défaut de gestion, qu'on a appliqué cette responsabilité à *toutes les suites de la tutelle?* Il est vrai qu'on a supprimé l'addition *depuis le mariage;* mais n'est-ce pas seulement comme inutile, dès qu'il ne s'agissait que de la tutelle *indûment conservée*, par conséquent de la tutelle de fait qui a suivi le mariage? Telle est, en effet, la conclusion proposée par mon savant et si regrettable ami Ducaurroy et par ses honorables collaborateurs (4). Cette conclusion est également adoptée par M. Demolombe (5).

(1) Domat, *Lois civiles*, 1re part., liv. 2, tit. 1, sect. 3, n° 46; *Théod. et Valent.*, l. 6, Cod., *in quib. caus. pign.*; v. aussi Poth. *Hypoth.* ch. 1, sect. 1, art. 3.
(2) Réd. communiquée au tribun. art. 8 (Fen., tom. 10, pag. 596).
(3) Observations du tribunat (Fenet, tom. 10, pag. 610).
(4) V. Ducaurroy, Bonn. et Roust., *Comm. sur le Code civil*, tom. 1, n° 595
(5) Cours de Code civil, tom. 7, n° 127.

Quoi qu'il en soit, j'hésite encore à suivre leur sentiment et à abandonner la doctrine jusque-là reçue; car il ne m'est pas démontré que le conseil d'État, après les observations du tribunat, n'ait pas été amené à faire plus encore qu'on ne lui demandait, en consacrant à cet égard l'ancien droit, et à faire supporter au mari comme à la femme, pour le temps antérieur comme pour le temps postérieur, la responsabilité de la tutelle, que la mère, depuis le mariage, n'a conservée qu'indûment, mais qu'elle avait auparavant et que le mari a en quelque sorte épousée avec elle. Évidemment, les termes de la loi peuvent parfaitement se traduire ainsi, et ce sens même est indiqué par la comparaison de notre article 395 avec l'article suivant.

144 *bis*. V. La responsabilité du second mari était autrefois garantie par l'hypothèque de ses biens; c'est même sur ce point spécial que statuent la loi romaine et les auteurs ci-dessus cités. Mais, l'hypothèque ne pouvant résulter que des termes précis de la loi, et le titre de tuteur, qui entraînerait cette hypothèque à sa suite, n'ayant point été appliqué au second mari, il est assez difficile d'admettre sur ses biens l'existence de l'hypothèque légale. Et toutefois, ne peut-on pas dire que son second mariage le constitue, indûment sans doute, mais enfin le constitue cotuteur avec la femme demeurée tutrice de fait? Or, on tient assez généralement que l'hypothèque légale s'applique aux tuteurs de fait comme aux tuteurs de droit (1). Si l'on admet cette idée, il est évident au moins que cette hypothèque ne pourra frapper les biens du second mari que du jour du mariage, quoique, selon nous, sa responsabilité remonte à une époque antérieure; mais il est certain qu'avant le mariage il n'a pas été tuteur de fait.

144 *bis*. VI. Le titre de tuteur de fait reconnu au second mari entraînera encore d'autres conséquences, notamment pour l'application à faire contre lui des articles 472 et 907.

Il importe que ces dispositions, dont les motifs sont certainement applicables au second mari, à cause de la responsabilité qui pèse sur lui, lui soient en effet appliquées. Et je n'hésite pas à dire qu'elles

(1) V. C. Paris, 28 décembre 1822 (J. P., tom. 67, pag. 63). La cour de cassation semble aussi avoir consacré cette doctrine dans les considérants d'un arrêt du 14 décembre 1836 ci-dessous cité.

doivent l'être. C'est au surplus ce qu'a formellement jugé la cour de cassation en ce qui concerne l'article 907 (1).

Cette solution, du reste, aussi bien que la précédente, relative à l'hypothèque, n'étant appuyée que sur le titre de *tuteur* de fait, que la loi n'a pas nommément donné au mari, je crois qu'on pourrait juger en fait que le mari n'a pas administré la tutelle, ce qui ne l'affranchirait pas sans doute de la responsabilité qui lui est infligée par l'article 395, mais ce qui empêcherait de lui appliquer les articles 472, 907 et 2121.

145. Si, au contraire, la mère se conforme à l'obligation qui lui est imposée, le conseil de famille peut, suivant l'intérêt des enfants, la maintenir ou non dans la tutelle. S'il la maintient, le second mari devient cotuteur, solidairement responsable en cette qualité; mais ici sa responsabilité, comme ses fonctions, ne date évidemment que du jour du mariage. V. art. 396.

145 *bis*. I. La mère maintenue dans la tutelle la conserve au titre auquel elle lui appartenait auparavant, c'est-à-dire comme tutrice légitime, sauf l'adjonction de son second mari cotuteur. Si donc elle venait à perdre son second mari, cette mort, en faisant cesser la cotutelle, la laisserait seule tutrice, sans nouvelle délibération du conseil de famille.

La mère non maintenue n'est pas pour cela considérée comme ayant encouru une exclusion. Rien conséquemment n'empêcherait qu'on ne la renommât plus tard, soit pendant son mariage, en lui donnant son second mari pour cotuteur, soit après la mort de celui-ci. Mais il lui faudrait une nomination nouvelle, car la tutelle légitime ne se défère qu'une fois, et seulement au cas prévu par l'article 390. Or celle qui avait alors été déférée a cessé par l'effet de la décision intervenue lors du second mariage.

145 *bis*. II. En principe, la cotutelle du mari me paraît être la conséquence nécessaire de la tutelle d'une femme mariée. Il n'y a pas d'autre moyen de concilier l'intérêt des mineurs et de la tutrice elle-même avec l'état de dépendance dans lequel celle-ci se trouve placée. Ainsi l'adjonction du cotuteur, indiquée ici comme condition

(1) V. C. C., cass., 14 décembre 1836 (J. P., tom. 107, pag. 79).

de la conservation de la tutelle à la mère qui veut se remarier, sera également nécessaire dans le cas où la mère déjà remariée serait nommée à la tutelle, qu'elle n'avait pas d'abord acceptée (v. art. 394), ou qu'elle avait depuis perdue (v. art. 395). J'en dirais autant si une aïeule, qui n'est point tutrice de plein droit (v. art. 402), mais qui peut-être nommée tutrice (art. 442-3°), était remariée lors de sa nomination ; que si l'on suppose un second mariage contracté par l'aïeule antérieurement nommée tutrice, je crois que l'analogie commande l'application pure et simple des articles 395 et 396.

145 *bis*. III. La tutelle et la cotutelle s'exercent collectivement; l'action doit être commune comme la responsabilité. Du reste le cotuteur est un véritable tuteur soumis sans difficulté à toutes les obligations et à toutes les conséquences légales qui s'attachent à ce titre. Mais il n'est tuteur que parce que sa femme est tutrice, et son titre dès lors tomberait si celle-ci venait à mourir ou à perdre la tutelle, pour quelque cause que ce fût. De son côté, la mère, pendant son mariage, ne pouvant régulièrement être tutrice sans que son mari soit cotuteur, il faut en conclure que toute cause qui pendant le mariage écarterait celui-ci de la cotutelle devrait en général faire perdre également la tutelle à la mère.

145 *bis*. IV. Il est deux cas pourtant où la cotutelle du mari devrait cesser, et où la tutelle, selon moi, pourrait être conservée à la mère : c'est le cas d'interdiction du mari et celui de séparation de corps.

Le mari interdit ne peut plus être cotuteur (art. 422-2°); mais l'incapacité même dont il est frappé ne permettant guère de supposer son intervention de fait dans la gestion, le motif qui fait exiger la cotutelle a cessé. Pourquoi donc la mère, qui peut être nommée tutrice de son mari (art. 507), ne pourrait-elle pas conserver la tutelle de ses enfants?

Quant au cas de séparation de corps, il rend véritablement impossible l'action en commun : il ne peut donc plus y avoir cotutelle; mais il me semble que la mère, quoique son mariage ne soit pas dissous, se trouve alors dans une position assez indépendante pour pouvoir exercer la tutelle.

Dans les deux cas, au reste, je crois qu'il faut s'en rapporter à la sagesse du conseil de famille ; tout ce que je veux dire, c'est que ce conseil *peut* conserver la tutelle à la mère.

SECTION II.

De la tutelle déférée par le père ou la mère.

146. Le même principe qui a fait établir la tutelle légitime des père et mère leur a fait également attribuer le droit individuel de choisir un tuteur à leurs enfants. Ce choix peut porter sur un étranger comme sur un parent. Du reste, le droit dont il s'agit ne peut s'exercer par l'un au préjudice de la tutelle légitime de l'autre; il n'appartient qu'au dernier mourant d'entre eux. V. art. 397.

146 *bis*. I. Le droit de choisir un tuteur appartient en général collectivement aux membres du conseil de famille, mais ce n'est qu'au père et à la mère qu'il appartient *individuellement*. C'est là une prérogative, justifiée sans doute par la faveur du titre; mais elle n'en est pas moins exorbitante. C'est une raison pour en renfermer strictement l'application dans les termes de la loi. Dans tout autre cas où l'exercice de cette prérogative pourrait paraître favorable, et où il en aurait été usé sans pouvoir, le choix ne sera pas valable en lui-même; mais il pourra être pris en grande considération par le conseil de famille appelé, s'il y a lieu, à la nomination.

Cela posé, nous constatons que le droit n'appartient *qu'au dernier mourant*, et nous en concluons, sans difficulté, 1° qu'il ne peut être exercé par le premier mourant, même en prévision du cas où le survivant ne viendrait pas à la tutelle légitime, par suite de refus, excuse, exclusion ou incapacité;

2° Que le père survivant qui s'excuse de la tutelle, ou la mère qui ne l'accepte pas, ne peut choisir le tuteur qui devra l'exercer à son défaut pendant sa vie. C'était à lui de voir, quand la tutelle lui a été déférée, s'il ne lui convenait pas d'en prendre le titre et la responsabilité, en en confiant l'administration à la personne de son choix.

146 *bis*. II. Mais le droit appartient au dernier mourant des père et mère; et, sauf les exceptions et modifications exprimées par la loi elle-même, il ne doit, en principe, en admettre aucune. Toutefois, je n'hésite point à refuser ce droit au parent exclu ou destitué de la tutelle; car il y aurait contradiction à lui permettre le choix individuel, quand la loi refuse même le vote au conseil de famille

(v. art. 445). Je remarque même que pour qu'il perde ainsi son droit il n'est pas nécessaire que la tutelle dont il a été exclu ou destitué soit celle de ses enfants.

Ce motif ne s'applique pas au cas d'excuse; et cependant on fait difficulté à reconnaître au parent excusé de la tutelle le pouvoir dont il s'agit. Ce n'est, dit-on, qu'en vue du cas où la mort du dernier des père et mère va faire vaquer la tutelle que la loi lui confère, par une sorte de prolongation de ses pouvoirs, celui de transmettre à un autre l'autorité dont il était lui-même revêtu. Mais lorsque le survivant n'est pas tuteur, sa mort ne doit rien changer à la position de ses enfants mineurs, et il ne faut pas qu'un acte de sa volonté, qui de son vivant n'avait point action sur la tutelle, puisse, après sa mort, en disposer à l'exclusion du tuteur établi, et produire ainsi un déplacement d'administration toujours préjudiciable.

Pour moi, tout en reconnaissant le danger du déplacement d'administration, et en regrettant, peut-être, que la loi n'ait pas ici, comme au cas de l'article 431, laissé au conseil de famille l'appréciation de ce danger, et le pouvoir de statuer suivant les circonstances, voici les raisons qui me déterminent à ne pas distinguer dans l'application du droit conféré, sans distinction, au dernier mourant des père et mère. Ce droit me paraît être un attribut de la puissance paternelle, qui n'avait pas cessé d'appartenir au parent excusé, et qui avait conservé dans sa personne des effets importants. A ce point de vue, il est faux de dire que la mort de ce parent ne doive apporter aucun changement dans la position des enfants : car elle va faire passer au tuteur la garde de leur personne; et, quant à leurs biens, elle va les augmenter de toute la succession du défunt. On conçoit dès lors combien la vue de ces résultats peut rendre précieux au père ou à la mère mourant l'exercice de sa prérogative, et, dans le silence de la loi, on ne doit pas songer à la lui contester.

147. Cette nomination est un acte de même genre que la nomination de conseil par le père à la mère survivante; la même forme a dû naturellement lui être appliquée. Il est d'ailleurs soumis à quelques exceptions et modifications. V. art. 398.

148. Le second mariage de la mère, qui modifie, comme nous l'avons vu, son droit à la tutelle légitime, doit, par la même raison, modifier aussi le droit qu'elle a de choisir un tuteur; elle en est entièrement privée si elle n'est pas maintenue dans la tutelle; et, lors même qu'elle y est maintenue, son choix est sujet à la confirmation du conseil de famille. V. art. 399 et 400.

148 *bis*. I. S'il fallait toujours avoir soi-même la tutelle pour pouvoir choisir un tuteur, il eût été inutile de faire une disposition expresse pour refuser ce droit à la mère remariée et non maintenue dans la tutelle. C'est un argument de plus à l'appui du système que j'ai admis en faveur du parent excusé. Du reste, les termes de l'article 399 sont applicables à la mère, soit qu'elle ait perdu la tutelle au cas de l'article 395, soit que le conseil de famille dûment convoqué n'ait pas jugé à propos de la lui conserver (art. 396). Mais ils n'ont pas d'application à la mère qui a refusé la tutelle et qui meurt ensuite sans s'être remariée, celle-là, suivant notre doctrine, nserve son droit entier. On peut même prétendre qu'elle le conerverait quand elle se serait remariée, après avoir refusé la tutelle ou s'en être fait dispenser; car, n'étant point tutrice lors de son second ariage, elle n'a pas eu besoin de convoquer le conseil de famille, t n'a pu dès lors encourir la défaveur qui s'attache plus ou moins au fait de n'être pas maintenue. Mais le fait de son second mariage ne permettrait pas du moins de la traiter plus favorablement que la mère maintenue dans la tutelle, et si l'on peut la soustraire à 'application de l'article 399, il faudrait lui appliquer par analogie l'article 400.

148 *bis*. II. La modification du droit de la mère remariée et maintenue dans la tutelle n'est pas, comme on pourrait le croire, entièrement destructive de ce droit. Car le conseil de famille reste bien oujours maître de ne pas confirmer le choix; mais s'il le confirme, e choix donnera l'exclusion à la tutelle légitime des ascendants.

148 *bis*. III. Le retranchement ou la modification que fait subir u droit de la mère le fait de son second mariage tient sans doute n grande partie à la crainte que le choix qu'elle ferait ne fût fait n faveur du second mari ou sous son influence. Or, cette crainte 'existe plus si elle est devenue veuve. On peut même dire alors

que la mère n'est plus comprise dans les termes de la loi puisqu'elle n'est plus mariée. Et toutefois, comme le fait d'avoir contracté le second mariage subsiste toujours pour diminuer jusqu'à un certain point la confiance qu'inspire son titre, il me paraîtrait dangereux d'attribuer à la dissolution du mariage l'effet de restituer le droit perdu ou modifié; je crois donc que les articles 399 et 400 restent applicables.

149. De quelque faveur que soit entouré le choix du père ou de la mère, il ne peut être plus obligatoire pour le tuteur élu que ne le serait celui du conseil de famille. Ainsi le tuteur étranger devra bien, s'il y consent, être préféré aux parents, même les plus proches; mais il jouira, dans ce cas comme dans tous, du droit résultant de l'article 432; il pourra de même faire valoir toutes les excuses admises par la loi. V. art. 401.

SECTION III.

De la tutelle des ascendants.

150. C'est seulement à défaut de tuteur élu par le dernier mourant des père et mère qu'a lieu la tutelle légitime des ascendants; elle est déférée aux seuls mâles, eu égard au degré d'abord, et ensuite à la ligne. Ainsi l'ascendant du degré le plus proche, quel que soit d'ailleurs ce degré et quelle que soit la ligne, est appelé à la tutelle; mais l'ascendant paternel est appelé à l'exclusion de l'ascendant maternel du même degré. V. art. 402.

Entre deux ascendants de la même ligne et du même degré on n'aperçoit d'autre motif de préférence que la communauté de nom. Cette raison fait qu'entre deux bisaïeuls paternels la tutelle appartient de droit à l'aïeul paternel du père. V. art. 403. Mais entre deux bisaïeuls maternels, la loi, en attribuant la tutelle à l'un des deux, ne peut elle-même faire le choix; elle laisse ce choix au conseil de famille. V. art. 404.

150 *bis*. I. Attribuer une fonction importante à la qualité de la personne, sans autre connaissance de cause, cela présente toujours

quelque danger. Lors donc que le législateur le prescrit ainsi, sa règle doit être considérée comme de droit étroit. C'est une raison pour renfermer strictement dans les termes de la loi l'application de la tutelle légitime, et pour appliquer à tous les cas non expressément compris dans ces termes la tutelle dative. Cela, du reste, présentera peu d'inconvénients, puisque le prétendant à cette tutelle sera, par sa qualité, naturellement désigné au choix du conseil de famille.

Cela posé, nous constatons que la tutelle n'est attribuée de droit aux ascendants que *lorsqu'il n'a pas été choisi... un tuteur par le dernier mourant des père et mère.* D'où il suit :

1° Qu'il n'y a pas lieu à cette tutelle du vivant du père ou de la mère, quand même par suite de refus, excuse, incapacité, exclusion, destitution, ou par suite du second mariage de la mère, le survivant ne serait pas lui-même tuteur ;

2° Que la nomination d'un tuteur par le dernier mourant des père et mère exclura la tutelle légitime, quand même, pour une des causes ci-dessus exprimées, le tuteur testamentaire se trouverait écarté.

Ces deux propositions, suffisamment appuyées sur le silence de l'article 402, se trouvent encore confirmées par les termes de l'article 405.

150 *bis*, II. Il y a plus de doute pour le cas où le tuteur testamentaire viendrait à mourir pendant la minorité. Dans ce cas, en effet, l'existence d'ascendants mâles semble faire défaillir les termes de l'article 405. Et si l'on n'est pas précisément dans les termes de l'article 402, puisqu'il avait été choisi un tuteur, on peut dire que l'événement y fait rentrer quand le tuteur choisi n'existe pas. C'est ainsi que la loi romaine qui n'appelait le tuteur légitime qu'autant que le père de famille était décédé intestat quant à la tutelle, et qui, en conséquence, ne l'admettait pas lorsque le tuteur testamentaire était excusé ou écarté comme suspect (1), l'admettait, au contraire, en cas de mort de celui-ci (2). Quoi qu'il en soit, les termes de l'article 402 manquant ici pour l'établissement de la tutelle légitime, et le fait d'un choix fait par le dernier mourant des père et mère pouvant indiquer quelque défiance de leur part sur l'aptitude de

(1) Ulp., L. 11, §§ 2 et 3, ff. *De testam. tut.*
(2) Ulp., d. L. 11, § 3, ff. *De testam. tut.*; Paul, L. 6, ff. *De leg. tut.*

l'ascendant, il me paraît à la fois plus juridique et plus favorable à l'intérêt des mineurs de déférer le choix au conseil de famille. On m'objecte que les termes de l'article 405 ne le lui attribuent pas; mais cette objection ne m'arrête point, parce que je considère la tutelle dative comme le droit commun, applicable toutes les fois que la loi n'a pas autrement disposé.

150 *bis*. III. Toutefois, le choix fait par le dernier mourant des père et mère n'exclura la tutelle légitime qu'autant qu'il aura été valablement fait, ce qui suppose deux conditions, la capacité du disposant et la régularité de la forme; quant à la capacité du tuteur choisi, peu importe, car son incapacité peut bien empêcher la volonté de se réaliser, mais elle n'ôte pas à cette volonté le caractère de certitude légale (v. à ce sujet art. 1037); il reste donc vrai qu'il y a eu choix, et l'article 402 ne s'applique plus.

150 *bis*. IV. De ce qui précède il résulte, que la vacance pendant la vie du père ou de la mère ne donne pas ouverture à la tutelle des ascendants. C'est le cas alors de nommer un tuteur datif. Mais lorsque le décès du dernier mourant des père et mère, qui était, on le suppose, remplacé dans la tutelle, rendra applicables les termes de l'article 402, faut-il admettre alors pour la tutelle légitime, comme nous l'avons fait pour la tutelle testamentaire (1), que cette tutelle s'ouvrira et remplacera de plein droit celle qui se trouve établie? J'ai peine à le croire. Car ce n'est certainement pas en vue de ce cas extraordinaire que la loi a disposé, et je suis frappé surtout du danger qu'il y aurait d'appeler sans examen à la tutelle l'ascendant, contre lequel il existe un préjugé, par le fait même que le choix du conseil de famille, lors du remplacement du père ou de la mère, ne s'est pas porté sur lui. J'en conclurais qu'il n'y aurait pas lieu à tutelle légitime, dans le cas même où par une cause quelconque les fonctions du tuteur en exercice viendraient à cesser.

150 *bis*. V. Les ascendants sont appelés, dans l'ordre établi, les uns *à défaut* des autres, et je ne vois aucune bonne raison pour ne pas entendre par là une vocation successive, même après gestion du précédent ou des précédents appelés. Mais cette succession ne pourra jamais s'appliquer qu'au cas de décès. Car s'il y avait excuse, exclusion ou destitution, l'article 405 déférerait au conseil de

(1) V. ci-dessus, n° 146 *bis*. II.

famille la nomination du remplaçant. Tout cela, du reste, est conforme au droit romain (1).

SECTION IV.

De la tutelle déférée par le conseil de famille.

151. Lorsque le tuteur n'a pas été désigné, soit par la loi, soit par la volonté du dernier mourant des père et mère, ou lorsque cette désignation reste sans effet, c'est à la famille assemblée, sous la présidence d'un magistrat, que la loi en confie le choix. Lors donc qu'un mineur non émancipé reste sans père ni mère, sans tuteur de leur choix, sans ascendants mâles, comme aussi en cas d'excuse ou d'exclusion du tuteur légitime ou choisi, ajoutons, et généralement toutes les fois qu'il n'y a pas lieu à l'une des tutelles ci-dessus, il est pourvu par un conseil de famille à la nomination d'un tuteur. V. art. 405.

152. Les attributions du conseil de famille ne se bornent pas là; il forme pour toute la minorité une espèce de tribunal domestique, auquel il y a souvent lieu de recourir relativement à l'état ou aux affaires du mineur. Il est évident qu'on doit appliquer à tous les cas où l'intervention de ce conseil est nécessaire la plupart des règles ici posées pour sa convocation, sa composition, les devoirs imposés à ses membres, l'ordre et la tenue de ses séances.

153. La convocation, qui n'a jamais lieu sans le concours du juge de paix, puisque c'est à lui de fixer les lieu, jour, heure (art. 411, 415), et jusqu'à un certain point même la composition de l'assemblée (art. 409, 410); la convocation, disons-nous, peut, lorsqu'il s'agit de nommer un tuteur, être faite, soit sur la réquisition et à la diligence de toute partie intéressée, parent, créancier ou autre; soit d'office et à la poursuite du juge de paix, sur l'avis d'une personne quelconque. Le juge de paix compétent est celui du *domicile du mineur*. V. art. 406; voy. aussi art. 421, 446, 479.

(1) Ulp., L. 3, §§ 6 et 8, ff. *De leg. tut.*

153 *bis*. I. Il ne faudrait pas appliquer à tous les cas qui peuvent donner lieu à convocation du conseil de famille la règle qui attribue ici avec tant d'étendue le droit de requérir cette convocation. Elle n'est reproduite avec la même généralité que dans un seul cas (art. 421). Mais quand une fois le mineur est pourvu de tuteur et de subrogé tuteur, c'est, en général, à l'un ou à l'autre de ces fonctionnaires que doit, suivant les cas, appartenir, sinon exclusivement, au moins en première ligne, le droit dont il s'agit. Toutefois, il est deux cas où, dans l'inaction de celui à qui devait appartenir l'initiative, la loi donne qualité aux parents et alliés, mais seulement jusqu'à un certain degré (art. 446, 479). Quant aux créanciers ou autres intéressés du même ordre, je crois que, hors les cas des articles 406 et 421, ils sont sans qualité. Mais quoique le droit, pour le juge de paix, de convoquer d'office, ne soit formellement proclamé que dans les articles 406, 421 et 446, je crois que ce droit doit être sous-entendu toutes les fois que l'intérêt du mineur paraîtra l'exiger (notamment au cas de l'article 479). J'excepterais seulement les cas où il ne s'agirait que d'autorisation à obtenir pour un acte à faire par le tuteur, cette autorisation ne pouvant, selon moi, intervenir que sur la demande de celui-ci.

153 *bis*. II. C'est évidemment par pure inadvertance qu'ici et dans l'article 421 les alliés ne sont pas énoncés parmi les personnes qui peuvent requérir la convocation du conseil de famille; car, en cette matière, la loi (sauf l'ordre de préférence à égalité de degré) les met sur la même ligne que les parents. Il serait plus que bizarre que leur titre, qui les appelle à prendre part à la nomination du tuteur, ne leur donnât pas qualité pour agir à l'effet de cette nomination. La pensée du législateur se manifeste d'ailleurs dans les articles 446 et 479, où, restreignant à un certain degré le droit de requérir la convocation du conseil de famille, il attribue au degré d'alliance la même prérogative qu'au degré de parenté.

153 *bis*. III. C'est le domicile du mineur au moment de l'ouverture de la tutelle qui doit déterminer, et la compétence du juge de paix, et même, jusqu'à un certain point, la composition du conseil de famille (v. art. 407). Nous verrons plus bas ce qu'il faut entendre par le lieu de l'ouverture de la tutelle (v. ci-dessous, n° 158).

154. Le conseil se compose en général, outre le juge de paix,

qui en est membre nécessaire et même principal (v. art. 416), d'un certain nombre de parents ou alliés, pris par moitié dans chaque ligne. Ce nombre est ordinairement fixé à six. Les parents ou alliés ne sont appelés de droit commun qu'autant qu'ils se trouvent dans la commune *où la tutelle est ouverte* ou dans une distance rapprochée (deux myriamètres). La règle de préférence dans chaque ligne est la proximité de degré; ce n'est qu'à égalité de degré que le parent l'emporte sur l'allié. Entre parents (ajoutons ou entre alliés) du même degré l'âge détermine la préférence. V. art. 407.

154 *bis*. La parenté est un titre indélébile, puisqu'elle provient d'une communauté d'origine qui ne peut changer; mais, l'alliance n'étant que le résultat du mariage, on peut se demander si elle survit à sa dissolution. L'affirmative n'est pas douteuse lorsqu'il reste des enfants du mariage dissous; car ces enfants continuent à former le lien entre l'époux survivant et la famille du prédécédé. Nulle difficulté donc à réserver alors tous les effets que la loi attribue à l'alliance. Indépendamment même de cette circonstance, il faut bien certainement reconnaître la perpétuité des empêchements au mariage produits par l'alliance. En effet, ce n'est précisément qu'après la mort de l'époux qui produisait l'affinité que l'empêchement devient applicable, et la raison morale qui l'a fait établir est toujours subsistante, soit qu'il existe ou non des enfants. Mais il est d'autres effets de l'alliance que la loi subordonne à l'existence du conjoint ou d'enfants issus de son union (v. C. civ., art. 206-2°; C. pr., art. 283, 378-2°), et il paraît bien raisonnable de comprendre dans cette catégorie la vocation au conseil de famille; car les charges ou devoirs de famille ont de tout temps été considérés comme liés plus ou moins directement au droit de succession. Or, l'allié, qui n'est jamais personnellement successible, ne peut, à ce point de vue, se rattacher à la famille que comme conjoint ou père d'un successible. Aussi est-il constant qu'on n'appelait autrefois au conseil de famille comme affins ou alliés les conjoints des parentes du mineur qu'autant que la parente était vivante ou avait laissé des enfants (1). Il est peu probable que le législateur ait entendu

(1) Pothier, *Traité des personnes*, tit. VI, sect. 4, § 2. — *Id.*, *Cout. d'Orl.*, art. 183 (5).

s'éloigner de cette doctrine. C'est donc à cette idée que je crois devoir me tenir, quoique j'en aie exprimé une autre sur l'article 206 (1).

155. Le nombre légal de six parents ou alliés ne doit pas, en général, être excédé. Toutefois, la loi fait à cette règle une exception, qu'elle déclare unique, en faveur des frères germains et des maris de sœurs germaines. Cette exception consiste à les appeler tous, en quelque nombre qu'ils soient. Du reste, leur prérogative ne se borne pas là, et ils ne sont pas les seuls qui soient ainsi appelés de droit.

La prérogative des frères et beaux-frères consiste non-seulement à être appelés tous, mais à l'être exclusivement s'ils sont en nombre suffisant, et à l'être en première ligne dans le cas contraire ; le tout sans égard à la distinction ci-dessus établie entre la parenté et l'alliance, sans égard à la cause de préférence tirée de l'âge.

Mais avec eux concourent toujours les veuves d'ascendants et, à plus forte raison, les ascendants eux-mêmes s'ils vivent encore ; ce qui, évidemment, doit s'appliquer à tous les ascendants capables ; quoique, en vue d'un cas particulier où la supposition d'excuse se lie nécessairement à celle d'existence des ascendants, la loi n'ait compris dans ses termes que les ascendants *valablement excusés*. V. art. 408.

155 *bis*. I. Voici comment je m'explique la préoccupation qui a fait mal à propos considérer la circonstance d'excuse comme s'appliquant *nécessairement* aux ascendants existants. Les règles sur la composition du conseil de famille, quoique effectivement applicables à bien d'autres cas, sont établies ici en vue du cas de nomination du tuteur. Or, en général, le tuteur n'est nommé par le conseil de famille que lorsque le mineur reste sans ascendants mâles (v. art. 405). Donc, on ne doit, au cas dont il s'agit, supposer qu'il existe des ascendants qu'en y joignant la supposition qu'ils ont été excusés de la tutelle légitime, qui leur était déférée (art. 402), à l'exclusion de la tutelle dative.*

(1) Tom. 1er, nº 288 *bis*.

Mais cette base manque complétement d'exactitude : car, d'une part, il y a souvent lieu à tutelle dative, malgré l'existence d'ascendants, qui, n'étant pas alors appelés à la tutelle légitime, n'ont pas besoin de s'en excuser; c'est ce qui arrive notamment lorsque la mère survivante n'accepte pas la tutelle (v. art. 394), ou lorsque le tuteur d'une qualité quelconque est dans le cas d'exclusion ou valablement excusé (art. 405, *in fine*). D'autre part, qu'il y ait lieu ou non à tutelle dative, il y a toujours lieu à convocation du conseil de famille, ne fût-ce que pour la nomination du subrogé tuteur (v. art. 420).

Cela posé, on ne comprendrait pas que les ascendants, soit que la tutelle légitime leur ait ou non été déférée, soit, par conséquent, qu'ils aient eu ou non besoin de s'en excuser, ne jouissent pas d'une prérogative accordée indistinctement aux veuves d'ascendants.

155 *bis.* II. J'entends que les ascendants ou leurs veuves, avec lesquels les frères ou beaux-frères *composent* le conseil de famille, entrent par là même dans cette composition, par conséquent qu'ils en sont membres au même titre que les frères et beaux-frères. Vainement objecte-t-on qu'aux termes de la loi, ceux-ci le composent *seuls*, et veut-on conclure de là que les ascendants n'y sont appelés que comme membres honoraires. C'est là, il me semble, abuser des mots : car, lorsque la loi dit que les frères et beaux-frères composent le conseil *avec* les ascendants, elle dit par là même que les frères et ascendants le composent ensemble; et, si elle ajoute que les frères et beaux-frères le composent *seuls* avec eux, cela veut dire seulement qu'on n'y admettra pas d'autres personnes. Quant à l'idée de faire des ascendants des membres seulement honoraires, elle est nécessaire pour concilier le droit de séance, qu'on est bien obligé de leur accorder, avec le refus qu'on leur fait du titre de membres de ce conseil; mais cette idée est purement divinatoire, et l'on n'en trouve la trace, ni dans la loi, ni dans les travaux préparatoires du Code civil. Je la repousse donc, et, pour être conséquent, je n'hésite pas à dire que les ascendants, admis à *composer* le conseil avec les frères et beaux-frères en nombre égal ou supérieur à six, le sont, à plus forte raison, quand ce nombre n'est pas atteint; j'entends alors que les ascendants ou leurs veuves servent à compléter ce conseil, et que c'est seulement quand les frères et les ascendants réunis n'atteignent pas le nombre six qu'il y a lieu

d'appeler d'autres parents pour compléter ce nombre; c'est ainsi que j'interprète la disposition finale de l'article 408.

Cela posé, je n'hésite pas davantage à proclamer le droit des ascendants ou veuves d'ascendants à entrer les premiers dans la composition du conseil de famille, quand même il n'existerait ni frères ni beaux-frères germains, ce qui, du reste, a peu d'importance, car leur âge et leur degré de parenté les y appelleraient presque toujours de droit commun.

De tout cela il résulte, que je mets absolument sur la même ligne, pour la composition du conseil de famille, les ascendants ou leurs veuves et les frères ou beaux-frères germains. Telle me paraît être, en effet, la pensée du législateur, quand il les admet avec les frères et beaux-frères en sus du nombre légal de six; et je suis cette pensée, qui est certainement bien raisonnable et bien conforme au système général de préférence que la loi accorde au titre d'ascendant, sans me préoccuper de quelques obscurités de rédaction.

155 *bis*. III. La veuve d'ascendant, qui n'est ascendante que par alliance, n'est certainement pas celle que la loi a voulu appeler ici hors ligne. Je la crois, au contraire, comprise dans l'incapacité dont l'article 442 frappe en général les femmes. Il est évident que par veuves d'ascendants on a voulu désigner les ascendantes, et borner leur vocation au cas où l'ascendant leur mari est mort, afin que les deux époux ne fassent point ensemble partie du conseil de famille. C'est évidemment dans ce but que l'expression *veuves d'ascendants* a été substituée à celle d'*ascendantes*, qui se trouvait dans la rédaction communiquée au tribunat (1) et dans celle que proposait le tribunat (2).

155 *bis*. IV. Le second mariage de l'ascendante ferait-il obstacle à sa vocation? On pourrait le prétendre en disant qu'elle n'est plus, à proprement parler, veuve de l'ascendant, puisqu'elle est la femme ou la veuve d'un autre. Toutefois, je me détermine, après réflexion, à rejeter cette idée, car le second mariage ne rompt pas le lien de parenté. Ainsi, de droit commun, et indépendamment de la disposition particulière de l'article 408, l'ascendante, exceptée par sa qualité de l'incapacité du sexe (art. 442), est appelée, suivant son degré de parenté, à faire partie du conseil de famille, et rien n'au-

(1) Fenet, tom. 10, pag. 599, art. 21.
(2) *Ibid.*, pag. 611.

torise à dire qu'elle perde ce droit par son second mariage; ajoutons qu'appelée comme parente, elle l'est de préférence à son second mari, qui n'est qu'allié. S'il en est ainsi, pourquoi le titre d'ascendante, qu'elle conserve, ne continuerait-il pas à lui attribuer la prérogative établie par l'article 408, puisqu'il est certain que le mot *veuves d'ascendant*, substitué dans la loi au mot *ascendantes*, ne l'a été que dans le but de refuser la vocation simultanée de l'ascendant et de l'ascendante sa femme, et de donner alors la préférence à l'ascendant. De là, au reste, il me paraît résulter clairement l'intention de ne pas appeler ensemble deux époux au conseil de famille; et j'en conclus que le second mari de l'ascendante ne pourra jamais venir comme allié, aux termes de l'article 407, le seul qui puisse lui être appliqué, qu'autant que, par une cause quelconque, l'ascendante sa femme ne fera point partie du conseil de famille.

155 *bis*. V. La prérogative accordée par l'article 408 aux ascendants et ascendantes s'applique évidemment au père et à la mère, qui sont toujours les parents les plus proches du mineur et les premiers ascendants. Il n'importe donc que la loi n'en ait pas fait ici une mention particulière; il en résulte seulement que leur titre ne jouit ici d'aucune faveur spéciale, et qu'ils sont à cet égard sur la même ligne que les autres ascendants. J'appliquerais donc sans difficulté au second mariage de la mère, maintenue ou non dans la tutelle, ce que j'ai dit du second mariage de l'ascendante.

156. Si la qualité de certains parents ou alliés fait déroger en leur faveur à la limitation du nombre, il n'est, au contraire, jamais permis de rester au-dessous du nombre légal, ni de s'écarter de la division en deux lignes en appelant plus de trois parents du même côté. L'insuffisance, dans l'une ou l'autre ligne, de parents ou alliés domiciliés dans la distance doit être comblée soit par des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit par des amis, en observant 1° que c'est avec le père ou la mère du mineur que devront exister ou avoir existé les relations habituelles d'amitié; 2° que les amis doivent être pris dans la commune même. Du reste, le choix entre les deux partis est laissé au juge de paix. Voy. art. 409.

156 *bis*. La règle ici établie pour le cas d'insuffisance s'appliquerait nécessairement au cas d'absence entière de parents ou alliés. Alors le conseil dit *de famille* ne se composerait que d'amis. C'est ce qui arriverait pour les enfants naturels, même reconnus, qui n'ont, aux yeux de la loi, d'autres parents que leurs père et mère. A l'égard des enfants non reconnus, la lacune est complète; car on n'a plus même, pour servir de base, les relations avec les père et mère, puisqu'ils sont inconnus. Toutefois, l'on n'en doit pas conclure que l'institution du conseil de famille et ses diverses attributions soient ici inapplicables; il faut alors s'en rapporter au juge de paix pour composer le conseil de la manière qu'il jugera la plus favorable au mineur. Observons, au reste, que la législation spéciale qui soumet à la tutelle des commissions administratives des hospices les enfants trouvés ou abandonnés rendra rare, pour les enfants non reconnus, l'application de notre règle (1).

157. Le droit d'appeler des parents ou alliés domiciliés hors de la distance n'est pas, comme celui d'appeler des amis, borné au cas d'insuffisance du nombre de parents domiciliés dans cette distance. Bien entendu, au reste, qu'on ne peut les appeler en sus, mais en remplacement de ces derniers, et seulement s'ils sont d'un degré plus proche ou au moins égal. V. art. 410.

157 *bis*. L'égalité de degré ne suffirait même pas pour autoriser à préférer un allié domicilié hors de la distance à un parent domicilié dans la distance, ni pour préférer le plus jeune au plus âgé. La loi évidemment n'a voulu que lever l'obstacle résultant de l'éloignement du domicile, mais non permettre d'intervertir, en faveur de personnes domiciliées au loin, l'ordre qu'elle établit entre celles qui demeurent dans la distance légale.

158. Comme on vient de le voir, la composition du conseil de famille dépend toujours plus ou moins du lieu où il doit être assemblé (v. art. 407, 409, 410). Ce lieu, désigné par la loi elle-même, au moins pour la nomination du tuteur, est la commune où *la tutelle est ouverte*, c'est-à-dire celle du *domi-*

(1) V. L. 15, pluv. an XIII (IV, B. 31, n° 526). D. du 19 janvier 1811, art. 15 (IV, B. 346-6478).

cile *du mineur* au moment de l'ouverture de la tutelle (art. 406, 407 combinés). Du reste, on tient en général, et le silence de la loi autorise à penser, que le conseil une fois constitué pour la nomination du tuteur, l'est pour toute la durée de la tutelle, et que, sauf les mutations que la mort ou le changement d'état des parents ou alliés peut rendre nécessaires, sa composition sera toujours la même dans les divers cas qui donneront lieu à le convoquer. Ainsi, la translation du domicile du mineur chez le tuteur (art. 108) n'amènera pas en général pour conséquence la translation du *domicile de tutelle* dans les divers lieux où il peut plaire au tuteur de se fixer.

158 *bis*. I. Il convient que le conseil de famille, formé des parents et alliés demeurant dans une certaine distance, s'établisse au centre des intérêts et des relations du mineur, par conséquent au domicile de celui-ci au moment de l'ouverture de la tutelle.

Il convient que ce conseil, chargé d'organiser la tutelle, chargé d'en contrôler et surveiller les opérations, ne soit pas arbitrairement altéré dans sa composition par le déplacement du siége de ses séances; il convient surtout que cette altération ne puisse pas dépendre de la volonté du tuteur.

Un troisième point non moins constant, c'est que les intérêts du mineur ne sont pas tellement liés, tellement identifiés avec ceux de son tuteur, qu'on doive nécessairement reconnaître pour véritable siége des affaires de l'un le siége des affaires de l'autre. La loi, il est vrai, place chez le tuteur le domicile du mineur (art. 108); mais ce n'est là qu'une sorte de domicile de circonstance, relatif surtout à la validité des significations, et à la compétence judiciaire, pendant la durée de la gestion.

Cela posé, on est amené à conclure en principe que le domicile de tutelle doit être fixé une fois pour toutes par le domicile du mineur au moment de l'ouverture de la tutelle, et que c'est toujours à ce domicile qu'on doit se reporter pour la convocation du conseil, soit qu'il s'agisse de délibérer sur les affaires de la gestion, soit qu'il s'agisse de remplacer le tuteur ou subrogé tuteur décédé, exclus ou excusé. En d'autres termes, on arrive à dire que la première convocation du conseil de famille sert à fixer, pour toute la durée de la minorité, le lieu de réunion et par suite la composition

de l'assemblée; et telle est, en effet, la règle générale suivie dans la pratique et consacrée par la jurisprudence (1).

158 *bis*. II. Cette règle s'applique non-seulement dans le cas où la première convocation du conseil de famille a eu pour objet la nomination du tuteur, *puta*, si, lors du prédécès du père, la mère n'a pas accepté la tutelle et a dû dès lors faire nommer immédiatement un autre tuteur (art. 394), mais aussi dans le cas beaucoup plus fréquent où la première convocation a eu pour objet, non la nomination du tuteur, mais celle du subrogé tuteur (v. art. 421). Ce dernier point, cependant, trouve encore des contradicteurs, qui, voyant la base de toute la doctrine dans les articles 406 et 407, uniquement relatifs à la nomination du tuteur, ne fixent irrévocablement le domicile de tutelle qu'au domicile qu'avait le mineur au moment de l'ouverture de la première tutelle dative, et par conséquent au domicile du dernier tuteur légitime ou testamentaire. Dans leur système donc, le tuteur de l'une de ces qualités aura pu, par le changement de son propre domicile, transférer celui du mineur, et changer ainsi, jusqu'à l'ouverture de la première tutelle dative, la composition du conseil de famille. Selon eux, en effet, ce droit n'est refusé au tuteur datif que parce qu'il tient ses pouvoirs du conseil de famille, et qu'il n'appartient pas au délégué d'altérer par son fait la source même d'où émane sa délégation (2).

158 *bis*. III. Mais, tout en convenant qu'il y a en effet, à l'égard du tuteur datif, une raison plus déterminante pour lui refuser le pouvoir de changer le domicile de tutelle, il me semble qu'il y a toujours des raisons suffisantes pour ne pas accorder indistinctement ce pouvoir au tuteur d'une autre qualité. Car tout tuteur est plus ou moins placé dans la dépendance du conseil de famille, qui a le choix du subrogé tuteur son surveillant, qui juge et contrôle ses opérations, statue sur ses excuses, et peut prononcer sa destitution. Ajoutons qu'on ne trouve pas nécessairement, dans la qualité du tuteur légitime ou testamentaire, la base d'une confusion entière entre les intérêts du mineur et ceux de son représentant, ni par conséquent la cause d'une identité complète de domicile. Aussi n'hésité-je pas à rejeter la distinction proposée. Ce qui me paraîtrait bien plus raisonnable, ce serait de reconnaître, non à tout tuteur

(1) V. C. C., cass., 23 mars 1819 (J. P., tom. 54, pag. 358).
(2) M. Marcadé, art. 410. III.

légitime ou testamentaire, mais seulement au survivant des père et mère tuteur légitime, le pouvoir que l'on s'accorde à refuser au tuteur datif; car il y a vraiment confusion d'intérêts entre l'enfant et ses père et mère; et, lorsque les circonstances obligent le père de famille à transférer son principal établissement, ce n'est pas fictivement, c'est bien réellement qu'il transfère en même temps celui des enfants. Ajoutons que la puissance paternelle dont le survivant est investi le rend moins dépendant du conseil de famille; et, d'ailleurs, la confiance qui s'attache à son titre ne permet pas de supposer, quand il change son domicile, qu'il s'y détermine par de mauvais motifs. Telles sont les raisons qui avaient sans doute déterminé la cour de cassation à consacrer la distinction que je propose (1); et, quoique depuis elle semble l'avoir repoussée (2), je persiste à croire qu'elle doit être maintenue. Selon moi, donc, le domicile de tutelle ne doit se déterminer définitivement que par le domicile, non du premier mourant, mais du dernier mourant des père et mère.

159. Après avoir déterminé la composition du conseil de famille, le législateur règle en détail son organisation; ce qui comprend : 1° le mode de convocation; 2° l'obligation des membres appelés; 3° enfin la constitution de l'assemblée sous le rapport du temps, du lieu, du nombre nécessaire de votants, du mode de délibération et des pouvoirs conférés au magistrat préposé spécialement en cette matière à l'exécution de la loi (art. 411-416).

La réunion est indiquée à jour fixe par le juge de paix; les membres doivent, comme de juste, être avertis un certain temps d'avance. Le mode d'avertissement *légal* (qu'il convient pourtant de ne pas employer sans de bonnes raisons) est une citation. Le délai pour comparaître est de trois jours, sauf augmentation à raison des distances. Il suffit au surplus, pour donner lieu pour tous à cette augmentation, fixée à un jour par trois myriamètres, que quelqu'un des membres convoqués demeure hors la distance de deux myriamètres. V. art. 411.

(1) Comp., C. C., cass., 23 mars 1819 (J. P., tom. 54, pag. 358, et C. C., rej. 10 août 1825; *ib.*, tom. 74, pag. 364).

(2) C. C., cass., 11 mai 1842 (*ib.*, tom. 117, pag. 712).

159 *bis.* I. C'est-à-dire que le délai devant échoir pour tous le même jour, force sera bien, si, comme cela est d'usage, on cite tous les membres en même temps, de les faire jouir tous de la prolongation rendue nécessaire par l'éloignement du domicile d'un seul. Mais on peut ne pas donner toutes les citations en même temps. Et alors, pourvu qu'à l'échéance du plus long délai chacun ait joui du délai particulier auquel il avait droit à raison de la distance de son domicile particulier, il n'y a certainement pas lieu à réclamation de la part de ceux à qui n'a pas été accordée une prolongation de délai dont ils n'avaient nul besoin.

159 *bis.* II. Le délai ne paraît établi que dans l'intérêt des membres convoqués, pour leur donner le temps de prendre leurs arrangements. Son inobservation ne me paraît donc pas même constituer une irrégularité si tous les membres comparaissent en effet. Mais voudrait-on y voir une irrégularité? elle ne serait certainement pas de nature à compromettre la validité des délibérations prises (v. ci-dessous, n° 165 *bis.* I).

160. Le membre légalement convoqué ne peut se soustraire au devoir que la loi impose. Toutefois, il n'est pas obligé de comparaître en personne; il peut se faire représenter, mais par un mandataire spécial. Du reste, pour que cette faculté ne devienne pas destructive des éléments nécessaires d'une délibération, le même fondé de pouvoir ne peut représenter plusieurs personnes. V. art. 412.

161. Le défaillant, à moins d'excuse légitime, encourt une amende, dont le *maximum* est fixé à cinquante francs. Cette amende est prononcée sans appel par le juge de paix. Voy. art. 413.

161 *bis.* Le juge de paix prononce sans appel; mais si c'est par défaut, l'opposition est nécessairement admise. Il peut donc rétracter sa sentence, si on lui justifie postérieurement d'une excuse légitime.

162. L'absence d'un membre suffisamment excusé donne lieu d'examiner, suivant la nature de l'excuse, s'il convient de

l'attendre ou de le remplacer (1). A l'une ou l'autre fin il faudrait ajourner ou proroger l'assemblée. Ce cas, au surplus, n'est pas le seul où l'une de ces mesures pourrait être utile. La loi, dans tous les cas, donne au juge de paix le pouvoir de les prendre, si l'intérêt du mineur lui semble l'exiger. V. art. 414.

163. La prérogative du magistrat place nécessairement chez lui la tenue de la séance ; lui seul pourrait désigner un autre local. L'assemblée ne peut délibérer sans la présence des trois quarts de ses membres *convoqués*. V. art. 415.

164. La présidence appartient naturellement au juge de paix, membre nécessaire, qui, comme tel, doit avoir dans tous les cas voix délibérative. Bien plus, en cas de partage, sa voix est prépondérante. V. art. 416.

164 *bis*. I. Les délibérations du conseil de famille doivent être prises à la majorité absolue. C'est la règle ordinaire dans les tribunaux et dans les assemblées délibérantes. Il faudrait, pour s'en éloigner ici, que la loi y eût dérogé. Ainsi, un avis ne prévaudra qu'autant qu'il comptera en sa faveur plus de la moitié des votants, ou, ce qui reviendrait au même, la moitié des votants, y compris le juge de paix, qui a voix prépondérante. Ce résultat est inévitable lorsqu'il n'y a que deux avis en présence. Mais lors même qu'il y en aurait plusieurs, il y aura toujours moyen d'y arriver en ramenant à deux les avis en quelque nombre qu'ils soient. Le procédé sera facile lorsque entre trois avis un seul se trouvera en minorité relative par rapport à chacun des autres; on appliquera alors l'article 117 du Code de procédure, c'est-à-dire qu'après qu'on aura recueilli une seconde fois les voix, si la majorité n'est pas acquise, on obligera les membres plus faibles en nombre à se réunir à l'un des deux avis prédominants et à donner ainsi à l'un d'eux la majorité absolue.

Ce procédé, du reste, peut être employé dans le cas même où plus de trois avis seraient en présence, c'est-à-dire qu'on doit toujours,

(1) Sans préjudice du droit de passer outre en son absence, la loi n'exigeant pas pour la régularité des délibérations que tous les membres soient présents (v. art. 415).

si deux avis sont en majorité relative, obliger les membres plus faibles en nombre à se réunir à l'un des deux.

Pareillement, quand il y aurait plus de deux avis prédominants, si d'autres avis sont en minorité relative, on peut toujours forcer les membres plus faibles en nombre à se réunir à l'un des avis prédominants, qui ainsi acquerra une majorité relative.

Toutes les fois, au reste, qu'un avis se trouvera seul en majorité relative par rapport à tous les autres (et il faudra bien toujours qu'on arrive au moins là, puisqu'il y a une voix prépondérante), il sera facile de mettre un second avis en présence de celui-là, en faisant voter tous les membres de l'assemblée pour choisir, entre les divers avis qui se balancent par un nombre égal de voix, celui qui devra entrer en ballottage avec le premier.

A l'aide de cette théorie, il n'est pas de combinaison qui ne doive conduire à une majorité formée par plus de la moitié des votants.

164 *bis*. II. Je me borne à une seule application, suffisante pour mettre en lumière les divers procédés indiqués.

Un conseil de famille, composé de neuf membres (au cas prévu par l'article 408), procède à la nomination d'un tuteur.

Deux voix sont données à *Primus*, deux à *Secundus*, deux à *Tertius*, une à *Quartus*, une à *Quintus* et une à *Sextus*. On recueille de nouveau les voix et le même résultat se produit; alors, les voix données à *Quartus*, *Quintus* et *Sextus* doivent se réunir sur *Primus*, *Secundus* ou *Tertius*. Supposons que *Primus*, *Secundus* et *Tertius* aient alors chacun trois voix; on recueillera encore les voix, et, si le même résultat se produit, la majorité relative sera acquise à celui des trois (puta, *Primus*) pour lequel aura voté le juge de paix. *Primus* alors sera retenu pour le ballottage, et tous les membres voteront entre *Secundus* et *Tertius*, pour ramener l'un des deux au ballottage avec *Primus*. Après quoi le choix se fera à la majorité absolue entre *Primus* et celui de ses deux concurrents qui aura ainsi été porté au ballottage avec lui.

165. Les règles sur la composition du conseil de famille, son organisation et la forme de ses délibérations doivent être soigneusement observées. Les infractions pourraient, suivant les cas, dépouiller l'assemblée elle-même ou les actes qui émanent d'elle de tout caractère légal, et frapper de nullité

ses opérations. Mais on ne peut évidemment appliquer indistinctement la peine de nullité à toute infraction. La question doit dépendre des circonstances, et, dans le silence de la loi, il faut bien reconnaître qu'elle est abandonnée à la sagesse des tribunaux.

165 *bis*. I. A cet égard, je pense que, le conseil de famille n'étant qu'une création de la loi, les tribunaux peuvent toujours ne lui reconnaître d'existence légale qu'autant qu'il est régulièrement formé.

En cas donc d'infraction, quoique la loi n'ait pas prononcé la nullité, il n'y aura pas excès de pouvoir à la prononcer.

Mais cette nullité ne devra être prononcée qu'autant que l'infraction sera de nature à vicier la substance même du conseil de famille ou de ses opérations, et l'on ne peut considérer comme telle que l'infraction aux règles sur la composition de l'assemblée et la formation de la délibération. *Secùs*, pour ce qui est simplement relatif au mode et au délai de convocation.

165 *bis*. II. Les règles mêmes sur la composition de l'assemblée ne sont pas toutes d'une égale importance. Ce qui me paraît capital, c'est la présidence du juge de paix compétent, le nombre des membres convoqués, et la présence du nombre requis pour délibérer. Quant à l'ordre de préférence fixé par la loi pour la vocation des parents alliés ou amis, son inobservation pourrait sans doute vicier radicalement la composition de l'assemblée et la dépouiller de son caractère légal, mais cela doit nécessairement dépendre des circonstances; il faudra considérer si la contravention est grave, si elle a été commise à mauvaise intention; autrement, il suffira, pour la sanction de la loi, de réserver aux membres omis ou aux membres mal à propos appelés le droit de réclamer avant la délibération, sans qu'on puisse attaquer la délibération prise de bonne foi. En effet, la plupart du temps, la substitution d'un membre à un autre pourra passer pour le résultat d'une erreur excusable; et ce sera le cas de dire : *Error communis facit jus* (v. au surplus, C. C. rej., 22 juillet 1807 (1); et d'autre part Angers, 29 mars 1821 (2).

166. Les délibérations du conseil de famille sont quelque-

(1) J. P., tom. 18, pag. 257.
(2) *Ibid.*, tom. 60, pag. 394.

fois sujettes à homologation. Par qui et comment se poursuit cette homologation. V. C. proc., art. 885, 886, 887.

Les membres dissidents peuvent s'y opposer. V. C. pr., art. 888.

Dans le cas même où l'homologation n'est pas prescrite par la loi, les délibérations prises à la majorité peuvent être attaquées par les membres de la minorité. V. C. pr., art. 883, 884.

Tout jugement rendu sur délibération du conseil de famille est sujet à l'appel. V. C. pr., art. 889.

167. Le conseil de famille, composé comme on vient de le voir, et délibérant suivant les règles ci-dessus établies, nomme le tuteur au mineur qui n'en est pas d'ailleurs pourvu; il le prend soit dans son sein, soit hors de son sein. Il est au surplus manifeste que le législateur entend qu'il n'en soit nommé qu'un, sauf à celui-ci la faculté de se faire aider, s'il y a lieu, par des agents dont il répond (art. 454, *in fine*).

Il n'est pas même dérogé à cette règle pour le cas où le mineur domicilié en France posséderait des biens dans les colonies, ou réciproquement. Seulement, la difficulté de soumettre alors la personne et la totalité des biens à un administrateur unique a fait autoriser la nomination d'un *protuteur* indépendant. V. art. 417.

167 *bis*. I. Le cas prévu par notre article était réglé autrefois par deux déclarations du roi, l'une du 15 décembre 1721, l'autre du 1er février 1743. On nommait alors deux tuteurs, l'un au domicile, l'autre dans les colonies. L'administration de chacun embrassait les biens, meubles ou immeubles, situés ou placés dans son ressort, et les droits et actions contre les personnes domiciliées dans ledit ressort (Décl. de 1743, art. 1). Mais le tuteur des colonies devait faire passer tous les ans à celui du domicile des états de recette et de dépense, et pouvait même être tenu d'envoyer tout l'excédant des revenus sur les dépenses nécessaires de son administration.

Du reste, cette division de la tutelle n'était pas prescrite quand la tutelle était déférée au père ou à la mère.

167 *bis*. II. La place qu'occupe notre article à la suite des règles sur la nomination du tuteur par le conseil de famille semble sup-

poser : 1° que la mesure n'est prescrite que pour le cas de tutelle dative; 2° que le protuteur doit être nommé par le conseil de famille.

Sur le premier point, j'admets, en effet, que le conseil de famille n'aurait pas le droit de restreindre par ce partage d'administration les pouvoirs d'un tuteur légitime ou testamentaire réclamant la tutelle entière; mais je ne saurais refuser au tuteur de l'une de ces qualités le droit de réclamer, au contraire, dans son intérêt, l'application de la mesure. Seulement, je n'accorderais pas ce droit au père ou à la mère usufruitier; car l'administration entière me paraît être une charge de sa jouissance qui s'applique à tous les biens.

Quant au second point, j'entends bien qu'il n'y a point de protutelle légitime, puisque la loi n'en a pas établi; mais je ne vois aucune raison pour refuser au dernier mourant des père et mère, disposant aux termes de l'article 397, le pouvoir de diviser l'administration, au cas qui nous occupe, et de nommer à la fois le tuteur et le protuteur.

167 *bis*. III. Hors ce cas, si, comme je le pense, l'article 417 attribue virtuellement au conseil de famille la nomination du protuteur, cela s'entend naturellement du conseil de famille même qui nomme le tuteur : ce qui exclut l'idée, anciennement suivie, de faire nommer le protuteur sur les lieux. Cette idée, du reste, qui était celle du projet (1) et de la section de législation (2), fut repoussée au conseil d'État par ce motif que le mineur pouvait n'avoir aucun parent au lieu de la situation de ses biens. On était convenu, il est vrai, de la rejeter seulement pour la première nomination; et de l'appliquer, au contraire, s'il y avait lieu à remplacement (3); mais, dans le silence de la loi, il est difficile d'admettre cette distinction. Sur tout cela, au surplus, la loi n'étant pas bien expresse, je crois qu'en décidant en règle générale que la nomination doit être faite au domicile, on pourrait réserver au conseil de famille, suivant les circonstances, le droit de déléguer son pouvoir à une assemblée qui serait formée par le juge de paix du lieu de la situation des biens.

167 *bis*. IV. Le protuteur indépendant, et gérant sous sa respon-

(1) Projet de la comm., art. 38 (Fenet, tom. 2, pag. 76, 77).
(2) Projet de la sect., art. 27 (*ibid.*, tom. 10, pag. 555).
(3) Tronchet et Cambacérès, séance du 29 vend. an XI (Fen., tom. 10, pag. 582).

sabilité propre, est un véritable tuteur. A ce titre, je crois que ses biens sont grevés d'hypothèque légale (art. 2121). Je ne doute pas non plus que dans cette tutelle spéciale il n'y ait un subrogé tuteur spécial (art. 420). Il va sans dire que le protuteur est placé dans les mêmes rapports qu'un tuteur ordinaire avec le conseil de famille qui l'a nommé, ce qui lui rend applicables l'article 454, quant à la fixation des dépenses d'administration, et aussi les articles 455 et 470. Je crois, du reste, qu'indépendamment des états de situation qu'il peut être tenu de remettre sur les lieux au subrogé protuteur, il y a lieu de lui appliquer les dispositions de la déclaration du 1^er^ février 1743, sur les états à fournir et les fonds à envoyer au tuteur du domicile; sauf, au conseil de famille, à régler en détail l'exécution de ces obligations. Je n'hésite pas non plus à appliquer, pour la division de fonctions entre le tuteur et le protuteur, la règle tracée par ladite déclaration (ci-dessus, I *bis*).

167 *bis*. V. La nomination d'un protuteur indépendant n'est autorisée que dans le cas spécial d'une partie de biens situés dans la métropole, et l'autre dans les colonies. Et toutefois il me paraîtrait bien raisonnable de l'appliquer également au cas où une partie des biens du mineur serait située en pays étranger.

168. Le tuteur nommé ne peut se dispenser sans excuse légitime. Son administration et sa responsabilité commencent donc du jour où sa nomination lui est dûment connue : par conséquent du jour même de cette nomination si elle est faite en sa présence; sinon du jour de la notification prescrite par la loi. V. art. 418, et C. pr., art. 882.

168 *bis*. I. Le moyen le plus sûr pour faire courir incontestablement la responsabilité du tuteur, c'est une notification par exploit. Mais à défaut de cette notification formelle, dont on se dispensera souvent, il est évident que la responsabilité sera toujours applicable à partir du jour où le tuteur aura, en fait, connu sa nomination, de quelque manière que ce fait se trouve établi (v. *Ulp.*, L. 1, § 1; L. 5, § 10, ff. *de adm. vel peric. tut.*).

168 *bis*. II. C'est d'après la même idée que le tuteur légitime ou testamentaire, à qui personne n'est spécialement chargé de faire une notification, doit être considéré comme responsable du jour où il a connu en fait l'événement qui lui défère la tutelle.

169. La tutelle est une espèce de mandat légal qui doit nécessairement finir par la mort du mandataire; mais la fin du mandat ne peut dispenser la succession des obligations contractées pendant sa durée. Bien plus, la nécessité de ne pas laisser le pupille sans défense a fait imposer aux héritiers, si toutefois ils sont *majeurs* (ajoutez, présents et non interdits), le devoir de continuer la gestion jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur. V. art. 419; voy., à ce sujet, art. 2010.

169 *bis*. De l'obligation de continuer la gestion il ne faut pas conclure que les héritiers soient investis provisoirement de tous les pouvoirs attachés à la qualité de tuteur. Pour eux, comme pour les héritiers du mandataire, il ne peut y avoir lieu qu'à pourvoir à ce que les circonstances exigent (v. art. 2010). A cet égard, leur premier devoir est de faire diligence pour la nomination d'un nouveau tuteur, nomination qu'ils peuvent requérir comme parties intéressées aux termes de l'acticle 405; car ils ont évidemment intérêt à cause de la responsabilité qui, en attendant, pèse sur eux.

A ce sujet, je remarque qu'ils doivent répondre de l'omission même des actes pour lesquels ils n'auraient point pouvoir; car ils ont à s'imputer de n'avoir point requis la nomination d'un tuteur qui aurait eu ces pouvoirs, et sous ce rapport le préjudice qu'éprouve le mineur provient de leur faute (v. *Ulp.*, L. 7, § 13, ff. *de adm. vel per. tut.*).

SECTION V.

Du subrogé tuteur.

170. L'étendue des pouvoirs confiés au tuteur a fait sentir le besoin de lui donner un surveillant spécial qui pût contrôler ses opérations et provoquer au besoin sa destitution. Il était également nécessaire d'assurer un représentant au mineur lorsqu'un intérêt personnel empêcherait le tuteur de remplir cette fonction.

Le pouvoir de surveiller le tuteur, et celui de représenter le pupille à son défaut, sont compris dans l'obligation d'agir pour les intérêts du mineur lorsqu'ils seront en opposition avec

ceux du tuteur. C'est dans cette obligation que consistent en général les fonctions de subrogé tuteur. Au reste, c'est dans toute tutelle qu'il doit y avoir un subrogé tuteur; et, dans toutes, c'est au conseil de famille que la loi confie le soin de nommer ce surveillant. V. art. 420.

170 *bis*. La généralité de la règle, qui veut que dans *toute* tutelle il y ait un subrogé tuteur, en commande l'application, même à la tutelle officieuse. Il n'y aurait pas d'ailleurs de raison pour qu'on négligeât alors de pourvoir au cas, toujours possible, d'opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur.

171. Il importe que la nomination du surveillant précède toute immixtion du tuteur dans l'administration.

De là l'obligation imposée au tuteur légitime ou testamentaire de convoquer à cet effet le conseil de famille avant son entrée en fonctions. L'omission de ce devoir soumettrait, suivant les cas, le tuteur à indemnité envers le pupille. Si même l'omission provient de son dol, elle peut lui faire *retirer la tutelle*. A cet effet, et surtout pour qu'il soit pourvu à la nomination du subrogé tuteur, toute partie intéressée, parent, créancier ou autre, peut requérir la convocation du conseil de famille, qui pourrait même être convoqué par le juge de paix d'office. V. art. 421.

171 *bis*. I. Le tuteur qui s'ingère dans la gestion sans avoir provoqué la nomination du subrogé tuteur ne perd pas de plein droit la tutelle, puisque la loi dit seulement que le conseil de famille peut la lui retirer; encore faut-il pour cela qu'il y ait eu dol. Et toutefois, comme il devait provoquer cette nomination *avant d'entrer en fonctions*, on est forcé de reconnaître que jusque-là il ne gère pas régulièrement. Mais j'aurais peine à en conclure que les tiers pussent, sous ce prétexte, lui refuser qualité pour représenter le mineur dans un acte ou dans une instance, à moins que la nature particulière de l'acte n'exigeât la présence du subrogé tuteur (v. art. 451, 452, 459). A plus forte raison devra-t-on, si l'objection n'a pas été faite, déclarer valables les actes de sa gestion.

171 *bis*. II. Le cas de dol prévu ici comme cause du retrait de la

tutelle consistera souvent dans un acte d'infidélité, qui autoriserait le conseil de famille à prononcer, aux termes de l'article 444, la destitution, avec les conséquences qu'elle entraîne (v. art. 445). Mais, comme il peut y avoir dol, c'est-à-dire mauvaise intention, sans qu'il y ait infidélité caractérisée, et qu'au cas même d'infidélité la destitution n'est pas *nécessaire*, je crois que, si le conseil de famille se borne à retirer la tutelle, par application de notre article 421, sans prononcer le mot *destitution*, le tuteur n'encourra pas l'incapacité établie par l'article 445. Il est, du reste, bien entendu que le simple retrait lui-même, qui a toujours pour condition l'existence du dol, n'est jamais que facultatif.

172. Par la même raison, le conseil de famille, lorsque c'est lui qui défère la tutelle, doit procéder immédiatement à la nomination du subrogé tuteur. V. art. 422.

173. Il faut que le subrogé tuteur soit entièrement indépendant du tuteur qu'il est chargé de surveiller. De là deux conséquences : 1° le tuteur ne vote pas pour la nomination du subrogé tuteur (v. aussi art. 426, al. dernier); 2° en supposant, comme cela est naturel, que le tuteur est parent et que le subrogé tuteur sera pris aussi parmi les parents (v. art. 432), ce dernier devra l'être dans la ligne à laquelle n'appartient pas le tuteur ; toutefois il y a exception nécessaire à cette règle pour le cas de frères germains ; mais la loi n'en indique pas d'autre. V. art. 423.

173 *bis*. I. En refusant formellement au tuteur le droit de voter sur la nomination et sur la destitution du subrogé tuteur (art. 423, 426), la loi semble lui reconnaître ce droit dans les délibérations qui ont un autre objet. N'en concluons pas que le droit de voter appartienne au tuteur en cette qualité, car aucune loi ne le lui confère. Mais il paraît raisonnable d'en conclure que sa qualité de tuteur ne lui fait pas perdre ce droit quand il le tient de sa qualité de plus proche parent ou allié. Je crois cette proposition incontestable quand l'objet de la délibération n'est pas une autorisation à donner au tuteur, *puta* s'il s'agit du mariage ou de l'émancipation du mineur. Mais quand il s'agirait d'autorisation, je déciderais de même, quoique j'aie vu pratiquer le contraire. C'est seulement quand le

tuteur est personnellement intéressé dans l'objet de la délibération, *puta*, s'il s'agit de lui maintenir ou de lui retirer la tutelle, que j'en dirais autrement; car la force des choses empêche de l'admettre à voter sur sa propre affaire.

173 *bis*. II. Il y a moins de difficulté encore pour le subrogé tuteur, et l'on a jugé avec raison qu'il peut voter, comme parent ou allié, même sur les mesures par lui provoquées, notamment sur la destitution du tuteur (Cour de Rouen, 17 nov. 1810 (1)). Il est en effet de principe, dans les assemblées délibérantes, que les membres auteurs d'une proposition votent sur son adoption. Et l'exception établie par l'article 495 contre ceux qui ont provoqué l'interdiction ne doit point être tirée à conséquence.

173 *bis*. III. En prescrivant de prendre le subrogé tuteur dans celle des deux lignes à laquelle n'appartient pas le tuteur, la loi n'entend pas dire que le subrogé tuteur sera nécessairement pris parmi les parents; sa pensée est seulement que le subrogé tuteur ne soit pas pris dans la ligne à laquelle appartient le tuteur. Du reste, rien n'empêche de choisir un étranger soit pour tuteur, soit pour subrogé tuteur, sauf, bien entendu, le droit réservé à celui-ci par l'article 432, droit dont ne pourrait, du reste, user l'étranger nommé subrogé tuteur, s'il n'y avait de parents que dans la ligne à laquelle appartient le tuteur.

173 *bis*. IV. Quant à l'exception pour le *cas de frères germains*, je l'entends en ce sens qu'on peut toujours conférer à un frère germain l'une des deux fonctions en conférant l'autre à un parent quelconque. Ainsi, non-seulement de plusieurs frères germains on peut nommer l'un tuteur et l'autre subrogé tuteur : ce que personne ne conteste; mais je pense qu'on peut, en nommant tuteur un frère germain, nommer pour subrogé tuteur un parent quelconque; ou, réciproquement, en nommant tuteur un parent quelconque, prendre pour subrogé tuteur un frère germain. Je ne comprendrais pas, en effet, que, dans aucun cas, la circonstance que le frère germain appartient aux deux lignes pût mettre dans la nécessité, si l'on veut, comme cela paraît si naturel, lui conférer l'une des deux fonctions, de conférer l'autre à un étranger, à l'exclusion de tout parent.

(1) J. P., tom. 29, pag. 271.

173 *bis*. V. Quoique la loi n'ait parlé que des frères germains, je n'hésite pas à comprendre dans l'exception les maris de sœurs germaines, qui leur sont assimilés pour le privilége établi par l'article 408. Il y a d'ailleurs absolument même raison; car les beaux-frères sont alliés dans les deux lignes comme les frères sont parents dans les deux lignes.

173 *bis*. VI. Les frères et beaux-frères germains sont les seuls parents ou alliés que leur qualité rattache nécessairement aux deux lignes; mais cette circonstance peut également se produire accidentellement pour d'autres parents ou alliés. Toutefois, l'exception étant exclusivement proclamée pour les frères, et la même faveur ne s'attachant pas à tout autre titre de parenté, je ne crois pas que l'analogie puisse autoriser alors à sortir de la règle en nommant à l'une des deux fonctions le parent qui appartient aux deux lignes. En ce cas, il faudrait nécessairement que l'autre fonction fût conférée à un étranger. Seulement si le parent ou allié qui appartient aux deux lignes est plus proche dans une ligne que dans l'autre, je crois qu'on peut le considérer comme n'appartenant qu'à la ligne dans laquelle il est plus proche : ce qui permettra en l'investissant d'une des deux fonctions, d'attribuer l'autre à un parent de l'autre ligne.

174. Le subrogé tuteur a tous les pouvoirs d'un tuteur *ad hoc* nommé à l'avance pour les cas d'opposition d'intérêts entre le pupille et son défenseur ordinaire ; mais, en cas de vacance, il ne remplace pas de plein droit celui-ci; il doit seulement, sous peine de dommages-intérêts, faire pourvoir à son remplacement. V. art. 424.

174 *bis*. En soumettant ici spécialement aux dommages-intérêts le subrogé tuteur qui néglige de faire pourvoir à la nomination d'un nouveau tuteur, la loi, évidemment, n'entend pas borner à ce cas et à quelques autres où elle s'en explique également (art. 1442, 2137) la responsabilité de ce fonctionnaire. Un mandataire qui manque en quelque point à l'accomplissement de son mandat est par là même en faute et conséquemment responsable. Cette règle s'applique au subrogé tuteur comme à tout autre mandataire légal. Du reste la fonction du subrogé tuteur consistant principalement dans un rôle de surveillance, qui ne se convertit qu'accidentellement et temporairement en un rôle actif, il n'est pas comme le tuteur obligé

à un compte final de gestion. Et comme il n'a pas en général de maniement de deniers, ses biens ne sont pas grevés d'hypothèque légale. J'ajoute que sa responsabilité, dans les cas où elle n'est pas particulièrement proclamée, ne devrait, comme celle des fonctionnaires publics, s'appliquer qu'aux fautes graves, et surtout, si ce n'est même exclusivement, lorsque le mineur n'a pas d'autre moyen d'être indemnisé.

175. Les fonctions du subrogé tuteur expirent naturellement avec la tutelle. V. art. 425.

175 *bis*. La tutelle ne cesse, à proprement parler, que par la mort, l'émancipation ou la majorité du mineur. Tel est donc le terme légal des fonctions du subrogé tuteur. Quant aux divers événements, mort, excuse ou destitution, qui peuvent mettre fin aux fonctions du tuteur, ils ne font pas cesser la tutelle, qui devient seulement vacante. Or, la vacance de la tutelle fait si peu cesser les fonctions du subrogé tuteur, que c'est lui alors que la loi charge spécialement de faire pourvoir au remplacement du tuteur.

Toutefois, je me borne à conclure de là que le changement de tuteur laisse de plein droit subsister le titre de subrogé tuteur. Mais je crois que le remplacement du tuteur peut donner lieu au remplacement du subrogé tuteur, quoiqu'il n'y ait dans la personne de celui-ci aucune cause d'exclusion. Autrement la liberté du choix du tuteur serait entravée par l'obligation de le prendre hors de la ligne à laquelle appartient le subrogé tuteur actuel. D'ailleurs il est possible, qu'eu égard aux rapports entre les personnes, un autre que le subrogé tuteur actuel convienne mieux comme surveillant du nouveau tuteur.

176. Les causes d'excuse, incapacité ou destitution, établies pour la tutelle, sont applicables à la subrogée tutelle. Seulement, le même principe qui fait refuser au tuteur le droit de voter pour la nomination lui fait refuser également le droit de provoquer la destitution et de voter sur cet objet. V. art. 426.

SECTION VI.

Des causes qui dispensent de la tutelle.

177. Nous avons dit que le tuteur ne peut, en général, refuser la tutelle, l'intérêt des mineurs faisant considérer cette onction comme une charge publique. La loi détermine dans cette section les causes qui en dispensent, soit perpétuellement, soit temporairement. Quelques-unes, suffisantes pour spenser d'accepter, ne suffiraient pas pour en décharger. Toutes, au reste, reposant principalement sur l'intérêt du tuteur, sont entièrement volontaires de sa part. Il est donc maître d'y renoncer. De là il suit : 1° Que les causes mêmes qui suffiraient pour décharger de la tutelle commencée ne peuvent régulièrement produire cet effet si elles existaient antérieurement à l'acceptation; 2° qu'elles doivent en général être proposées dans un certain délai, après lequel le tuteur est censé y avoir renoncé.

Les excuses sont proposées au conseil de famille et jugées par lui, sauf recours aux tribunaux. Ce conseil n'est lié par les dispositions de la loi qu'en ce sens qu'il doit admettre toutes les excuses qu'elle autorise; mais il peut admettre, suivant les cas, celles mêmes qui ne sont pas légales.

178. Les causes légales d'excuse sont :

1° Les fonctions, services ou missions. V. art. 427, 428, L. 16 septembre 1807, art. 7 (1); Av. cons. d'Ét., 20 novembre 1806 (2).

Manière de justifier d'une mission contestée. V. art. 429.

La loi applique spécialement à cette classe d'excuses le principe général qui rend non recevables à proposer après l'acceptation de la tutelle celles dont les causes préexistaient. V. art. 430.

Elle attribue aux fonctions, services ou missions, conférés

(1) IV, B. 161, n° 2792.
(2) IV, B. 126, n° 2047.

depuis l'acceptation et gestion, l'effet de décharger de la tutelle, et fixe, dans ce cas, à un mois le délai pour proposer l'excuse. A leur expiration, elle permet au conseil de famille de rendre la tutelle à l'ancien tuteur, mais seulement sur la demande de celui-ci ou sur celle du nouveau tuteur. V. art. 431.

178 *bis*. C'est uniquement pour le cas où les fonctions, services ou missions avaient été conférés postérieurement à l'acceptation et *gestion* de la tutelle, que leur expiration peut donner lieu à rendre la tutelle au tuteur excusé (v. art. 431). *Secùs*, si les fonctions, services ou missions ont servi d'excuse *à suscipiendâ tutelâ*. Alors, sans doute, le conseil de famille pourrait toujours décharger le tuteur en fonctions, sur sa demande (v. ci-dessus, n° 177, *in fine*), et déférer alors la tutelle au tuteur primitivement excusé. Mais il ne pourrait, sur la demande de celui-ci, et pour lui attribuer la tutelle, l'ôter sans cause légale à celui qui l'exerce et veut la conserver.

Il y a en général inconvénient à faire changer de mains l'administration, et cette considération ne cède que devant l'avantage de la replacer dans les mains de celui qui avait commencé à l'exercer.

179. 2° Pour les tuteurs étrangers, l'existence de parents ou alliés, pourvu que ceux-ci ne demeurent pas à une trop grande distance, fixée ici à quatre myriamètres, et pourvu d'ailleurs qu'ils soient *en état* de gérer la tutelle. Cette cause, au reste, dispenserait d'accepter, mais il ne paraît pas qu'elle puisse servir à décharger de la tutelle commencée. V. art. 432.

180. 3° L'âge. A soixante-cinq ans accomplis on est dispensé d'accepter, mais il faut soixante-dix ans pour être déchargé d'une tutelle commencée; encore cette décharge ne paraît-elle pas applicable à celui qui aurait accepté après l'âge de soixante-cinq ans. Voy. art. 433.

180 *bis*. I. C'est là sans doute une grande rigueur, car on comprendrait qu'un homme de 65 ans eût compté sur sa force et son aptitude actuelle sans calculer exactement le degré d'affaiblissement que pouvaient produire en lui quelques années de plus. Et lorsque cet affaiblissement sera arrivé, on laissera peser sur lui, sous prétexte qu'il y a consenti, un fardeau au-dessus de ses forces!

Heureusement que le conseil de famille n'est pas obligé de s'en tenir à cette rigueur.

180 *bis*. II. Malgré le principe qui, en matière favorable, fait considérer comme accomplie l'année commencée (*Ulp.*, L. 8, ff. *de mun.*), principe appliqué par notre Code lui-même pour l'exemption de la contrainte par corps (art. 2066), il faut bien admettre ici que c'est à 70 ans accomplis que le tuteur pourra se faire décharger. La loi, qui s'en explique formellement au commencement de l'article, pour âge de 65 ans, doit évidemment se traduire de la même manière pour le second chiffre, par cela seul qu'elle ne s'explique pas en sens contraire. Du reste, à Rome aussi l'excuse de tutelle n'était accordée qu'à l'âge accompli (*Modest.*, L. 2, ff. *de excus.*; *Ulp.*, L. 3, *de jur. imm.*).

181. 4° Les infirmités. Il faut une infirmité grave et dûment justifiée; celui qui en est atteint a droit non-seulement à dispense, mais à décharge, pourvu que, dans ce dernier cas, l'infirmité soit survenue depuis la nomination. V. art. 431.

181 *bis*. La loi qui a fixé un délai pour proposer l'excuse des fonctions, services ou missions conférés pendant la tutelle (art. 431), n'en a fixé aucun pour le cas d'âge atteint ou d'infirmité survenue. Le temps, en effet, tendant en général à augmenter la légitimité de ces causes d'excuses, il serait injuste que l'écoulement d'un certain temps rendît non recevable à les proposer.

Par la même raison, je crois que le conseil de famille devrait user souvent du pouvoir discrétionnaire que nous lui reconnaissons pour admettre l'excuse du tuteur, qui, ayant accepté la tutelle après l'âge de soixante-cinq ans ou depuis la survenance d'une infirmité grave, demanderait plus tard à se faire décharger.

182. 5° Le nombre de tutelles. En général, il en faut deux; mais les devoirs attachés aux titres de père et d'époux, et la faveur que méritent ces titres, réduisent l'obligation à une seule tutelle, sans pourtant qu'une tutelle antérieure puisse dispenser le père d'accepter celle de ses enfants. Du reste, il ne paraît point qu'une personne chargée de deux tutelles puisse se faire décharger d'une des deux en devenant époux ou père. V. art. 435.

182 *bis*. I. La tutelle de plusieurs frères mineurs, dont le patrimoine, indivis entre eux, est soumis à une administration unique, n'a jamais été considérée comme formant plusieurs tutelles; ce n'est pas au nombre des pupilles, c'est au nombre des patrimoines distincts qu'il faut s'attacher (v. *Just.*, Inst., § 5; *Ulp.*, L. 3, ff. *de excus.*).

182 *bis*. II. La loi romaine n'attribuait l'excuse qu'au nombre de trois tutelles; elle ne comptait pas dans ce nombre celles qui avaient été recherchées par le tuteur comme moyen d'en éviter dans la suite une plus onéreuse (*Just.*, Inst., § 5; *Modest.* L. 15, § 5, ff. *de excus.*); mais d'un autre côté elle permettait de s'attacher à l'importance et à l'étendue de chaque tutelle, de manière qu'une seule pût compter pour trois (*Paul.* L. 31, § 4, ff. *eod.*). Il eût paru raisonnable d'appliquer les mêmes règles au nombre deux que le législateur français a substitué au nombre trois. Toutefois, les termes de la loi sont trop absolus pour qu'on puisse, sous aucun prétexte, forcer d'accepter une troisième tutelle. Mais je crois que le conseil de famille fera bien d'user de son pouvoir discrétionnaire pour dispenser d'une seconde tutelle, eu égard à l'importance d'une tutelle unique déjà existante.

Du reste, il va sans dire que le nombre des tutelles ne sert d'excuse que pendant leur durée (v. *Just.*, Inst., § 3; *Modest.*, L. 2, § 9, ff. *de excus.*).

182 *bis*. III. La qualité de père ou d'époux équivaut, dans le système de la loi, à la charge d'une tutelle, et dispense conséquemment d'en accepter plus d'une autre. Mais évidemment elle ne peut servir à dispenser le père de la tutelle de ses enfants, qui se confond réellement avec les autres devoirs attachés à sa qualité. Ce point de vue amène à dire que la tutelle des enfants, qui pourrait s'ajouter à une autre tutelle, ne doit pas, si elle est déférée la première, dispenser le père d'en accepter une seconde.

182 *bis*. IV. Le célibataire déjà chargé de deux tutelles, qui vient à se marier pendant leur durée, n'acquiert point par là le droit de se faire décharger de l'une d'elles. La charge de deux tutelles restera donc alors avec la qualité d'époux ou de père. Mais *quid*, si la tutelle de ses enfants vient ensuite à lui être déférée? Ne pourra-t-il pas alors invoquer la règle générale qui dispense *toute personne* d'accepter une troisième tutelle? J'ai peine à le croire, car la tutelle

des enfants est une conséquence de la qualité de père, et cette troisième tutelle me paraît avoir été éventuellement acceptée à l'avance par celui qui se marie étant déjà chargé de deux tutelles. Il ne peut donc, selon moi, ni refuser celle-là ni se faire décharger d'une des deux autres.

182 *bis*. V. La prérogative attachée à la qualité de père ne peut évidemment s'appliquer qu'à la paternité légitime. L'esprit de la loi se manifeste à cet égard suffisamment par l'article suivant, qui, accordant dispense eu égard au nombre d'enfants, ne compte dans ce nombre que les enfants légitimes.

183. 6° Le nombre d'enfants. Cette excuse, fondée sur les mêmes motifs que la faveur accordée à l'époux ou au père par l'article précédent, ne dispense pas non plus le père de la tutelle de ses enfants ; elle ne s'applique d'ailleurs qu'à celui qui a cinq enfants légitimes vivants, sauf qu'on assimile à l'enfant vivant l'enfant mort au service de la patrie, ou celui dont les enfants survivants tiennent la place dans la famille. V. art. 436.

183 *bis*. I. L'enfant seulement conçu ne compte pas; c'est quand il s'agit de ses intérêts, c'est-à-dire de son aptitude à recueillir, qu'on fait remonter à l'époque de la conception l'existence de l'enfant qui naît viable. Mais pour servir à d'autres, l'existence de l'enfant doit être complète (v. *Modest.*, L. 2, § 6, ff. *de excus.* ; *Paul*, L. 7, ff. *de stat. hom.* ; L. 231, ff. *de verb. sign.*

183 *bis*. II. Quant aux enfants morts, la loi les compte dans deux cas :

1° S'ils sont morts en activité de service dans les armées, bien entendu, de terre ou de mer; sous ce rapport, au reste, la loi est moins exigeante que la loi romaine, qui voulait que les enfants fussent morts *in acie* (v. *Just.*, Inst., *ppio, de exc.*) ;

2° S'ils ont laissé des enfants (*Intell.* un ou plusieurs enfants), actuellement existants. Bien entendu alors que c'est l'enfant mort qui compte, et seulement pour un, quel que soit le nombre des petits-enfants. Du reste, la loi ne distinguant pas, il ne faudrait pas admettre la décision de la loi romaine, qui ne faisait compter les petifs-enfants qu'à leur aïeul paternel (*Justin.*, *princ.*, Inst., *de exc.*). S'ils ont perdu leurs deux parents, ils compteront indistinctement à l'un ou à l'autre de leurs aïeux, et s'il y a lieu, à tous deux.

184. Au reste, le nombre d'enfants dispense, mais ne décharge pas de la tutelle. V. art. 437.

185. Nous avons dit que l'acceptation de la tutelle emporte renonciation aux excuses. La loi applique ce principe au tuteur nommé par le conseil de famille, qui doit, s'il assiste à la délibération, les faire valoir immédiatement, à peine de déchéance. V. art. 438.

S'il n'y assiste pas, il doit (toujours, selon moi, à peine de déchéance) les proposer dans un bref délai que la loi détermine. Ce délai est de trois jours à partir de la notification. Il s'augmente d'un jour par trois myriamètres, à raison des distances : la distance ici se compte, comme de raison, du domicile du tuteur au lieu de l'ouverture de la tutelle. Le tuteur doit, dans ce délai, faire ses diligences pour la convocation du conseil de famille. V. art. 439.

185 *bis*. La loi n'ayant fixé aucun délai pour la proposition des excuses par les tuteurs légitimes ou testamentaires, il faut dire qu'il n'y en a pas en effet pour eux. Le conseil jugera, d'après les circonstances, si le retard qu'ils ont mis à proposer leurs excuses emporte ou non de leur part acceptation de la tutelle. Au reste, dans les cas même où la fin de non-recevoir est écrite dans la loi, il résulte de nos principes que la déchéance n'est que comminatoire, et que le conseil de famille n'est jamais obligé de s'y arrêter.

186. Il est naturel que le tuteur dont les excuses sont rejetées par la famille puisse se pourvoir devant les tribunaux contre ceux qui les ont rejetées (v. C. pr., art. 883); mais, l'intérêt du mineur ne permettant pas que l'administration soit abandonnée pendant le litige, le tuteur nommé ou maintenu par la famille doit s'en charger provisoirement. V, art. 440.

186 *bis*. I. Il résulte de l'article 883 du Code de procédure que les tribunaux pourraient être saisis dans le cas même où les excuses auraient été admises, si la délibération n'a pas été unanime. Car elle pourrait alors être attaquée par les membres dissidents. Mais je doute que le même droit existât pour les membres dissidents si la majorité du conseil avait rejeté l'excuse. C'est au tuteur seul qu'est

avec raison, dans ce cas, réservé le droit de se pourvoir (art. 440). Je raisonne de même sur l'article 448, pour ne réserver qu'au tuteur le droit d'attaquer la délibération qui l'exclut ou le destitue (v. ci-dessous, n° 200 *bis*. I).

186 *bis*. II. Il est évident que dans tous les cas les tribunaux, saisis de l'examen de la délibération qui admet ou rejette l'excuse, jouissent pour leur décision du pouvoir discrétionnaire qui appartenait au conseil de famille, et qu'ils pourraient conséquemment admettre une excuse non écrite dans la loi, que ce conseil aurait cru, par ce motif, devoir rejeter. Cette observation évidemment s'applique, et au tribunal de première instance, et à la cour d'appel, devant laquelle l'affaire peut toujours être portée par la partie mécontente du jugement de première instance (v. C. pr., art. 889). Que si l'affaire était portée en cassation, la Cour ne pourrait casser qu'autant que l'arrêt aurait rejeté une excuse écrite dans la loi et proposée en temps utile.

187. Toute partie qui succombe est en général condamnée aux dépens (C. pr., art. 130); mais la loi permet ici de déroger à ce principe en faveur des parents qui, par zèle pour le mineur, auraient résisté à une excuse jugée depuis bien fondée. Ainsi, les parents qui avaient rejeté l'excuse admise par les tribunaux peuvent bien sans doute être condamnés aux frais de l'instance, mais ils peuvent ne pas l'être; il en est autrement du tuteur qui succombe. V. art. 441.

187 *bis*. I. Ce que la loi dit des parents qui ont rejeté l'excuse doit s'appliquer également à ceux qui, n'ayant pas réussi à la faire rejeter par la majorité du conseil de famille, se seraient pourvus sans succès devant les tribunaux.

187 *bis*. II. Quant au tuteur dont les excuses n'ont pas été admises et qui a plaidé pour les faire admettre, il est tout simple que le principe de l'article 130 lui soit appliqué; mais la loi consacrant ici ce principe d'une manière spéciale, cela exclut même, selon moi, le tempérament ordinaire de la compensation à raison de la qualité des parties (C. pr., art. 131).

187 *bis*. III. Lorsque les parents qui ont rejeté l'excuse ne sont point condamnés aux dépens, ce n'est pas une raison pour les lais-

ser à la charge du tuteur qui gagne son procès. Et comme c'est dans l'intérêt du mineur que le procès a été soutenu, c'est lui, je crois, qui doit en supporter les frais.

SECTION VII.

De l'incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle.

188. La loi a rassemblé dans cette section toutes les causes indépendantes de la volonté du tuteur qui peuvent s'opposer à son admission ou à sa conservation. Elle y détermine aussi par occasion les causes qui doivent faire écarter les parents ou alliés du conseil de famille.

L'incapacité provient d'une qualité existante dans la personne ou d'une circonstance que sa faute n'a pas produite. Des faits personnels plus ou moins répréhensibles donnent lieu à l'exclusion du tuteur qui n'a point commencé à gérer, ou à la destitution du tuteur en exercice.

189. Les causes d'incapacité sont communes aux fonctions du tuteur et à celles des membres du conseil de famille. Elles se réduisent à quatre : 1° la minorité ; 2° l'interdiction ; 3° le sexe ; 4° l'opposition d'intérêt. V. art. 442.

190. Le mineur, que la loi place lui-même en tutelle, ne saurait évidemment être tuteur d'autrui ; mais l'incapacité comprend dans sa généralité le mineur même émancipé, que la faiblesse de son âge laisse encore soumis à un régime de protection spéciale. Toutefois, la confiance qu'inspire le titre des père et mère fait déroger en leur faveur à la règle. V. art. 442-1°.

190 *bis*. I. Je doute qu'on doive appliquer aux père et mère naturels l'exception que la loi établit sans mention spéciale en faveur des père et mère ; si on croyait pouvoir la leur étendre, du moins devrait-on exiger pour cela qu'ils fussent émancipés, comme le sont toujours les père et mère légitimes par le seul fait de leur mariage antérieur (v. art. 479). Il faut évidemment n'être pas soi-même en tutelle pour pouvoir être tuteur.

190 *bis*. II. Le mineur émancipé, n'étant pas, comme tel, capable de faire sans assistance, pour son propre compte, certains actes compris dans les pouvoirs généraux du tuteur (v. art. 482), il serait inconséquent de permettre au tuteur mineur de faire seul ces actes pour le compte de son pupille. Du reste, l'assistance dont il a besoin est, selon moi, celle de son propre curateur, qui, en le préservant du danger auquel pourrait l'exposer la légèreté de son âge, suffit pour assurer sa responsabilité envers le pupille.

191. Les effets légaux de l'interdiction (v. art. 502, 505, 509) et les causes qui la produisent (art. 489; C. pén., art. 29) suffisent évidemment pour justifier ce second chef d'incapacité. V. art. 442-2°.

191 *bis*. I. Je rappelle ici comme cause d'incapacité l'interdiction légale; ce qui paraît sans objet, puisque l'interdit légalement est, nécessairement, un condamné à peine afflictive, exclu, par ce motif, de la tutelle (art. 443). Mais comme cette exclusion, effet de la dégradation civique, ne s'applique pas absolument à la tutelle des père et mère (v. C. pén., art. 34-4°), je crois utile de constater que le condamné, soumis, pendant la durée de sa peine, à l'interdiction légale, ne peut, pendant ce temps, être nommé tuteur, même de ses enfants.

191 *bis*. II. Il eût paru bien raisonnable d'étendre l'incapacité d'interdiction à la personne pourvue, pour faiblesse d'esprit, ou pour prodigalité, d'un conseil judiciaire. Toutefois, les incapacités étant de droit étroit, je n'ose pas aller jusque-là. Mais il est évident que, les causes qui autorisent la nomination du conseil judiciaire (v. art. 489, 515) pouvant toujours être prises comme constitutives de l'incapacité de gestion, l'exclusion ou la destitution pourra toujours être appliquée, aux termes de l'article 444 (v. ci-dessous, n° 195 *bis*. II).

Maintenant si l'on suppose, en fait, que cette application n'a pas eu lieu, évidemment le tuteur ne pourra, sans l'assistance de son conseil, faire pour le mineur les actes qu'il ne pourrait faire pour lui-même.

192. Les femmes sont en général inhabiles aux affaires; il serait donc imprudent de leur confier celles d'autrui. La raison

d'affection fait excepter la mère, que la loi elle-même appelle à la tutelle, et les ascendantes, que la loi n'y appelle pas, mais qu'elle permet d'y appeler, et qu'elle-même appelle au conseil de famille (art. 408). V. art. 442-3°.

192 *bis*. I. L'exception établie en faveur de la mère et des ascendantes s'applique sans difficulté au cas où elles sont veuves. La mère alors est appelée de plein droit à la tutelle, et si elle la refuse, elle est certainement, et toujours de droit, membre du conseil de famille comme comprise dans les termes de l'article 408, ou par argument, *à fortiori*, tiré de cet article (1). Le cas de second mariage de la mère, quant à la vocation à la tutelle, est complétement réglé par les articles 395 et 396. Quant à la vocation au conseil de famille, elle reste fondée sur l'article 408 entendu comme je l'entends (2), et cette vocation ne me paraît pas douteuse lorsque la mère est seulement non maintenue dans la tutelle. Mais je l'admettrais dans le cas même où, faute de convocation du conseil de famille, elle aurait perdu la tutelle de plein droit. Car ce n'est pas proprement un cas de destitution (3).

A l'égard des ascendantes que la loi n'appelle pas à la tutelle, mais qu'elle permet seulement d'y appeler, je crois, sinon par application directe, au moins par argument de l'article 408, qu'elles ne peuvent ni être nommées tutrices ni siéger absolument au conseil de famille du vivant de l'ascendant leur mari, dont l'existence, au surplus, exclurait ordinairement la tutelle dative. Mais après sa mort, elles sont de plein droit appelées au conseil de famille (art. 408), et peuvent être nommées tutrices, au moins tant qu'elles restent veuves. Quant au cas de second mariage, il n'est pas réglé par la loi ; et j'ai déjà dit qu'à mon avis il n'exclurait pas l'application de l'article 408. Mais il me paraîtrait impossible d'appeler l'ascendante remariée à la tutelle sans lui donner son second mari pour cotuteur. (v. ci-dessus, n° 145 *bis*. II).

192 *bis*. II. La mère qui a perdu la tutelle légitime (v. art. 395; Cod. pén., art. 34-4°, 42), ou l'ascendante qui n'y est jamais appelée (v. art. 402-404), peuvent, aux termes de notre article, être tutri-

(1) V. ci-dessus, n° 155 *bis*. V.
(2) V. ci-dessus, n° 155 *bis*. IV.
(3) V. ci-dessous, n° 196 *bis*. III.

ces, mais je crois, par argument de l'article 394, que leur sexe doit être pour elles une cause légitime d'excuse, comme il l'est pour la mère survivante appelée par la loi à cette fonction.

193. L'opposition d'intérêt ne produit incapacité que lorsqu'il y a procès existant avec le pupille, et que ce procès compromet son état, sa fortune ou au moins une partie notable de ses biens. Il n'importe, du reste, que ce soit le tuteur lui-même qui soit partie au procès ou que ce soient ses père et mère; car ses intérêts sont intimement liés avec les leurs. V. art. 442-4°.

193 *bis*. I. Le cas général d'opposition d'intérêt entre le tuteur et le mineur n'est point une cause d'incapacité. La loi y pourvoit suffisamment en prescrivant dans toute tutelle la nomination d'un subrogé tuteur chargé alors d'agir pour les intérêts du mineur (art. 420), et par conséquent de le représenter, même dans les procès qu'il pourrait avoir avec son tuteur. Mais si le procès a pour objet les intérêts les plus précieux du mineur, son état, sa fortune entière ou une partie *notable* de ses biens, il n'est plus possible de confier alors la mission générale de le protéger à celui qui est son adversaire, dans ce qu'il y a de principal et de plus essentiel à défendre ou à obtenir pour lui.

193 *bis*. II. La loi considère comme personnel en quelque sorte au tuteur le procès que ses père ou mère ont avec le mineur. Sa vocation à leur succession en est certainement un des motifs principaux. Mais les incapacités étant de droit étroit, on ne peut étendre celle que la loi consacre ici au cas où le mineur aurait pour adversaire tout autre parent dont le tuteur serait héritier présomptif. Tout ce qu'on pourrait faire serait de considérer cette circonstance comme constitutive d'une opposition d'intérêt entre le tuteur et le mineur dans le procès dont il s'agit, et de confier alors l'action ou la défense au subrogé tuteur. J'en dirais autant si le procès du mineur était avec le conjoint ou l'enfant du tuteur.

193 *bis*. III. La loi n'a pas prévu le cas où le procès du tuteur serait avec les père ou mère du mineur. Ce cas se présentera rarement, car le mineur ayant père ou mère ne doit pas en général avoir un autre tuteur; c'est pour cela, peut-être, que la loi l'a omis.

Quoi qu'il en soit, cette omission suffit pour qu'on n'étende pas à ce cas l'incapacité. Il est vrai, pourtant, que la contestation d'état, quand elle s'applique au père ou à la mère, ne saurait être étrangère à l'état de l'enfant, puisque c'est par eux que l'enfant se rattache à la famille. Et quand le procès ne menacerait que la fortune du père ou de la mère, il serait difficile, quoique non précisément impossible, qu'il ne compromît pas une partie notable de la fortune à venir de l'enfant. Ce sera une raison pour s'abstenir d'appeler à la tutelle l'adversaire du père ou de la mère; ou bien, si le procès survient pendant la tutelle, il serait à désirer que la démission fût offerte et acceptée. Tout ce que je prétends, c'est qu'il n'y a pas d'incapacité *légale*, si le mineur lui-même n'est pas en cause.

193 *bis*. IV. L'importance du procès n'est envisagée que par rapport au mineur; si c'était l'état ou la fortune du tuteur qui fussent compromis dans ce procès, il n'en résulterait pas incapacité. Seulement, il arrivera souvent que les deux fortunes soient compromises dans un procès de ce genre; alors les termes de la loi seront applicables. Mais, comme il est très-possible que, comparativement à l'étendue de la fortune du mineur, l'objet du procès, capital pour son tuteur, soit pour lui, au contraire, d'un mince intérêt, c'est alors que je dis qu'il n'y aura pas incapacité; mais je m'empresse d'ajouter qu'on doit autant que possible éviter une pareille position, soit en s'abstenant de nommer celui qui s'y trouverait, soit en acceptant la démission par lui offerte.

194. L'exclusion ou la destitution de la tutelle a lieu de plein droit par l'effet d'une condamnation à une peine afflictive ou même simplement infamante. Observons, toutefois, qu'en rappelant cette exclusion parmi les effets de la dégradation civique, attachée à toute peine de ce genre, la loi criminelle la modifie à l'égard des père et mère, qui sont bien alors déchus de la tutelle légitime, mais qui peuvent encore être nommés par la famille. V. art. 443; C. pén., art. 6, 7 et 8, 28 et 34. V. aussi C. pén., art. 9-2°, 42-6°, 43. Voy., au surplus, C. pén., art. 335.

195. Indépendamment de toute condamnation, le tuteur que ses mœurs ou sa gestion antérieure rendent suspect peut

aussi être exclu ou destitué, mais il faut que l'inconduite soit notoire, ou que la gestion atteste son incapacité ou son infidélité. V. art. 444.

195 *bis*. I. En exigeant que l'inconduite soit *notoire* pour motiver l'exclusion ou la destitution, la loi, sans doute, ne veut pas dire que la *notoriété* doit précéder l'invocation de cette cause. Il doit suffire que cette notoriété soit acquise au moment où le conseil de famille prononce, après avoir pris tous les moyens de s'éclairer. Souvent, au reste, il pourra convenir, quand la notoriété n'existe pas encore, de provoquer la démission du tuteur comme moyen précisément d'éviter, dans son intérêt, que cette notoriété ne se produise.

195 *bis*. II. L'infidélité ou l'incapacité doivent être attestées *par la gestion*, mais il n'est pas nécessaire que ce soit la gestion de la tutelle actuelle; car s'il s'agit d'exclusion, cette tutelle n'aura pas encore été gérée. Peu importe même que la gestion soit celle d'une tutelle antérieure, ou qu'elle s'applique à toute autre administration publique ou privée. La gestion même des propres affaires pourrait attester l'incapacité. Cela s'appliquerait notamment au prodigue ou au faible d'esprit, à qui il aurait été nommé un conseil judiciaire.

196. Le fait d'exclusion ou de destitution d'une tutelle emporte exclusion de plein droit des conseils de famille. V. art. 445.

196 *bis*. I. C'est au fait d'exclusion ou de destitution, et non aux causes de l'exclusion ou de la destitution, que la loi s'attache pour exclure du conseil de famille. Ainsi, on ne pourrait, dans le seul but d'écarter une personne du conseil de famille, demander à faire preuve de son inconduite, de son incapacité ou de son infidélité. Ce but, tout désirable qu'il peut être, n'est pas en lui-même d'une assez haute importance pour autoriser l'introduction d'une procédure à certains égards diffamatoire. Mais lorsque, dans un but plus important à atteindre, la procédure, alors permise, a une fois amené la constatation des faits qui ôtent le titre à la confiance, il est naturel de refuser à la personne reconnue indigne, et comme telle écartée de la tutelle, le droit même de voter au conseil de famille (v. C. C. cass., 13 octobre 1807) (1).

(1) J. P., tom. 20, pag. 84.

Ainsi expliquée, cette théorie se concilie très-bien avec celle qui rend communes à la tutelle et au vote, dans les conseils de famille les causes d'*incapacité*.

196 *bis*. II. Quoique la condamnation à une peine infamante soit, dans le langage du Code civil, une cause, non d'incapacité, mais d'exclusion (art. 443), il n'y a jamais eu lieu de lui appliquer la théorie ci-dessus; le motif, en effet, ne s'applique pas. Et l'on peut dire, pour rentrer dans les termes de l'article 445, que le condamné est par l'article 443 exclu à l'avance de toute tutelle, et ne peut, par conséquent, être membre d'un conseil de famille. Au reste, la question ne peut plus même se présenter sous l'empire du Code pénal, puisqu'il attache à toute condamnation infamante la dégradation civique, qui produit, comme effet spécial, l'incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille (C. pén., art. 28 et 34-4°).

196 *bis*. III. Les dispositions rigoureuses étant de droit étroit, je n'appliquerais pas l'article 445 dans les divers cas où la loi retire ou permet de retirer la tutelle sans prononcer le mot d'exclusion ou de destitution (art. 395, 421; v. ci-dessus, n^os^ 144 *bis*. II, 171 *bis*. II).

196 *bis*. IV. La loi s'est expliquée sur l'effet de l'exclusion ou destitution de la tutelle, quant à la privation du droit de vote au conseil de famille; mais elle n'a pas dit positivement que le tuteur exclu ou destitué de la tutelle ne pourrait être appelé à une autre. Sans doute, les causes qui ont fait écarter de la première tutelle, si elles subsistent toujours, doivent avoir le même effet pour faire écarter de la seconde. Mais si la cause dont il s'agit n'est pas de celles qui opèrent de plein droit (comp., art. 443 et 444), il y a une question d'appréciation, que la diversité des temps et des circonstances permet de résoudre diversement. Tout considéré donc, je crois qu'il ne faut point ajouter à la rigueur de la loi, et je n'admets pas qu'une exclusion ou destitution antérieure emporte de droit exclusion d'une nouvelle tutelle.

197. L'interdiction à temps de toute tutelle et curatelle, et de toute participation aux conseils de famille, doit aussi être prononcée, accessoirement à une condamnation correctionnelle, contre les personnes coupables d'avoir excité, favorisé ou facilité habituellement la prostitution ou la corruption des mineurs

(C. pén., art. 335). Une interdiction du même genre peut encore être prononcée comme peine correctionnelle dans les cas déterminés par la loi (C. pén., art. 9, 42-5° et 6°, 43). Mais celle-ci peut ne porter que sur l'un des deux droits, de tutelle et de suffrage; elle n'enlève d'ailleurs jamais aux pères et mères le droit d'être *nommés* tuteurs de leurs enfants.

198. C'est le conseil de famille qui statue sur l'exclusion ou la destitution du tuteur. Il appartient naturellement au subrogé tuteur de faire à cet effet les diligences nécessaires. Tout parent ou allié, du degré de cousin germain, au moins, peut également requérir la convocation du conseil, que le juge de paix peut d'ailleurs toujours convoquer d'office, mais dont il ne peut refuser la convocation lorsqu'il en est formellement requis par une personne de la qualité ci-dessus. V. art. 446.

199. La délibération du conseil de famille est une sorte de condamnation, qui comme telle doit être motivée, et qui ne doit point être portée contre le tuteur sans qu'il ait été mis à même de se défendre. Voy. art. 447.

200. Cette condamnation, du reste, n'est pas définitive, et peut donner lieu à recours devant les tribunaux. A cet égard, notre Code prévoit trois cas : 1° adhésion du tuteur; 2° réclamation de sa part sans recours direct devant les tribunaux; 3° attaque dirigée par lui. Au premier cas, tout débat semble terminé par la mention contenue au procès-verbal; et le nouveau tuteur, qui, selon nous, est toujours nommé par la délibération même, entre immédiatement en fonction. Au second cas, l'homologation est poursuivie par le subrogé tuteur, au troisième, le tuteur demandeur assigne lui-même le subrogé tuteur. Dans ces deux derniers cas, les parents ou alliés peuvent intervenir dans le débat qui s'engage entre le tuteur et le subrogé tuteur, mais notre Code borne cette faculté à ceux qui auraient requis la convocation. V. art. 448, 449.

200 *bis*. I. La loi ayant ici réglé d'une manière spéciale le recours devant les tribunaux, il s'ensuit que les règles établies à ce

sujet par le Code de procédure, pour les cas ordinaires (C. pr., art. 883-888), ne doivent pas être indistinctement appliquées :

Ainsi, je crois : 1° que le tuteur seul serait admis à réclamer contre la délibération, unanime ou non, qui prononce son exclusion ou sa destitution (C. civ., art. 448, al. 1er; nonobst., C. pr., art. 883 et 888);

2° Que le tuteur ne doit, en général, assigner que le subrogé tuteur (C. civ., art. 448, al. dern.; nonobst. C. pr., art. 883 *in fin.*).

200 *bis*. II. Toutefois, je n'entends pas dire par là que l'assemblée ne pourrait charger un autre que le subrogé tuteur de poursuivre l'homologation de sa délibération ou de la défendre contre l'attaque qui serait dirigée par le tuteur. Cette faculté, supposée plutôt qu'établie par l'article 387 du Code de procédure, me paraît en effet exister de droit pour le conseil de famille, et je la crois sous-entendue dans l'article 448, quoique cet article, statuant *de eo quod plerumque fit*, n'ait désigné pour la poursuite et pour la défense que le subrogé tuteur.

200 *bis*. III. Pareillement, il me paraîtrait difficile de refuser à un membre quelconque de la majorité le droit d'intervenir, quoique ce droit ne soit proclamé par l'article 449 que pour ceux qui ont requis la convocation de l'assemblée.

200 *bis*. IV. Quant au cas où l'exclusion ou la destitution proposée n'aurait pas été admise par la majorité du conseil de famille, il n'est pas prévu par le Code, et j'en conclus purement et simplement que le droit commun lui est applicable. Ainsi, les tribunaux ne pourraient être saisis qu'autant que la délibération n'aurait pas été unanime; mais si en effet elle ne l'a pas été, le droit de se pourvoir appartiendra, soit au subrogé tuteur, soit à tout autre membre dissident (C. pr., art. 883). La demande alors devra, aux termes de la loi, être formée contre les membres qui auront été d'avis de la délibération. Mais évidemment il faudra bien aussi mettre en cause le tuteur. Car le tribunal ne peut pas, plus que ne l'aurait pu le conseil de famille, prononcer son exclusion ou sa destitution sans qu'il ait été entendu ou appelé (v. art. 447).

201. De quelque manière, au surplus, que les tribunaux soient saisis, entre quelques personnes que le débat ait lieu, l'affaire doit s'instruire et se juger comme affaire urgente

(art. 449, et C. pr., 884); elle est, de sa nature, susceptible de deux degrés de juridiction (art. 448, et C. pr., 889).

201 *bis.* Quelque soin que prenne la loi pour hâter la décision du litige, il peut certainement y avoir danger à laisser, pendant sa durée, l'administration au tuteur. Aussi, le droit romain voulait-il que la simple accusation du tuteur comme suspect lui fît provisoirement interdire l'administration (1). Cette disposition, n'étant pas reproduite par la loi, ne peut sans doute être directement appliquée; bien plus, la loi semble elle-même supposer que le tuteur réclamant conservera provisoirement ses fonctions : car c'est seulement au cas d'adhésion de sa part qu'elle prescrit l'entrée en fonction du nouveau tuteur. Quoi qu'il en soit, je crois, par argument de l'article 135-6° du Code de procédure, que le conseil de famille, en prononçant l'exclusion ou la destitution, pourrait ordonner l'exécution provisoire de sa décision; droit, du reste, qui, aux termes de l'article cité, sainement entendu, appartiendrait incontestablement au tribunal de première instance prononçant sauf l'appel.

SECTION VIII.

De l'administration du tuteur.

202. Prendre soin de la personne du mineur, et le représenter, administrer ses biens en bon père de famille, là se réduisent les pouvoirs du tuteur, là se bornent ses obligations. V. art. 450, al. 1 et 2.

203. Le soin que le tuteur droit prendre de la personne s'applique à l'éducation physique et morale; il doit donc nourrir, entretenir, élever le pupille, le tout aux dépens de ce dernier, eu égard à son rang et à sa fortune.

Il doit aussi veiller sur sa conduite; il participe même jusqu'à un certain point au droit de correction attribué par la puissance paternelle (art. 468).

203 *bis.* La direction de l'éducation et la garde du mineur peuvent évidemment rentrer dans l'obligation imposée au tuteur de

(1) V. *Just.* Inst., § 7, Gord., L. 7, Cod. *de susp. tut.*

prendre soin de la personne; je dis même qu'elles y rentrent naturellement, s'il n'y a pas été autrement pourvu. Mais ce n'est pas là un attribut essentiel de la tutelle, comme ce l'est au contraire de la puissance paternelle (v. art. 372, 373). C'est pour cela que, dans le cas où le mineur ayant père ou mère se trouverait avoir un autre tuteur, c'est en général au père ou à la mère, et non au tuteur, qu'appartiendraenit la garde et la direction de l'éducation (v. ci-dess., n° 117 *bis*. I).

De ce que l'attribut n'est pas essentiel, je conclus que dans tous les cas il pourrait être détaché des fonctions du tuteur, pour le plus grand intérêt de l'enfant (1). J'en dirais tout autrement si l'on prétendait modifier l'exercice des pouvoirs légaux inhérents à la qualité de tuteur, *puta*, le droit de représenter le mineur et d'administrer ses biens; car le tuteur n'est obligé d'accepter sa fonction que telle que la loi l'a faite et organisée.

Il est du reste bien entendu que le tuteur à qui n'appartiendraient pas la garde et la direction de l'éducation ne serait pas, pour cela, affranchi du devoir de surveillance, évidemment compris dans l'obligation de prendre soin de la personne.

204. Le tuteur étant le représentant légal de son pupille, il s'ensuit qu'il peut, en général, contracter ou plaider pour lui. Nous en concluons même qu'à la réserve des dispositions à titre gratuit, qui lui sont interdites par la nature même de ses fonctions, il peut, sans formalité ni restriction, faire valablement tous les actes qu'une loi expresse n'a pas prohibés ou assujettis à certaines conditions.

205. L'obligation d'administrer les biens en bon père de famille le rend responsable, tant de la mauvaise gestion que du défaut de gestion. Dans l'un ou l'autre cas, le tuteur serait tenu de dommages-intérêts.

206. L'administration du tuteur doit avoir pour base et pour fondement unique l'intérêt du mineur. Il faut donc éviter avec grand soin tout ce qui pourrait mettre en opposition les intérêts de l'administrateur et ceux de l'administré. De là la

(1) V. à ce sujet C. C., rej., 8 août 1815 (J. P., tom. 44, pag. 44).

prohibition d'acheter ou de prendre à ferme les biens du pupille, la dernière toutefois moins absolue que la première ; car le conseil de famille peut autoriser à passer bail au tuteur au nom du pupille, qui naturellement alors sera représenté par le subrogé tuteur. De là encore la défense d'accepter la cession d'aucun droit ou créance, défense qui repose en outre sur la crainte d'une fraude trop facile au tuteur. V. art. 450, al. dern., jung. art. 1596.

206 *bis*. I. La vente des biens de mineurs ne pouvant avoir lieu que dans les cas où elle est prescrite par la loi (art. 452), ou en vertu d'autorisation accordée en connaissance de cause (art. 457), et la vente, dans tous les cas, ne se faisant qu'aux enchères publiques (art. 452, 459), il semble d'abord qu'il y ait pour le mineur plutôt inconvénient qu'avantage à interdire au tuteur le droit de porter une enchère, qui ne pourrait que faire monter le prix. Mais on a craint, avec raison, que le tuteur, s'il avait le dessein d'acquérir, n'abusât de sa position pour écarter les enchérisseurs. Tel est le motif particulier de la prohibition portée par notre article et de nouveau consacrée et sanctionnée par l'article 1596.

206 *bis*. II. La prohibition, étant générale, s'applique aussi bien aux ventes sur licitation ou sur saisie immobilière qu'aux ventes volontaires. Et toutefois il me paraît impossible d'interdire l'enchère au tuteur colicitant, ou, en cas de saisie, au tuteur créancier, car ce serait attenter à son droit de copropriétaire ou à son droit de gage. Quant au cas où il serait lui-même poursuivant, il y a évidence, puisqu'il doit faire une mise à prix, pour laquelle il demeure adjudicataire, s'il ne survient pas d'enchères (C. pr., art. 706, 964, 972). Du reste, comme la faculté d'enchérir pour son propre compte est incompatible avec le rôle de représentant du mineur saisi ou colicitant, il est évident que ce rôle ne pourra, dans l'instance, être rempli par le tuteur. Et comme en cas de licitation il ne pourra l'être non plus par le subrogé tuteur, qui, dans cette instance, a lui-même son rôle particulier (v. art. 452, 455, 460), ce sera le cas de faire nommer un tuteur spécial, ainsi qu'il est prescrit par l'article 838, pour un cas analogue.

206 *bis*. III. La cession d'une créance ou d'un droit contre un tiers ne s'accepte souvent que dans des vues de spéculation et pour

un prix inférieur au montant de la créance ou à la valeur du droit. Une pareille spéculation ne doit pas être permise au tuteur, quand c'est contre son mineur que compète le droit ou la créance. Car si l'affaire est bonne, c'est pour le compte de son mineur plutôt que pour le sien propre qu'il doit chercher à la conclure. Il serait à craindre, d'ailleurs, que le tuteur ne profitât de son initiation dans les affaires du mineur pour ressusciter ainsi à son profit quelque créance éteinte, ou contre laquelle il existerait des moyens de défense connus de lui seul, et qu'il pourrait supprimer. Il suffirait, pour cela, que la quittance ou autre pièce libératoire n'eût point été, comme elle aurait dû l'être, constatée dans l'inventaire. La loi prévient ces fraudes par sa prohibition.

206 *bis*. IV. Mais quelle est la sanction de la prohibition? La novelle 72, où se trouve l'origine de cette disposition, la faisait consister dans la libération complète du mineur, tant envers le cédant, qui avait abdiqué son droit, qu'envers le curateur, qui n'avait pu l'acquérir (1). Mais cette disposition rigoureuse n'était pas suivie dans l'ancien droit coutumier (2); et comme il est, en effet, inique de faire enrichir le mineur aux dépens d'autrui, on obligeait celui-ci à tenir compte au tuteur, non pas, il est vrai, du montant intégral de la créance, mais de ce qu'il lui en avait coûté pour l'acquérir. Dans ce système, on le voit, la cession subsiste avec tous ses effets entre le cédant et le cessionnaire, et parce qu'elle subsiste à l'égard du cédant, elle produit l'effet de libérer le mineur envers lui. Mais on refuse à cette cession l'effet d'obliger le mineur envers le tuteur cessionnaire, et l'on n'accorde à celui-ci qu'un recours d'équité fondé sur la libération qu'il a procurée au mineur à ses dépens. Je ne vois pas de raison pour s'écarter, en général, de cette doctrine, qui protége suffisamment le mineur, dans l'intérêt duquel seul la prohibition a été établie, et qui d'autre part est rigoureuse, dans une juste mesure, envers le tuteur, auquel seul la prohibition était adressée. Toutefois si le mineur, pour se dispenser de tout remboursement envers le tuteur, préférait demander la nullité de l'opération entière, je crois qu'il le pourrait; mais alors il redeviendrait obligé envers le cédant, qui, de son côté, serait tenu de rendre au tuteur le prix de la cession : car celui-ci se trouverait, par

(1) V. *Just.*, nov. 72, ch. v.
(2) V. Toullier, tom. 2, n° 1232; M. Demolombe, tom. 7, n° 758.

événement, l'avoir payé sans cause. Quant aux frais et loyaux coûts de la cession, ils resteraient, comme de raison, à la charge du tuteur.

206 *bis.* V. La généralité des termes de la loi semble comprendre dans la prohibition toute espèce de cession, même à titre gratuit; la novelle 72 s'en expliquait formellement. Il ne paraîtrait pas même, d'après cela, que l'on pût excepter les différents cas prévus par l'article 1701, où la loi, prenant en considération la position particulière du cessionnaire, maintient en sa faveur, par dérogation à l'article 1699, l'effet intégral d'une cession de droits litigieux. Cela, pourtant, est bien rigoureux, et la loi, sur tous ces points, n'étant pas explicite, je ne sais si les tribunaux excéderaient leur pouvoir en appliquant ici, par analogie, l'article 1701.

206 *bis.* VI. Ce qu'il y a de certain, c'est que la prohibition, ne s'appliquant qu'à l'acceptation d'une cession, ne comprendrait pas la transmission du droit ou de la créance au tuteur par succession ou même par legs.

206 *bis.* VII. Je n'hésite pas non plus à décider, en principe, que le tuteur peut, en payant de ses deniers le créancier de son pupille, être légalement ou conventionnellement subrogé aux droits de ce créancier. Il n'y a pas de difficulté pour le cas de subrogation légale (v. à ce sujet, art. 1251), car il n'y a rien là qui ressemble à une cession *acceptée.* Mais j'applique ma proposition même à la subrogation conventionnelle. Car bien que cette subrogation, au cas particulièrement où elle est consentie par le créancier (v. art. 1250-1°), se rattache, jusqu'à un certain point, à l'idée de cession, elle en diffère toujours essentiellement par le but de l'opération, dont l'objet principal est ici de libérer le débiteur par le payement, en réservant seulement, à celui qui lui rend ce service, les sûretés dont il a besoin pour le recouvrement de ses avances; tandis qu'une cession ne s'accepte ordinairement que dans un but de spéculation.

Toutefois, comme on pourrait souvent, pour éluder la loi, chercher à déguiser sous l'apparence d'une subrogation une véritable cession, et qu'à ce point de vue l'opération, licite en soi, si elle est sincère, pourrait plus tard être critiquée comme simulée, le tuteur agira prudemment, lorsque, voulant réellement payer avec subrogation la dette de son pupille, il fera préalablement reconnaître par

le conseil de famille l'utilité du payement qu'il se propose de faire, et par conséquent la sincérité de son opération.

Du reste, ce n'est là qu'un conseil de prudence, de l'observation duquel ne dépend pas nécessairement la validité de la subrogation. Seulement, le tuteur qui n'a pas pris cette précaution sera exposé à voir attaquer, comme cession déguisée, la subrogation qu'il se sera fait consentir; et sur cette contestation, les juges statueront suivant les circonstances.

207. Le Code, dans cette section, détaille quelques-unes des obligations du tuteur (art. 451-456); il trace ensuite la limite de ses pouvoirs dans divers cas particuliers (art. 457-468).

§ I.

Obligations du tuteur.

208. Avant tout, le tuteur doit faire constater les forces du patrimoine qu'il est chargé d'administrer, et dont il sera comptable. La conservation de ce patrimoine a pu ou non être assurée par une apposition de scellé (v. à ce sujet, C. civ., art. 819, et C. pr., 907-915). Si cette apposition a eu lieu, il doit être procédé à la levée (C. pr., art. 928-940), et dans tous les cas à l'inventaire (C. pr., art. 941-944), dans un délai de dix jours (voy. pourtant art. 795, et C. pr., 174). On conçoit, au reste, que la loi doive exiger ici la présence du subrogé tuteur. V. art. 451, al. 1.

208 *bis*. I. C'est à partir de sa *nomination* dûment connue de lui que la loi fait courir le délai dans lequel le tuteur doit requérir la levée des scellés et faire procéder à l'inventaire. Ainsi, les termes de la loi ne s'appliquent qu'au tuteur *nommé;* mais sa pensée, évidemment, est de comprendre dans sa disposition les tuteurs de toutes les classes, et de faire courir le délai du jour où le tuteur a su qu'il était appelé à cette fonction.

208 *bis*. II. L'obligation de commencer l'inventaire dans les dix jours n'est formellement établie par l'article 451 que dans l'hypothèse d'une apposition de scellés. C'est en effet la levée du scellé que la loi prescrit de requérir dans ce délai, et c'est seulement

par voie de conséquence que l'inventaire se trouve compris dans cette prescription, comme devant suivre immédiatement. On peut même soutenir que la brièveté du délai n'a sa cause que dans la nécessité de lever promptement l'entrave qu'apporte à l'administration l'existence du scellé. Toutefois, comme la loi elle-même prévoit le cas où le scellé n'aurait pas été apposé, et qu'apparemment elle n'a pas voulu que cette circonstance dispensât de faire inventaire; comme d'ailleurs il importe toujours, pour prévenir les soupçons sur la fidélité et l'exactitude de l'inventaire, d'y faire procéder le plutôt possible, je crois que la pensée du législateur a été que le délai s'appliquât, dans un cas comme dans l'autre, à la confection de l'inventaire. La question, du reste, offre peu d'intérêt; car, l'observation du délai n'étant garantie par aucune sanction particulière, on pourra seulement conclure de son inobservation que le tuteur est en faute : et cette faute, qui consistera dans le retard plus ou moins prolongé, sera toujours appréciée par les tribunaux avec plus ou moins de rigueur ou d'indulgence, suivant les circonstances.

208 *bis*. III. La formalité de l'inventaire est particulièrement prescrite si le tuteur est le survivant des père et mère mariés en communauté. L'article 1442 règle pour ce cas les conséquences du défaut d'inventaire; non-seulement alors la consistance des biens et effets communs peut être prouvée, même par commune renommée, mais le survivant perd l'usufruit légal (1), et le subrogé tuteur est solidairement tenu avec lui des condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs. Évidemment, au reste, toutes ces conséquences rigoureuses sont évitées par la confection de l'inventaire dans le délai légal, et ce délai ici, n'ayant pas été fixé d'une manière spéciale, ne peut être que le délai ordinaire de trois mois, sauf prolongation. J'ajoute, comme je l'ai déjà fait, qu'après l'expiration des délais la confection de l'inventaire est tardive, et pourrait, suivant les cas, être assimilée au défaut d'inventaire. Mais je n'en conclus pas qu'elle doive l'être nécessairement (2).

208 *bis*. IV. Quant au tuteur auquel l'article 1442 ne serait pas applicable, l'omission de l'inventaire prescrit par l'article 451 constituerait certainement, de sa part, une faute grave; et, de là, le

(1) V. ci-dessus, n° 132 *bis*. III.
(2) V. ci-dessus, n° 132 *bis*. IV.

droit commun autorise à conclure que le mineur, privé par cette faute du titre destiné à constater la consistance de son patrimoine, devrait être admis à prouver cette consistance par tous les moyens possibles (v. art. 1348, 1353), et même conséquemment par la commune renommée (v. à sujet art. 1415, 1504). Ajoutons que, cette faute étant jusqu'à un certain point commune au subrogé tuteur, il pourrait en être déclaré responsable, et tenu *in solidum* des condamnations prononcées au profit des mineurs.

208 *bis*. V. L'obligation de faire inventaire me paraît de l'essence de la tutelle, et généralement de toute administration du bien d'autrui. Justinien, pourtant, en exceptait le cas où le tuteur en avait été dispensé par le testament qui transmettait les biens au mineur (*Justin.*, L. 13, § 1, Cod., *Arb. tut.*). Mais je ne crois pas que cette exception, non rappelée par la loi, puisse être admise dans notre droit. Vainement invoquerait-on au contraire le principe qui permet en général au donateur, maître de ne pas donner, d'imposer à sa libéralité telle condition que bon lui semble, pour en étendre ou diminuer l'effet. Ce principe n'a pas d'application aux conditions contraires aux lois; et je considère comme telle la condition dont il s'agit, car elle détruirait véritablement, en la dénaturant, la propriété que la disposition avait pour objet de conférer. Le testateur, sans doute, pouvait ne pas donner les biens; mais il n'a pas pu, en les donnant, priver celui qu'il fait propriétaire du moyen d'assurer la conservation de sa chose. Selon moi, donc, la dispense d'inventaire serait réputée non écrite (art. 900); et cela, sans qu'il y ait lieu à distinguer si le mineur était ou non héritier à réserve du donateur ou testateur.

209. Tout inventaire doit contenir, avec la description exacte du mobilier corporel, la déclaration des titres actifs et passifs (C. pr., art. 943), sans préjudice, bien entendu, du droit des créanciers qui se feraient connaître plus tard; mais, pour prévenir les fraudes, la loi exige du tuteur créancier une déclaration dans l'inventaire, à peine de déchéance : et pour que l'ignorance de cette disposition rigoureuse ne l'expose pas à perdre ses droits, elle veut qu'il soit formellement interpellé à ce sujet par l'officier public. V. art. 451, al. dern.

209 *bis*. I. La fraude que le tuteur pourrait commettre, en faisant revivre, par le recouvrement du titre, ou par la suppression des quittances, une créance éteinte, est un des motifs qui lui font défendre d'accepter la cession d'une créance contre son pupille (v. ci-dessus, n° 206 *bis*. III). La même crainte de fraude s'appliquerait à l'égard d'une créance personnelle au tuteur qui ne se révèlerait que pendant la tutelle ou à son expiration. De là l'obligation qu'on lui impose, s'il est en effet créancier, de le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance.

209 *bis*. II. Toutefois, le défaut de déclaration n'emporte déchéance qu'autant que le tuteur a été formellement requis de faire cette déclaration; cela me paraît résulter assez clairement des termes de la loi. On sent, au reste, qu'il y aurait injustice à ce qu'il en fût autrement : car, bien que chacun soit censé connaître la loi, il arriverait souvent, en fait, que le tuteur aurait ignoré l'obligation qui lui était imposée; et il serait trop rigoureux que la simple erreur de droit lui causât une perte réelle (v. *Pap.*, LL. 7 et 8, ff. *de jur. et fact. ignor.*).

209 *bis*. III. Mais, lorsque la réquisition a été faite, et que la constatation dans l'inventaire en fournira la preuve, la déchéance sera absolue; car on se trouvera alors dans les termes de l'article 1352, qui n'admet aucune preuve contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice. Seulement, comme cet article même me paraît, dans sa disposition finale, réserver la ressource du serment et de l'aveu judiciaires, je ne refuserai point au tuteur l'emploi de ces deux moyens de preuve.

209 *bis*. IV. Ainsi expliquée, la déchéance prononcée par l'article 451 n'offre rien d'inique; car le tuteur à qui l'action est refusée est réputé n'être pas vraiment créancier, et cette présomption s'appuie, à bien dire, sur son propre aveu. Cependant la justice de la base manquerait si le tuteur, au moment où la réquisition lui était adressée, avait juste sujet d'ignorer l'existence de sa créance; *puta*, si cette créance lui provenait d'une succession dont il ignorait l'ouverture à son profit ou dont il ne savait pas que la créance fît partie. Je crois qu'alors la déchéance ne devrait pas être appliquée. Vainement opposerait-on les termes absolus de l'article 1352, qui ne permettent pas de prouver contre la présomption de la loi. Ma

réponse est que le tuteur n'est pas alors dans le cas de la présomption légale, qui me paraît reposer uniquement sur le défaut de déclaration d'une créance qu'il devait connaître. Or c'est précisément ce fondement qui manque, par rapport à la créance qu'il avait juste sujet d'ignorer.

210. L'inventaire fait, il importe ordinairement au mineur que l'on convertisse en capitaux productifs des biens qui par leur nature sont stériles et sujets à dépérissement. Cette règle s'applique, en général, à *tous les meubles* (ajoutez *corporels*); mais le conseil de famille, juge à cet égard de l'intérêt du pupille, peut autoriser la conservation en nature. La vente, si elle a lieu, doit être faite dans la forme la plus propre à assurer un prix avantageux et à prévenir toute fraude. Elle se fait donc par le ministère d'un officier public, en présence du subrogé tuteur; elle doit au préalable être annoncée par des affiches ou publications : l'accomplissement de cette formalité est assuré par la mention que l'officier public doit en faire dans le procès-verbal de vente. V. art. 452; v. à ce sujet C. pr., art. 945-952, 617-625.

210 *bis*. Les motifs qui font prescrire la vente des meubles s'appliquent évidemment à tous les meubles corporels, et ne s'appliquent qu'à ceux-là. Il ne faut donc ni s'attacher à l'interprétation restrictive qui résulterait de l'article 533, ni conclure de ce que le mot *meuble* semble ici employé par opposition au mot *immeuble* (comp. art. 457), que la disposition s'appliquerait à tous les biens que la loi répute meubles. Nous verrons, au reste, au paragraphe suivant, dans quelle forme devraient être vendus, s'il y avait lieu, les biens meubles auxquels ne s'applique pas l'obligation dont il s'agit ici (v. ci-dessous, n° 220).

211. Quel que soit l'intérêt des mineurs, les père et mère usufruitiers ne peuvent être privés du droit attaché à ce titre (v. art. 589); ils ne sont donc pas tenus de faire vendre les meubles. Seulement il est nécessaire d'en constater la valeur actuelle : soit en vue de la restitution en nature, pour qu'on puisse apprécier alors les détériorations provenant de la faute

de l'usufruitier; soit surtout en vue du cas où la représentation en nature ne *pourrait* avoir lieu, car alors il faudrait payer en argent, et c'est cette valeur qui devrait être payée. A cet effet les père et mère doivent faire faire une estimation *à juste valeur;* cette estimation est à leurs frais, car elle est une condition de leur jouissance; il y est procédé par un expert, nommé par le subrogé tuteur, et qui prête serment devant le juge de paix. V. art. 453.

211 *bis*. I. L'estimation des meubles, spécialement prescrite ici, semble faire double emploi avec celle qui doit avoir lieu en général dans l'inventaire (v. C. pr., art. 943-3°). Pour éviter ce double emploi, il conviendra, dans le cas prévu par notre article, de soumettre aux conditions ici exigées le commissaire-priseur ou expert qui assiste le notaire dans l'inventaire, et de laisser les frais de ses vacations à la charge du père ou de la mère. J'ajoute que, s'il y avait d'autres intéressés à l'inventaire que le tuteur et le mineur, et que les experts fussent nommés dans les termes de l'article 935 du Code de procédure, l'estimation faite par eux remplacerait parfaitement celle qui est ici prescrite; quant aux frais, ils devraient être supportés en commun par tous les intéressés. Seulement, la portion afférente au mineur serait à la charge du parent usufruitier.

211 *bis*. II. L'estimation doit être faite à *juste valeur :* c'est encore la règle ordinaire (C. pr., art. 943-3°). Partout, en effet, la loi proscrit l'abus ancien des estimations au-dessous de la valeur, qu'on ne ramenait à l'exactitude qu'au moyen de la *crue* (v. à ce sujet art. 825, 868). Mais la règle, ici, doit être d'autant plus scrupuleusement observée que l'estimation pourra tenir lieu aux mineurs de prix de vente.

211 *bis*. III. L'estimation pourtant ne vaut pas absolument vente, puisque les père et mère conservent le droit de représenter les meubles en nature après en avoir joui. Je dis plus, c'est là précisément leur obligation (v. art. 589). Mais, parce qu'il est impossible d'assurer l'exécution de cette obligation, et qu'en fait les père et mère ont vraiment la disposition des meubles sujets à leur usufruit, la loi les soumet, en quelque sorte à titre de peine, à rendre la valeur estimative de ceux qu'ils ne représentent pas.

Cette valeur, ordinairement, sera supérieure à celle qu'auraient,

à la fin de l'usufruit, les meubles, s'ils avaient été conservés; car ils seraient alors plus ou moins détériorés par l'usage, sans qu'on pût demander compte à l'usufruitier de ces détériorations provenues sans dol ni faute de sa part (art. 589) : et toutefois il n'y a point d'injustice à exiger de l'usufruitier, qui n'est placé dans cette position que par sa faute, la valeur primitive, valeur peut-être par lui réalisée dès le principe, et dont le prix dès lors a pu produire intérêt à son profit.

Mais ce raisonnement ne s'appliquerait pas s'il était prouvé que les meubles non représentés ont péri par cas fortuit ou force majeure. Cependant, la loi, déclarant ici, indistinctement, les père et mère tenus de la valeur estimative des meubles *qu'ils ne pourraient* représenter en nature, plusieurs en concluent que la perte même par cas fortuit ne les dispenserait pas de cette obligation. Pour moi, je ne puis me ranger à cette doctrine, qui supposerait que l'estimation des meubles, sans en transporter la propriété aux père et mère, les aurait du moins mis à leurs risques (v. à ce sujet art. 1822). Mais alors on serait obligé, sans texte et contre le prescrit formel de l'article 589, de rendre aussi les père et mère responsables des simples détériorations survenues par cas fortuit. C'est ce que je ne puis admettre, et j'aime mieux appliquer purement et simplement le principe qui libère le débiteur de corps certain par la perte de la chose due (art. 1302). Le texte de notre article ne me paraît pas assez formel pour que je suppose au législateur l'intention de s'éloigner de ce principe, quand il s'agit surtout d'un débiteur aussi favorable que l'est un père ou une mère.

211 *bis*. IV. Le tuteur non usufruitier, que le conseil de famille aura autorisé à conserver des meubles en nature, n'acquerra pas par là le droit de les employer à son usage propre; mais il pourra les faire servir à l'usage des mineurs, et ne répondra pas des détériorations qu'ils pourront subir sans sa faute. Quant à celui qui, sans y être autorisé, aura manqué de faire vendre les meubles, il devra évidemment indemniser les mineurs de tout le tort que leur aura causé cette omission; l'indemnité comprendra et les dépréciations que les meubles ont pu subir pendant la durée de la tutelle, et l'intérêt qu'aurait produit leur prix si la vente avait eu lieu comme la loi le prescrivait.

212. L'inventaire et la vente du mobilier ne sont pas les seules opérations préliminaires auxquelles donne lieu l'établissement de la tutelle. Il convient de régler la dépense annuelle qui sera permise au tuteur, et d'assurer l'emploi de l'excédant des revenus.

C'est au conseil de famille qu'est attribué le droit de fixer approximativement la dépense tant pour la personne du mineur que pour l'administration de ses biens. Ce règlement comprenant toutes les dépenses de ce genre, c'est à lui de spécifier si le tuteur sera autorisé à se faire aider par un ou plusieurs administrateurs salariés aux dépens du pupille. Ces administrateurs, du reste, géreraient sous la responsabilité du tuteur, il va sans dire dès lors qu'il les choisirait lui-même.

Le règlement, on le sent bien, doit avoir lieu dès l'entrée en exercice; il est prescrit en général dans toute tutelle. Toutefois il y a exception pour la tutelle des père et mère; ce qui est sans difficulté quand ils sont usufruitiers, puisque toute la dépense alors est à leur charge (art. 385). V. art. 454.

212 *bis*. I. Le droit accordé au conseil de famille pour la fixation de la dépense annuelle emporte virtuellement celui de déterminer le genre d'éducation qui devra être donné au mineur. Cela, d'ailleurs, est en parfaite harmonie avec la doctrine ci-dessus admise et suivant laquelle la direction de l'éducation du mineur n'entre pas comme élément essentiel dans la fonction de tuteur (v. ci-dessus, n° 203 *bis*).

212 *bis*. II. En subordonnant ici à l'autorisation du conseil de famille le droit pour le tuteur de se faire aider par des administrateurs gérant sous sa responsabilité, la loi évidemment n'a en vue que le salaire qui leur serait accordé aux frais du mineur. Du reste, il est bien entendu que le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation pour établir, sous sa responsabilité, des agents par lui salariés.

212 *bis*. III. Le tuteur qui n'a pas fait fixer la dépense annuelle, comme la loi le lui prescrivait, sera exposé plus tard à voir critiquer, comme excessives, et par conséquent non utiles, les dépenses qu'il aurait faites, et à s'en voir refuser l'allocation, lors même qu'elles seraient dûment justifiées par quittance (v. art. 471). Dans tous les cas, cette omission l'obligera à fournir un compte plus dé-

taillé des dépenses qu'il aura pris ainsi sur lui de faire, et l'exposera à un examen plus sévère.

212 *bis.* IV. L'exception ici établie en faveur des père et mère n'est pas, comme dans l'article 453, subordonnée à l'existence de leur droit d'usufruit. Le motif, sans doute, est plus évident pour le parent usufruitier. Mais la considération de la puissance paternelle suffit, dans tous les cas, pour justifier la position plus indépendante qui est ainsi faite aux père et mère.

212 *bis.* V. De cette indépendance il résultera qu'on leur allouera souvent une dépense importante, dont l'allocation, au contraire, serait refusée à un autre tuteur; car celui-ci pourrait être considéré comme en faute, par cela seul qu'il aurait agi sans autorisation. Tandis que pour les père et mère on aura seulement à examiner s'ils ont bien ou mal agi. Je citerais, à cet égard, comme application, le salaire d'un administrateur, qui, à défaut d'autorisation, ne devrait jamais être alloué à un autre tuteur, tandis qu'on pourrait, suivant les cas, l'allouer au père ou à la mère. Selon moi, en effet, la seconde disposition de l'article 454, qui établit, pour cet objet, la nécessité de l'autorisation, n'est qu'un appendice de la première, que la loi elle-même déclare n'être pas applicable aux père et mère. Cela, au reste, me semble évident, puisque c'est par l'acte même qui fixe la dépense annuelle que doit être autorisé, s'il y a lieu, l'emploi des agents salariés.

213. C'est aussi le conseil de famille qui détermine la somme à laquelle commence l'obligation de faire emploi. L'emploi, du reste, doit avoir lieu, soit que le tuteur ait fait ou non déterminer la somme. Dans les deux cas, le tuteur a pour cela un délai de six mois, qui court, soit du jour où la somme fixée est complète, soit du jour où une somme quelconque est entrée dans ses mains. Les six mois passés, le tuteur doit les intérêts de plein droit. V. art. 455, 456; et remarquez que la loi ne pose ici de règle que pour l'emploi des revenus. Du reste il est évident que le tuteur doit surtout employer les capitaux, s'il y en a, et qu'à leur égard il n'y a pas lieu à détermination de somme.

213 *bis.* I. Évidemment le délai fixé par la loi, pour l'emploi de

l'excédant des revenus, doit s'appliquer aux capitaux existants sans emploi lors de l'ouverture de la tutelle, et dans cette catégorie il faut comprendre, et les deniers comptants trouvés en caisse, et le prix de la vente du mobilier. Les six mois alors devraient courir du jour de la clôture de l'inventaire (v. à ce sujet art. 1065).

Quand aux capitaux recouvrés pendant le cours de la tutelle, le délai doit courir du jour du remboursement; mais, quoique la loi, dans un cas analogue, celui de substitution, n'accorde alors, pour l'emploi, qu'un délai de trois mois (art. 1066), je crois que, par application des articles 455 et 456, le tuteur doit toujours jouir du délai de six mois.

213 *bis*. II. La loi n'a pas ici, comme en matière de substitution, prescrit spécialement le mode d'emploi (v. art. 1067). De droit commun, donc, le choix appartient au tuteur sous sa responsabilité. Toutefois je crois que le conseil de famille pourrait, à cet égard, lui prescrire des règles, ce pouvoir me paraissant être une conséquence naturelle du droit qu'a ce conseil de déterminer la somme à laquelle commencera l'obligation de faire emploi.

213 *bis*. III. Les intérêts que doit le tuteur à défaut d'emploi dans les six mois sont l'indemnité du tort qu'il a causé au mineur, par sa faute, en laissant les capitaux oisifs. Mais le tuteur, évidemment, serait tenu à un autre titre, s'il avait employé l'argent à son usage. Nul doute alors que, conformément aux anciens principes, formellement consacrés par le Code pour le cas analogue de mandat, il ne dût les intérêts à dater de l'emploi (v. art. 1996; *Ulp.*, L. 7, § 11, ff. *de adm. vel per. tut.*).

213 *bis*. IV. Quant aux intérêts à exiger comme indemnité du défaut de placement, il semble bien résulter des termes de la loi, non-seulement qu'il ne sont pas dus pour le temps antérieur à l'emploi, si cet emploi a eu lieu dans le délai légal; mais que, dans le cas même où l'emploi n'aurait pas été fait dans ce délai, les intérêts ne commenceraient à courir qu'à partir de l'expiration des six mois. Toutefois, dans ce dernier cas, le tuteur étant évidemment en faute, il y aura lieu d'examiner de plus près si par hasard le retard du placement ne proviendrait pas de ce qu'il avait employé les deniers à son usage; mais il faudrait toujours que ce fait fût prouvé pour que le tuteur fût privé du bénéfice du délai.

213 *bis*. V. Le tuteur ne doit pas seulement employer, pour les

rendre productifs, les capitaux qu'il a recouvrés, il doit faire diligence pour recouvrer ceux qui sont dus, et se mettre ainsi à même de les employer. S'il y apporte de la négligence, non-seulement il s'expose à répondre de l'insolvabilité qu'il aurait laissée survenir; mais, dans tous les cas, il doit compte des intérêts que ces capitaux auraient dû produire s'il les avait recouvrés et replacés en temps utile (v. *Paul,* L. 15, ff. *de adm. vel per. tut.*). J'entends donc que s'il lui a été possible d'obtenir le payement à l'échéance et qu'il ait négligé de le faire, il devra les intérêts à partir de six mois depuis cette échéance.

213 *bis.* VI. Les mêmes principes s'appliqueraient si c'était par le tuteur lui-même que la somme fût due au mineur; *nam debuit a semetipso exigere.* De là il résulte que si le tuteur était débiteur sans intérêt, il cesserait de jouir de ce bénéfice à l'échéance; et toutefois s'il était établi qu'il a cessé dès lors d'employer les deniers à son profit, je ne ferais courir les intérêts qu'après six mois.

213 *bis.* VII. Il semble exister une certaine liaison entre l'article 455, qui charge le conseil de famille de déterminer la somme à laquelle devra commencer l'emploi, et l'article précédent, qui attribue à ce conseil le règlement de la dépense annuelle; mais cette liaison, selon moi, n'est pas telle qu'elle autorise à sous-entendre dans les articles 455 et 456 l'exception établie par l'article 454 en faveur des père et mère. Il est vrai que la loi ne les comprend pas nommément dans sa disposition, comme elle a soin de le faire dans l'article suivant; mais c'est encore là une induction insuffisante pour créer une exception.

Sans doute le titre d'usufruitier, qui presque toujours leur appartiendra, suffira pour affranchir les père et mère des règles relatives à l'emploi. Mais toutes ces règles, avec les conséquences que nous en avons tirées, doivent, à mon avis, s'appliquer à eux, comme à tout autre tuteur, s'ils n'ont pas la jouissance légale.

§ II.

Actes qui excèdent les pouvoirs ordinaires du tuteur.

214. Chargé d'administrer, le tuteur doit conserver le patrimoine et l'améliorer, mais non le grever ni en changer la nature. S'il arrivait pourtant que l'intérêt du pupille com-

mandât un emprunt, une hypothèque ou une aliénation d'immeubles, le tuteur, quelle que fût sa qualité, devrait recourir au conseil de famille, qui, en connaissance de cause, donnerait l'autorisation. Cette autorisation ne doit jamais s'accorder que pour nécessité absolue ou pour avantage évident : la nécessité absolue suppose l'insuffisance des deniers, effets mobiliers et revenus ; cette insuffisance doit être établie par la présentation d'un compte sommaire.

Le conseil spécifie les biens à vendre ; il en énonce la nature et la valeur approximative (C. pr., art. 953, al. 1) ; il peut indiquer les conditions de la vente. V. art. 457, et remarquez : 1° que s'il s'agissait non pas de vendre, mais d'hypothéquer, il y aurait lieu également à indication des biens, c'est la conséquence du principe de spécialité admis dans notre système hypothécaire.

Remarquez : 2° que la vente n'est pas le seul mode d'aliénation qui puisse présenter un avantage évident pour le mineur ; cette condition se rencontrerait souvent dans un échange : il n'y a donc aucune raison pour refuser au conseil de famille le pouvoir d'autoriser le tuteur à consentir cet échange.

215. Qu'il s'agisse d'aliénation, d'emprunt ou d'hypothèque, la délibération est sujette à homologation. Dans ce cas comme dans toutes les causes des mineurs (C. pr., art. 83, 2° et 6°), il y a lieu à communication au ministère public. Mais, pour éviter une publicité nuisible, la loi ici veut que le tribunal statue en la chambre du conseil. V. art. 458 ; voy. d'ailleurs, C. pr., art. 885 et suivants.

215 *bis*. La disposition spéciale qui prescrit ici le secret de la chambre du conseil pour la procédure en homologation doit nécessairement s'appliquer au rapport prescrit par l'article 885 du Code de procédure ; et ce nonobstant la disposition générale de l'article 111 du même Code, qui, ayant en vue les rapports sur délibéré ou sur instruction par écrit, veut que tous rapports, *même sur délibérés*, soient faits à l'audience.

Au reste, quoique l'article 458 soit spécial pour le cas d'aliénation, d'hypothèque ou d'emprunt, je crois que la disposition plus générale de l'article 885 du Code de procédure doit être entendue dans le même sens pour toute homologation à poursuivre dans la forme réglée par cet article. Ce qui, selon moi, le prouve, c'est la disposition de l'article 886, qui veut que les conclusions du ministère public soient données, non pas à l'audience, mais par écrit, au bas de l'ordonnance qui ordonne la communication et commet un juge pour faire le rapport.

216. La vente doit être faite dans les formes les plus propres à prévenir les fraudes, et à attirer le plus grand nombre possible d'acheteurs. A cet effet notre Code prescrit la publicité, la présence du subrogé tuteur, la réception des enchères par un magistrat ou par un notaire commis par justice, enfin l'apposition d'affiches dont la loi fixe le nombre, les jours et lieux d'apposition, ainsi que la forme à suivre pour constater l'apposition. V. art. 459. V. au surplus C. pr., art. 954-965; et remarquez : 1° que la présence du subrogé tuteur à la vente n'est pas absolument nécessaire, pourvu qu'il ait été dûment appelé (C. pr., art. 962); 2° Qu'outre l'apposition des placards aux lieux déterminés, la loi exige la publication par la voie des journaux (C. pr., art. 960). Mais elle n'exige plus trois appositions de placards, et n'indique plus le dimanche comme jour de l'apposition unique qu'elle prescrit. Il suffit que cette apposition ait lieu dans un certain délai avant l'adjudication (C. pr., art. 959).

217. Les conditions prescrites pour constater l'utilité de l'aliénation deviennent superflues quand la vente est forcée; ce qui arrive lorsqu'un copropriétaire du mineur veut sortir d'indivision. Dans ce cas, la seule question à examiner est de savoir si le bien peut se partager commodément; et s'il ne le peut pas, le tribunal ordonne la vente par licitation. V. art. 460, 1686; C. pr, 954.

Du reste, la minorité d'un des copropriétaires nécessite pour la licitation l'emploi des formes ci-dessus; elle oblige

notamment d'admettre les étrangers à enchérir : cette admission est un moyen efficace de prévenir le concert frauduleux qui pourrait s'établir entre les copropriétaires du mineur. V. art. 460, 827, 1687 ; C. pr., art. 970, 972, 973.

217 *bis*. C'est seulement quand elle est provoquée contre le mineur que la licitation est dispensée par l'article 460 des formalités exigées par les articles 457 et 458. Il est évident que pour provoquer la licitation au nom du mineur le tuteur aurait au moins besoin d'être autorisé, comme il doit l'être pour provoquer le partage (art. 468). Mais l'homologation n'étant pas exigée quand il s'agit de la demande en partage, l'analogie semble permettre d'en dire autant pour le cas de licitation.

218. Un autre cas de vente forcée, qui ne peut non plus donner lieu à autorisation, est celui d'expropriation poursuivie à la requête d'un créancier. La seule protection particulière qui soit alors accordée au mineur consiste dans la discussion préalable du mobilier, qui n'est pas même toujours exigée (v. art. 2206, 2207). Mais si, après la transcription de la saisie, on voulait en faire opérer la conversion en vente volontaire, le tuteur, pour former cette demande ou pour s'y adjoindre, devrait être spécialement autorisé (v. C. pr., art. 743, 744).

219. Enfin dans un cas spécial, celui d'expropriation pour cause d'utilité publique, la loi de la matière confère au tuteur, à ce autorisé, non par le conseil de famille, mais par le tribunal, le pouvoir, soit de consentir amiablement à l'aliénation des biens désignés comme devant être cédés, soit, après l'expropriation prononcée, d'accepter les offres faites par l'administration. V. L. 3 mai 1841 (1), art. 13 et 25.

220. Comme nous l'avons vu, l'aliénation des meubles n'est pas soumise aux mêmes conditions que celle des immeubles. C'est pour les conserver en nature que le tuteur aurait besoin

(1) IX, B. 808, n° 9285.

d'autorisation. Mais il ne peut de même les vendre que dans certaines formes (art. 452). V. pourtant L. 24 mars 1806 (1); et D. du 25 septembre 1813 (2).

220 *bis*. I. L'obligation de vendre ne s'applique qu'aux meubles corporels (3); et comme les formes à suivre ne sont prescrites qu'en vue des meubles dont la loi ordonne la vente, il s'ensuit que ces formes ne sont pas directement applicables au mobilier incorporel. Mais l'esprit de la loi ne commande-t-il pas de les appliquer, *à fortiori*, au moins toutes les fois que la nature des choses permettra l'admission des enchères publiques ?

220 *bis*. II. La question n'existe pas pour les rentes sur l'État, à l'égard desquelles il est spécialement statué par la loi du 24 mars 1806 ; ces effets, dont le cours public est constaté jour par jour, se transfèrent, nonobstant la minorité ou l'interdiction du propriétaire, sans affiches ni publication, et dans la forme ordinaire. Seulement si les inscriptions ou promesses d'inscriptions excèdent une certaine valeur, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire.

Cette valeur était fixée par la loi, pour les inscriptions de cinq pour cent, les seules qui existassent alors, à cinquante francs de rente. Mais depuis, de nouveaux fonds publics ayant été créés, au taux de 3, 4 et 4 1/2 pour cent, il faut certainement appliquer la loi à ces nouveaux fonds; seulement, le chiffre doit être modifié. A cet égard je pense qu'il faut prendre pour base le chiffre de mille francs en capital, que représentait l'inscription de rente 5 p. 0/0. J'exigerais, en conséquence, l'autorisation du conseil de famille pour le transfert des inscriptions de rente de toute espèce représentant au pair mille francs de capital.

Les dispositions de la loi de 1806 ont été appliquées aux actions de la banque de France par le décret du 25 septembre 1813; et quoique le décret semble borner cette application au cas où les mineurs ou interdits n'ont qu'une seule action, ou un droit dans plusieurs actions n'excédant pas une action entière, il est bien évident qu'il n'entend pas restreindre à ce cas la dispense d'enchères, d'affiches ou de publication : sa pensée est uniquement de fixer la limite au delà de laquelle l'autorisation du conseil de famille sera exigée.

(1) IV, B. 85, n° 1440.
(2) IV, B. 526, n° 9737.
(3) V. ci-dessus, n° 210.

220 *bis*. III. Pour tout autre mobilier incorporel, la loi est muette, et de son silence on semble devoir conclure que la vente peut s'en faire à l'amiable et sans autorisation. Car il est de principe que le tuteur, constitué par la loi le représentant du mineur et l'administrateur de ses biens, a par là même les pouvoirs d'un père de famille, comme il en a les devoirs (v. art. 450), et qu'il peut dès ors faire seul, sous sa responsabilité, tous les actes que la loi n'a pas ou défendus ou soumis à des conditions spéciales.

Maintenant, si le tuteur veut être prudent, s'il ne veut pas engager témérairement sa responsabilité, il fera bien d'observer, par analogie, les formes et conditions que la loi a prescrites pour les cas qu'elle a prévus. Ainsi, par argument de l'article 452 et des articles 988 et 1001 du Code de procédure, je lui conseille de ne vendre les rentes sur particulier que dans la forme prescrite pour les ventes sur saisie (v. C. pr., art. 641 et suivants); et, de plus, par argument de la loi du 24 mars 1806, je trouverai bien, lorsque leur capital excédera mille francs, qu'il ne les mette pas en vente sans autorisation du conseil de famille.

Par la même raison, je l'engagerai, en prenant toujours pour base cette fixation du capital de mille francs, à se munir de l'autorisation du conseil de famille pour vendre les actions dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie. Bien entendu, au reste, qu'il ne saurait y avoir lieu à enchères publiques, ni à aucune publication préalable, s'il s'agit d'actions ou effets quelconques dont le cours public est journellement constaté. Mais dans le cas contraire, la raison qui fait prescrire les enchères publiques pour la vente du mobilier corporel, semble parfaitement applicable, et la prudence, selon moi, commande l'emploi de cette forme.

Quant aux créances ordinaires, je ne vois pas plus de danger à ce que le tuteur en réalise le montant, par le moyen d'une vente faite à un tiers, qu'il n'y en aurait dans le payement qu'il recevrait directement du débiteur. Mais, s'il s'agissait de vendre la créance pour un prix inférieur à son capital, le plus sûr serait de ne faire cette vente qu'aux enchères publiques; et, si le capital excède mille francs, d'obtenir préalablement l'autorisation du conseil de famille.

220 *bis*. IV. L'omission des formes et conditions prescrites par la loi dans les cas prévus entraînerait pour conséquence la nullité

de l'aliénation. Ce serait alors la nullité de forme mentionnée en l'article 1311. Mais, dans ma pensée, cette nullité ne s'appliquerait pas aux divers cas que je viens de parcourir et où je ne considère l'emploi des formes que comme un conseil de prudence. Toutefois, je crois que les tiers eux-mêmes, qui traitent avec le tuteur, sont intéressés à leur observation, ne fût-ce que pour être ainsi à l'abri de tout soupçon de collusion. Bien plus, si l'on admet avec moi que la restitution pour lésion appartient en principe au mineur contre les actes mêmes qui sont faits en son nom par le tuteur (1), l'emploi des formes sera pour les tiers un moyen d'échapper au danger de l'action en rescision qui pourrait être dirigée contre eux pour cette cause.

220 *bis*. V. Les meubles corporels dont le conseil de famille aurait autorisé la conservation en nature ne pourraient pas, je crois, être vendus ensuite par le tuteur sans nouvelle autorisation à cet effet. Vainement opposerait-on que l'autorisation de les conserver n'était pas une injonction, et qu'on est toujours maître de ne pas user d'une autorisation; ce serait, je crois, s'attacher aux mots contre l'esprit de la loi; car, évidemment, les meubles exceptés de la vente par le conseil de famille ne l'auront été que parce que leur conservation aura été jugée utile au mineur, et il n'appartient pas au tuteur d'infirmer cette décision. Il va sans dire, du reste, que, s'il y a lieu de vendre les meubles d'abord conservés, la vente doit se faire dans la forme prescrite par l'article 452.

220 *bis*. VI. Ce n'est pourtant pas à la vente de tout mobilier corporel que doit s'appliquer la nécessité des enchères publiques. Il en faut évidemment excepter les récoltes de toute nature, dont la vente de gré à gré rentre essentiellement dans les actes d'administration. A cet égard, il n'y aurait pas lieu à distinguer entre la vente des fruits récoltés et celle des récoltes sur pied; et la règle s'appliquerait aux coupes de bois comme à tout autre produit. Mais bien entendu qu'il ne s'agit que des produits ordinaires compris sous le nom de fruits. Si, au contraire, le tuteur voulait ouvrir une carrière ou faire une coupe extraordinaire, il y aurait là une sorte d'aliénation partielle de l'immeuble, et il faudrait appliquer les articles 457 et 458. Quant à la forme à suivre pour la vente du produit extraordinaire, si elle est autorisée, il n'y aurait pas lieu

(1) V. programme, tom. 2, nos 780-782.

d'appliquer celle des ventes immobilières, car c'est comme meuble que la chose sera mise en vente. Mais il conviendra, je crois, que le conseil de famille ou le tribunal qui homologue la délibération prescrive la forme qu'il jugera utile, à défaut de quoi la vente devrait avoir lieu dans celle qui est prescrite par l'article 452.

221. Au nombre des actes d'administration compris dans les pouvoirs généraux du tuteur, et qu'il peut faire dès lors sans autorisation et sans l'emploi de formes spéciales, il faut évidemment comprendre la confection et le renouvellement des baux à ferme ou à loyer. Toutefois le pouvoir de louer ou d'affermer doit, pour toute personne qui n'a pas la libre disposition des biens, être renfermé dans certaines limites, assez larges pour assurer la bonne administration, assez étroites pour prévenir les abus. La loi a tracé ces limites en ce qui concerne les biens des femmes mariées, dont l'administration appartient au mari (art. 1429, 1430). Les mêmes règles sont par elle déclarées applicables aux baux des biens de mineurs (art. 1718). De là il résulte incontestablement pour le tuteur le pouvoir de faire les baux de neuf ans et au-dessous, et celui de renouveler trois ans ou deux ans avant leur expiration les baux à ferme ou les baux à loyer. Mais à l'égard des baux faits ou renouvelés par lui hors de ces limites, l'application des articles 1429 et 1430 ne doit être faite qu'avec discernement, et eu égard à la différence essentielle qui existe entre le tuteur, simple administrateur, et le mari, qui réunit le droit de jouir à celui d'administrer.

221 *bis*. I. Le mari, ayant le droit de jouir pendant toute la durée de la communauté, peut par là même disposer en maître de la jouissance pour toute cette durée. De là pour lui l'obligation d'exécuter le bail, pour quelque temps qu'il l'ait consenti et à quelque époque qu'il l'ait renouvelé, si cette exécution s'appliquait au temps de sa jouissance. Ainsi, la limitation de temps pour la durée des baux ou pour l'époque de renouvellement n'a trait qu'à leur exécution contre la femme ou ses héritiers, quand ceux-ci auront recouvré la jouissance par l'expiration de celle du mari. Alors, sans

doute, ils seront liés par le fait du mari administrateur, mais seulement pour le reste de la période de neuf ans commencée sous son administration, ou pour une période entière de neuf ans, en vertu du renouvellement par lui consenti en temps utile.

Cela revient à dire que les pouvoirs de l'administrateur considéré comme tel consistent uniquement, en ce qui concerne les baux, à lier la personne au nom de laquelle il agit pour une période de neuf années, plus le délai de deux ou de trois années jugé nécessaire pour pourvoir avantageusement au renouvellement des baux courants. S'il en est ainsi, le tuteur, qui n'est qu'administrateur, ne peut lier le mineur que dans cette limite. Et, quand elle a été dépassée, le droit du mineur étant de refuser l'exécution du bail pour le temps qui excède, il faut bien reconnaître que ce droit peut s'exercer, pendant sa minorité, par son représentant légal, comme il pourrait l'être par lui-même s'il était majeur. Ainsi, non-seulement un nouveau tuteur qui aurait remplacé l'auteur de l'acte pourrait refuser, au nom du mineur, d'exécuter le bail illégalement consenti ou renouvelé, mais ce droit appartiendrait au tuteur même qui a commis l'illégalité. On sent, en effet, qu'aucune fin de non-recevoir, tirée de son fait personnel, ne peut s'opposer aux actions qu'il exerce au nom de son mineur.

221 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, le refus d'exécution du bail illégalement consenti ou renouvelé étant purement facultatif pour celui à qui compète ce droit, et la ratification du bail illégal étant nécessairement permise à celui qui pourrait en faire un nouveau, je n'hésiterais pas à voir cette ratification dans le fait du tuteur, qui, ayant fait un bail de plus de neuf ans, laisserait commencer sans réclamation une ou plusieurs périodes après l'expiration de la première. J'en dirais autant s'il laissait commencer le bail renouvelé trop longtemps à l'avance. Dans cette hypothèse, l'application des articles 1429 et 1430 deviendrait aussi directe pour le mineur, à la fin de la tutelle, que pour la femme, à la dissolution de la communauté.

222. L'acceptation d'une succession désavantageuse, et la répudiation d'une succession opulente, seraient également préjudiciables aux mineurs. Une acceptation pure et simple les exposerait, dans tous les cas, à des dangers dont la loi a

dû les garantir. De là l'autorisation nécessaire pour accepter ou répudier, et l'obligation de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire. V. art. 461.

222 *bis*. I. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'offrant aucun danger au point de vue des charges héréditaires, dont l'héritier n'est alors tenu que sur les biens mêmes de la succession, pourquoi ne pas la permettre au tuteur sans autorisation ? pourquoi, même, ne pas la lui prescrire en lui interdisant la répudiation ? On pourrait s'en étonner si l'on ne savait que l'acceptation, même bénéficiaire, soumet au rapport (art. 843), et que la répudiation y soustrait (art. 845). D'ailleurs, une acceptation bénéficiaire est une source d'embarras et de responsabilité, auxquels il vaut bien mieux ne pas soumettre le tuteur, si la succession est évidemment mauvaise.

222 *bis*. II. La loi, qui exige l'homologation du tribunal pour l'autorisation d'aliéner (art. 457), ne l'exige ici ni pour l'autorisation d'accepter ni pour celle de répudier. Quel qu'en soit le motif, il faut s'en tenir strictement à ce qui est prescrit. A cette occasion, je pose ici en règle générale, que les délibérations du conseil de famille ne sont sujettes à homologation que lorsque la loi s'en est expliquée ; sauf, bien entendu, si la délibération n'est pas unanime, le droit réservé aux membres dissidents par l'article 883 du Code de procédure.

223. Au reste, la répudiation ne devant avoir lieu que pour garantir le mineur d'un préjudice, rien n'empêche, si l'on s'aperçoit qu'elle est elle-même préjudiciable, de revenir contre, en respectant toutefois les droits acquis à des tiers. Ainsi le mineur lui-même, s'il est devenu majeur, autrement son tuteur, en vertu d'une nouvelle autorisation, peuvent reprendre la succession, en observant toutefois qu'il y a droit acquis pour les héritiers qui ont accepté et pour les acheteurs ou autres intéressés qui s'appuient sur des actes légalement faits pendant la vacance. La succession dès lors ne peut être enlevée aux uns ni reprise au préjudice des autres. Voy. art. 462 ; voy. aussi art. 790, qui rend commune aux majeurs la faculté accordée ici aux mineurs.

223 *bis*. Les mineurs étant en général restituables pour lésion, il était naturel de leur permettre de revenir contre une répudiation même régulièrement faite, tant que cette faveur pouvait leur être accordée sans blesser des droits acquis. Telle est la pensée qui a dicté l'article 462. Mais, plus tard, le législateur ayant considéré qu'en l'absence de droits acquis à des tiers, la répudiation, même d'un majeur, ne devait pas le lier, la faveur accordée ici aux mineurs est devenue sans objet. Seulement, nous devons remarquer qu'en proclamant le droit commun à cet égard dans l'article 790, sous les limitations déjà exprimées ici, la loi en ajoute une, celle qui pourrait résulter de la prescription. Nous verrons au titre des successions si cette limitation, deux fois mentionnée dans l'article 790, et dont il n'est pas question dans notre article 463, peut être, en tout ou en partie, applicable au cas de minorité du renonçant, et si le mineur n'en est pas, au contraire, indistinctement affranchi, en vertu du principe général de suspension proclamé par l'article 2252.

224. La loi exige aussi l'autorisation du conseil de famille pour l'acceptation d'une donation, sujette ou non à des charges. V. art. 463, al. 1; voy. pourtant art. 935, d'où il faut nécessairement conclure que le tuteur ascendant n'a pas besoin d'être autorisé, puisque l'ascendant peut accepter sans autorisation, lors même qu'il n'est pas tuteur. Au surplus, l'acceptation du tuteur faite avec autorisation a tout l'effet qu'aurait celle du donataire majeur. V. art. 463, al. 2.

224 *bis*. I. L'intervention de la famille dans l'acceptation d'une donation a un double objet : elle tend à s'assurer, 1° au point de vue moral, que la donation est honorable; 2° au point de vue des intérêts pécuniaires, qu'elle est réellement avantageuse, c'est-à-dire qu'elle n'est pas accompagnée de charges qui en excèdent le profit.

C'est évidemment à ce second point de vue que la loi s'attache quand, dans la disposition finale de notre article, elle donne à l'autorisation du conseil de famille l'effet d'exclure pour le mineur le bénéfice de la restitution.

Mais elle semble, au contraire, ne se préoccuper que du premier, lorsque, rassurée à cet égard par la qualité des parties, elle confère aux ascendants, quel que soit leur degré, quel que soit leur sexe, le

pouvoir de faire, sans autorisation, l'acceptation au nom du mineur (art. 935).

Ce n'est pas ici le lieu d'examiner si, en principe, une donation, même accompagnée de charges, peut jamais léser le donataire, en d'autres termes, si elle peut l'*obliger* à l'accomplissement des charges. Ce qu'il y a de certain, c'est que cette obligation pourra exister lorsque, dans l'acte qualifié donation, l'intention de l'établir sera suffisamment manifestée. Maintenant que cette hypothèse, présente à la pensée du législateur quand il a écrit l'article 463, lui ait, au contraire, échappé quand il a disposé comme il l'a fait fait dans l'article 935, cela me paraît évident. Mais comme l'article 935 ne répète pas la disposition finale de l'article 463, on peut lever aisément toute contradiction en disant : que l'acceptation faite par l'ascendant suffit pour assurer au mineur le profit de la donation faite sans charge, ou même de la donation faite sous des charges formant seulement condition résolutoire; mais que pour obliger irrévocablement le mineur à l'accomplissement des charges, l'acceptation devra être faite conformément à l'article 463.

224 *bis*. II. Au point de vue moral et aussi au point de vue du danger des charges qui peuvent accompagner la libéralité, l'intervention du conseil de famille ne semble guère moins nécessaire pour l'acceptation d'un legs que pour celle d'une donation.

Et toutefois la nature différente des droits résultant de chacun de ces deux titres ne permet pas de faire au legs l'application directe de l'article 463. Mais en combinant cet article avec l'article 461, relatif aux successions, on se trouve amené à penser que l'acceptation ou la répudiation d'un legs ne doit pas être faite par le tuteur sans autorisation du conseil de famille.

J'en conclurai, sans difficulté, que l'acceptation ou la répudiation non autorisée pourra toujours être attaquée par le mineur ou en son nom.

Je vais plus loin, et je pense qu'avant même qu'aucune attaque soit dirigée au nom du mineur, les débiteurs du legs peuvent opposer à l'action en délivrance dirigée par le tuteur une exception tirée du défaut d'autorisation. Cela est incontestable si le legs est immobilier; car là s'applique l'art. 464 (1). Mais ma proposition est plus géné-

(1) V. ci-dessous, n° 225 *bis*. III.

rale; ma pensée est que, tant que le legs n'est pas irrévocablement acquis au mineur, son tuteur ne doit point être admis à le réclamer en son nom. Cette considération me paraît surtout déterminante si le legs est accompagné de charges, comme l'est toujours, au surplus, le legs universel ou à titre universel. En effet, la succession ne doit pas être forcée à se dessaisir des biens destinés à l'accomplissement des charges si leur exécution n'est pas assurée; or elle ne l'est pas, selon moi, par l'acceptation non autorisée.

225. Le principe qui fait refuser au tuteur le pouvoir d'aliéner à sa volonté les immeubles du mineur, exige qu'il soit autorisé pour intenter une action immobilière; car sa seule volonté ne doit pas suffire pour mettre en péril les droits immobiliers. A plus forte raison ne peut-elle suffire pour les abandonner. Aussi l'autorisation est-elle également nécessaire pour acquiescer. V. art. 464, et remarquez :

1° Que des deux dispositions combinées il résulte que le tuteur peut non-seulement défendre sans autorisation, mais qu'il doit même le faire à moins d'être autorisé à l'acquiescement;

2° Qu'en s'expliquant uniquement sur les actions immobilières la loi par là même laisse dans les pouvoirs généraux du tuteur le droit d'intenter les actions mobilières et même d'y acquiescer.

225 *bis*. I. Quoique les actions possessoires s'appliquent à des immeubles, et puissent sous ce rapport être considérées comme immobilières, je crois que le tuteur peut les intenter sans autorisation. L'exercice de ces actions est, selon moi, un acte de pure administration; c'est pour cela que la loi l'accorde au mari (art. 1428), et je ne vois pas de raison pour attribuer moins de pouvoir au tuteur qu'au mari.

225 *bis*. II. C'est pour *introduire en justice* l'action relative aux droits immobiliers que le tuteur a besoin d'autorisation. Mais cette autorisation une fois accordée, le tuteur me paraît pouvoir suivre l'affaire dans toutes ses phases judiciaires, par conséquent interjeter appel. En effet, l'appel constitue bien une instance distincte de la première, mais c'est toujours la même action, au second comme

au premier degré de juridiction (1). Ce raisonnement amène à dire que l'autorisation pour interjeter appel ne sera jamais nécessaire; car l'appel ne sera toujours que la continuation, soit de la défense, qui n'avait pas besoin d'être autorisée, soit de la demande, qui l'a été à l'origine.

225 *bis*. III. Si l'action immobilière était intentée par le tuteur sans autorisation, elle pourraît être repoussée par fin de non-recevoir; car le mineur n'étant pas alors dûment représenté, la partie adverse ne doit pas être forcée à former le contrat judiciaire, qui, aux termes de l'article 1125, devrait la lier envers l'incapable sans réciprocité. Mais si l'exception n'est pas opposée avant toute défense au fond, alors le contrat se forme, et l'article 1125 devient applicable. Il en résultera que le mineur pourra toujours se prévaloir du jugement, s'il lui est favorable; mais qu'on ne pourra dans le cas contraire s'en prévaloir contre lui.

225 *bis*. IV. L'aquiescement en matière mobilière est permis au tuteur sans autorisation; il l'est en matière immobilière en vertu d'une autorisation qui n'a pas besoin d'être homologuée. Il en serait autrement d'une transaction qui en toute matière ne devrait être faite que dans la forme prescrite par l'article 467. La nature des deux actes est en effet très différente, car l'acquiescement est la reconnaissance pure et simple du droit de l'adversaire, que la justice ne permet pas de contester. Tandis que dans la transaction, chaque partie soutient et affirme son droit, tout en en sacrifiant une partie à l'avantage d'éviter les chances d'un procès.

226. La même raison qui fait exiger l'autorisation pour intenter l'action immobilière la rend également nécessaire pour demander un partage. Mais nul n'étant tenu de rester dans l'indivision, les copropriétaires du mineur peuvent toujours provoquer le partage contre le tuteur, qui dès lors n'a besoin d'aucune autorisation pour répondre à cette action. V. art. 465.

Quoi qu'il en soit, il est clair que s'il y a lieu à partage, c'est toujours par son tuteur que le pupille doit y être représenté (art. 450). Il en résulte la nécessité de pourvoir d'un

(1) V. C. C., cass , 17 nov. 1813 (J. P., tom. 39, pag. 331).

tuteur spécial chacun des mineurs qui, ayant le même tuteur, auraient dans le partage des intérêts opposés (art. 838, *in fin.*).

Dans tous les cas la minorité d'un des copartageants soumet le partage à l'emploi de certaines formes protectrices (art. 838). La loi prescrit de le faire en justice; c'est-à-dire que la justice doit intervenir dans les opérations préliminaires pour les ordonner et les surveiller, que leur résultat doit être soumis à son approbation, et qu'elle préside à l'exécution. A cet effet la loi exige ici une estimation par experts à ce commis par justice, et dûment assermentés; la composition des lots par les mêmes experts; et (bien entendu, après l'entérinement du rapport. C. pr., art. 975) le tirage des lots au sort en présence d'un délégué de justice; enfin la délivrance par ce délégué. V. art. 466; v. pourtant art. 838, qui prescrit l'emploi de formes différentes; v. au surplus C. pr., art. 966 et suivants; v. spécialement art. 970, qui n'exige plus impérieuse l'estimation par experts, et art 975, qui lève la contradiction apparente que présentent entre eux les articles 466 et 838.

Le partage fait dans les formes requises obtient à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, art. 466, 840, 1314. En l'absence de ces formes il ne sera considéré que comme provisionnel, art. 466, 840; v. à ce sujet art, 1125, 1305.

226 *bis*. I. En général, lorsque dans un acte des formes spéciales sont prescrites pour la protection des parties incapables, l'absence de ces formes amène pour résultat la nullité de l'acte, nullité, du reste, purement relative, qui peut être invoquée par les incapables sans pouvoir l'être contre eux (v. art. 1125). Mais la loi semble ici s'être écartée de cette théorie lorsque, par deux dispositions formelles (art. 466 et 840), elle déclare provisionnel le partage dans lequel les règles prescrites n'ont pas été observées. Cela, en effet, semble dire que le partage doit valoir pour toutes les parties comme règlement de jouissance jusqu'à partage définitif; mais qu'il n'ex-

lut pour aucune d'elles le droit de provoquer le partage définitif. Delà pourtant il ne faut pas conclure que la règle de l'article 1125 ne puisse point s'appliquer au partage comme à tout autre acte, mais je crois qu'à cet égard il y a lieu de distinguer. e tuteur ayant certainement qualité pour procéder à l'amiable à un partage provisionnel, il est possible, lorsque le partage a eu lieu sans formes, que les parties n'aient pas eu d'autre intention que de faire ce qui était permis. J'ajoute que cela même doit se supposer, car l'irrégularité ne se présume pas. Ainsi se trouve pleinement justifié le caractère attribué par les articles 466 et 840 au partage ainsi intervenu ; et la disposition de ces articles doit alors être suivie à la lettre. Mais si au contraire la volonté manifeste a été de donner au partage intervenu un caractère définitif, alors les principes ordinaires conservent tout leur empire pour faire refuser aux parties capables le droit d'en demander un autre. Quant aux incapables, ils pourront certainement faire rescinder ce partage en tant que définitif, et conséquemment en demander un nouveau. Mais, par application des articles 466 et 840, je crois que le partage qu'ils feront annuler comme définitif devra conserver pour le règlement des jouissances antérieures l'effet de partage provisionnel.

226 *bis.* II. Les articles 465 et 466 comprennent dans la généralité de leurs termes tous les partages, quelles que soient la cause de l'indivision et la nature mobilière ou immobilière des biens à partager. Dans aucun cas donc le tuteur ne pourra provoquer le partage sans autorisation, et le partage devra toujours être fait en justice. Quant à la mission donnée aux experts par l'article 466, il résulte de l'article 975 du Code de procédure qu'elle n'est applicable qu'aux partages d'immeubles et seulement dans le cas spécial prévu par cet article.

227. Le tuteur ne peut non plus, sans autorisation, transiger pour le mineur ; car la transaction suppose en général un droit douteux et des sacrifices réciproques, dont l'appréciation ne doit point être laissée aux lumières du seul tuteur. La loi ne se contente même pas ici de l'examen des parents, elle veut qu'on prenne l'avis de personnes versées dans l'étude des lois (trois jurisconsultes désignés par le procureur

de la république) et que la transaction soit homologuée sur les conclusions du ministère public. V. art. 467.

227 *bis*. Ces formes sont requises, quel que soit l'objet de la transaction, par conséquent, en matière mobilière comme en matière immobilière. La loi, en effet, ne distingue pas. La règle comprendrait donc le cas même où la transaction ne porterait que sur les revenus. Seulement il ne faudrait pas appeler transaction tout arrangement qui pourrait intervenir avec un fermier pour le règlement des indemnités auxquelles donnerait lieu quelque perte de récolte. Il sera toujours permis, suivant les circonstances, de ne voir là qu'un acte de pure administration compris dans les pouvoirs généraux du tuteur.

228. Quant au compromis, il ne peut aucunement avoir lieu dans les affaires qui intéressent les mineurs. Combinez C. pr., art. 1004 et 83.

229. Ce n'est aussi qu'avec l'autorisation du conseil de famille que le tuteur peut employer, contre le mineur, le moyen de correction attribué par la loi aux père et mère (art. 375-383). Il ne peut d'ailleurs jamais agir que par voie de réquisition. V. art. 468.

229 *bis*. I. La limitation sous laquelle est accordé ici l'exercice du droit de correction n'est évidemment pas applicable, si c'est le père qui est tuteur ; car le titre de tuteur ne saurait atténuer le droit plus étendu qui est attaché à la qualité de père (art. 375-380). J'en dis autant quant à la mère tutrice non remariée, qui conservera toujours le droit de requérir la détention avec le seul concours des deux plus proches parents paternels (art. 381). Mais si ce concours lui manquait, il lui resterait le droit d'agir comme tutrice conformément à notre article 468. Quant à la mère remariée qui serait maintenue dans la tutelle, c'est cette voie unique qui lui serait ouverte.

229 *bis*. II. Le droit de correction, tel qu'il est attribué au père ou à la mère par les articles 375-381, continuerait d'appartenir au survivant d'entre eux dans le cas même où, par suite d'excuse du père ou de refus de la mère, la tutelle serait déférée à un autre. Nous pensons, en effet, que cette circonstance ne modifie en rien

l'exercice de l'autorité paternelle (1) ; s'il en est ainsi, il est au moins douteux que le tuteur, qui, dans cette hypothèse, n'a pas la direction de l'éducation, puisse user du droit conféré par notre article 468. La loi cependant ne distinguant pas, c'est peut-être une raison pour ne point lui refuser absolument ce droit et pour décider diversement la question suivant les circonstances.

229 *bis*. III. Le renvoi fait ici au titre de la puissance paternelle comprend évidemment, avec le droit de requérir l'emprisonnement, le droit d'en abréger la durée (art. 379). Et comme c'est seulement pour provoquer la mesure d'emprisonnement que la loi soumet le tuteur à la nécessité de l'autorisation, je crois qu'il n'aura pas besoin de cette autorisation pour user du droit conféré par l'article 379.

SECTION IX.

Des comptes de tutelle.

230. Tout administrateur des biens d'autrui est comptable. Ainsi, le tuteur, quelle que soit sa qualité, doit rendre compte de sa gestion quand elle finit. V. art. 469.

230 *bis*. L'obligation du compte final de gestion est de l'essence de la tutelle ; aussi la loi l'applique-t-elle à *tout tuteur*. La dispense de rendre compte accordée à l'avance, soit par l'acte de nomination, soit comme condition d'une libéralité faite au mineur, serait absolument sans effet, ce serait le cas d'appliquer la règle qui considère comme non écrites les conditions contraires aux lois (art. 900), V. *Ulp.*, L. 5, § 7, ff. *De adm. vel per. tut.*

Mais celui qui transmet les biens au mineur pourrait, dans la limite de la quotité disponible, léguer au tuteur l'indemnité du dommage que sa gestion lui occasionnerait, et le soustraire ainsi à la responsabilité des fautes qu'il pourrait commettre dans l'administration de ces biens, et que le compte ferait apparaître. V. d. L., § 7, *in fin.*

Il résulte au surplus des articles 472 et 907 que, même après l'expiration de la tutelle, le mineur ne pourrait, du moins en général, dispenser son tuteur de rendre compte. C'est seulement quand le compte est apuré que tout ou partie du reliquat pourraient être donnés ou légués.

(1) V. ci-dessus, nos 117 *bis*. I ; 203 *bis*.

231 Ce compte général suffit pour éclairer sur les fautes commises, à l'effet d'en obtenir la réparation. Mais, en outre, la loi a dû donner à la famille un moyen de faire surveiller la gestion pendant sa durée. On atteint ce but en exigeant du tuteur à certaines époques la remise au subrogé tuteur d'états de situation. Mais observons :

1° Qu'il est laissé à la prudence du conseil de famille d'astreindre ou non le tuteur à les fournir, et que la loi n'autorise même pas à imposer cette obligation aux père et mère;

2° Que le nombre et la forme de ces états sont réglés de manière qu'un moyen de surveillance ne dégénère pas en vexation pour le tuteur, et n'augmente pas, pour le pupille, la masse des frais, déjà bien multipliés, qu'entraîne l'accomplissement des diverses formalités auxquelles est assujettie l'administration de ses biens. De là la défense d'en exiger plus d'un par an; de là aussi la dispense de toute formalité de justice et même de l'emploi du papier timbré. V. art. 470.

231 *bis*. C'est quand les père et mère tiennent leur titre de la loi qu'ils ne peuvent être astreints à fournir les états de situation. *Secùs*, s'ils ne le tenaient que de la nomination ou confirmation du conseil de famille (v. C. pén., art. 34-4°, 42; C. civ., art. 395, 396). Il est clair, en effet, que le conseil de famille, maître de ne point conférer ou de ne pas conserver la tutelle, peut très-bien ne l'accorder que sous une condition qu'il juge utile, et qui n'a rien d'ailleurs de contraire à l'essence de la fonction, puisque de droit commun elle lui est applicable.

232. Quant au compte définitif, qui se rend à la majorité ou à l'émancipation, il donne lieu nécessairement à des frais; ces frais se faisant dans l'intérêt du pupille, il est juste qu'ils soient supportés par lui; mais l'avance doit naturellement en être faite par le *rendant*, qui a les fonds entre les mains. V. art. 471, al. 1; voy. cependant C. pr., art. 130, 532.

232 *bis*. I. La majorité ou l'émancipation ne sont pas les seuls cas qui puissent mettre fin à la gestion du tuteur. Elle se terminerait encore, soit par la mort du mineur, soit par la mort, l'excuse ou

la destitution du tuteur. Tous ces cas rentrent évidemment dans les termes de l'article 469, et donneraient lieu à la reddition du compte.

Cela posé, il est certain que le principe qui met à la charge du mineur les frais de compte ne saurait être borné aux deux cas ici prévus de majorité ou d'émancipation. Ce principe s'appliquerait sans difficulté aux héritiers du mineur, auxquels devrait être rendu le compte de la gestion terminée par sa mort. N'hésitons pas à dire qu'il s'appliquerait aussi, du moins en général, dans les divers cas où la tutelle finit *ex parte tutoris*. Sans doute dans ces cas, où une nouvelle gestion devra succéder à celle qui se termine, et donner lieu plus tard aux frais d'un nouveau compte, la charge du mineur se trouvera ainsi augmentée. Mais les comptes, quelque multiples qu'ils soient, étant toujours exigés dans son intérêt, c'est évidemment toujours à ses dépens que chacun de ces comptes devra être rendu. Toutefois, au cas de destitution du tuteur, comme c'est alors le fait personnel de celui-ci qui donne lieu à cet accroissement de charges, on pourrait, je crois, à titre de dommages-intérêts, mettre à sa charge les frais de son compte. Mais cela même devrait dépendre des circonstances, et ne pourrait être prononcé que sur des conclusions formelles.

232 *bis*. II. Les frais dont il s'agit ici sont ceux auxquels donne lieu la reddition même du compte, ce qui comprend, outre le papier timbré et l'enregistrement, les dépenses faites tant pour la rédaction du compte et de l'arrêté de compte, que pour la réunion et le classement des pièces justificatives. Mais s'il survient des contestations, il faut purement et simplement appliquer la règle qui, sauf les cas où la compensation est permise, met les dépens à la charge de la partie qui succombe (C. pr., art. 130 et 131).

233. Le compte doit présenter à l'*oyant* le tableau fidèle des recettes et des dépenses, et indiquer les recouvrements à faire. Il est évident que le *rendant* ne doit omettre aucune recette, et qu'il faudra même ajouter aux recettes effectives celles qu'il aurait manqué de faire par sa faute, comme en général le montant de toutes les indemnités qu'il peut devoir. Quant aux dépenses, la loi accorde au tuteur l'allocation de celles qu'il a faites, mais sous deux conditions : qu'elles soient

suffisamment justifiées, et que leur objet soit utile. V. art. 471, al. dernier.

233 *bis*. I. Dans la rigueur des principes la justification des dépenses étant à la charge du rendant, il devrait être obligé, pour toutes dépenses excédant cent cinquante francs, de produire des quittances écrites (v. art. 1341). Mais le législateur, n'ayant pas consacré la disposition du projet qui exigeait la justification par *pièces* (1), a, par là même, rejeté cette rigueur. Tout ce que la loi exige à cet égard, c'est que les dépenses soient *suffisamment* justifiées. C'est assez dire que la question de suffisance ou d'insuffisance des justifications, comme celle de l'utilité de l'objet des dépenses, est abandonnée à l'arbitrage des juges.

233 *bis*. II. Le tuteur, devant comprendre dans les recettes du compte celles qu'il a manqué de faire par sa faute, est évidemment tenu à ce titre pour tout ce dont il était personnellement débiteur envers son mineur : *nam debuit à semeptipso exigere.* De là il résulte, 1° qu'une prescription même de nature à courir contre les mineurs (v. art. 2278) n'aura pas pu s'accomplir en faveur du tuteur ; 2° que si le tuteur était débiteur sans intérêts, il devrait compte des intérêts, sinon du jour de l'échéance, du moins à partir des six mois qui auraient suivi l'échéance (v. ci-dessus, n° 213 *bis*. VI) ; 3° que les dettes simplement chirographaires du tuteur envers le mineur, si elles viennent à échéance pendant la tutelle, deviendront hypothécaires, car elles entreront dans le compte de tutelle dont le reliquat est garanti par l'hypothèque légale.

234. Si la tutelle finit par la majorité, le compte est rendu au majeur seul.

En cas d'émancipation, il est rendu au mineur assisté d'un curateur (art. 480).

Quand la tutelle finit *ex parte tutoris*, il est clair que le compte est rendu au nouveau tuteur. Mais là comme pour l'inventaire et par le même motif, la présence du subrogé tuteur paraît nécessaire. Quant au cas de mort du mineur, il va sans dire que le compte se rend aux héritiers.

(1) V. projet de la comm., liv. 1, tit. 9, art. 96 (Fenet, tom. 2, pag. 87).

235. La reddition de compte a lieu soit judiciairement, soit à l'amiable. La forme à suivre dans le premier cas est réglée par le Code de procédure (art. 527-542).

235 *bis*. Aucune loi n'exigeant que le compte de tutelle soit rendu en justice, la minorité même de l'oyant n'empêcherait pas d'y procéder à l'amiable. C'est mal à propos que, pour soutenir le contraire, on veut confondre un compte amiable avec une transaction; car l'arrêté de compte amiable ne suppose nullement de la part de l'une ou l'autre partie le sacrifice d'une prétention. C'est simplement la constatation de l'exactitude du compte produit, d'où résulte comme conséquence la fixation du reliquat.

236. Le compte amiable n'est assujetti à aucune formalité; cependant il doit dans tous les cas être détaillé et accompagné de pièces justificatives. L'arrêté de compte, ou toute espèce de traité qui interviendrait, même avec le majeur, sans qu'il eût été à même d'examiner, serait nul.

A cet égard, l'oyant n'est pas réputé avoir eu le temps d'examiner, s'il n'a eu le compte et les pièces en sa possession pendant dix jours; la remise du compte et des pièces ne se constate que par un récépissé de l'oyant. V. art. 472; voy. aussi art. 907.

236 *bis*. I. Le vœu du législateur est que l'oyant compte, avant de consentir aucun traité, ait eu pendant dix jours en sa possession le compte et les pièces. Mais il ne prescrit comme moyen de s'en assurer que le récépissé, dont il est facile en effet de comparer la date avec celle du traité. L'un et l'autre acte, au reste, pouvant être sous seing privé, il sera possible d'éluder la loi par une antidate qui fera foi entre les parties (comp. art. 1322, 1328). Mais on n'a pas dû supposer que le mineur devenu majeur aiderait lui-même à se priver des garanties qui tendent à le prémunir contre les surprises. Du reste, une fois qu'on admet que la reconnaissance de l'oyant compte suffit pour prouver contre lui l'époque à laquelle la remise du compte et des pièces lui a été faite, je ne vois pas de nécessité pour exiger deux actes distincts, et je validerais le traité dans lequel, indépendamment de tout autre récépissé, les parties déclareraient que la remise a précédé de dix jours.

236 *bis*. II. La généralité du mot *traité* employé par l'article 472 n'autorise pas à étendre à tout contrat intervenu entre le tuteur et son ancien pupille la nullité ici prononcée. Il est évident qu'il ne peut s'agir que des traités relatifs à ce qui fait l'objet du compte. C'est ce qu'indique assez l'article 2045, qui ne défend de transiger que sur le *compte de tutelle*. De là du reste je ne veux pas conclure que notre article ne s'applique qu'aux transactions proprement dites. Sa disposition, selon moi, comprend toute convention tendant à libérer le tuteur sur quelques-uns des points compris dans l'action de *tutelle*, ou à l'affranchir de quelques-unes des garanties qui accompagnent cette action, comme si, par exemple, l'on accordait main-levée de l'hypothèque légale.

On voit que dans ma pensée tout arrêté de compte consenti à l'amiable est soumis aux prescriptions de l'article 472.

236 *bis*. III. Tout traité passé avec un comptable relativement aux faits qui sont l'objet du compte serait un acte d'imprudence si les articles de ce compte et les pièces justificatives n'avaient été préalablement examinés par l'oyant, qui consent à ce traité. Toutefois les personnes capables n'étant point en général restituables contre les suites de leur imprudence, la nullité prononcée par l'article 472 est une mesure exorbitante, dont l'application doit se renfermer strictement dans le cas prévu par la loi. Ce cas est celui de compte à rendre par le *tuteur* au *mineur devenu majeur*. Et comme l'incapacité ici établie peut tenir en partie aux rapports personnels que la tutelle avait créés, et que son expiration n'a pas nécessairement fait cesser, il est au moins douteux qu'on doive étendre la disposition de la loi au cas où le compte serait dû, soit par les héritiers du tuteur, soit aux héritiers du mineur. Quant aux cas où c'est pendant la minorité qu'il y a lieu à reddition de compte, soit au mineur émancipé avec l'assistance du curateur, soit au remplaçant du tuteur, mort, excusé ou destitué, les termes de la loi ne sont pas non plus applicables. Mais il y a une autre garantie contre le danger des transactions, puisqu'elles ne peuvent avoir lieu que sous les conditions prescrites par les articles 467 et 484. A l'égard de l'arrêté de compte amiable, que je ne confonds pas avec la transaction, mais qui rentre comme elle dans les termes de l'article 472, je ne crois pas que le nouveau tuteur puisse le consentir ou que le curateur puisse le laisser consentir sans observer les conditions

prescrites par cet article, conditions nécessaires pour faire apparaître la régularité et l'équité de l'opération, et pour la dégager complétement du caractère de transaction. A défaut donc de ces formes et conditions, je ne verrais dans l'arrêté de compte qu'une transaction nulle pour inobservation de l'article 467.

236 *bis.* IV. Les conditions prescrites par l'article 472 le sont à peine de nullité; mais ce n'est là évidemment qu'une nullité relative établie dans le seul intérêt de l'oyant, qui n'a pas eu le temps d'examiner (appl. art. 1125). En principe, l'action en nullité devrait durer dix ans à partir du traité (v. art. 1304). Mais si, comme je le pense, au moins dans la plupart des cas, cette action doit être considérée comme relative *aux faits de la tutelle,* elle sera soumise à la prescription établie par l'article 475, et ne pourra être intentée que dans les dix ans de la majorité (1).

237. Le compte, dans le cas même où il est présenté volontairement par le tuteur, peut donner lieu à des contestations, qui doivent, comme toute autre affaire, être jugées par les tribunaux. V. art. 473.

Quant à la compétence du tribunal, v. C. pr., art. 527.

238. La recette et la dépense une fois fixées, on les balance, et l'excédant forme le reliquat, dont l'une des parties est débitrice envers l'autre. Mais la position du pupille créancier de son tuteur est plus favorable que celle du tuteur dans le cas inverse.

Ainsi le pupille est créancier hypothécaire (v. art. 2121, 2135).

Les intérêts courent de plein droit à son profit. V. art. 474, al. 1; voy. pourtant C. pr., art. 542.

Enfin le tuteur peut être condamné par corps, et n'est pas admis au bénéfice de cession (C. pr., art. 126 2°, et 905).

Au contraire, le tuteur est considéré comme un créancier ordinaire. Seulement il n'a besoin que d'une sommation pour faire courir les intérêts. V. art. 474, *in fine*, nonobstant art. 1153, *in fine*.

238 *bis.* I. S'il n'est besoin d'aucune demande pour faire courir

(1) V. ci-dessous, n° 239 *bis.* III.

les intérêts contre le tuteur reliquataire, *à compter de la clôture du compte*, ce n'est pas une raison pour qu'une demande ne puisse les faire courir plus tôt. Je crois en effet que s'il y a eu demande judiciaire à fin de compte, cette demande fera courir immédiatement les intérêts du reliquat qui sera ultérieurement fixé par le jugement (1); ce sera alors l'application pure et simple de la règle générale qui fait courir les intérêts du jour de la demande, et même, s'il y a lieu, à partir de la citation en conciliation (C. pr., art. 57).

238 *bis*. II. Dans une autre hypothèse, au contraire, le jugement même qui fixe le reliquat du tuteur ne ferait pas courir les intérêts. Ce cas prévu par le Code de procédure, art. 542, est celui où, l'oyant ayant fait défaut, la fixation a eu lieu à la diligence du rendant. Alors, en effet, on peut dire que c'est l'oyant qui est en demeure de recevoir. Il est même bien à remarquer que le tuteur alors, à la différence de tout autre rendant, n'aurait pas besoin pour garder les fonds sans intérêts de donner caution ni de consigner (v. art. 542).

239. Quelle que soit la faveur de l'action de tutelle, la loi, par des considérations faciles à saisir, l'assujettit à une prescription plus courte que celle qui a lieu pour les actions ordinaires. Cette prescription est de dix ans, à compter de la majorité. C'est là au surplus une règle générale qui comprend toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle. V. art. 475.

239 *bis*. I. L'abréviation du délai ordinaire de la prescription se justifie, selon moi, par deux raisons principales :

1° Il n'est pas à croire qu'un mineur devenu majeur reste dix ans sans chercher à connaître sa fortune et l'état de ses affaires. Son silence donc doit faire présumer qu'il les connaît, et que s'il s'abstient d'agir, c'est parce qu'il sait que le résultat du compte ne serait pas à son avantage.

2° On a dû prendre en considération la condition, déjà si onéreuse, des tuteurs pour restreindre la durée de leur responsabilité, et ne pas l'étendre à un temps où les éléments du compte pourraient n'être plus bien présents à leur mémoire, et où surtout les pièces justificatives pourraient être égarées.

(1) C. Pau, 3 mars 1818 (J. P., tom. 51, pag. 540).

Ces raisons ne s'appliquent pas seulement à la reddition du compte général, elles s'étendent à toute action qui aurait pour objet spécial un fait de nature à rentrer dans les éléments du compte. Telle est bien la pensée de la loi quand elle comprend dans sa disposition toute action relative *aux faits de la tutelle.*

239 *bis.* II. Mais ces motifs cessant lorsque le compte est rendu, c'est la prescription ordinaire qu'il faudrait appliquer à l'action en payement du reliquat; cette action, en effet, quoiqu'elle ait son principe dans les faits de la tutelle, n'a nullement pour objet l'examen de ces faits.

J'en dis autant des actions autorisées par l'article 541 du Code de procédure, qui tendraient seulement à réparer des erreurs de calcul ou doubles emplois commis dans le compte. Mais si ces actions avaient pour but de relever des *faux* ou des *omissions*, la discussion alors devant porter sur des faits de tutelle, l'article 475 serait applicable.

239 *bis.* III. Par la même raison, j'appliquerais en général la prescription de l'article 475 à l'action en nullité du traité consenti en contravention à l'article 472; car presque toujours cette action ne pourrait aboutir qu'à la réclamation d'un nouveau compte, réclamation évidemment soumise à cette prescription (1). Toutefois, si le traité, au lieu de contenir seulement décharge du tuteur, constituait au contraire un reliquat à la charge du mineur, je ne vois pas pourquoi celui-ci ne pourrait pas demander la nullité du traité, dans les dix ans de sa date, à l'effet de se faire libérer, sauf alors au tuteur le droit d'agir par l'action contraire de tutelle, qui, comme nous l'allons voir (2), n'est pas soumise à la prescription de l'article 475.

En outre, si le traité était entaché du vice de dol, il faudrait indistinctement accorder le droit d'agir en nullité pendant dix ans à partir de la découverte du dol. Car le fait personnel du tuteur dont il doit réparation ne lui permettrait pas, pour se soustraire à cette obligation, d'invoquer la prescription de l'action de tutelle.

239 *bis.* IV. Ce n'est qu'à partir de la majorité que la loi fait courir le délai, quoique la gestion du tuteur ait pu se terminer au-

(1) V. C. C., rej., sect. civ., 26 juillet 1819 (P. tom. 56, pag. 160); C. C., rej., réq. 14 nov. 1820 (P. tom. 56, pag. 137).

(2) Ci-dessous, nº v.

paravant, et faire ainsi commencer son obligation de rendre compte. En pareil cas, celui-ci restera plus de dix ans soumis à l'action. Mais c'est l'application du principe que la prescription ne court pas contre les mineurs (art. 2252). Cette règle, du reste, ne pouvant plus s'appliquer si le mineur est mort laissant des héritiers majeurs, il est évident que la prescription alors devra courir immédiatement.

239 *bis*. V. C'est en faveur du tuteur que la prescription est établie. Par conséquent, ni l'esprit ni les termes de la loi ne permettraient de l'appliquer à l'action contraire que le tuteur intenterait contre son mineur. Celle-là ne se prescrirait que par trente ans, suivant le droit commun. Bien entendu, au reste, que le tuteur, agissant par l'action contraire, devrait produire son compte. Si les éléments lui manquent pour cela, parce que le temps les aura fait disparaître, il en résultera pour lui une difficulté. Mais ce n'est pas une raison pour lui refuser son action s'il se croit en état de surmonter cette difficulté.

CHAPITRE III.

DE L'ÉMANCIPATION.

240. Le mineur, parvenu à un certain âge, peut avoir acquis une maturité suffisante pour être en état de gouverner sa personne et d'administrer ses biens; il convient alors, sans l'abandonner entièrement à lui-même, de le soustraire à l'autorité paternelle et de l'affranchir de la tutelle. Tel est le but de l'émancipation.

Nous devons examiner 1° quand et comment a lieu l'émancipation; 2° quels sont ses effets.

241. Il est dans nos mœurs que l'état de mariage soit accompagné d'une certaine indépendance de position; d'un autre côté, le mariage, qui n'est permis au mineur qu'après un certain âge, est encore subordonné au consentement des parents; or, ceux-ci ne l'autoriseront pas à se marier s'ils le jugent incapable de gouverner sa personne et d'administrer ses biens.

C'est donc un principe dans notre droit français, que le mariage émancipe de plein droit. V. art. 476.

242. Hors ce cas, l'émancipation peut être conférée, en connaissance de cause, au mineur qui a atteint l'âge fixé par la loi; cet âge et la forme de l'émancipation diffèrent suivant que le mineur est ou non en puissance paternelle.

243. Le mineur en puissance paternelle peut être émancipé dès l'âge de quinze ans, s'il en est jugé digne par le parent qui exerce cette autorité, c'est-à-dire en général par le père, et, *à défaut* seulement du père, par la mère. C'est la seule volonté du père ou de la mère qui opère alors l'émancipation. Toutefois, l'intervention du magistrat est nécessaire, mais seulement pour constater cette volonté. A cet effet, la déclaration est reçue par le juge de paix assisté de son greffier. Voy. art. 477.

243 *bis*. I. Le pouvoir d'émanciper le mineur dès l'âge de quinze ans, et d'opérer l'émancipation par la simple déclaration d'une volonté individuelle, est un attribut de la puissance paternelle. J'en conclus qu'il doit appartenir même aux père et mère naturels. Mais comme l'ordre prescrit pour l'exercice du droit par chacun des parents repose incontestablement sur l'attribution exclusive faite par l'article 373 au père pendant le mariage, je ne vois pas de raison pour suivre ici cet ordre. Je crois, donc, que le droit d'émanciper doit appartenir par voie de conséquence à celui des deux parents naturels à qui aurait été confié, en connaissance de cause, l'exercice de l'autorité paternelle; et à défaut d'attribution spéciale, je pense que les père et mère, s'ils existent tous deux, doivent agir en commun (1).

243 *bis*. II. Le droit ainsi attaché au titre de père ou de mère est par là même indépendant de la qualité de tuteur, je ne vois donc aucune raison pour le refuser au père excusé de la tutelle ou à la mère qui ne l'a pas acceptée. Pour être conséquent, je dois l'accorder même à la mère remariée à qui la tutelle n'a pas été conservée, ou qui l'a perdue de plein droit (art. 395); plus générale-

(1) V. ci-dessus, n° 128 *bis*. II et III.

ment, je dois le réserver aux père et mère exclus ou destitués de la tutelle. Ce n'est pas néanmoins que je me dissimule le danger de cette doctrine si elle était admise sans tempérament. Doit-on en effet considérer comme un bien bon juge de l'opportunité de l'émancipation le parent écarté de la tutelle comme indigne, et ne peut-on pas craindre notamment que ce parent, mécontent de se voir enlever l'administration, ne cherche dans l'émancipation un moyen d'écarter à son tour le successeur qui lui serait donné?

Mais le remède à cet inconvénient se trouve dans le principe général qui, selon nous, domine toute la matière de la puissance paternelle, c'est-à-dire dans le pouvoir discrétionnaire, toujours réservé aux tribunaux, pour prévenir et réprimer les abus (1). Je pense, d'après cela, qu'une délibération du conseil de famille dûment homologuée, pourra toujours priver du droit d'émancipation le père ou la mère, à qui la tutelle sera enlevée. C'est même, je crois, ce qu'il conviendra de faire toutes les fois que le conseil de famille sera appelé à prononcer contre eux l'exclusion ou la destitution. Si on l'avait omis, je n'hésite pas à dire que le juge de paix, sur l'opposition d'un membre de la famille, ou même d'office, pourra refuser son ministère jusqu'à décision du tribunal. Je vais plus loin, et je dis que, si, à défaut d'opposition, l'acte d'émancipation a été reçu, le tribunal pourra, sur la demande de la famille ou du ministère public, anéantir cet acte et révoquer l'émancipation (2).

243 *bis*. III. Le pouvoir d'émanciper, bien qu'il tienne évidemment au droit de puissance paternelle, n'est cependant pas mentionné au titre spécial qui traite de cette matière; et dès lors il est permis de douter qu'il soit compris dans les droits dont les père et mère sont privés au cas prévu par l'article 335 du Code pénal; car cet article parle seulement des droits accordés par le titre IX. Toutefois, je ne m'attacherais pas à cette interprétation judaïque, et comme ce pouvoir n'est qu'une conséquence des droits accordés sur la personne par le titre IX, j'en conclus qu'il est virtuellement retranché par les termes mêmes de l'article 335.

243 *bis*. IV. Ce n'est qu'*à défaut du père* que le pouvoir d'éman-

(1) V. ci-dessus, n° 114 *bis*. I.

(2) V., au surplus, C. de Bordeaux, 7 janvier 1852 (J. P., tom. 1er-1852, pag. 519).

ciper, comme en général l'exercice de la puissance paternelle, appartient à la mère. La loi, du reste, n'ayant pas spécifié le cas de décès du père comme donnant seul et exclusivement ouverture au droit de la mère, et l'expression *à défaut* pouvant comprendre tous les cas où le père est empêché, je crois que les termes de notre article permettent d'attribuer à la mère le droit dont il s'agit, si le père est interdit, absent ou indigne. Mais, sauf le cas de déclaration d'absence, qui entraîne provisoirement toutes les conséquences du décès, je crois que la mère, pour exercer ce droit, a besoin d'y être autorisée en connaissance de cause (1). Cet examen de justice me paraît surtout nécessaire s'il s'agit d'un mineur au-dessous de dix-huit ans, dont l'émancipation devrait enlever au père interdit ou absent son usufruit légal.

244. Si le mineur n'a ni père ni mère, son émancipation ne peut avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans, et c'est au conseil de famille qu'appartient le droit de la conférer. Le juge de paix n'intervient que comme président de l'assemblée, pour concourir en cette qualité à la délibération, et en proclamer le résultat. V. art. 478.

244 *bis*. Le droit d'émanciper n'est attribué au conseil de famille qu'à l'égard du mineur *resté sans père ni mère*. En effet, tant que dure la puissance paternelle, cette puissance ne doit point être dissoute sans la volonté de celui qui l'exerce. Mais si les père et mère, de leur vivant, étaient privés de cet exercice, *puta* par interdiction ou absence, il me paraîtrait bien dur de refuser absolument au mineur le bénéfice de l'émancipation dont il serait digne, et je crois que le conseil de famille, qui pourrait alors arriver indirectement à l'émancipation en consentant au mariage (art. 160), devrait être admis, comme en cas de mort des père et mère, à la conférer directement. Il n'en peut ici résulter aucun préjudice pécuniaire pour le parent interdit ou absent, puisque l'émancipation ne peut alors intervenir qu'après que le mineur a atteint l'âge de dix-huit ans, terme de l'usufruit légal. Quoi qu'il en soit, pour prévenir toute difficulté ultérieure sur l'état du mineur, je crois qu'il conviendrait

(1) V. ci-dessus, n° 115 *bis*; v. aussi tom. 1er, n° 181 *bis*. IV.

toujours, en pareil cas, de soumettre la délibération du conseil de famille à l'homologation du tribunal.

245. C'est au tuteur qu'il appartient naturellement de provoquer la délibération de la famille. Toutefois, la mauvaise volonté de celui-ci ne doit point priver le mineur d'un bénéfice dont ses plus proches parents le jugeraient digne. De là, le droit accordé à tout parent ou allié du degré au moins de cousin germain, de forcer la convocation du conseil. V. art. 479.

245 *bis*. En cas d'inaction du tuteur, le droit de requérir la convocation du conseil de famille n'est attribué ici qu'aux parents ou alliés jusqu'au degré de cousin germain; de là, il faut conclure qu'aucune autre personne, ni par conséquent le mineur lui-même, n'a qualité pour adresser au juge de paix une réquisition à laquelle ce magistrat soit tenu de déférer. Mais je n'hésite pas à décider que le juge de paix peut toujours convoquer d'office (1); ce qui l'autorise à déférer, si bon lui semble, aux réquisitions qui lui seraient adressées par des personnes sans qualité. S'il en était autrement, le mineur qui n'aurait ni parent ni allié au degré de cousin germain serait entièrement sur ce point à la discrétion du tuteur, peu empressé peut-être de hâter par l'émancipation le moment où il doit rendre compte. A ce point de vue, il me paraît important de ne point accorder ici moins de droit au juge de paix que s'il s'agissait de destitution (v. à ce sujet art. 446, qui, selon moi, doit servir à interpréter l'article 479).

246. Par l'émancipation le mineur acquiert le droit de se gouverner lui-même, sans cesser pour cela d'être l'objet d'une protection particulière.

247. Il sort de tutelle et de puissance paternelle. V. art. 372, 384, 390, 405, 471.

Il peut se choisir un domicile (v. art. 108), mais non disposer librement de sa personne, soit en se mariant (v. art. 148, 149, 150, 160), soit en se donnant en adoption (v. art. 346).

248. Il prend la direction de ses affaires, et se fait rendre

(1) V. ci-dessus, n° 153 *bis*. I.

en conséquence le compte de tutelle. Seulement la loi veut qu'ici, comme dans plusieurs autres actes importants, sa faiblesse soit soutenue par l'expérience d'un curateur. Le curateur, au reste, n'est point, comme le tuteur, le représentant du mineur. Le mineur émancipé traite et agit en son propre nom; le curateur ne fait que l'assister dans les cas que la loi détermine. Le curateur est nommé par le conseil de famille. V. art. 480.

248 *bis*. I. La loi détermine divers actes pour lesquels elle exige l'assistance du curateur (art. 480, 482, 840, 935). Le premier de ces actes est l'audition du compte de tutelle; et c'est à ce sujet qu'elle dit qu'*un* curateur sera établi, et de quelle manière (art. 480); après quoi, supposant la fonction déjà établie, c'est à l'assistance de *son* curateur ou de *leur* curateur qu'elle soumet le mineur (art. 482, 935) ou les mineurs (art. 840). On conclut de là avec raison que l'établissement de la curatelle a lieu une fois pour toutes, et que le mode de cet établissement est exclusivement réglé par l'article 480; ainsi, à la différence du tuteur, qui peut être légitime, testamentaire ou datif, le curateur est toujours nommé par le conseil de famille.

248 *bis*. II. Mais, de ce que le curateur est nommé une fois pour toutes à l'effet d'assister le mineur dans les divers actes où son ministère sera requis, il ne s'ensuit pas que l'incapacité relative à l'un de ces actes doive emporter exclusion générale de la fonction. Ainsi, rien ne paraissant plus raisonnable que d'appeler à la curatelle l'ancien tuteur, qui, évidemment pourtant, ne peut assister le mineur dans l'audition du compte qu'il a lui-même à rendre, il sera toujours facile, et très-souvent convenable, de lui déférer la curatelle générale, en nommant pour l'audition du compte un curateur spécial.

248 *bis*. III. Le mari lui-même n'est pas, à proprement parler, curateur légitime de sa femme mineure, car aucune loi ne lui confère ce titre. Mais la puissance maritale et la protection dont elle entoure la femme semblent rendre au moins inutile, si même elle ne rendait inconvenante, pour celle-ci, l'assistance d'un étranger. Je crois, en conséquence, que, pour tous les actes que la femme mariée ne peut faire sans autorisation, cette autorisation, donnée

par le mari, tient lieu complétement, pour la femme mineure, de l'assistance du curateur, et qu'il n'y a lieu d'accorder à son état de minorité une protection spéciale que si le mari est lui-même mineur ou s'il refuse de concourir à l'acte. C'est ce que semble supposer la loi elle-même dans le cas particulier d'expropriation d'un immeuble appartenant à une femme mariée mineure (v. art. 2208). J'en dirais autrement s'il s'agissait d'un acte permis à la femme mariée sans autorisation, mais pour lequel le mineur émancipé aurait besoin d'assistance de curateur; *puta*, si la femme mineure était séparée de biens et qu'il s'agît pour elle de recevoir un capital mobilier (comp. art. 482 et 1449). Le mari alors étant sans qualité pour autoriser la femme, ce ne serait qu'à titre de curateur qu'il pourrait valablement l'assister; et, pour cela, il faudrait que ce titre lui fût spécialement conféré.

De tout cela, je conclus que la femme mariée, toutes les fois que la protection légale du mari ne lui fera pas défaut, n'aura pas besoin d'un autre curateur, et que, cette protection ne lui faisant défaut que dans des cas particuliers, il n'y aura pas lieu à la pourvoir d'un curateur général. Il suffira, dans les circonstances spéciales où le mari ne pourra ou ne voudra pas lui prêter son concours, de lui nommer un curateur *ad hoc*. Je remarque, au reste, sans m'en rendre bien raison, que, dans le cas d'expropriation, ce n'est point un curateur, mais bien un tuteur, par conséquent un *représentant*, dont la loi fait pourvoir la femme, et que ce tuteur est nommé par le tribunal (art. 2208). Mais, dans tout autre cas, ce serait, je crois, un curateur qui devrait être nommé dans la forme ordinaire.

249. Au surplus, la capacité du mineur émancipé est loin d'être la même pour tous les actes : il en est qu'il peut faire seul, sans assistance ni autorisation, et contre lesquels il n'est restituable que dans les cas où le majeur le serait lui-même.

Ce sont, en général, les actes de *pure* administration, ce qui comprend la confection des baux de neuf ans et au-dessous, et la perception des revenus, dont le mineur peut conséquemment donner décharge. Voy. art. 481 ; voy. pourtant art. 484, al. 2.

249 *bis*. I. C'est seulement au point de vue de la restitution que

le mineur émancipé est assimilé ici au majeur. La loi emploie une formule plus générale à l'égard du mineur qui fait un commerce; *il est réputé majeur* pour les faits relatifs à ce commerce (art. 487); d'où il suit qu'il est, par rapport à ces faits, privé de tous les bénéfices applicables à l'état de minorité (v. ci-dessous, n° 258 *bis*. II). Au contraire, excepté la restitution pour lésion, ces divers bénéfices resteraient applicables au mineur émancipé, quant aux suites de ses actes d'administration. Ainsi, par exemple, si ces actes donnaient lieu à un procès, la cause devrait être communiquée au ministère public (C. pr., art. 83-6°). Seulement, si le mineur s'était mal défendu, je doute qu'il pût pour ce motif se pourvoir par requête civile (C. pr., art. 481).

249 *bis*. II. Le refus de restitution s'applique à tous les actes de pure administration. Remarquons pourtant que c'est bien à des actes de ce genre que l'article 484 applique la réduction des engagements pour excès. Sous ce rapport, la disposition de cet article modifie, sans toutefois l'exclure complétement, même pour les cas qu'il prévoit, la règle ici posée (v. ci-dessous, n° 255).

249 *bis*. III. Il faut évidemment ranger parmi les actes de pure administration les ventes de récoltes (1). Quant à tout autre mobilier corporel, je crois que, par application de l'article 484, il conviendrait, en général, de ne le vendre que dans la forme prescrite par l'article 452; et, toutefois, cette règle ne me semblerait devoir s'appliquer à la rigueur qu'aux universalités de meubles ou aux meubles précieux. Dans les autres cas, la vente pourrait passer pour acte de *pure* administration.

Quant au mobilier incorporel, la loi ne s'est expliquée que pour les rentes sur l'État et les actions sur la Banque de France. C'est, je crois, une lacune regrettable. Mais, en présence de cette lacune, je crois qu'il faut appliquer à la vente de ces sortes de biens ce que je dis plus bas des actes pour lesquels la loi n'a prescrit aucune forme, et qu'elle semble par là même permettre au mineur de faire seul, mais sauf restitution (2). Appliquez, au surplus, par analogie, ce que j'ai dit plus haut sur le mode à suivre par le tuteur pour ces sortes de ventes (3).

(1) V. ci-dessus, n° 220 *bis*. VI.
(2) V. ci-dessous, n° 255 *bis*. III.
(3) V. ci-dessus, n° 220 *bis*. III et IV.

250. Tous autres actes excèdent, sous certains rapports, la capacité du mineur émancipé : il en est qu'il ne peut faire sans l'assistance de son curateur; pour quelques-uns la loi exige l'accomplissement de certaines formes; d'autres, généralement interdits aux mineurs, continuent à l'être après comme avant l'émancipation.

251. Le mineur doit être assisté d'un curateur :

1° Pour entendre et arrêter le compte de tutelle (art. 480).

2° Pour plaider en matière immobilière, recevoir un capital mobilier et en donner décharge. V. art. 482.

3° Pour partager une succession (art. 840).

4° Pour accepter une donation (art. 935).

5° Pour transférer une inscription sur le grand livre, (L. 24 mars 1806 (1), art. 2), ou une action sur la Banque de France (D. 25 septembre 1813 (2)).

251 *bis*. C'est seulement en matière immobilière que le mineur, demandeur ou défendeur, doit, aux termes de l'article 482, être assisté de son curateur. Il peut donc plaider seul en matière mobilière. Cela est tout simple si le procès est relatif à ses revenus, dont il a en général le droit de disposer. Mais, s'il s'agit de ses capitaux, cela peut paraître en désaccord avec la disposition qui exige l'assistance du curateur pour donner décharge d'un capital mobilier. Aussi quelques auteurs proposent-ils de faire la distinction, et d'exiger l'assistance du curateur, généralement, lorsque le procès aura pour objet des choses dont le mineur émancipé n'a pas la libre disposition. Dans leur pensée, le défaut d'assistance aurait alors un double effet : 1° d'ouvrir au mineur, comme non valablement défendu, la voie de la requête civile contre le jugement qui interviendrait; 2° de permettre à la partie adverse de refuser de répondre à l'action du mineur comme irrégulièrement intentée (3). Pour moi, je ne vois point de raison suffisante pour contester au mineur le droit de plaider sans assistance, même pour un capital; car, d'abord, je n'admets pas absolument que le droit de plaider

(1) IV, B. 85, n° 1440.
(2) IV, B. 526, n° 9737.
(3) V. M. Duranton, tom. 3, n° 669.

n'appartienne qu'à celui qui a le pouvoir d'aliéner. Nous voyons, en effet, que le tuteur qui ne peut aliéner à l'amiable les immeubles a cependant qualité pour plaider sans autorisation, comme défendeur, en matière immobilière. Et, d'ailleurs, je ne considère point le mineur émancipé comme absolument incapable d'aliéner son mobilier. C'est là, selon moi, un acte, je ne dirai pas de *pure* administration, il y aurait à cet égard des distinctions à faire; mais enfin c'est un acte qui rentre toujours dans le pouvoir général d'administrer, conféré en principe au mineur émancipé; un acte, par conséquent, qu'il peut régulièrement faire seul (1) toutes les fois que la loi n'a pas dit le contraire. Cela posé, je ne puis reconnaître à la partie adverse le droit de refuser de répondre à une action mobilière intentée par le mineur seul. Quant à la requête civile, elle appartiendra certainement au mineur s'il s'est mal défendu (C. pr., art. 481); mais elle pourrait lui appartenir également quand même il aurait été assisté de son curateur, auquel, au surplus, la loi n'a donné ici aucun mandat. Il reste maintenant à expliquer pourquoi le mineur, capable, selon moi, d'aliéner son mobilier, ne l'est pas pour recevoir le payement d'un capital. Cette raison, je la tire uniquement, non du défaut d'intelligence du mineur, mais du danger qu'il y aurait à mettre entre ses mains une somme importante, qu'il pourrait dépenser : c'est pour que le curateur soit à même de surveiller l'emploi que l'on exige son intervention au payement. Mais, dans le procès relatif au capital, il n'y a pas de danger de dissipation, et l'inexpérience du mineur est suffisamment protégée par la communication au ministère public et par la ressource qui lui reste de se pourvoir ultérieurement en requête civile.

252. Il paraît résulter de l'article 482 que le curateur est garant de l'emploi des capitaux; car il doit surveiller cet emploi. Nous pensons, au reste, que dans tous les cas où son assistance est requise, il est responsable du tort causé au mineur, soit en refusant de l'assister, soit au contraire en l'assistant mal à propos, soit en l'assistant avec négligence.

252 *bis*. Le curateur étant aussi bien que le tuteur investi d'un

(1) Sauf, s'il y a lieu, restitution pour lésion, v. ci-dessous, n° 255 *bis*. III.

mandat légal, est nécessairement en faute quand il ne le remplit pas; il n'en faut pas plus pour fonder sa responsabilité. Mais comme le curateur n'a point de maniement de deniers, et conséquemment n'est point comptable, ses biens ne sont point grevés d'hypothèque légale (1).

253. Les pouvoirs du mineur émancipé, lors même qu'il est assisté de son curateur, n'excèdent pas en général ceux qui sont accordés au tuteur, comme représentant le mineur non émancipé. Ainsi les actes que le tuteur ne peut faire sans autorisation, ou autrement que dans certaines formes, par exemple les emprunts et les aliénations, ne peuvent être faits par l'émancipé qu'avec les mêmes autorisations et dans les mêmes formes. V. art. 483, 484, al. 1; voy. aussi L. 24 mars 1806, art. 3, D. 25 septembre 1814.

253 *bis*. I. La règle générale ici établie devrait, ce semble, faire exiger l'autorisation du conseil de famille, soit pour intenter une action immobilière (v. art. 464), soit pour provoquer un partage (v. art. 465), soit pour accepter une donation (v. art. 463). Mais il faut admettre au contraire que dans ces trois cas, spécialement régis par les articles 482, 840 et 935, le mineur n'a besoin que de l'assistance de son curateur. A cet égard, la rédaction des articles 840 et 935 paraît trop précise pour donner même lieu à la question; et bien que celle de l'article 482 puisse paraître moins formelle, l'intention du législateur n'est pas plus douteuse. Nous voyons en effet que la première partie de l'article 484 qui contient notre règle générale n'a été ajoutée que sur la proposition du tribunat, et que le tribunat proposait formellement d'en excepter les cas prévus par les articles 87 et 88 (2). Or l'article 87 est précisément notre article 482.

253 *bis*. II. Mais la règle générale de l'article 484 serait au contraire applicable, et l'autorisation du conseil de famille serait en con-

(1) Quant au mode d'assistance du curateur dans les instances relatives aux droits immobiliers, appliquez ce que je dis sur l'assistance en justice du conseil judiciaire (ci-dessous, n° 285 *bis*. VII).

(2) V. observat. du tribunat, Fenet, tom. 10, pag. 620. Remarquons, au reste, que les articles désignés là sous les nos 87 et 88 sont les articles 93 et 94 de la rédaction du conseil d'Etat.

séquence exigée, suivant le prescrit de l'article 464, s'il s'agissait pour le mineur d'acquiescer à une demande relative à des droits immobiliers; car c'est seulement pour intenter une action de ce genre ou pour y défendre que l'article 482 se contente de l'assistance du curateur.

253 *bis*. III. La prohibition spéciale d'emprunter sans l'accomplissement des formes prescrites a précédé dans la pensée du législateur l'établissement de la règle générale proclamée, à la demande du tribunat, dans l'article 484. On avait surtout pour but de proscrire la proposition primitive qui tendait à permettre les emprunts (compris sous le nom plus général d'engagements par promesse ou obligation), jusqu'à concurrence d'une année de revenu (1): et l'on consacra à cet égard le sentiment de Cambacérès, suivant lequel le mineur ne devait *jamais* pouvoir emprunter sans autorisation du conseil de famille (2). Il est évident, d'après cela, qu'un emprunt, quelque modique qu'il soit, ne pourra jamais passer pour acte de pure administration, et qu'il sera toujours soumis à l'observation des conditions prescrites par l'article 483.

253 *bis*. IV. La loi n'a pas mentionné d'une manière spéciale la prohibition d'hypothéquer. Mais cette prohibition est comprise dans la formule générale de l'article 484, qui atteint tous les actes que le tuteur du mineur non émancipé ne pourrait faire sans observer certaines formes (v. art. 457; *jung*. art. 2124 et 2126). De bons esprits cependant soutiennent que le mineur émancipé n'est incapable d'hypothéquer qu'autant qu'il l'est de s'obliger, et qu'il peut conséquemment valablement consentir une hypothèque pour sûreté des obligations qu'il contracte dans les limites de ses pouvoirs. Ils se fondent en partie sur ce que l'hypothèque n'est pas ici, comme l'emprunt et l'aliénation, expressément défendue, et surtout sur ce que l'hypothèque, tout avantageuse qu'elle est au créancier, ne fait pas au débiteur plus de tort que ne lui en causerait la simple obligation (3). Si l'on admettait cette idée, on serait nécessairement amené à la généraliser, et l'on devrait accorder à tout administrateur le pouvoir de consentir hypothèque pour les obligations résul-

(1) V. 1re rédact., art. 85 (Fenet, tom. 10, pag. 565; 2e rédact., art. 86 (*ibid.*, pag. 598).

(2) Disc. du cons. d'État, séance du 29 vendém. an XI (Fenet, tom. 10, pag. 594).

(3) V. M. Duranton, tom. 3, n° 673.

tant des actes d'administration. Cela s'appliquerait notamment à la femme séparée de biens et au tuteur. Mais telle ne paraît point être la théorie du législateur, qui exige toujours pour hypothéquer la capacité d'aliéner. L'hypothèque, en effet, en affectant spécialement un bien à l'acquittement de l'obligation, opère immédiatement, pour le propriétaire, une sorte de dessaisissement qui ne lui permet plus ensuite de disposer aussi librement. Elle porte ainsi atteinte à son crédit. Or, ce crédit, il importe de le conserver intact au mineur pour le temps où il aura la direction et la disposition de ses affaires. Il y a, du reste, peu d'inconvénient pour la facilité de l'administration à refuser la faculté d'hypothéquer; car, pour les actes simples qui constituent l'administration proprement dite, il est rare qu'une hypothèque soit demandée.

253 *bis*. V. La transaction étant au nombre des actes compris dans la formule générale de l'article 484, je n'hésite pas à appliquer ici au mineur émancipé ce que j'ai dit plus haut pour le tuteur du mineur non émancipé; et à refuser à l'un comme à l'autre le droit de transiger, même sur les revenus, sans observer les formes prescrites par l'article 467 (v. ci-dessus, n° 227 *bis*).

253 *bis*. VI. L'assistance du curateur, requise dans des actes réputés moins importants, doit l'être à plus forte raison dans ceux que l'article 484 soumet à des conditions de forme plus sévères. Telle était bien la pensée du tribunat, qui l'exprimait formellement dans la proposition qui a servi de base à notre article. Je crois, en conséquence, qu'elle doit y être sous-entendue.

254. Le mineur ne peut en général donner. Les exceptions que souffre cette règle ne sont nullement fondées sur l'émancipation (v. art. 903, 904, et à ce sujet art. 1095, 1309, 1398). — Il est évident aussi que le mineur ne peut compromettre. V. C. pr., n^os^ 83 et 1004.

254 *bis*. L'incapacité de donner emporte évidemment celle de faire gratuitement la remise d'une dette. Ainsi, le mineur ne pourrait, même avec l'assistance du curateur, consentir cette remise; ce n'est pas, en effet, une décharge de ce genre que l'article 482 l'autorise à donner avec cette assistance. Mais je ne considérerais pas comme purement gratuite une remise ou réduction qui serait accordée dans une juste mesure à un fermier pour l'indemniser d'une

mauvaise récolte, et ce, malgré la clause rigoureuse, et d'ailleurs bien usitée, d'un bail qui mettrait à sa charge les cas fortuits (v. art. 1772). C'est là un acte de paternelle administration que je permettrais au mineur, même sans assistance de curateur, par application de l'article 481.

255. Les actes qui ne sont ni prohibés ni soumis par la loi, soit à l'assistance du curateur, soit à l'accomplissement de formes particulières, semblent rester par là même dans la catégorie des actes d'administration, que le mineur peut valablement faire seul.

Mais pour prévenir le danger des emprunts indirects contenus dans certains actes d'administration, la loi déclare réductibles en cas d'excès les obligations que le mineur aurait contractées *par voie d'achats* OU AUTREMENT. Cette réduction, qui ne doit pas se confondre avec la rescision pour lésion refusée par l'article 481, est abandonnée à l'arbitrage des tribunaux, qui, pour se déterminer, doivent prendre en considération, non-seulement la fortune du mineur et l'utilité ou l'inutilité des dépenses, mais encore la bonne ou mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec lui. V. art. 484, al. 2.

255 *bis*. I. Pour bien saisir le sens et la portée de cette disposition, qui, dans la pensée du législateur, se lie intimement au refus fait au mineur de la faculté d'emprunter, il est nécessaire d'en rechercher l'origine dans les travaux préparatoires du Code.

La section de législation avait proposé de borner, pour le mineur émancipé, la faculté de s'engager *par promesse* ou *obligation*, à la concurrence d'une année de son revenu, et dans le cas où ses engagements dépasseraient cette limite, d'y réduire au marc le franc les droits des créanciers (1). Cette proposition fut combattue par Cambacérès, qui demanda : 1° l'exclusion complète de la faculté d'emprunter directement sans autorisation du conseil de famille; 2° quant aux emprunts indirects par voie d'achats à crédit, la limitation de l'action des créanciers, non à la mesure d'une année de revenu, mesure que les *fournisseurs* ne peuvent connaître exactement

(1) V. 1re rédaction, art. 85; 2e rédaction, art. 86 (Fenet, tom. 10, pag. 565, 566 et 593).

non plus que le montant des engagements antérieurs, mais à celle des besoins présumés du mineur, eu égard à son état et à ses facultés. Ce double amendement ayant été admis (1), la disposition primitive fut remplacée par un article en deux parties, l'une contenant prohibition des emprunts sans autorisation du conseil de famille, l'autre autorisant la réduction pour excès des obligations contractées par voie d'achats ou autrement (2). Par là se trouvait bien consacrée la liaison que j'ai signalée entre les emprunts directs, qu'il fallait interdire absolument à l'inexpérience du mineur, et les emprunts indirects, qu'il était impossible de lui interdire sans entraver son administration, mais qu'il convenait de restreindre dans une certaine limite. Si, depuis, cet ordre fut changé et la disposition relative à la réduction des engagements détachée de celle qui est relative aux emprunts, ce fut apparemment parce qu'on jugea que la règle générale proposée par le tribunat (3), qui forme aujourd'hui la première partie de l'article 484, devait, à raison de son analogie, trouver sa place à la suite de la prohibition d'emprunter. Quoi qu'il en soit, la pensée primitive reste connue; et comme rien n'indique l'intention de s'en éloigner, elle doit servir à interpréter la dernière partie de l'article 484, qui, comme je crois l'avoir démontré, n'est que le complément de l'article 483.

255 *bis*. II. Cela posé, il est clair que les obligations déclarées ici réductibles, aux conditions que la loi détermine, sont principalement celles qui naissent d'achats de denrées ou objets mobiliers faits à crédit; en d'autres termes, celles qui se contractent envers des *fournisseurs*. Tel est évidemment le sens des mots *par voie d'achats;* et si la loi ajoute *ou autrement*, c'est uniquement pour comprendre dans la même catégorie des obligations du même genre, ayant également pour objet une somme d'argent dont le mineur se constitue débiteur par l'effet d'un acte de pure administration, *puta*, par l'effet d'une commande de travaux à un ouvrier, ou par l'effet de la prise à loyer d'un appartement pour son habitation. Dans tous ces cas le mineur n'est pas restituable pour simple lésion (art. 1305); car l'acte qui l'oblige n'excède pas les bornes de sa capacité, telle qu'elle

(1) Séance 6 brum. an XI (Fenet, tom. 10, pag. 594 et 595).
(2) Rédaction communiquée au tribunat, art. 94 (Fenet, *ib.*, pag. 607).
(3) V. ci-dessus, n° 253 *bis*. III.

est déterminée par l'article 481, qui lui refuse précisément cette restitution.

255 *bis.* III. La part ainsi faite à l'article 484, qui, se référant à l'article 481, modifie, sans l'exclure, la règle contenue en cet article, il reste en dehors des prévisions du législateur une catégorie d'actes qui, sans être de *pure* administration, ne sont pourtant compris, ni parmi les actes soumis à des formes spéciales, ou même à la simple assistance du curateur, ni dans l'application de l'article 484. Je citerais pour exemple la cession d'une créance, l'achat d'un immeuble. Dans ces cas et autres semblables, ma pensée est que le mineur peut régulièrement agir seul, puisque la loi ne l'assujettit spécialement à aucune forme; l'acte qu'il fera sera donc valable, en ce sens qu'il ne pourra pas être attaqué comme nul en la forme. Et pourtant, comme l'acte n'est pas de *pure* administration, et que l'article 481 ne s'y applique pas, je crois qu'il excède, sous ce rapport, la capacité du mineur, et qu'il serait rescindable pour cause de lésion aux termes de l'article 1305.

256. La réduction des engagements du mineur ne peut être prononcée que pour des causes qui accusent d'imprudence ou de légèreté celui qui les a souscrits. Cette réduction peut donc, suivant les cas, donner lieu à le priver du bénéfice de l'émancipation. Il est naturel, d'ailleurs, de s'en rapporter, pour la révocation de l'émancipation, au jugement de ceux qui ont eu pouvoir de la conférer; on doit conséquemment suivre les mêmes formes. V. art. 485.

256 *bis.* I. Dans le projet primitif de la commission de législation, le retrait de l'émancipation s'appliquait au mineur, dont les obligations étaient réduites comme excédant la somme d'une année de revenu. Le curateur devait, à cet effet, convoquer le conseil de famille pour faire déclarer la déchéance, dont, au reste, on exceptait formellement le mineur émancipé par mariage (1). Après l'adoption de l'amendement de Cambacérès, on jugea utile de maintenir la mesure du retrait d'émancipation en l'appliquant au cas de réduction autorisé par l'article 484. On adopta en conséquence l'ar-

(1) V. 1re rédaction, art. 86; 2e rédaction, art. 87 (Fenet, tom. 10, pag. 566, 593).

ticle 87 du projet, mais sauf rédaction (1). Dans la rédaction nouvelle, textuellement reproduite par l'article 485, il est bien expliqué: que le retrait s'applique au cas de l'article précédent; qu'il est seulement facultatif, mais qu'il peut être appliqué à tout mineur émancipé; enfin, on indique comme forme à suivre pour le retrait celle qui a été suivie pour conférer l'émancipation. Reprenons successivement ces divers points.

256 *bis*. II. Il paraîtrait raisonnable que l'émancipation pût être retirée à tout mineur qui en abuse. Il y a preuve de cet abus pour celui dont les engagements ont été réduits. Mais l'abus pourrait exister sans que la réduction s'ensuivît, *puta*, si le mineur ne l'a pas demandée, ou si, malgré l'excès constaté, on s'est fondé, pour maintenir l'obligation, sur la bonne foi des tiers contractants. Il y a donc lacune dans la loi, qui semble subordonner au fait de réduction la faculté de révoquer l'émancipation. Mais cette lacune peut, je le crois, être comblée par l'exercice du pouvoir discrétionnaire que je reconnais aux tribunaux pour la protection des mineurs (2). Voici, à cet égard, ma pensée : s'il y a eu réduction, il suffira, pour retirer l'émancipation, de la volonté dûment manifestée par les personnes à qui la loi reconnaît ce droit; au cas contraire, cette volonté ne suffira pas en principe, mais le tribunal pourra, suivant les circonstances, ou autoriser ces personnes à faire le retrait, ou ratifier par son homologation l'acte par lequel elles auraient prétendu l'opérer.

256 *bis*. III. En appliquant à *tout* mineur émancipé la mesure dont le projet exceptait formellement le mineur émancipé par mariage, la loi semble avoir rejeté l'exception proposée; cette exception pourtant n'avait été l'objet d'aucune critique, lorsque l'article du projet fut adopté, sauf rédaction; et elle paraît d'ailleurs fondée sur la nature des choses; car il serait difficile de concilier la faculté de révoquer l'émancipation du mineur marié avec le principe qui émancipe de plein droit par le mariage. Ajoutons que, si le législateur eût voulu en effet permettre la rentrée en tutelle du mineur marié, il eût dû régler cette tutelle d'une manière spéciale, comme il l'a fait pour celle de l'interdit (v. art. 506, 507). Autrement, elle serait plus ou moins attentatoire à la puissance maritale ou à la

(1) Cons. d'État, 6 brum. an XI (Fenet, tom. 10, pag. 595).
(2) V. ci-dessus, n° 114 *bis*. I; v. aussi n° 243 *bis*. II.

puissance paternelle du mineur sur ses enfants. Pour prouver, au reste, que le retrait d'émancipation ne s'applique pas, dans la pensée du législateur, au mineur marié, on peut argumenter de la disposition finale de l'article, qui veut qu'on emploie, pour retirer l'émancipation, les formes qui ont été suivies pour la conférer. Ici, évidemment, ce serait impossible, puisque l'opération s'est opérée de plein droit, sans aucune forme. Mais ce ne serait pas là, pour moi, la raison déterminante. Ce qui me frappe, c'est l'incompatibilité de l'état d'époux ou de père avec celui de mineur en tutelle. Et, si le mineur était veuf sans enfants, je crois qu'on pourrait bien, aux termes de notre article, lui retirer l'émancipation, en suivant les formes qu'il faudrait suivre s'il s'agissait de la lui conférer.

256 *bis*. IV. Quelque parti qu'on adopte sur ce dernier point, je n'hésite pas à dire, d'une manière générale, que les formes à suivre pour le retrait de l'émancipation sont, dans la pensée du législateur, non pas absolument celles qui ont été suivies pour la conférer, mais celles qui, eu égard à la composition actuelle de la famille, devraient être suivies pour la conférer. Ainsi, la mère devenue veuve pourrait révoquer l'émancipation conférée par le père; et le conseil de famille, après le décès des père et mère, pourrait révoquer celle que l'un des deux avait conférée de son vivant.

257. Le mineur privé du bénéfice de l'émancipation rentre en tutelle, et dans la crainte de l'exposer à de nouveaux dangers, la loi veut qu'il y reste jusqu'à sa majorité. V. art. 486.

257 *bis*. I. La loi parle seulement de la rentrée en tutelle; mais il va sans dire, puisque l'émancipation est *révoquée*, que le mineur, s'il a encore ses père et mère, rentre sous leur autorité (v. art. 372). Nul doute, en conséquence, que cette révocation ne fît revivre l'administration conférée au père durant le mariage par l'article 389. Mais, le retrait de l'émancipation n'ayant lieu évidemment que dans l'intérêt du mineur, je ne crois pas qu'il fasse revivre l'usufruit légal (1). S'il en était autrement, l'exercice du droit de révocation par le père ou la mère offrirait moins de garantie d'indépendance, parce qu'il ne serait pas complétement à l'abri de tout soupçon d'intérêt personnel.

(1) V. ci-dessus, n° 129 *bis*. VIII.

257 *bis*. II. Si le père marié recouvre l'administration, il y aurait, selon moi, en conséquence, à refuser au survivant des père et mère la tutelle légitime, qui, elle aussi, me paraît dériver de la puissance paternelle. Mais, hors ce cas, je ne crois pas que la rentrée en tutelle prescrite par la loi emporte, de plein droit, rétablissement de l'ancien tuteur légitime ou datif. En effet, à défaut de père et de mère, le retrait de l'émancipation ne s'opérant que par une délibération du conseil de famille, c'est à ce conseil à pourvoir à l'établissement de la tutelle à laquelle donne lieu sa délibération. C'est ainsi que la loi fait toujours remplacer par le conseil de famille le tuteur excusé, exclu ou destitué (art. 405).

257 *bis*. III. De ce que le mineur doit rester en tutelle jusqu'à sa majorité, il faut seulement conclure qu'il ne peut plus être émancipé directement. Mais, le mariage ne lui étant pas interdit, il est évident qu'on pourra toujours, par ce moyen, le faire sortir de tutelle par application de l'article 476.

258. L'émancipation est une condition nécessaire pour qu'un mineur puisse faire le commerce ou exercer, même sans en faire sa profession habituelle, des actes ou faits de commerce. Cette faculté du reste n'est applicable au mineur émancipé qu'autant qu'il est âgé de 18 ans, et préalablement autorisé à cet effet. L'autorisation doit être donnée par le père; à son défaut, par la mère; ou à défaut de l'un et de l'autre, par une délibération du conseil de famille dûment homologuée; l'acte d'autorisation doit être publié par enregistrement et affiche au tribunal de commerce. Toutes ces formes et conditions remplies, le mineur est *réputé majeur* pour les faits relatifs à son commerce; *add.* ou pour les actes de commerce faisant l'objet de l'autorisation spéciale. Cette aptitude s'applique même à l'hypothèque. Mais pour l'aliénation de ses immeubles le mineur émancipé reste dans le droit commun. V. art. 487, *jung*. C. comm., art. 1, 2, 3, 6.

258 *bis*. I. La loi, plus explicite en ce qui concerne le pouvoir d'autoriser l'émancipé à faire le commerce qu'elle ne l'est quant au droit de conférer l'émancipation, attribue formellement ce pouvoir à la mère en cas d'interdiction ou d'absence du père (C. comm.,

art. 2). C'est évidemment dans le même sens, c'est-à-dire pour le cas de décès, interdiction ou absence des père et mère, qu'elle accorde, *à défaut* de ceux-ci, le pouvoir au conseil de famille (d. art. 2). Je ne vois pas même de difficulté à comprendre ici, sous le nom d'*absence* du père, le cas de simple disparition (arg. de l'art. 141). Je suis moins hardi dans l'interprétation du même mot *à défaut*, employé par l'article 477, et ce n'est qu'avec réserve, hors le cas de décès ou d'absence *déclarée* du père, que je reconnais à la mère le droit d'émanciper (1). En effet, l'émancipation du mineur avant l'âge de dix-huit ans attenterait au droit du père en lui faisant perdre son usufruit (v. art. 384). Et, dans tous les cas, quel que soit d'ailleurs l'âge du mineur, elle le soustrairait à son autorité, dont l'interdit ou l'absent peut, d'un jour à l'autre, recouvrer l'exercice. Mais ces raisons ne s'appliquent plus quand il s'agit seulement d'accorder au mineur déjà émancipé l'autorisation pour faire le commerce.

258 *bis.* II. Le mineur *réputé majeur* fait valablement, sans assistance et sans l'emploi d'aucune forme spéciale, les actes de toute nature qui sont relatifs à son commerce. Il n'y a d'exception à ce principe que pour les aliénations d'immeubles. Il ne jouit d'ailleurs, relativement à ces actes et à leurs suites, d'aucune des prérogatives applicables aux mineurs. Ainsi, point de restitution pour lésion (v. art. 1305); point de communication nécessaire de ses causes au ministère public (v. C. pr., art. 83); point de recours par requête civile, sous prétexte de défaut ou insuffisance de la défense (v. C. pr., art. 481). Enfin, comme tout autre commerçant, le mineur réputé majeur serait sujet à la contrainte par corps (nonobst. art. 2064). V. L. 17 avril 1832 (2), art. 2.

258 *bis.* III. Le mineur commerçant étant réputé majeur, ses engagements ne peuvent être réduits aux termes de l'article 484; il ne peut dès lors y avoir lieu à lui appliquer, aux termes de l'article 485, le retrait de l'émancipation. Je ne pense pas non plus que l'autorisation de faire le commerce puisse être retirée par la seule volonté des personnes qui l'ont donnée. Mais, en vertu du principe que j'ai admis plus haut (3), je crois que les tribunaux, en

(1) V. ci-dessus, n° 243 *bis.* IV.
(2) IX, 1re partie, B. 73, n° 158.
(3) V. ci-dessus, n° 256 *bis.* II.

connaissance de cause, pourraient, eu égard à la gravité des circonstances, ou le priver du bénéfice de l'émancipation, ou, du moins, lui retirer l'autorisation de faire le commerce.

258 *bis*. IV. La capacité du mineur pour les faits de commerce étant tout exceptionnelle, c'est évidemment à ceux qui veulent s'en prévaloir contre lui à prouver qu'on est en effet dans le cas de l'exception. Mais ce n'est pas une raison pour ne pas appliquer au mineur, comme à tout autre, la présomption légale qui fait considérer comme faits pour son commerce les billets souscrits par un commerçant (C. comm., art. 638, al. 2). Seulement, on ne doit point étendre à d'autres espèces d'obligation la disposition de cet article, qui est spéciale pour les billets.

TITRE ONZIÈME.

DE LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE.

259. L'état de majorité place les personnes dans le droit commun, et semble dès lors ne devoir être l'objet d'aucune disposition spéciale. Il suffit d'en fixer le commencement, et de poser le principe de la capacité du majeur ; c'est l'objet du chapitre I^er^. Mais, le majeur même peut, à raison de la faiblesse ou du dérangement de ses facultés morales, être hors d'état de se gouverner lui-même ; un malheureux penchant à la dissipation pourrait, dans certains cas, l'entraîner à sa propre ruine et à celle de sa famille. La loi vient alors à son secours, en permettant soit de l'interdire, soit de lui nommer un conseil (chapitres II et III).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MAJORITÉ.

260. Le Code consacrant ici le changement apporté par le

législateur de 1792 (1), fixe à vingt-un ans la majorité des Français. Qui dit majeur, dit capable en général de tous les actes de la vie civile. Toutefois, la loi elle-même rappelle la restriction portée à ce principe pour le mariage (art. 148-150, 158), restriction qui existe également pour l'adoption (art. 346). V. art. 488.

CHAPITRE II.

DE L'INTERDICTION.

261. On entend en général par interdiction l'acte par lequel une personne est entièrement dépouillée de l'exercice de ses droits civils, privée conséquemment du gouvernement de sa personne et de l'administration de ses biens. Un état aussi fâcheux, lorsqu'il n'est pas la punition d'un crime, ne peut être infligé à un membre de la société qu'en cas d'absolue nécessité.

Ainsi, hors le cas de l'interdiction légale, qui est la suite de certaines peines (v. C. pén., art. 29, L. sur la déportation, 8 juin 1850 (2), art. 3; voy. aussi C. civ., art. 28), l'interdiction doit être prononcée par la justice, après un mûr examen; elle ne peut l'être que pour les causes déterminées par la loi, et à la requête des personnes spécialement désignées.

262. Les causes d'interdiction sont, l'imbécillité, la démence ou la fureur; il n'est pas nécessaire que ces affections agissent continuellement sur la personne, mais il faut qu'elles constituent un état habituel. V. art. 489; et remarquez que la loi ne comprend dans ces termes que les majeurs.

262 *bis*. I. La privation des facultés intellectuelles, cause générale de l'interdiction, est classée par la loi en trois catégories distinctes : l'imbécillité, la démence, ou la fureur. Suivant l'orateur

(1) V. L. 20 septembre 1792, tit. 4, sect. 1re, art. 2; L. 31 janvier 1793.
(2) X, B. 274, no 2208.

du tribunat, « l'imbécillité est une faiblesse d'esprit causée par » l'absence ou l'oblitération des idées; la démence est une aliéna- » tion qui ôte à celui qui en est atteint l'usage de sa raison; la » fureur n'est qu'une démence portée à un plus haut degré, qui » pousse le furieux à des mouvements dangereux pour lui-même et » pour les autres (1). » Sans examiner jusqu'à quel point cette classification est en harmonie avec les théories de la science moderne, bornons-nous à remarquer que la loi entend évidemment comprendre sous ces trois dénominations tous les cas d'aliénation mentale, mais qu'elle place dans une catégorie particulière, sous le nom de *fureur*, la folie dangereuse pour la sûreté de la personne du fou lui-même ou de ses semblables. C'est à ce caractère qu'il faudra toujours s'attacher pour juger s'il y a, pour le ministère public, devoir ou simple faculté de la provoquer.

262 *bis*. II. La loi, différente en cela de l'ancien droit, ne comprend pas dans les causes d'interdiction la prodigalité, qui, au contraire, à Rome, en étaient la seule cause. Les Romains, en effet, n'avaient pas pensé qu'il fût besoin d'une sentence d'interdiction pour priver d'effet les actes des fous. La loi les protégeait, du reste, en les pourvoyant de curateur. Mais, comme leur incapacité ne procédait que du défaut de raison, cette incapacité ne s'appliquait pas aux actes qu'ils faisaient dans les intervalles lucides (2). Quant aux prodigues, on avait cru utile, pour prévenir leur ruine et celle de leur famille, de les frapper d'incapacité; mais, comme il n'y avait pas chez eux absence de facultés, mais mauvais usage de leurs facultés, une sentence était nécessaire pour produire cette incapacité, qui, du reste, était générale et s'appliquait à tous les actes postérieurs à la sentence.

Notre législateur, au contraire, a jugé que, pour protéger efficacement les fous, il était utile de les interdire et de prévenir ainsi toute discussion sur l'état prétendu de lucidité au moment de la confection des actes (v. art. 502). A l'égard des prodigues, il a pensé qu'une interdiction complète n'était pas nécessaire pour les préserver de leur ruine, et qu'il suffisait de les soumettre, pour les actes les plus dangereux, à l'assistance d'un conseil (v. art. 513).

262 *bis*. III. La mesure de l'interdiction, bien qu'elle ne soit ici

(1) Tarrible, discours au corps législatif (Fen., tom. 10, pag. 740).
(2) V. *Just.*, § 1, Inst. *quib. non est perm. fac. test.*

prescrite que pour les majeurs, peut cependant être nécessaire pour les mineurs, afin de compléter l'incapacité moins entière dont leur âge est frappé. Cette nécessité est évidente à l'égard du mineur émancipé; mais l'utilité se fait sentir à l'égard même du mineur non émancipé, ne fût-ce que pour lui enlever la faculté de tester ou de se marier. Ajoutons que la nullité des actes que pourrait faire le mineur aliéné sera bien plus incontestable quand on pourra l'appuyer sur l'article 502 que lorsqu'elle reposera sur l'article 1305. En outre, et quand même la protection accordée à l'état de minorité paraîtrait suffisante pour le présent, il importerait toujours que l'interdiction pût être requise et prononcée avant l'accomplissement de la majorité pour ne pas laisser à la personne aliénée un intervalle de capacité. Au surplus, la faculté d'interdire le mineur, contre laquelle on invoquerait seulement un argument *à contrario*, est supposée par la loi dans les articles 174 et 175 combinés. En effet, c'est bien au mariage d'un mineur que le tuteur est autorisé à former opposition pour cause de démence. Or, dans ce cas comme dans tous ceux où l'opposition est fondée sur cette cause, l'opposition ne peut être admise qu'à la charge de provoquer l'interdiction. Donc, dans un cas, la loi non-seulement autorise, mais prescrit la poursuite en interdiction contre un mineur; donc, la loi reconnaît que l'interdiction est possible.

Cette possibilité, du reste, est tout ce que j'entends démontrer, et je ne prétends pas que la protection spéciale dont jouit le mineur en cette qualité ne puisse, suivant les cas, être prise en considération pour refuser de lui appliquer la mesure de l'interdiction. La loi, en effet, n'a pas dit de lui, comme du majeur, qu'il *doit* être interdit. Mais elle n'a pas non plus consacré la disposition du projet, qui, à l'égard, du moins, des mineurs non émancipés, prohibait l'interdiction (1).

263. L'interdiction de l'imbécile ou du dément n'est autorisée que dans son intérêt et dans celui de sa famille; celle du furieux intéresse la société tout entière. La loi, d'après ces vues, accorde diversement, suivant les cas, le droit de la provoquer, aux parents, aux conjoints ou au ministère public.

(1) V. projet de Code civil, liv. I, tit. X, art. 39.

Ainsi les parents, quel que soit leur degré, et le conjoint, peuvent toujours agir. V. art. 490.

Quant au ministère public, dans le cas de fureur, il suffit que les parents et le conjoint n'agissent pas pour qu'il doive agir. Dans les autres cas il ne le peut qu'à leur défaut, c'est-à-dire quand il n'y en a pas de connus. V. art. 491.

263 *bis*. I. La personne privée de la raison est certainement celle qui a le principal intérêt à l'interdiction. Sous ce rapport il paraît difficile, lorsque le besoin de cette mesure protectrice se fera sentir à elle dans un intervalle lucide, de lui refuser qualité pour en requérir l'application. Car il est de principe que l'intérêt donne qualité pour intenter les actions. Ce principe peut d'autant mieux être invoqué ici, que l'article 490 qui accorde l'action aux parents et au conjoint n'est point conçu en termes limitatifs. Je sais bien que la disposition du projet relative au conseil volontaire n'a pas été consacrée par le législateur (1). Je sais aussi qu'un jugement homologatif d'une interdiction volontaire a été cassé dans l'intérêt de la loi (C. C., cass., 7 septembre 1808)(2). Mais la cour s'est fondée uniquement sur ce qu'on ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public. Et ce *considérant* suffit pour nous révéler que dans l'espèce c'était le consentement donné par la personne qui avait été pris pour base de son interdiction. C'était là une violation flagrante des principes les plus élémentaires. Mais pourquoi, sur la demande du principal intéressé, ne pourrait-on pas ouvrir une procédure et prononcer l'interdiction en connaissance de cause, *après interrogatoire*, et enquête s'il y a lieu? Si cette ressource manque au malheureux privé habituellement de sa raison, il faudra donc qu'il soit victime de la négligence ou de l'indifférence de ses parents, dont l'existence connue privera d'ailleurs le ministère public du droit d'agir.

263 *bis*. II. La qualité pour provoquer l'interdiction d'un autre paraît reposer tout à la fois et sur l'affection présumée et sur un droit au moins éventuel de succession. Cette seconde condition manquant pour les alliés, la loi ne les comprend pas dans le droit qu'elle accorde au contraire à *tout parent*, c'est-à-dire, bien en-

(1) V. projet de Code civil, liv. I, tit. X, art. 40.
(2) J. P., tom. 23, pag. 20.

tendu, à tout parent au degré successible (v. à ce sujet, art. 755). A cet égard, la parenté, même simplement naturelle, constituant dans une certaine limite un titre de succession irrégulière, il est vrai, mais non pour cela moins réelle, je crois qu'elle pourrait suffire pour donner qualité; cela serait surtout utile s'il n'y avait point de parents légitimes pouvant exercer ce droit de famille.

264. C'est naturellement aux tribunaux civils qu'il appartient de statuer sur l'interdiction. V. art. 492. Il va sans dire, au reste, que le tribunal compétent est le tribunal de première instance du domicile de la personne à interdire (C. pr., art. 59).

265. Celui qui provoque l'interdiction prend sur lui la tâche d'établir par des faits l'état d'infirmité qui sert de base à sa demande. Ces faits ne sont susceptibles d'être prouvés qu'autant qu'ils sont articulés; ils doivent l'être par écrit. La preuve pouvant ensuite s'en faire par témoins ou par pièces, le demandeur doit dès l'origine indiquer les témoins qu'il se propose de faire entendre, et produire les pièces qu'il peut avoir en sa possession. V. art. 493; C. pr., art. 890.

266. La demande ainsi formée, l'instruction devra consister dans l'appréciation des pièces, et principalement dans l'interrogatoire de la personne elle-même; enfin, s'il y a lieu, dans une enquête. Mais avant de procéder à aucune voie d'instruction, avant même d'informer le principal intéressé, il convient de consulter les juges les plus naturels de l'état de la personne, ses parents réunis en conseil de famille. V. art. 494; C. pr., art. 891, 892.

266 *bis*. La disposition de l'article 494 étant impérative, il est clair que le tribunal ne pourrait procéder à l'instruction, encore moins prononcer l'interdiction, sans avoir pris l'avis du conseil de famille. Mais ce n'est pas à dire qu'il ne puisse, sans cet avis, statuer en aucune manière sur la demande. Il pourrait certainement la déclarer non recevable si elle était formée par une personne sans qualité, ou si la requête ne contenait pas d'articulation de faits. Je crois même qu'il pourrait la rejeter purement et simplement si

elle lui paraissait évidemment mal fondée. Il convient, en effet, d'arrêter aussitôt que possible et de ne point divulguer une démarche qui ne serait propre qu'à porter le trouble dans la famille.

La preuve, au reste, que le tribunal a un examen à faire et une décision à prendre avant d'ordonner la convocation du conseil de famille, c'est que cette mesure ne s'ordonne que sur le rapport d'un juge et les conclusions du ministère public (C. pr., art. 892).

267. La composition du conseil de famille appelé à donner son avis sur l'état de la personne est en général la même qu'en cas de minorité (art. 494; C. pr., art. 892); mais la loi en exclut avec raison, comme suspecte de partialité, la personne qui a provoqué l'interdiction. Et, néanmoins, le conjoint et les enfants qui, vivant habituellement avec la personne, sont, mieux que tout autre, à même de connaître son état, n'ont pas dû en être absolument exclus. Il suffit de leur refuser voix délibérative. V. art. 495.

267 *bis*. La pensée du législateur, si je la comprends bien, est que la qualité de provoquant n'exclut pas du conseil de famille les enfants et le conjoint, mais qu'elle leur fait refuser voix délibérative. Cela semble supposer que la qualité d'enfant ou de conjoint est, ou peut être, en elle-même, un titre de vocation, qui, en l'absence de la qualité de provoquant, doit donner voix délibérative.

Et, en effet, quant aux enfants, je ne vois pas de difficulté à les appeler comme plus proches parents, en vertu du principe posé par l'article 407, auquel renvoie l'article 494 (v. C. C., rej., 25 mars 1833) (1).

Quant au conjoint, j'entends bien qu'il ne peut rentrer dans les termes de l'article 407, ni comme parent, ni à proprement parler, comme allié. Et toutefois, comme il est la source de l'alliance que le mariage a formée entre son conjoint et ses parents, je trouve raisonnable de l'appeler, par préférence, aux plus proches alliés et en concours avec les parents les plus proches.

Maintenant, si, contre cette doctrine, qui est aussi celle de M. Duranton (2), on voulait prétendre que l'article 407, écrit en vue d'un

(1) J. P., tom. 96, n° 411.
(2) Tom. 3, n° 729.

mineur non émancipé, et par conséquent d'une personne qui n'a ni conjoint ni enfants, n'autorise pas la vocation du conjoint et des enfants, du moins, ne pourrait-on pas se dispenser de les reconnaître admissibles avec voix consultative, soit qu'ils aient ou non provoqué l'interdiction; car l'article 494 fournirait, à cet égard, un argument *à fortiori*. L'article ainsi entendu serait la consécration pure et simple du système du tribunat, qui voulait que le conjoint et les enfants fussent toujours admis, mais ne le fussent jamais avec voix délibérative (1). Quoi qu'il en soit, cette restriction du droit du conjoint et des enfants, demandée par le tribunat, et conforme au système du projet de Code civil (2), ne me paraît point consacrée par la rédaction définitive; je m'en tiens donc à ma première interprétation.

268. Il paraît incontestable que le tribunal pourrait, sur l'avis de la famille, rejeter purement et simplement la demande; mais s'il juge à propos d'y donner suite, il doit s'assurer lui-même de l'état de la personne par un ou plusieurs interrogatoires; bien entendu, au reste, qu'avant qu'on y procède, le défendeur doit être informé de la demande, et de l'avis de parents, par une signification. L'interrogatoire doit en général avoir lieu dans la chambre du conseil, devant le tribunal entier. En cas d'impossibilité, il y est procédé en la demeure du défendeur, par un juge-commissaire assisté du greffier. Dans tous les cas, le procureur de la république doit être présent. V. art. 496; C. pr., art. 893, al. 1.

En cas d'insuffisance de l'interrogatoire et des pièces, les juges pour s'éclairer peuvent encore recourir à une enquête. V. C. pr., art. 893, al. 2 et 3.

269. La lenteur des formes nécessaires pour éclairer la justice pourrait compromettre l'intérêt du défendeur, s'il devait rester abandonné à lui-même jusqu'au jugement définitif. Il serait à craindre même qu'en apprenant les poursuites dirigées contre lui, il n'en fût d'autant plus disposé à abuser de

(1) Observ. du tribunat, art. 8 (Fenet, tom. 10, pag. 698).
(2) Projet de Cod., liv. I, tit. X, art. 10.

sa liberté. De là le droit accordé au tribunal de confier à un administrateur provisoire le soin de la personne et des biens. Quoi qu'il en soit, cette mesure n'est ici autorisée qu'après le premier interrogatoire. V. art. 497.

269 *bis.* Le caractère purement provisoire de sa fonction ne permet pas de reconnaître à cet administrateur tous les pouvoirs d'un tuteur. Il ne doit faire, en général, que les actes conservatoires ou d'urgence. Pour plus de précision, on doit, je crois, se reporter à la loi sur les aliénés (1), et considérer comme applicables à l'administrateur dont il s'agit ici les pouvoirs attribués par cette loi aux administrateurs dont elle prescrit ou autorise l'établissement à l'égard des personnes placées dans un établissement d'aliénés (v. ladite loi, art. 31 et 32). La loi elle-même le suppose, en se référant dans son article 32 à notre article 497. Il faut seulement remarquer que l'administrateur provisoire, nommé aux termes de la loi de 1838, n'est donné qu'aux biens (d. L., art. 32); tandis que l'article 497 charge l'administrateur de prendre soin de la personne et des biens. La personne, en effet, peut avoir ici besoin de soins particuliers, qui ne lui manquent pas quand elle est placée dans un établissement d'aliénés. Sauf cette différence, la nature et le titre de la fonction étant les mêmes dans les deux lois, il faut nécessairement, pour le règlement des attributions, sous-entendre dans la loi antérieure les développements et les applications exprimés dans la loi postérieure (v. L. 30 juin 1838, art. 31-35).

270. L'instruction terminée, le jugement est rendu dans les formes ordinaires, par conséquent en audience publique, les parties entendues ou appelées; ajoutons, et sur les conclusions du ministère public. V. art. 498, 515.

271. Le jugement peut non-seulement admettre ou rejeter purement et simplement l'interdiction; il peut aussi prendre un terme moyen, en soumettant le défendeur, pour certains actes que la loi détermine, à l'assistance d'un conseil qu'il lui nomme immédiatement. Cette mesure, autorisée plus loin pour le cas de prodigalité, comprend ici comme là les actes

(1) 30 juin 1838 (IX, B. 581, n° 7443).

dans lesquels l'imprudence ou l'incapacité de la personne pourrait le plus compromettre ses intérêts. Ces actes sont énumérés ici précisément dans les mêmes termes qu'ils le sont pour les prodigues par l'article 513 (1). Il paraît du reste que la mesure est applicable pour toute infirmité de corps ou d'esprit qui la ferait juger nécessaire, puisque le tribunal peut l'ordonner, *si les circonstances l'exigent*. V. art. 499.

271 *bis*. I. Le tribunal saisi d'une demande à fin d'interdiction peut nommer un conseil ; cela revient à dire qu'il peut, en refusant ce qui est demandé, accorder ce qui ne l'est pas. La loi, apparemment, répute implicitement contenue dans la demande en interdiction la demande en nomination de conseil, comme le moins est contenu dans le plus. Cela, sans doute, est fort raisonnable, et néanmoins il eût été difficile de l'admettre sans la disposition formelle de l'article 499. Du reste, si la mesure de nomination de conseil peut être ainsi ordonnée sans qu'il y ait été explicitement conclu, à plus forte raison pourrait-elle l'être si elle était l'objet de conclusions formelles. Ce serait donc évidemment méconnaître la pensée du législateur que d'argumenter *à contrario* des termes de notre article pour soutenir que la formation et le rejet d'une demande en interdiction soient la condition nécessaire du pouvoir de nommer un conseil.

271 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, la formation d'une demande en interdiction étant la marche, je ne dis pas prescrite, mais indiquée par la loi pour arriver à la nomination d'un conseil, je ne considère pas comme succombant, même sur un chef de sa prétention, celui qui a formé cette demande, quand le tribunal, en la rejetant, adopte la mesure ici autorisée; je n'appliquerais donc, en général, contre le demandeur ni l'article 130 ni l'article 131 du Code de procédure, et je laisserais en entier les dépens à la charge du défendeur, dans l'intérêt duquel la mesure protectrice a été ordonnée.

271 *bis*. III. Le rapport ici établi entre la mesure de nomination de conseil et la demande en interdiction montre assez que dans la pensée du législateur les causes de cette demi-interdiction sont de même nature que celles de l'interdiction proprement dite, c'est-à-dire que c'est en général la maladie ou infirmité mentale, mais

(1) V. ci-dessous, n° 285.

poussée à un moindre degré. Quoi qu'il en soit, l'exigence des circonstances étant la seule règle tracée par la loi, il est possible qu'une maladie ou infirmité corporelle, sans aucun rapport avec la folie ou l'imbécillité, paraisse aux juges rendre la mesure nécessaire; c'est ainsi que l'application en a été faite à un sourd-muet ne sachant ni lire ni écrire (1). Je dois dire pourtant que ce mode de protection, pour une pareille infirmité, ne suppléera que bien imparfaitement aux facultés qui manquent à la personne incapable de communiquer ses idées; et dans l'impossibilité où l'on est d'appliquer l'interdiction, parce que les causes en sont limitativement déterminées par l'article 489 (2), on doit regretter que la loi, qui, en vue de cas particuliers, s'occupe du sourd-muet dans les articles 936 et 979, n'ait pas organisé en sa faveur un système général de protection approprié à la nature de son infirmité.

272. Le jugement, quel qu'il soit, est, comme de raison, susceptible d'appel. L'instance d'appel s'engage naturellement entre le provoquant et la personne dont l'interdiction a été provoquée. Il faut seulement remarquer le droit reconnu ici aux membres de l'assemblée, c'est-à-dire du conseil de famille, d'interjeter appel, sans qu'on suppose qu'ils aient été parties en première instance. Il est, du reste, évident que la cour d'appel peut, pour s'éclairer, employer toutes les voies d'instruction; mais la loi, sans lui en imposer l'obligation, lui donne expressément le droit d'interroger elle-même ou de faire interroger de nouveau le défendeur. V. art. 500; C. pr., art. 894.

272 *bis*. La cour, ayant sous les yeux les procès-verbaux dressés en première instance, n'aurait besoin d'ordonner une enquête qu'autant que cette voie d'instruction, jugée par elle utile, aurait été omise par les premiers juges. Il en est autrement de l'interrogatoire, qu'elle pourra souvent juger à propos de renouveler, comme les premiers juges auraient pu en ordonner successivement plusieurs.

273. L'interdiction et la nomination d'un conseil produisant leurs effets du jour du jugement (art. 502), la loi veut que

(1) Lyon, 14 janvier 1812 (J. P., tom. 33, pag. 332).
(2) V. d. arrêt du 14 janvier 1812.

l'arrêt ou le jugement qui la prononce soit signifié à la partie dans un bref délai (dix jours); elle exige aussi qu'il reçoive, dans le même délai, et par le moyen qu'elle indique, une publicité propre à garantir les tiers de toute surprise. Les diligences à cette double fin doivent être faites par les demandeurs. V. art. 501; C. pr., 897.

273 *bis*. I. L'appel interjeté arrête l'exécution du jugement; mais comme, en cas de confirmation, les effets de l'interdiction remonteront au jour de ce jugement (1), je ne crois pas que l'appel dont il est frappé doive en suspendre la publication, qu'il faut toujours faire dans les dix jours de la date.

273 *bis*. II. La publication se fait par l'inscription du jugement sur des tableaux affichés dans l'auditoire du tribunal et dans les études des notaires de l'arrondissement (C. civ., art. 501), et en outre par l'annonce dans un journal (2). A cet effet, l'avoué du demandeur doit faire un extrait, et le faire insérer dans les tableaux et dans le journal. Du reste, il n'y a pas lieu de signifier le jugement aux notaires; il suffit de remettre l'extrait au secrétaire de la chambre, qui le communique à ses collègues. Ceux-ci en prennent note et l'affichent immédiatement dans leurs études, à peine de dommages-intérêts des parties. (L. 25 vent. an XI (3), art. 18; Tarif, art. 92 et 175.)

273 *bis*. III. La sanction des dommages et intérêts portée contre les notaires par la loi spéciale de leur profession n'est, on le voit bien, que l'application de la règle générale qui oblige chacun à la réparation du tort causé par sa faute. Il est dès lors bien évident que la même sanction s'appliquerait contre tout contrevenant aux obligations imposées par l'article 501 et par les dispositions réglementaires qui s'y rattachent. Elle s'appliquerait notamment contre le demandeur qui aurait omis les diligences qui lui sont prescrites.

274. La sentence du juge frappant l'interdit d'une incapacité complète, la conséquence de cette incapacité est la nullité

(1) V. ci-dessous, n° 274 *bis*. II.

(2) Tarif civil, art. 92. Cette annonce, que la loi ne prescrit pas, n'est point de rigueur. Tout ce qu'on peut conclure du Tarif, c'est qu'il convient de la faire, et que les frais auxquels elle donnera lieu entreront en taxe.

(3) III, B. 258, n° 2440.

de tous actes passés par lui postérieurement. Il en est de même de celui auquel on a nommé un conseil judiciaire, mais, bien entendu, à l'égard seulement des actes pour lesquels l'assistance du conseil était requise, et n'a pas eu lieu. Cette nullité est de droit, en ce sens que les juges doivent la prononcer sans avoir égard aux circonstances ; mais elle n'est pas absolue et peut se couvrir, V. art. 502, *jung.* art. 1125, 1304, 1328.

274 *bis*. I. On entend ordinairement par nullité *de droit*, ou nullité *de plein droit*, celle qui, réduisant l'acte intervenu à un simple fait, le fait considérer, en droit, comme non avenu ; ce n'est alors qu'une apparence à détruire ; et si pour cela il est besoin d'un jugement déclaratif de la nullité, ce jugement peut être obtenu par toute partie intéressée, en tout temps, et nonobstant toute confirmation ou ratification. Ce n'est évidemment pas dans ce sens qu'est pris ici le mot *nul de droit ;* autrement l'article 502 serait en contradiction avec les articles 1125, 1304 et 1338. Tout ce qu'on a voulu dire, c'est qu'à la différence des actes des mineurs, qui ne peuvent être annulés ou rescindés que pour vice de forme ou pour lésion, ceux des interdits, s'ils sont attaqués en temps utile et par qui de droit, doivent être annulés sur la seule preuve de l'interdiction antérieure. Ainsi l'on alléguerait vainement pour faire maintenir l'acte qu'il a été fait dans un intervalle lucide. Il en était autrement à Rome pour les actes des fous (*furiosi*), que leur état habituel faisait bien pourvoir de curateurs, mais qu'on n'interdisait pas alors (v. ci-dessus n° 262 *bis* II).

274 *bis*. II. C'est du jour même du jugement, et non pas seulement de la signification, que l'interdiction a son effet. Il est bien évident que le jugement, c'est-à-dire la décision judiciaire dont il s'agit ici, doit s'entendre, suivant les cas, soit du jugement de première instance, soit de l'arrêt de la cour d'appel. Ce sera nécessairement l'arrêt si c'est la cour qui a prononcé l'interdiction en infirmant le jugement qui avait rejeté la demande. Mais si l'arrêt, au contraire, est confirmatif du jugement qui avait prononcé l'interdiction, c'est le cas de s'attacher aux termes de la loi, et d'attribuer au jugement confirmé le même effet que s'il n'avait pas été attaqué. Il va sans dire, au reste, que si, au lieu de confirmer le jugement qui a prononcé l'interdiction, la cour l'infirme, ce jugement ne conser-

vera aucun effet, même pour le temps écoulé avant l'infirmation. Ainsi le sort des actes passés dans l'intervalle du jugement à l'arrêt sera subordonné à l'arrêt à intervenir; ils seront nuls si le jugement est confirmé, et valables s'il est infirmé. Cela posé, il est clair que la nullité n'en pourrait être demandée pendant l'instance d'appel, dont l'effet est suspensif; mais si elle l'a été avant l'appel interjeté, il faut bien reconnaître qu'elle a été régulièrement intentée. Seulement, si l'appel survient, les juges devront surseoir à statuer jusqu'à l'arrêt à intervenir.

274 *bis*. III. La nullité des actes de l'interdit est un véritable préjudice pour les tiers qui, ayant traité avec lui, se trouvent ainsi privés des avantages qu'ils avaient entendu s'assurer, et cela sans qu'ils aient eux-mêmes le droit réciproque d'attaquer l'acte, si c'est à eux, en fait, qu'il est désavantageux (art. 1125). C'est pour garantir les tiers de ce danger que la loi a établi les formalités de publication prescrites par l'article précédent. Cela posé, on peut se demander si la nullité est applicable lorsque les formalités n'ont pas été accomplies. A cet égard, je pense, malgré l'autorité de plusieurs arrêts (1), que la question est décidée en faveur de l'interdit par les termes mêmes de notre article 502. Car il est évident que la loi qui, d'une part, établit la nullité à partir du jugement, et, d'autre part, accorde dix jours pour l'accomplissement des formalités, n'a pas entendu la faire dépendre de cet accomplissement. Cela, au reste, ne serait pas juste, car une fois que l'infirmité est constatée, l'incapacité protectrice doit s'ensuivre, et la protection de l'incapable doit prévaloir sur tout autre intérêt. La ressource des tiers consistera donc uniquement, selon moi, dans la responsabilité des personnes qui étaient chargées de faire la publication, et par la faute desquelles ils auront éprouvé préjudice en traitant avec l'interdit dans l'ignorance de son état. Cette ressource même leur manquerait si l'acte antérieur à la publication était intervenu dans le délai utile pour la faire : car il y aurait bien alors préjudice; mais il n'y aurait faute de personne, et partant point de responsabilité. Je doute, au reste, qu'en cas pareil on osât contester la nullité réclamée au nom de l'interdit; car si on ne la lui accordait pas, il ne pourrait être indemnisé par personne, puisqu'il n'y aurait personne de responsable.

(1) V. notamment C. c., rej., 16 juillet 1810 (J. P., tom. 29, pag. 129).

274 *bis*. IV. La nullité produite par le jugement s'applique à *tous* actes, et dans cette proposition la loi comprend également et le jugement d'interdiction et celui qui nomme un conseil. Dans ce dernier cas, pourtant, il ne peut évidemment s'agir que des actes déterminés pour lesquels l'assistance du conseil est requise. Ainsi la pensée du législateur n'est pas de proscrire toute distinction tirée de la nature des actes; ce qu'on veut, c'est que l'acte défendu ne puisse être validé, eu égard aux circonstances qui l'ont produit ou accompagné. Cela posé, la généralité des termes de l'article 502 n'exclut pas la doctrine précédemment enseignée quant au mariage de l'interdit, que je ne considère pas comme nul pour cette cause (1). Mais sauf cette exception, que j'étendrais aussi à la reconnaissance d'un enfant naturel (2), je crois que l'incapacité de l'interdit, et la nullité qui en est la suite, s'appliquent à tous les actes qui, puisant leur force dans la volonté, ne peuvent conséquemment reposer que sur une volonté libre et éclairée, que la cause d'interdiction fait défaillir.

274 *bis*. V. Ma pensée, comme on voit, comprend également et les contrats et les donations et testaments. Ce que je dis des contrats, je l'applique aussi aux quasi-contrats : non en ce sens que l'interdit ne soit point tenu des obligations qui naîtraient pour lui du fait d'autrui, *puta* du fait d'un tiers qui aurait utilement géré son affaire; mais en ce sens qu'il ne serait pas valablement engagé par son propre fait, si, *v. gr.*, il avait lui-même géré l'affaire d'autrui. Quant aux délits et quasi-délits, l'obligation de réparer qu'ils produisent reposant sur le dol ou la faute, dont l'interdiction ne rend pas incapable, je n'hésite pas à dire que l'interdit en est tenu. Là, du reste, ne peuvent s'appliquer les termes de l'article 502, qui parle d'actes *passés* par l'interdit; car les délits ou quasi-délits ne se *passent* pas, ils se commettent.

274 *bis*. VI. Les effets attribués ici à l'interdiction judiciaire s'appliquent par la force des choses à l'interdiction légale, bien que son principe soit tout différent. Mais dans le silence de la loi, je ne vois pas qu'il soit possible d'admettre une autre règle (3).

(1) V. tom 1er, nº 224 *bis*. I, 262 *bis*. IV-VI.
(2) V. ci-dessus, nº 62 *bis*. XIII et XIV.
(3) V. tom 1er, nº 72 *bis*. II.

275. Quiconque est interdit est, par cela même, déclaré dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur. Cet état doit nécessairement avoir précédé le jugement. Or, ces maladies d'esprit étant de leur nature exclusives de toute volonté dans l'individu qui en est atteint, il s'ensuit que les actes, même antérieurs à l'interdiction, sont, non pas nuls de plein droit, mais susceptibles d'être annulés, pourvu toutefois que l'interdiction ait été prononcée, ou au moins provoquée, du vivant de l'auteur des actes, et que la cause de l'interdiction fût notoire au moment où ils ont été passés. V. art. 503; et ne confondez pas absolument la nullité ici autorisée avec celle qui, de droit commun, devrait résulter d'une absence de consentement prouvée.

275 *bis*. L'absence de consentement ne serait pas seulement une cause d'annulation, elle vicierait radicalement la prétendue convention, dont elle ferait défaillir la condition la plus essentielle (v. art. 1108). En principe, donc, il y aurait alors nullité absolue, qui, en tout temps, pourrait être déclarée, à la requête de toute partie intéressée. La démence étant exclusive de la volonté libre et réfléchie qui forme le consentement, il est clair que la preuve de la démence pourrait amener à ce résultat; mais il ne suffirait pas de prouver l'état *habituel* de démence et la notoriété de cet état au temps du contrat, il faudrait prouver positivement que l'acte est passé sous l'empire de la démence : ce qui serait bien plus difficile. C'est donc, comme on voit, un effet important attaché par le droit positif à l'interdiction postérieure que d'autoriser l'*action en nullité* dans les termes de l'article 503. C'est là une faveur du même genre que l'annulation de droit des actes postérieurs à l'interdiction. Seulement, cette faveur est moindre : 1° en ce que, outre le fait d'interdiction, il faut prouver l'existence et la notoriété de la cause d'interdiction à l'époque où l'acte a été fait; 2° en ce que, cette preuve faite, l'annulation est encore laissée à l'arbitrage des juges.

276. Mais après la mort d'une personne, ses héritiers, qui ont négligé de poursuivre son interdiction, ne sont pas recevables à prétendre qu'il en existât notoirement une cause. Toutefois la loi ne leur refuse pas entièrement le droit de

critiquer, pour absence de consentement produite par la démence, les actes de leur auteur. Mais ils devront prouver positivement que l'acte a été passé sous l'empire actuel de la démence. Bien plus, ce n'est que de l'acte même qu'ils pourront tirer cette preuve. V. art. 504; voy. pourtant L. 30 juin 1838 (1), art. 39.

276 *bis.* I. Il est tout simple, quand la personne n'a pas été interdite, de refuser la faveur qui n'est attachée par l'article 503 qu'au fait d'interdiction. Mais la loi va plus loin contre les héritiers qui ont omis de *provoquer* l'interdiction : elle les met réellement hors du droit commun, en ne leur permettant l'attaque pour cause de démence qu'autant que la preuve de la démence résulterait de l'acte lui-même.

Que, si l'interdiction a été provoquée, mais non prononcée, *puta*, si la personne est morte avant le jugement, ou même, selon moi, si la demande a été rejetée, les héritiers, n'ayant alors rien à se reprocher, restent naturellement dans le droit commun, comme y serait la personne non interdite elle-même; c'est-à-dire qu'ils peuvent toujours fonder sur la démence la preuve de l'absence du consentement, et, à cet effet, prouver la démence de quelque manière que ce soit.

276 *bis.* II. La fin de non-recevoir établie par l'article 504 est évidemment une peine contre la négligence des héritiers. Je pense que cette peine s'appliquerait à tout successeur qui, du vivant de la personne, avait qualité pour provoquer son interdiction. J'en dirais autrement si la succession, par l'effet d'un testament ou d'une donation, était dévolue à une personne non parente. Alors j'appliquerais purement et simplement le droit commun.

276 *bis.* III. Quelque généraux que soient les termes de l'article 504, et quelque incertitude que pût d'ailleurs laisser sur ce point la discussion au conseil d'État (2), il faut bien admettre, avec la jurisprudence, que cet article ne s'applique pas aux donations et testaments. C'est la conséquence nécessaire de l'article 901, qui, exigeant spécialement, comme condition de la validité de ces actes, que le donateur ou testateur soit sain d'esprit, permet par là même à tous les intéressés de prouver, par tous les moyens possibles,

(1) IX, B. 581, n° 7443.
(2) V. séance du 14 pluv. an XI (Fenet, tom. 12, pag. 296 et 297).

l'absence de cette condition. V. C. c., rej. 29 nov. 1812 (1), 26 mars 1822 (2), 22 nov. 1827 (3). Au reste, je reviendrai sur ce point au titre des donations et testaments.

277. L'interdit étant, comme nous l'avons vu, frappé d'une incapacité absolue, doit conséquemment être pourvu d'un représentant légal chargé de prendre soin de sa personne et d'administrer ses biens. Ce représentant est à juste titre qualifié *tuteur* par le Code civil. Dans cette tutelle, comme dans toute autre, il doit y avoir un subrogé tuteur. Le tuteur et le subrogé tuteur doivent en général être nommés par le conseil de famille. Au reste, cette nomination étant l'exécution du jugement ou arrêt qui prononce l'interdiction, on ne peut naturellement y procéder en vertu du jugement de première instance qu'autant qu'il n'est pas attaqué. Autrement, il faut attendre sa confirmation (v. pourtant C. pr., art. 135). Jusque-là il est évident que l'administrateur provisoire doit continuer ses fonctions. Il les cesse au contraire nécessairement après l'établissement de la tutelle, et doit alors rendre compte au tuteur. Que s'il est lui-même tuteur, le compte de l'administration provisoire semble ne devoir être rendu qu'avec celui de la tutelle. V. art. 505; C. pr., art. 895.

277 *bis*. I. L'appel étant de sa nature suspensif, il est tout simple que l'établissement de la tutelle ne puisse avoir lieu en vertu du jugement, s'il est déjà attaqué; c'est là, évidemment, l'idée exprimée par ces mots *s'il n'y a pas d'appel*. Au reste, l'appel seul, et non le délai d'appel, étant suspensif, il est clair qu'il peut être procédé à la nomination du tuteur et du subrogé tuteur en vertu du jugement encore susceptible d'appel, pourvu toutefois que ce soit après la huitaine à dater du jour du jugement (v. C. pr., art. 449, 450). Mais, si l'appel survient depuis cette nomination, les fonctions du tuteur et du subrogé tuteur doivent demeurer suspendues jusqu'à l'arrêt à intervenir; car c'est de cet arrêt que dépend la question de savoir s'il y a ou non interdiction et par con-

(1) J. P., tom. 29, pag. 241.
(2) *Ibid.*, tom. 64, pag. 49.
(3) *Ibid.*, tom. 81, pag. 348.

séquent s'il y a ou non lieu à tutelle. J'en dis autant pour la cessation des fonctions de l'administrateur provisoire, qui doit certainement les conserver tant que la tutelle n'est pas établie, et qui doit les reprendre de plein droit si la tutelle se trouve suspendue par l'effet de l'appel.

277 *bis*. II. On éviterait toutes ces incertitudes s'il était permis d'ordonner l'exécution provisoire du jugement; mais il faudrait pour cela que la loi s'en fût expliquée; et c'est ce qu'elle n'a pas fait : car je ne crois pas que le cas en question rentre dans les termes de l'article 135 du Code de procédure, qui autorise cette mesure lorsqu'il s'agit de nomination de tuteur. Ici, en effet, ce n'est pas sur une nomination de tuteur, c'est sur l'interdiction que le tribunal a statué, et la nomination de tuteur ne vient ensuite que comme conséquence légale. Il est vrai que, la disposition du Code de procédure ayant pour principe la nécessité de ne point laisser à l'abandon, pendant l'instance d'appel, les intérêts de l'incapable, ce motif peut paraître ici applicable. Mais il n'en est pas ainsi, car le tribunal a un autre moyen pour sauvegarder les intérêts de la personne par lui jugée incapable : c'est la nomination qu'il a pu faire, antérieurement, et dans tout le cours de l'instance, d'un administrateur provisoire. J'ajoute que cette mesure, si elle n'avait pas été prise par le tribunal de première instance, pourrait toujours l'être par la cour aussitôt qu'elle est saisie.

278. Quoique en général les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à celle des interdits (v. art. 505 et 509), il nous paraît résulter des articles 505 C. civ., et 895 C. pr., qu'il n'y a lieu ici ni à la tutelle légitime, telle qu'elle est réglée pour les mineurs, ni à la tutelle testamentaire.

Mais la puissance maritale devait nécessairement attribuer la tutelle de la femme interdite au mari, son protecteur naturel. V. art. 506.

279. Quant à la femme, son devoir et son affection la portant également à assister son mari dans ses infirmités, elle peut être nommée. Mais son sexe, qui dans les cas ordinaires est une cause d'incapacité (art. 442), et la puissance maritale, à laquelle elle reste soumise, peuvent être une raison pour

modifier dans ses mains l'exercice de la tutelle. De là l'obligation imposée au conseil de famille de régler la forme et les conditions de l'administration; sauf le droit qu'elle a de recourir devant les tribunaux V. art. 507.

279 *bis*. I. La faculté de nommer la femme tutrice de son mari est une exception ajoutée à celle que l'article 442, applicable ici comme en cas de minorité, admet en faveur de la mère et des ascendantes. Il résulte bien, au reste, des termes de la loi, que c'est seulement une faculté; si donc le conseil de famille ne juge pas à propos d'en user, il n'a nullement besoin de motiver, comme une exclusion, la préférence qu'il donne à un autre, et la femme ne peut élever de ce chef aucune réclamation (1). Ce n'est pas là, en effet, que s'applique le recours qui lui est accordé par la disposition finale de notre article 507.

Remarquons, au surplus, que la femme n'a pas besoin d'être tutrice de son mari pour exercer, à son défaut, du moins dans certaines limites, l'autorité paternelle qui leur est commune; c'est donc à elle qu'appartiendra de droit la garde des enfants. Quant à l'administration de leurs biens, s'ils en ont, je crois qu'elle n'appartiendra ni à la mère ni au tuteur du père interdit; car ces enfants doivent alors, selon moi, être eux-mêmes pourvus d'un tuteur (2).

279 *bis*. II. La position d'une femme ayant sous sa tutelle celui-là même à la puissance duquel elle reste soumise est quelque chose de tout particulier; la singularité apparaît mieux encore si l'on considère que, presque toujours, la convention matrimoniale, ou, à défaut de convention, le droit commun, attribue au mari l'administration et la jouissance des biens personnels de la femme, et que, dans cet état de choses, celle-ci va se trouver exercer, pour le compte d'autrui, l'administration de ses propres biens. La spécialité de la position doit, on le sent bien, réclamer pour la gestion de cette tutelle l'établissement de règles spéciales. De là le devoir imposé au conseil de famille de régler la forme et les conditions de l'administration.

Là, peut-être, se trouve pour le conseil de famille le droit d'accorder à la femme, eu égard à la communauté d'intérêts, une ad-

(1) C. c., cass., 27 nov. 1816 (J. P., tom. 47, pag. 392).
(2) V. ci-dessus, nos 115 *bis* et 138 *bis*.

ministration plus libre que celle d'un tuteur ordinaire, par exemple en la dispensant de formes pour vendre le mobilier de la communauté. Mais là se trouve certainement le droit de restreindre, au contraire, les pouvoirs de la femme tutrice, par exemple en la soumettant à l'assistance d'un conseil, soit pour quelques-uns des actes de la tutelle, soit même pour tous (v. à ce sujet art. 391). Ces restrictions, en diminuant le danger qui s'attache à la faiblesse et à l'inexpérience de son sexe, permettront de lui confier plus souvent une fonction pour laquelle la recommandent d'ailleurs son dévouement et son affection. Il va sans dire, au reste, que les divers points à régler par le conseil de famille, en vertu des articles 454, 455, 470, devront entrer dans le règlement spécial prescrit par l'article 507. Nous remarquons seulement que dans la dépense annuelle, que le conseil doit fixer, aux termes de l'article 454, se trouveront ici compris et l'entretien des enfants et celui de la femme elle-même, si toutefois elle n'est pas séparée de biens.

279 *bis*. III. Sur tous ces points, la femme pourra se prétendre lésée : soit qu'elle se plaigne de la restriction apportée à ses pouvoirs, ou du refus de les augmenter ; soit qu'elle réclame, notamment, à raison de l'insuffisance des sommes affectées à ses dépenses personnelles ou à l'entretien et à l'éducation de ses enfants. Tel est l'objet du recours qui lui est ouvert devant les tribunaux.

Du reste, ce recours, réservé ici en vue du cas où la femme a été nommée tutrice, pourrait évidemment appartenir à la femme même non tutrice, si l'arrêté qui fixe la dépense annuelle aux termes de l'article 454 lui paraissait blesser ses intérêts ou ceux des enfants confiés à sa garde.

279 *bis*. IV. La femme tutrice de son mari n'est pas, pour cela, relevée de l'incapacité qui s'attache à sa qualité de femme mariée. Mais évidemment, cette incapacité ne s'appliquera pas aux obligations dont elle est tenue comme tutrice envers l'interdit. Ces obligations, en effet, ne sont pas par elle *contractées*, elles naissent de l'autorité seule de la loi (art. 1370) ; elles se formeront donc indépendamment de toute autorisation de justice, et seront d'ailleurs, comme celles de tout autre tuteur, garanties par l'hypothèque légale. Quant à ses pouvoirs pour la gestion des affaires de l'interdit, ils ne doivent point excéder ceux qu'elle aurait pour ses propres affaires. Ainsi, les actes qu'elle ne pourrait faire pour son propre

compte sans autorisation de justice, elle ne pourra sans cette autorisation les faire pour le compte de l'interdit. Il est d'ailleurs bien entendu que cela n'a pas d'application aux actes d'administration, car la femme mariée n'est pas comme telle incapable d'administrer (1). Le pouvoir, sans doute, peut lui en être enlevé par sa convention matrimoniale, expresse ou tacite, pour se concentrer dans la personne du mari; mais ce pouvoir, elle le retrouve ici, précisément en sa qualité de tutrice, pour l'exercer au nom de son mari. Cela posé, j'entends que la femme aura les pouvoirs généraux d'un tuteur, en se conformant, bien entendu, suivant la nature des actes, aux formes et conditions prescrites aux tuteurs; mais, outre l'accomplissement de ces formes et conditions, s'il y a lieu, ou indépendamment de toute autre forme, si la loi sur la tutelle n'en prescrit aucune, elle devra toujours, pour les actes qui rentrent dans son incapacité de femme mariée, se faire autoriser par justice (v. à ce sujet, art. 222). Ainsi, pour ester en jugement au nom de l'interdit, il lui faudra toujours l'autorisation de justice, sans préjudice de l'autorisation à obtenir du conseil de famille pour plaider en demandant si la matière est immobilière (art. 464).

280. La tutelle de l'interdit pouvant se prolonger indéfiniment, la loi a dû limiter, en faveur de l'étranger ou du parent collatéral, la durée de cette charge. Après dix ans, le tuteur doit, s'il le demande, obtenir son remplacement. Mais cette faveur est refusée avec raison au conjoint, à l'ascendant ou au descendant, à cause des devoirs particuliers que leur impose leur titre. V. art. 508.

281. Quant aux pouvoirs du tuteur et aux règles de son administration, il suffit de dire que l'interdit est assimilé au mineur, quant à sa personne et à ses biens; ce qui amène en général l'application des lois sur la tutelle des mineurs. V. art. 509.

281 *bis*. C'est évidemment au mineur non émancipé que la loi entend ici assimiler l'interdit. Ce qu'il faut conclure de cette assimilation, c'est que toute mesure de protection légale établie en faveur

(1) V. tom. 1er, nos 298, 298 *bis*, 300 *bis*. I et II.

des mineurs, est par là même applicable aux interdits, quand même la loi, ce qu'elle ne fait guère, aurait omis de s'en expliquer. La conséquence principale est tirée ici par le législateur lui-même; c'est l'application des lois sur la tutelle des mineurs à la tutelle des interdits. Cela, du reste, se réfère surtout aux pouvoirs du tuteur, à ses obligations et aux règles de son administration. Mais cela ne comprend pas le mode d'établissement de la tutelle. Il résulte en effet de l'article 505, et particulièrement de l'article 895 du Cod de procédure, que, sauf le seul cas de tutelle légitime du ma (art. 506), le tuteur de l'interdit est toujours nommé par le conseil de famille.

Du reste, l'assimilation n'a aucun trait aux effets et à l'étendue de l'une et de l'autre incapacité; celle de l'interdit est suffisamment réglée par l'article 502; et, quelque théorie qu'on admette sur l'incapacité du mineur, il est impossible de lui reconnaître absolument la même étendue et les mêmes effets.

282. Quoi qu'il en soit, l'administration ici ne doit pas être absolument dirigée dans les mêmes vues d'économie qu'en cas de minorité. Au lieu de restreindre la dépense pour capitaliser, il faut se servir des revenus pour adoucir le sort ou accélérer la guérison du propriétaire. A cet égard, la nature de la maladie et l'état de la fortune doivent faire décider si l'interdit sera traité dans son domicile, ou s'il sera placé soit dans une maison de santé, soit même dans un hospice. C'est au conseil de famille, qui fixe la dépense, à prendre sur ce point un arrêté. V. art. 510; v. pourtant L. sur les aliénés (30 juin 1838), art. 8, 14, 29.

282 *bis*. La question du placement de l'interdit ou de son traitement à domicile paraît ici remise à la discrétion du conseil de famille; cependant, la loi sur les aliénés, prévoyant spécialement l cas d'interdiction, non-seulement donne qualité au tuteur pour requérir le placement dans un établissement public ou privé, sans qu'il ait à justifier d'autorisation du conseil de famille (d. L., art. 8); mais elle attribue au tuteur seul le droit de requérir la sortie avant guérison (art. 14) et celui de la demander judiciairement (art. 29). Nous verrons, en expliquant cette loi, si et comment ses disposi-

ons pourraient se concilier avec celle de notre article 510 (1).

283. La loi a dû régler par une disposition spéciale un cas ui ne pouvait se présenter pendant la tutelle du mineur, c'est elui où il s'agirait de fournir à l'enfant de l'interdit un établissement par mariage. La famille doit alors déterminer les acrifices que l'établissement de l'enfant peut exiger, et les onditions auxquelles ces sacrifices peuvent être consentis. 'est en ce sens que le conseil de famille de l'interdit règle on-seulement l'avancement d'hoirie, mais aussi les *autres* onventions matrimoniales. Sa délibéraion, du reste, doit être omologuée, et bien entendu sur les conclusions du ministère ublic. V. art. 511.

283 *bis*. I. En général, les représentants d'un incapable ne peuent faire en son nom aucune libéralité; mais l'établissement des nfants étant pour les père et mère l'objet d'une sorte d'obligation aturelle (v. à ce sujet art. 204), la loi a dû pourvoir au moyen 'acquitter l'interdit de cette obligation. Elle a prévu le cas de maage, parce que c'est ordinairement lors du mariage des enfants ue les père et mère leur font, à cet effet, un don, qualifié ici *dot*, rce qu'il est destiné à supporter les charges du mariage (voyez t. 1540); ou *avancement d'hoirie*, parce que c'est une sorte d'aance sur la future succession, à laquelle le rapport en sera fait, il y a lieu, lors de l'ouverture. Du reste, l'obligation d'établir les fants ne se bornant pas absolument au cas de mariage, on tient énéralement que les pouvoirs confiés ici au conseil de famille de interdit seraient les mêmes s'il s'agissait de tout autre établissement, *puta* de l'acquisition d'un office ou d'un fonds de commerce.

283 *bis*. II. C'est seulement un *avancement d'hoirie* que la déliration peut autoriser. Il n'en faut pas conclure que l'enfant ainsi té soit privé de la faculté de s'affranchir du rapport en renonant à la succession lors de son ouverture (v. art. 845). Mais j'en nclurais, au contraire, que le don ne pourrait lui être fait, dès le ncipe, avec dispense de rapport, car il y aurait là vraiment éralité.

283 *bis*. III. La délibération du conseil de famille ne doit pas

(1) V. ci-dessous, n° 290 *bis*. II.

seulement fixer le montant de la dot; elle doit régler les autres conventions matrimoniales; car la nature de ces conventions sera souvent la cause ou la condition de la constitution de dot. C'est donc au nom de l'interdit, partie au contrat comme donateur, que le conseil de famille procédera à ce règlement, sans préjudice, bien entendu, de l'assistance particulière dont a besoin l'enfant, s'il est mineur, pour consentir valablement ses conventions matrimoniales (v. art. 1398); mais cette assistance ne peut lui être donnée par le conseil de famille de l'interdit; elle doit l'être, suivant les cas, par l'autre parent appelé seul, à défaut de l'interdit, à consentir au mariage; à défaut de ce parent, par les ascendants; et à défaut d'ascendants, par son propre conseil de famille, différent de celui de l'interdit, qui, par rapport à l'enfant, n'est formé que de parents d'un seul côté.

284. L'effet cesse avec sa cause. Ainsi la guérison de l'interdit doit amener la levée de son interdiction. Mais l'incapacité légale étant l'effet de la sentence, ne peut cesser que par une nouvelle sentence qui s'obtiendra dans les mêmes formes que celle d'interdiction. V. art. 512; C. pr., art. 896.

284 *bis*. I. L'interdiction ne cesse pas de plein droit avec les causes qui l'ont déterminée; mais la cessation de ces causes doit en faire prononcer la mainlevée si elle est demandée; c'est là évidemment tout ce que la loi a voulu dire. Ainsi, un jugement est nécessaire pour rendre la capacité que le jugement précédent avait enlevée; et comme la question est la même dans les deux cas, il est tout simple que l'affaire s'instruise et se juge dans la même forme. Ainsi se trouve expliqué par l'article 896 du Code de procédure le renvoi fait par l'article 512 à l'observation *des formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction*. Il va sans dire, au reste, que la demande doit s'introduire de la même manière, c'est-à-dire par requête, après quoi il y aura communication au ministère public, rapport du juge, délibération du conseil de famille, interrogatoire, et, s'il y a lieu, enquête; enfin, jugement en audience publique (v. C. pr., art. 890-893). Quant à la qualité pour former la demande, la loi ne s'en occupe pas. On rentre donc purement et simplement dans la règle générale qui donne qualité pour agir à celui qui a intérêt, c'est-à-dire ici, évidemment, à l'interdit lui-même.

Du reste, l'incapacité légale dont il est encore frappé lorsqu'il forme sa demande ne doit pas faire obstacle à ce qu'il agisse par lui-même et en son nom propre. Car sa demande tend précisément à faire déclarer que cette incapacité n'a plus de cause au moment où il agit. La même idée tend d'ailleurs à démontrer que son tuteur, par la nature même de sa fonction, est sans qualité pour le représenter dans une pareille action.

284 *bis*. II. Les personnes qui ont qualité pour requérir l'interdiction ont, par la force des choses, qualité pour combattre la demande en mainlevée. Je ne doute pas dès lors qu'elles ne puissent, à cet effet, intervenir, ou assurer leur mise en cause par la signification d'une opposition extrajudiciaire; mais si elles ne font ni l'un ni l'autre, je ne crois pas que le demandeur ait besoin, pour suivre sa demande, de la diriger contre un contradicteur quelconque (1); la famille est dûment avertie, puisqu'elle est nécessairement appelée à donner son avis sur l'état du demandeur; c'en est assez pour provoquer, s'il y a lieu, les interventions ou les oppositions.

284 *bis*. III. La publication du jugement ne fait pas partie des formalités prescrites *pour parvenir* à l'interdiction; elle n'est donc pas comprise dans le renvoi que fait l'article 512 à ces formalités. Les tiers, en effet, n'ont pas à la publication de la main levée l'intérêt qu'ils ont, au contraire, à celle de l'interdiction. Quant à la personne dont l'interdiction a cessé, elle a toujours, dans le jugement qu'elle a obtenu, le moyen de justifier du rétablissement de sa capacité. Toutefois, comme il importe à son crédit de faire disparaître les traces de son incapacité antérieure, il doit lui être loisible de le faire en publiant le jugement de mainlevée; et je crois qu'elle peut, pour cela, employer les formes prescrites pour la publication du jugement d'interdiction. Mais par argument de l'article 2157 sur les radiations d'inscriptions hypothécaires, cette faculté ne doit lui appartenir qu'autant que le jugement est en dernier ressort ou passé en force de chose jugée.

(1) V. C. c., cass., 12 fév. 1816.

CHAPITRE III.

DU CONSEIL JUDICIAIRE.

285. Notre législateur n'a pas pensé que la prodigalité, qui n'est que l'abus du droit de propriété, dût, comme autrefois, donner lieu à une interdiction absolue. Mais l'intérêt du prodigue et celui de sa famille réclamaient un moyen pour prévenir l'entière dissipation de son patrimoine. On atteint ce but en lui retirant la capacité de faire sans assistance d'un *conseil* nommé par justice les actes qui le conduiraient le plus facilement à sa ruine.

Cette demi-interdiction, que nous avons déjà vue applicable à d'autres cas (art. 499), est d'ailleurs toujours restreinte aux actes que la loi spécifie : ce sont les procès, les transactions, les emprunts, les remboursements à recevoir de capitaux mobiliers, les aliénations et les hypothèques. V. art. 513.

285 *bis*. I. L'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire consiste uniquement à ne pouvoir faire sans l'assistance requise les actes que la loi a spécifiés. Pour tous les autres actes, elle reste dans le droit commun; pour aucun, il n'y a lieu à l'emploi de formes spéciales comme en cas de minorité ou d'interdiction. Quant aux fonctions du conseil, elles me paraissent constituer une véritable *curatelle*, puisqu'elles se résument toutes dans l'*assistance*. Ainsi, pas plus que le curateur du mineur émancipé, le conseil judiciaire n'est comptable; ses biens, en conséquence, ne sont point grevés d'hypothèque; mais il doit répondre de ses fautes (1). Du reste, l'assistance du conseil suffit là où ne suffirait pas, pour le mineur émancipé, celle du curateur, par exemple pour transiger ou aliéner; et, d'autre part, elle est requise là même où ne le serait pas celle du curateur du mineur. Ainsi, pour plaider, l'assistance ici est nécessaire, sans distinction entre les matières mobilières et immobilières.

285 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, le conseil judiciaire étant un véri-

(1) V. ci-dessus, n° 252 *bis*.

table curateur, j'en conclus que son assistance, dans les cas où elle est requise, doit être aussi complète que l'est dans les mêmes cas celle du curateur du mineur. Ainsi, en cas de réception d'un capital, j'applique, sans hésiter, au conseil judiciaire, l'obligation d'en surveiller l'emploi (v. art. 482). Par suite de cette assimilation, je considère sans difficulté la personne pourvue d'un conseil judiciaire comme comprise dans la disposition qui prescrit de communiquer au ministère public toutes les causes *où l'une des parties est défendue par un curateur* (C. pr., art. 883-6°). Enfin, de même qu'on appliquerait, je crois, sans contestation au curateur du mineur émancipé les règles sur les excuses, incapacité, exclusion ou destitution de la tutelle, je pense qu'il faut les appliquer par analogie au conseil judiciaire, avec cette seule différence que la décision doit appartenir ici, non au conseil de famille, mais au tribunal, qui nomme.

285 *bis.* III. En combinant entre elles les diverses prohibitions contenues aux articles 499 et 513, on arrive à une idée générale, en harmonie d'ailleurs avec le but et les causes de cette demi-interdiction; cette idée se résume dans la distinction bien connue des actes de disposition et des actes d'administration. Les premiers, qui peuvent amener la ruine, sont l'objet de la mesure; les autres, qui n'affectent en général que la jouissance, demeurent libres et dans le droit commun. Cela posé, comme je ne puis reconnaître à un long bail le caractère d'un simple acte d'administration, je serais disposé à conclure de la prohibition d'aliéner celle de faire des baux de plus de neuf ans, limite que la loi impose en général aux administrateurs (v. art. 481, 1718, 595, 1429). D'autre part, comme il y a certaines ventes qui rentrent essentiellement dans l'administration, *puta* les ventes de récoltes, je ne les comprendrais pas dans la prohibition générale d'aliéner. Toutefois je me garderais bien de restreindre pour cela cette prohibition aux immeubles, et d'accorder ainsi au prodigue ou au faible d'esprit le moyen de se ruiner en vendant ses rentes ou ses créances. En présence de la grande importance qu'ont acquise aujourd'hui les fortunes mobilières, on doit s'applaudir de ne pas trouver ici, dans les termes de la loi, trace d'une distinction à laquelle, trop souvent peut-être, elle s'est attachée pour ne couvrir de sa protection que la fortune territoriale. Ma pensée est donc que le mobilier, corporel ou incorporel, ne peut en général être vendu sans l'assistance du conseil, à

moins que ces ventes ne puissent passer pour actes d'administration ; ce que les tribunaux saisis de la question de nullité pourront apprécier suivant les circonstances.

285 *bis*. IV. La prohibition comprend les aliénations à titre gratuit ou onéreux, par conséquent les donations entre vifs comme les ventes. Quant aux dispositions testamentaires, leur nature n'admettant point, en général, le concours d'une volonté étrangère, il est impossible de les soumettre à l'assistance du conseil, et de les comprendre sous ce rapport dans la catégorie des aliénations. Dès lors, aucun texte ne les défendant, elles demeurent évidemment permises (v. art. 902). Cela, du reste, est sans danger, puisqu'il y aura toujours lieu d'examiner si le testateur était ou non sain d'esprit (art. 901).

285 *bis*. V. La personne pourvue d'un conseil reste évidemment capable pour le mariage ; car cette faculté naturelle ne peut être enlevée ou restreinte sans une disposition formelle. Pour le décider ainsi, il n'y a pas lieu de se préoccuper des effets légaux ou conventionnels que pourrait produire le mariage quant à l'aliénation ou à l'hypothèque des biens ; car une prohibition de mariage ne saurait s'induire par voie de conséquence. Ainsi le mariage pourra être valablement contracté sans l'assistance du conseil. Seulement il reste à savoir s'il produira alors ses effets ordinaires relativement aux biens. L'affirmative ne paraît pas douteuse quant aux effets purement légaux. Aussi n'hésité-je pas à dire que la femme du prodigue ou du faible d'esprit aura l'hypothèque accordée par l'article 2121. Cette hypothèque, en effet, peut, chez nous, être considérée comme de l'essence du mariage (v. art. 2140 *in fin.*) ; elle naît indépendamment de la volonté privée, et ne tombe pas dès lors sous le coup de la prohibition portée par les articles 499 et 513. Mais faut-il en dire autant de la communauté *légale* qui s'établit à défaut de convention matrimoniale (art. 1393, 1399)? Avant de résoudre cette question, il faut d'abord se demander si la capacité de contracter mariage, que nous reconnaissons au prodigue ou au faible d'esprit, emporte capacité de consentir des conventions matrimoniales. Pour le prétendre, on peut invoquer l'ancienne maxime : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, et la consécration qui semble donnée à ce principe par les articles 1095, 1309, 1398. Mais ce serait, je crois, attribuer trop d'autorité à un prétendu principe, que l'ancien droit lui-même n'admettait que sous cer-

taines restrictions (1), et que notre loi n'a peut-être appliqué aux mineurs que parce qu'elle les entourait dans l'acte même du mariage d'une protection également exigée dans la convention matrimoniale. Selon moi donc, le prodigue ou le faible d'esprit ne peut, pas plus dans un contrat de mariage qu'en toute circonstance, faire les actes qui lui sont défendus aux termes des articles 499 et 513. C'est assez dire qu'il ne pourrait, par l'effet de sa seule volonté, consentir une association qui virtuellement emporterait *aliénation* d'une partie de sa fortune. Aussi enseigne-t-on assez généralement que l'assistance du conseil est nécessaire dans le contrat de mariage, s'il en est fait un : à défaut de quoi, il n'en pourrait, notamment, résulter aucune aliénation (2). Mais faut-il s'arrêter là, et doit-on, s'il n'a pas été fait de contrat, ou, ce qui reviendrait au même, si l'assistance du conseil a manqué, admettre par application des articles 1393 et 1399, une communauté légale qui, par la confusion entière du mobilier et des dettes des deux époux pourrait être, pour l'incapable, que la loi protége, une cause de ruine? Pour moi, je ne puis le croire. Et comme la communauté dite *légale* n'est certainement pas de l'essence du mariage, et qu'elle n'est, à mon avis, que l'œuvre d'une convention tacite, j'en bornerais alors les effets à ceux que pouvait produire la volonté du contractant incapable; puis donc qu'il ne pouvait ni disposer de ses capitaux, ni contracter des dettes, j'en conclurais que ses capitaux lui resteront propres, que les dettes demeureront séparées; en d'autres termes, je réduirais la communauté aux acquêts.

285 *bis*. VI. Bornée aux actes énoncés dans les articles 499 et 513, la demi-interdiction dont il s'agit n'enlève à la personne qui en est frappée l'exercice ni de la puissance maritale ni de la puissance paternelle; par la même raison, il faut dire qu'elle n'emporte pas, de droit, incapacité de tutelle; sauf, pour la famille, la faculté de prononcer alors l'exclusion, aux termes de l'article 444. De là il résulte que les pouvoirs attachés aux titres de mari, de père ou de tuteur sur la personne de la femme ou du mineur restent entiers. Mais, quant aux pouvoirs sur les biens, ils ne peuvent évidemment excéder, pour la gestion des affaires d'autrui, ceux

(1) V. Pothier, *Communauté*, n° 103.

(2) V. M. Valette sur Proudhon, pag. 568, note *a*; M. Marcadé, art. 513, I; v. aussi C. c., cass., 19 mars 1839.

que la personne qui les exerce conserve pour la gestion de ses propres affaires. Si donc il s'agit de faire au nom du mineur, ou d'autoriser la femme à faire pour son propre compte, quelques-uns des actes compris dans les articles 499 et 513, l'assistance du conseil sera nécessaire.

285 *bis*. VII. Les fonctions du conseil judiciaire se bornent à l'assistance; il ne peut donc, en général, faire lui-même les actes au nom du prodigue ou du faible d'esprit. Cette règle comprend aussi bien l'action ou la défense en justice que les contrats ou autres actes. Du reste, l'assistance en justice doit naturellement consister dans la présence en cause du conseil judiciaire avec la personne confiée à ses soins. A cet effet, l'assignation doit être donnée conjointement par tous deux ou à tous deux. Après quoi, si l'un d'eux fait défaut, l'instance, je crois, s'engagera et se continuera régulièrement avec l'autre, sauf, bien entendu, l'application de l'article 153 du Code de procédure sur le profit joint. Mais, le jugement une fois obtenu, je ne crois pas que l'un d'eux puisse interjeter appel sans le concours de l'autre.

285 *bis*. VIII. Constatons ici que cette nécessité d'agir de concert peut entraîner des embarras et des inconvénients, en rendant quelquefois impossible l'exercice d'une action qu'il serait utile d'intenter. Au reste, si c'est le conseil qui refuse son concours, ce refus serait de nature à constituer de sa part une faute, qui pourrait, suivant les circonstances, donner lieu à son remplacement, ou, en tout cas, le rendre passible de dommages et intérêts; et je ne doute pas que la personne soumise à son assistance ne puisse, à ces deux fins ou à l'une d'elles, agir contre lui. Si, au contraire, c'est le prodigue ou le faible d'esprit qui ne veut point intenter l'action jugée utile par le conseil, lui seul supportera le préjudice de l'omission, sans pouvoir s'en prendre à personne, puisque la mesure de la nomination de conseil, moins protectrice que celle de l'interdiction, ne donne à personne qualité pour agir en son nom, et, qu'en préservant seulement sa faiblesse contre les actes dangereux, elle la laisse complétement exposée aux dangers qui peuvent résulter de son inaction.

285 *bis*. IX. De là il résulte que, dans le cas même où le prodigue ou faible d'esprit aurait fait sans l'assistance du conseil quelques-uns des actes qui lui sont défendus, la nullité de ces actes

ne pourrait avoir lieu contre son gré, puisque cette nullité, de la même nature que celle qui résulte de l'interdiction, a besoin évidemment d'être demandée (v. art. 1125, 1304), et qu'elle ne peut l'être que par lui. Cela, au surplus, a peu d'inconvénient, puisque le délai de dix ans pour agir en nullité ne courra certainement que du jour où la défense de procéder sans l'assistance du conseil aura été levée.

285 *bis*. X. La disposition de l'article 502, qui donne effet à la nomination d'un conseil du jour du jugement, et qui annulle, *de droit*, les actes postérieurs faits au mépris de la défense, s'applique évidemment au cas de prodigalité comme au cas de faiblesse d'esprit. Mais, ni dans l'un ni dans l'autre cas, cette nomination ne peut être un motif pour annuler les actes antérieurs. Cela est évident pour le cas de prodigalité, qui, ne constituant pas, comme la démence, une infirmité physique, ne saurait devenir cause d'incapacité qu'en vertu du jugement et pour l'avenir. Ce motif, il est vrai, ne semble pas applicable au cas de faiblesse d'esprit; mais la même solution doit cependant être admise; car, à la différence de l'article 502, qui comprend explicitement dans ses termes et l'interdiction et la nomination de conseil, l'article 503, relatif aux actes antérieurs, ne parle que de l'interdiction. Cette considération, au reste, devra être appréciée par les juges saisis d'une demande en interdiction, pour qu'ils ne se portent pas trop facilement à l'adoption d'une demi-mesure, qui leur paraîtrait peut-être suffisante pour préserver l'avenir, mais qui laisserait l'incapable sans protection pour le passé.

286. La mesure dont il s'agit portant une atteinte directe au droit de propriété d'un majeur, le législateur l'a sagement assujettie, pour son obtention et sa levée, aux règles prescrites pour l'interdiction. Ce renvoi s'applique, et à la qualité des personnes qui peuvent la provoquer, et aux formes de l'instruction et du jugement. V. art. 514. Il va sans dire, au reste, que l'assimilation comprend la forme de la demande; la loi prescrit aussi avec raison la publication du jugement (v. art. 501, et C. pr., art. 897).

286 *bis*. I. Toute personne qui a qualité pour provoquer une interdiction ayant, par là même, qualité pour provoquer la nomination

d'un conseil, j'en conclus que cette qualité peut appartenir même au ministère public, s'il n'y a ni conjoint ni parents connus (v. art. 494). Vainement dit-on que cette mission n'est confiée au ministère public que pour le cas d'imbécillité ou de démence. Car, si j'entends bien l'article 494, la pensée du législateur est, en mettant en dehors le cas de fureur, dans lequel il y a pour le ministère public devoir d'agir, de lui réserver subsidiairement cette faculté pour tous les autres cas pouvant donner lieu à interdiction. Si l'on a spécifié les cas d'imbécillité et de démence, c'est uniquement parce que ces deux cas sont, avec la fureur, les seules causes légales d'interdiction. Ainsi entendue, la disposition finale de l'article 494 se trouve comprise dans le renvoi contenu en l'article 514.

286 *bis*. II. La disposition de l'article 897 du Code de procédure sur la publication du jugement qui nomme un conseil semble faire un double emploi avec l'article 501, auquel il renvoie, et l'on pourrait s'étonner de cette répétition, que le législateur n'a pas jugé utile de faire pour le cas d'interdiction. Apparemment, on a craint que l'application faite par l'article 501 à la nomination de conseil ne parût concerner seulement la nomination faite aux termes de l'article 499. Et l'on a prévenu tout doute à cet égard par la disposition générale de l'article 897.

287. Toute cause concernant l'état des personnes est par là même sujette à communication au ministère public (C. pr., 83-2°). Cette règle, évidemment applicable ici, comme en matière d'interdiction, n'avait pas été formulée d'une manière générale dans le chapitre précédent; elle est avec raison proclamée en terminant comme commune aux deux matières; et il est bien expliqué que c'est *tout* jugement ou arrêt (préparatoire ou définitif) qui doit être rendu sur les conclusions du ministère public. V. art. 515.

APPENDICE

AU TITRE DE L'INTERDICTION.

Loi sur les aliénés (1).

288. La protection due par la société aux personnes atteintes d'aliénation mentale, et celle dont la société elle-même a besoin contre les excès auxquels la maladie de ces personnes pourrait les porter, ne se trouvaient pas suffisamment assurées par les dispositions du Code civil sur l'interdiction. Ces dispositions sont aujourd'hui complétées par une loi spéciale sur les aliénés.

Cette loi, dont on ne doit s'occuper ici qu'en ce qui touche l'état des personnes, autorise ou prescrit, suivant les cas, le placement des aliénés, interdits ou non, dans les établissements destinés à les recevoir et à les soigner. Et parce que la cause qui les fait ainsi renfermer leur ôte nécessairement l'aptitude à gérer leurs affaires, et le libre consentement, la loi fait résulter du fait même du placement, pendant sa durée, une sorte d'interdiction autorisant l'attaque de leurs actes pour cause de démence, et donnant lieu à des mesures spéciales pour l'administration de leurs biens, la représentation de leur personne, et la surveillance de leurs intérêts.

§ I.

Du placement et de la sortie.

289. Le placement est volontaire, ou ordonné par l'autorité publique.

290. Le placement volontaire a lieu sur la demande de toute personne ayant avec l'aliéné des rapports, de parenté ou au-

(1) 30 juin 1838 (IX, B. 581, n° 7443).

tres, que la loi ne définit même pas. Seulement il faut produire, au chef, préposé ou directeur de l'établissement, les justifications requises, particulièrement sur la nécessité de faire traiter la personne désignée dans un établissement d'aliénés et de l'y tenir renfermée. V. d. L. art. 8.

290 *bis*. I. Les pièces à produire sont, outre la demande elle-même, un certificat de médecin, et les papiers propres à constater l'individualité de la personne à placer.

La demande doit contenir la désignation précise et individuelle, tant de la personne qui la forme, sous sa responsabilité, que de celle qui en est l'objet, et indiquer les relations qui existent entre elles, parenté, amitié, voisinage.

290 *bis*. II. Au nombre des personnes admises par l'article 8 à requérir le placement volontaire figure le tuteur de l'interdit; et la loi, qui l'oblige alors à justifier de l'interdiction par un extrait du jugement qui la prononce, ne l'astreint pas à justifier en même temps de l'autorisation du conseil de famille, qui semblerait cependant nécessaire, aux termes de l'article 510 du Code civil. De là il résulte que l'autorisation n'est pas exigée pour que la personne soit placée et retenue dans l'établissement; mais si le tuteur ne s'est pas pourvu de l'autorisation, il s'expose à ce que la dépense occasionnée par le placement ne lui soit point allouée dans son compte. Je pense, au reste, que la famille ne peut être considérée comme dépouillée, par cette loi spéciale, du droit qui lui est formellement conféré par l'article 510 du Code civil; j'en conclus qu'elle pourra toujours enjoindre au tuteur de requérir la sortie, à peine de dommages et intérêts, ou même de destitution, s'il y échet.

291. Le placement d'office a lieu, sur l'ordre de l'autorité administrative, pour toute personne dont l'état d'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes. V. art. 18 et 19.

291 *bis*. Le pouvoir d'ordonner le placement d'office appartient, à Paris, au préfet de police, et, dans les départements, aux préfets; l'ordre est motivé et doit énoncer les circonstances qui l'ont rendu nécessaire (art. 18). En cas de danger imminent, les mesures provisoires nécessaires doivent être ordonnées, à Paris, par les

commissaires de police, et, dans les autres communes, par les maires, à la charge d'en référer dans les vingt-quatre heures au préfet, qui statue sans délai (art. 19).

292. Cette mesure, attentatoire à la liberté individuelle, ne doit évidemment ni se prolonger au delà de la nécessité, ni cesser avant le temps, au préjudice de la personne elle-même ou de la société. La loi détermine en conséquence le mode et les conditions de la sortie, et prescrit d'ailleurs diverses mesures tendant au double but qu'on se propose.

292 *bis*. Les principales mesures propres à prévenir les abus sont :

1° Les visites prescrites, dans les établissements publics ou privés, à divers fonctionnaires et spécialement au procureur de la république (art. 4).

2° L'envoi au préfet d'un rapport semestriel sur l'état de chaque personne, et l'obligation imposée à ce fonctionnaire de prononcer sur chacune individuellement, en ordonnant sa maintenue ou sa sortie (art. 20) (1).

3° La tenue de registres constatant notamment, outre l'état civil des personnes et les causes de leur placement, leur état mental et les changements successifs survenus dans cet état, changements qui doivent y être consignés par les médecins. Ce registre doit toujours être communiqué aux fonctionnaires publics dans les visites dont ils sont chargés (art. 12 et 18).

4° Pour les placements volontaires, l'envoi au préfet, directement ou par l'intermédiaire du sous-préfet ou du maire, du bulletin d'entrée contenant mention de toutes les pièces produites, et accompagné de certificats de médecin (art. 8).

Le préfet doit, si le placement est dans un établissement privé, faire visiter la personne dans les trois jours (art. 9).

Ce premier envoi est suivi, quinze jours après l'entrée, de l'envoi d'un nouveau certificat (art. 11).

5° Les placements volontaires, ou les ordres de l'autorité administrative pour placer ou retenir dans les établissements d'aliénés,

(1) Cette disposition, quoique classée sous la rubrique des placements ordonnés par l'autorité publique, me paraît, par la généralité de ses termes, s'appliquer même aux personnes dont le placement a été volontaire; et avec raison, car, à leur égard même, le préfet peut ordonner ou empêcher la sortie (art. 16 et 21).

sont notifiés par le préfet au procureur de la république du domicile de la personne et à celui de la situation de l'établissement (art. 10 et 22, al. 1).

En outre, les ordres pour placer ou retenir sont notifiés au maire du domicile, chargé de donner avis aux familles. Il en est rendu compte au ministre de l'intérieur (art. 24).

6° La sortie opérée avant la guérison, en vertu de l'article 14, doit être notifiée, avec les indications requises, au préfet, directement ou par l'intermédiaire du maire ou du sous-préfet (art. 15).

7° La contravention aux obligations imposées par la loi soit aux chefs, directeurs ou préposés responsables, soit aux médecins employés dans ces établissements, est punie d'emprisonnement et d'amende (art. 41).

293. Les conditions de la sortie diffèrent suivant que le placement a eu lieu volontairement ou par ordre de l'autorité.

294. En cas de placement volontaire, la sortie a lieu :

1° De plein droit, lorsque la guérison est déclarée par les médecins de l'établissement. V. art. 13.

2° Même avant la guérison obtenue, sur la simple réquisition des personnes que la loi désigne, sauf le cas de désaccord entre quelques-uns des ayant-droit, et sauf ordre contraire de l'autorité administrative, protectrice de l'ordre public et de la sûreté des personnes. V. art. 14, et à ce sujet art. 21.

3° Sur l'ordre du préfet. V. art. 16.

294 *bis*. I. Les personnes qui ont le droit de requérir la sortie avant guérison sont, pour le cas de non interdiction : 1° le curateur nommé aux termes de l'article 138; 2° le conjoint et les parents dans l'ordre indiqué par la loi, c'est-à-dire : le conjoint d'abord; à son défaut seulement, les ascendants; et, à défaut de conjoint et d'ascendants, les descendants; 3° la personne qui a signé la demande d'admission; 4° toute personne autorisée par le conseil de famille. Le droit attribué aux ascendants, et, à leur défaut, aux descendants, appartient à chaque ascendant ou à chaque descendant individuellement; mais, s'il y a dissentiment entre les parents d'un de ces deux ordres, c'est le conseil de famille qui

prononcera. A cet effet, le dissentiment devra être notifié au chef de l'établissement par une opposition émanée d'un *ayant-droit*, et, par ayant-droit, j'entends toute personne ayant qualité pour requérir la sortie. Pareillement, l'assentiment du conseil de famille pourra être nécessaire à la personne qui a signé la demande d'admission. Il suffira pour cela qu'un parent ait déclaré s'opposer à ce qu'elle use, sans cet assentiment, de la faculté que la loi lui confère. Mais il ne paraît pas qu'aucun obstacle puisse survenir de la part de la famille lorsque la sortie est demandée, soit par le curateur nommé aux termes de l'article 38, soit par le conjoint, soit même, hors le cas de dissentiment ci-dessus prévu, quand elle est demandée par un ascendant ou un descendant (art. 14, al. 1-8). Du reste, quel que soit le requérant, la sortie peut toujours être empêchée, dans l'intérêt de l'ordre public et de la sûreté des personnes, sur l'ordre du préfet, conformément à l'article 21; et, si le préfet n'a pas pris à cet égard l'initiative, le maire, sur l'avis exprimé par le médecin de l'établissement, peut ordonner immédiatement un sursis provisoire, qui cessera de plein droit dans la quinzaine, si le préfet, informé dans les vingt-quatre heures par le maire, ne donne pas d'ordres contraires (art. 14, al. pénult.).

294 *bis*. II. Au cas d'interdiction, et pareillement au cas de minorité, le droit de requérir la sortie avant guérison est exclusivement concentré dans la personne du tuteur (art. 14, al. dernier). Ainsi, aucune intervention directe de la famille ne pourrait provoquer ou arrêter la sortie; sauf au conseil de famille, s'il voulait user du droit qui lui est réservé par l'article 510 du Code civil, à employer les voies de droit pour contraindre le tuteur à se conformer à sa délibération (v. ci-dessus, n° 290 *bis*. II).

Il va sans dire, au reste, que l'action du tuteur, au cas de minorité ou d'interdiction, peut toujours, comme celle des autres personnes au cas de non-interdiction, être arrêtée par l'ordre de l'autorité, protectrice de l'ordre public et de la sûreté des personnes.

295. En cas de placement d'office, la sortie ne doit naturellement avoir lieu que sur l'ordre de l'autorité qui avait ordonné le placement. V. à ce sujet art. 20 et 23.

295 *bis*. Là, donc, ne s'applique pas la disposition de l'article 13, qui prescrit la sortie de plein droit lorsque les médecins ont constaté

la guérison. Ici, et généralement toutes les fois qu'il existe un ordre de l'autorité de retenir la personne (*puta*, au cas de l'article 21), lorsque les médecins déclarent, soit pour cause de guérison entière, soit pour tout autre motif, *que la sortie peut être ordonnée*, il doit en être référé au préfet, qui statue sans délai (art. 23).

296. En outre, et soit que le placement ait eu lieu volontairement ou d'office, la sortie peut toujours être ordonnée par justice, sur la demande soit de la partie elle-même, soit de ses tuteur, curateur, parents ou amis, ou de la personne qui a requis le placement, ou enfin du procureur de la république. V. art. 29.

296 *bis*. Ici, comme au cas de l'article 14, s'il y a interdiction, la demande ne peut être formée que par le tuteur (1); la même règle, évidemment devrait s'appliquer en cas de minorité. La loi, d'ailleurs, prescrit les formes les plus simples et les moins dispendieuses (art. 29, al. 4 et 5); et, pour que l'exercice de l'action ne soit point entravé par la négligence ou le mauvais vouloir des chefs d'établissement, elle frappe d'une peine ceux qui supprimeraient ou retiendraient les requêtes (art. 29, al. dernier, et art. 41).

297. Une règle, au reste, que la loi a proclamée pour le cas seulement de placement volontaire, mais qui s'applique nécessairement à tous les cas, c'est que la personne, si elle est mineure ou interdite, ne peut être remise qu'à ceux sous l'autorité desquels elle est légalement placée. V. art. 17, et à ce sujet art. 13, al. dernier; 14, al. dernier; 29, al. 3.

297 *bis*. Il est clair qu'aucune des dispositions des articles cités ne s'applique au mineur émancipé, puisqu'il a le gouvernement de sa personne, et n'est, quant à sa résidence, soumis à aucune autorité.

Il n'est pas moins évident que le droit exclusivement réservé au tuteur par la disposition finale de l'article 14 doit être appliqué, et toujours exclusivement, au père du mineur non émancipé, qui, pendant le mariage des père et mère, n'est pas en tutelle.

(1) V. à ce sujet ce que j'ai dit sur les articles 8 et 14, ci-dessus, n° 290 *bis*. II et 294 *bis*. II.

§ II.

Effets du placement, quant à la capacité de la personne et à l'exercice de ses droits.

298. Le placement dans un établissement d'aliénés ne modifie en rien l'état de la personne interdite, ni les effets de la tutelle dont elle est pourvue aux termes du droit commun. Mais à l'égard des personnes non interdites, la loi les soumet, pour tout le temps qu'elles seront retenues dans l'établissement, à un régime de protection spéciale.

Cette protection concerne :

1° L'administration provisoire de leurs biens (art. 31, 32, 34, 37);

2° La manière de les représenter en justice (art. 33);

3° Le mode des significations à leur faire (art. 35);

4° La manière de les représenter dans les inventaires, comptes, partages et liquidations (art. 36);

5° L'établissement, s'il y a lieu, d'un curateur à la personne (art. 38);

6° La nullité de leurs actes et le délai dans lequel ils peuvent être attaqués (art. 39).

7° La communication au ministère public de toutes les affaires qui les intéressent (art. 40).

299. La personne retenue dans un établissement d'aliénés ne pouvant par elle-même pourvoir au gouvernement de ses affaires, la loi prescrit ou autorise, suivant les cas, l'établissement d'une administration provisoire pour ses biens. Ainsi dans les hospices ou établissements publics, cette administration appartient de plein droit aux commissions administratives ou de surveillance, qui désignent un de leurs membres pour remplir les fonctions dont l'exercice leur est attribué. Les fonctions consistent à faire les recouvrements, acquitter les dettes, faire des baux d'une courte durée (trois ans au plus), enfin à faire vendre, s'il y a lieu, le mobilier, mais en vertu d'une ordonnance spéciale du président du tribunal. Les

sommes reçues sont versées, comme de raison, dans la caisse de l'établissement, et employées, s'il y a lieu, au profit de la personne placée; pour la garantie la loi constitue un privilége spécial, et de premier ordre, sur le cautionnement du receveur. V. art. 31, al. 1-3.

300. Ce système de protection légale ne peut s'appliquer dans les établissements privés, puisqu'il n'y a pas alors de commission administrative ou de surveillance. En outre, et là même où ces commissions existent, il peut paraître convenable, soit aux commissions elles-mêmes, soit aux parents ou au conjoint de la personne, soit enfin au ministère public, de faire pourvoir judiciairement à l'administration. Alors, sur la demande de qui de droit, le tribunal, comme au cas prévu par l'article 497 du Code civil, nomme un administrateur provisoire aux biens. La nomination a lieu en chambre du conseil, et le tribunal statue sans appel, mais après délibération du conseil de famille, et sur les conclusions du ministère public. V. art. 31, al. dernier, 32.

301. Les pouvoirs de cet administrateur ne sont pas définis par la loi, nous remarquons seulement qu'il n'est donné qu'aux biens; c'est une différence entre ce cas et celui de l'article 497 du Code civil (1). On nommera d'ailleurs, s'il y a lieu, un curateur à la personne (art. 38). Evidemment au reste, l'administrateur nommé par jugement a, sans qu'on ait eu besoin de le dire, les attributions qu'aurait, aux termes de l'article 31, l'administrateur désigné par les commissions; car il a la même fonction. Mais il n'a pas qualité pour représenter en justice l'aliéné. Ce pouvoir ne peut résulter que d'un mandat spécial donné, sur sa demande ou sur celle du ministère public, soit à un autre, soit à lui-même. Ce mandat sera nécessairement donné s'il s'agit d'un procès commencé avant le placement, ou de la défense à une action dirigée depuis. Il peut l'être, dans le cas d'urgence, même pour intenter une

(1) V. ci-dessus, n° 269 *bis*.

action, quelle que soit sa nature, mobilière ou immobilière. V. art. 33.

302. L'administrateur nommé par le tribunal est assimilé au tuteur quant aux causes d'excuse, exclusion ou destitution. Il est clair qu'il devra, comme le tuteur, rendre compte; mais ses biens ne sont pas grevés d'hypothèque légale. Seulement, à défaut de cette garantie de droit, la loi autorise le tribunal à constituer sur les biens de l'administrateur une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Cette hypothèque est soumise à la règle ordinaire de publicité; elle doit être inscrite dans la quinzaine à la diligence du procureur de la république, et ne prend rang que du jour de l'inscription. V. art. 34.

303. Quoique l'administrateur n'ait pas qualité pour représenter en justice l'aliéné, il l'a pour recevoir les significations; si bien que l'on pourrait, mais seulement suivant les circonstances, annuler celles qui seraient faites à domicile. Toutefois la faveur du commerce n'a pas permis d'admettre de dérogation à la règle générale en ce qui concerne le lieu où doivent être faits les protêts; à cet égard l'article 173 du Code de commerce reste purement et simplement applicable. Voy. art. 35.

303 *bis*. Remarquons, au reste, que la qualité pour recevoir les significations n'est attribuée ici à l'administrateur que pour le cas où il est *nommé par jugement*, à l'exclusion, par conséquent, du cas où les fonctions sont exercées par les commissions administratives ou de surveillance. Ainsi, dans cette dernière hypothèse, on resterait dans le droit commun, qui prescrit de faire les significations à personne ou domicile (C. pr., art. 68). Mais peut-être l'hospice ou l'établissement public où la personne est renfermée devrait-il être considéré, à ce point de vue, comme son domicile actuel, ce qui autoriserait à faire les significations au chef-lieu de cet établissement. Par ce moyen, on assurerait la remise de l'exploit à l'administrateur désigné par la commission, et celui-ci se trouverait à même de faire, s'il y avait lieu, nommer, aux termes de l'article 33, le mandataire spécial chargé de représenter la personne en justice,

304. La loi suppose que l'administrateur provisoire a qualité pour représenter l'aliéné dans les inventaires, comptes, partages et liquidations, car c'est seulement à son défaut qu'elle prescrit un autre mode de représentation. Ce mode consiste, comme au cas de présomption d'absence, à faire commettre un notaire, à la requête de la partie la plus diligente (v. art. 113). Seulement ici ce n'est pas le tribunal, c'est le président qui commet le notaire. V. art. 36.

304 *bis.* Je crois, au surplus, qu'il n'y a pas *défaut d'administrateur provisoire,* et qu'il n'y a pas lieu conséquemment à faire nommer un notaire, lorsque ces fonctions sont exercées, aux termes de l'article 31, par les commissions administratives ou de surveillance. La loi, en effet, ne distingue pas ici, comme dans les articles 34, 35 et 37, si l'administrateur est ou non nommé par jugement.

305. Tous les pouvoirs conférés en vue de l'incapacité de la personne placée dans un établissement d'aliénés n'ont plus de cause, et cessent conséquemment d'exister, dès que la personne recouvre sa liberté. Cela s'applique et à l'administrateur provisoire, de quelque manière qu'il soit institué, et au mandataire spécial désigné en vertu de l'article 33, et au notaire nommé aux termes de l'article 36. Mais une règle particulière à l'administrateur nommé par jugement limite de plein droit, sauf renouvellement, ses pouvoirs à trois années. Toutefois, cette règle ne s'appliquerait pas si la personne à laquelle l'administrateur est donné était entretenue *par l'administration* dans un établissement privé. V. art. 37.

305 *bis.* On a pensé apparemment que la personne entretenue par l'administration est par là même moins en rapport avec sa famille, qui ne pourvoit pas à ses dépenses, et l'on a pu craindre dès lors que les parents ne négligeassent de faire renouveler les pouvoirs, ce qui laisserait à l'abandon les intérêts de l'incapable, si l'on ne maintenait pas purement et simplement les pouvoirs existants. Cette considération n'a pas la même gravité quand le placement est dans un établissement public, puisque, à défaut de l'admi-

nistrateur dont les pouvoirs expirent, la loi pourvoit elle-même à ce que les fonctions soient remplies. Aussi l'exception ne s'applique-t-elle pas à ce cas.

306. En outre de l'administrateur provisoire à qui est confié le soin des biens, la loi autorise encore la nomination d'un curateur à la personne. La mission de ce curateur est double : il doit, pendant la durée de la maladie, veiller à ce que les revenus soient employés, suivant leur destination essentielle, à l'adoucissement du sort du malade et à l'accélération de la guérison. Il doit, dès que la situation de la personne le permet, veiller aussi à ce qu'elle soit rendue au libre exercice de ses droits (v. à ce sujet art. 14-1°, 29). La nomination du curateur peut être demandée par l'intéressé lui-même, par le conjoint, par un parent, par un ami, enfin elle peut être provoquée d'office par le ministère public. La nomination a lieu en chambre du conseil par jugement non susceptible d'appel. Quant au choix du curateur, comme l'intérêt qu'il doit protéger doit l'être surtout contre les tendances que l'intérêt personnel pourrait inspirer aux héritiers présomptifs, la loi les exclut nommément de cette fonction. V. art. 38.

307. Le fait même du placement dans un établissement d'aliénés, dans les conditions prescrites par la loi, suppose l'existence d'un état de démence, dont il constate en même temps la notoriété ; cela suffit pour appliquer ici, indépendamment d'une interdiction postérieure, la nullité autorisée par l'article 503 du Code civil pour les actes antérieurs à l'interdiction. Cette nullité par voie d'action doit évidemment être proposée dans le délai de dix ans fixé par l'article 1304 du Code civil. Mais comme la personne revenue à la raison pourrait n'avoir pas gardé le souvenir des actes faits dans l'état d'aliénation, la loi, plus prévoyante à cet égard que ne l'a été celle de l'interdiction, ne suspend pas seulement le point de départ du délai jusqu'à la sortie définitive, terme de la quasi-interdiction qu'elle établit ; mais elle ne le fait courir qu'à

partir de la signification faite, ou de la connaissance qu'aurait eue effectivement la personne, après cette sortie.

La même action étant accordée aux héritiers, le délai ne court aussi contre eux qu'à partir de la signification ou de la connaissance postérieures à la mort.

Toutefois, le délai, s'il a commencé à courir contre la personne, continue à courir contre les héritiers. V. art. 39.

307 *bis*. I. L'attaque pour cause de démence autorisée ici par la loi doit être dirigée dans le délai de dix ans fixé par l'article 1304. C'est ce qu'exprime, en termes inexacts, le renvoi audit article. Cette attaque, nonobstant le défaut d'interdiction, n'est pas seulement permise à la personne elle-même, elle l'est aussi à ses héritiers. Sous ce dernier rapport, il y a dérogation à l'article 504 du Code civil.

Entendons bien, au reste, toute la portée de cette disposition. Il ne s'agit pas seulement de laisser alors la personne elle-même ou de replacer ses héritiers dans le droit commun, qui, en tout temps, et sauf le cas de l'article 504, permet l'attaque pour défaut de consentement en prouvant, par tous les moyens possibles, la démence exclusive de ce consentement; il s'agit d'une attaque pour démence fondée sur le seul fait du placement dans un établissement d'aliénés, fait qui, lorsque la demande en nullité sera formée dans le délai utile, dispensera de prouver, soit la puissance actuelle de la démence sur la volonté au moment de l'acte, soit même l'état habituel de démence à cette époque. Et, toutefois, la loi n'ayant pas, pour ce cas, comme pour celui d'interdiction, déclaré la nullité *de droit*, les juges pourront toujours, suivant les circonstances, comme au cas de l'article 503 (1), reconnaître que l'acte a été fait en état de lucidité, et refuser en conséquence d'en prononcer la nullité.

307 *bis*. II. Le délai pour intenter l'action ne court pas ici du jour de la sortie, comme l'article 1304 fait courir du jour de la mainlevée le délai de l'action en nullité pour interdiction. Le point de départ est la signification ou la connaissance obtenue d'une manière quelconque après la sortie (art. 39, al. 2). Le motif évident de cette disposition, c'est que l'aliénation mentale qui vicie l'acte

(1) V. ci-dessus, n° 275 *bis*.

peut n'en point laisser à son auteur la conscience ou le souvenir. Cette considération paraît applicable au cas d'interdiction, qui est toujours fondé sur l'état habituel d'imbécillité, démence ou fureur. Et toutefois, l'empire actuel de la démence qui peut produire cette ignorance ne résultant pas aussi positivement de l'état d'interdiction que du placement dans une maison d'aliénés, c'est peut-être à dessein que le législateur n'a pas étendu au simple cas d'interdiction la règle nouvelle qu'il établit ici.

Quoi qu'il en soit, je n'hésite pas à considérer cette règle comme applicable à l'interdit placé dans un établissement d'aliénés, pour les actes faits pendant le séjour dans l'établissement. C'est le cas alors d'argumenter *à fortiori*.

Bien plus, tout en reconnaissant en principe que la loi nouvelle ne déroge pas d'une manière générale, pour le cas d'interdiction, à la règle posée par l'article 1304, je crois que l'esprit du législateur est suffisamment manifesté ici pour autoriser les juges à déclarer en fait qu'une personne a ignoré lors de la mainlevée l'acte passé dans l'état d'interdiction, et à en tirer cette conséquence : que le délai n'a pu courir contre elle jusqu'à la connaissance acquise de cet acte.

Le tout sans préjudice du droit d'attaquer l'acte, même après l'expiration des délais, en le soutenant *nul de droit* pour défaut de consentement.

307 *bis*. III. La nécessité de la connaissance de l'acte pour faire courir le délai de l'action est applicable aux héritiers comme à la personne elle-même (art. 39, al. 3). Cela est sans difficulté quand le délai n'a pas couru contre la personne avant sa mort. Les héritiers alors ont dix ans à partir de la signification qui leur sera faite, ou de la connaissance qu'ils auront eue, depuis la mort. Dans le cas contraire, il est tout naturel que les héritiers n'aient plus pour agir que le temps qui restait au défunt; seulement, on aurait pu ne faire courir contre eux le reste du délai qu'à partir de la connaissance qu'ils auraient acquise par nouvelle signification ou autrement. Mais cette suspension, établie pour le délai d'appel par l'article 447 du Code de procédure, me paraît, au contraire, formellement refusée ici, puisque la loi dit que le délai continue à courir (art. 39, al. dernier).

Ce cas, au reste, n'est pas le seul où les héritiers peuvent perdre

par prescription un droit que leur ignorance les aura empêchés d'exercer; car il est de principe qu'une prescription commencée contre le défunt continue à courir contre les héritiers, sans examiner s'ils ont ou non connu l'existence du droit dont la prescription les dépouille.

308. Le principe qui fait soumettre à la communication au ministère public les causes des mineurs et autres incapables réclamait évidemment cette protection pour la nouvelle classe d'incapables organisée par notre loi, qui en proclame en effet l'application. V. art. 40.

309. Terminons en remarquant que les effets légaux du placement, quant à la capacité de la personne et à l'exercice de ses droits, reposant uniquement sur le fait du placement et du séjour dans l'établissement d'aliénés, tous cessent de plein droit par la sortie.

APPENDICE

AU TITRE DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS (1).

Lois des 22 *mars* 1849, 3 *décembre* 1849, 7 *février* 1851.

310. Cet appendice se divise naturellement en deux parties: l'une comprend les lois du 22 mars 1849 et du 7 février 1851, qui ne sont toutes deux qu'une sorte de complément à l'article 9 du Code civil relatif aux enfants nés en France d'un étranger. L'autre partie contient l'explication de la loi géné-

(1) Depuis la publication du premier volume, il est intervenu sur l'attribution ou l'acquisition de la qualité de Français plusieurs dispositions législatives qui rendent incomplet ou inexact l'exposé que j'ai fait de la matière traitée dans ce titre; je crois donc utile de ne pas terminer l'explication du livre *des Personnes* sans analyser succinctement les nouvelles lois, que leur objet y rattache intimement.

rale du 3 décembre 1849 sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France.

§ I.

311. Nous savons que la jouissance des droits civils est intimement liée à la qualité de Français (C. civ., art. 7 et 8); nous savons aussi qu'on peut naître Français ou le devenir; nous savons enfin que notre code, s'éloignant en ce point de l'idée le plus généralement admise dans l'ancien droit, s'attache, pour la détermination de la patrie, à l'origine de l'enfant, sans égard au fait de sa naissance sur le sol. Seulement ce fait de naissance sur le sol est un titre de faveur pour obtenir plus facilement qu'un étranger ordinaire la qualité de Français.

Cette faveur, fondée sur le sentiment probable d'attachement au sol natal, consiste à pouvoir réclamer comme un droit la qualité de Français en fixant en France son domicile. Mais pour cela il faut une déclaration d'intention précédée ou suivie de résidence effective; il faut que cette déclaration intervienne en temps utile, dans le court délai d'un an à partir de la majorité; il faut enfin, si la résidence ne précède pas, que le domicile soit établi dans l'année de la déclaration (C. civ., art. 9).

312. Mais le sentiment d'attachement au sol natal n'est plus une simple probabilité chez celui dont le dévouement patriotique s'est manifesté par la soumission au service militaire, que chacun ne doit qu'à son pays. Si ce n'est pas une raison pour que la personne d'origine étrangère soit dispensée de la condition du domicile et de la nécessité d'une déclaration, c'en est une au moins pour qu'on ne circonscrive pas à son égard dans une étroite limite de temps la faculté de faire une déclaration, qu'elle n'aura souvent omise que par ignorance et parce qu'elle la croyait superflue. Tel est le but de la loi du 22 mars 1849, dont on transcrit ici le texte. « L'individu né en France d'un étranger sera admis, même après l'année qui

suivra celle de sa majorité, à faire la déclaration prescrite par l'article 9 du Code civil, s'il se trouve dans l'une des deux conditions suivantes : 1° s'il sert ou s'il a servi dans les armées de terre ou de mer ; 2° s'il a satisfait à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité. »

313. Comme on le voit, il n'est dérogé ici à l'article 9 du Code civil qu'en ce qui concerne le délai pour la déclaration. Mais il reste toujours la nécessité de faire dans un temps quelconque cette déclaration, et la condition d'établissement de domicile au plus tard dans l'année qui la suit : c'est alors comme au cas de l'article 10 du Code civil.

Quant à l'application de la faveur, elle comprend également, et ceux qui servent ou ont servi dans les armées par suite d'appel ou d'engagement volontaire, et ceux qui, sans avoir effectivement servi, ont cependant satisfait à la loi de recrutement en se soumettant, sans exciper, comme ils le pouvaient, de leur extranéité, à la chance du tirage au sort. Peu importe ensuite qu'ils aient été *favorisés par le sort ou dispensés du service militaire pour cause autre que l'extranéité* (1).

313 *bis*. Il ne doit pas arriver que la personne à laquelle s'applique la disposition nouvelle soit parvenue à sa majorité sans avoir été dans le cas de satisfaire à la loi de recrutement, ou d'invoquer, pour s'y soustraire, son extranéité. Maintenant, si elle a pris ce dernier parti et qu'elle ait ensuite laissé passer l'année qui suit sa majorité sans faire la déclaration prescrite par l'article 9 du Code civil, elle demeure définitivement étrangère, dispensée comme telle de tout appel postérieur et incapable même de contracter un engagement volontaire (v. L. 21 mars 1832 (2), art. 2 et 32). S'il arrivait pourtant que, par erreur ou autrement, cet engagement eût été reçu et que la personne eût effectivement servi dans l'armée, la généralité des termes de la loi amènerait à dire qu'elle serait relevée de la déchéance encourue aux termes de l'article 9, et admise à jouir du bénéfice de la disposition nouvelle.

(1) Rapport de M. Huot à l'Assemblée constituante, séance du 15 mars 1849 (*Moniteur* du 18).

(2) IX, 1re part., B. 68, n° 149.

314. C'est aussi à l'article 9 du Code civil que se réfère dans tout son contenu la loi du 7 février 1851. Elle s'applique à deux catégories de personnes, l'une déjà comprise dans les termes de l'article 9, mais pour laquelle le Code civil a paru ne pas faire assez; l'autre, qui jusque-là n'était l'objet d'aucune protection particulière, mais à laquelle il a semblé juste d'accorder une faveur calquée sur la disposition de cet article.

315. La première catégorie se forme des personnes qui sont bien nées d'un étranger, mais d'un étranger qui, comme elles, est né en France. L'enfant ainsi rattaché à la France et par le fait de sa propre naissance, et aussi, jusqu'à un certain point, par sa filiation, ne doit pas, il est vrai, être Français malgré lui; mais, sa volonté sur ce point étant probable, il doit être présumé tel s'il n'exprime l'intention contraire : ce n'est donc point la qualité de Français, c'est celle d'étranger, qu'il aura besoin de réclamer par une déclaration faite dans l'année de la majorité. Il est du reste expliqué que la majorité dont il s'agit ici est la majorité française, ce qui est conforme à la présomption qui jusque-là servait de base à l'État. Il est encore expliqué que la déclaration peut indifféremment être faite, soit devant l'autorité française, la municipalité de la résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires du gouvernement étranger. V. L. du 7 février 1851, art. 1er (1).

315 *bis*. I. La loi nouvelle n'a pas eu seulement pour but de favoriser, en fixant leur état, une foule de familles d'origine étrangère, dont les générations successives sont fixées en France depuis longues années, et dont les membres, habitués à se croire Français, et passant pour tels aux yeux de tous, ont négligé de remplir les conditions requises par la loi pour le devenir. Elle tend aussi à ôter à ces étrangers d'origine, Français de mœurs, d'habitudes, et en

(1) « Est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger. »

possession publique des avantages attachés à ce titre, le moyen de se soustraire aux charges que la patrie impose, en invoquant dans l'occasion une extranéité dont ils ont seuls le secret. Cette voie, du moins, leur sera fermée s'ils ont laissé passer l'année de leur majorité sans faire la déclaration prescrite. Il est, du reste, bien à remarquer que cette loi, purement déclarative de l'état qu'elle attache provisoirement au fait de deux générations successives nées sur le sol français, ne dispose pas seulement pour l'avenir, et qu'elle s'applique à tous ceux qui se trouvaient, au moment de la publication, dans la position qu'elle spécifie. C'est pour bien indiquer ce résultat qu'au lieu de dire au futur, comme le proposait la commission, *sera* Français, etc., on a, sur un amendement proposé par mon savant collègue et ami M. Valette, dit, comme le porte le texte, *est* Français, etc.

315 *bis*. II. De là il résulte incontestablement que la loi s'applique aux personnes nées avant sa publication; toutefois, cette application doit nécessairement se borner à celles qui n'avaient pas encore alors encouru déchéance, par l'expiration du délai fixé dans l'article 9. Quant aux autres, en effet, le défaut de réclamation dans le délai utile, écoulé tout entier sous l'empire de la loi précédente, doit équivaloir à une déclaration négative; et ce serait faire rétroagir la loi nouvelle que de donner à ce silence une autre interprétation. Cela surtout serait souverainement inique si l'on voulait, contre leur gré, faire subir à ces personnes les charges attachées à la qualité de Français. Au surplus, les termes de la loi ne laissent sur ce point aucune équivoque; car, bien que statuant au présent pour toutes les personnes qui se trouvent au moment de sa publication dans la position qu'elle spécifie, c'est toujours en se référant à l'avenir qu'elle place la condition à remplir dans l'année *qui suivra* la majorité; ce qui montre assez qu'elle n'entend s'occuper que de ceux qui n'ont pas encore dépassé ce terme.

315 *bis*. III. Ceux auxquels s'applique la loi étant provisoirement réputés Français, à moins de déclaration d'une volonté contraire, et cette déclaration ne pouvant intervenir qu'après la majorité, il semblerait d'abord que la loi du recrutement devrait leur être appliquée durant leur minorité, sauf l'exemption de service qu'ils obtiendraient plus tard s'ils réclamaient en temps utile la qualité d'étrangers. Mais il n'est pas possible, tant que leur état est incer-

tain, qu'on les force à acquitter l'impôt du sang. C'est à la loi spéciale sur le recrutement qu'appartiendra le soin de régler le mode d'appel et de tirage au sort pour les personnes de cette classe, nécessairement omise dans la loi antérieure qui nous régit (1). Mais, quelque chose que l'on fasse, il est évident qu'on ne pourra toujours appliquer l'obligation de service militaire à celui qui n'est Français que sauf volonté contraire, tant qu'il ne sera pas déchu du droit de réclamer la qualité d'étranger.

315 *bis*. IV. En refusant ainsi d'appliquer au mineur, dont l'état est incertain, l'obligation du service militaire, je me conforme à la règle, selon moi, générale, qui, pour les droits ou devoirs politiques, n'admet ni incertitude ni condition. Mais il en est autrement des droits civils, qui sont toujours susceptibles d'exercice provisoire. Cela posé, comme il me paraît conforme aux termes et à l'esprit de la loi d'attribuer provisoirement au fait de double naissance sur le sol le titre de Français, avec les effets attachés à ce titre, je crois, contrairement à ce que j'ai décidé pour celui qui est seulement dans le cas de l'article 9 du Code civil (2), que l'enfant dont il s'agit ici doit être provisoirement admis pendant sa minorité à la jouissance des droits civils.

Ce point admis, la disposition de notre loi me paraît abondamment suffire pour combler la lacune que j'avais signalée dans mon premier volume, relativement aux familles étrangères établies en France, et dont les générations s'y succèdent sans naturalisation d'aucun de leurs membres; je ne vois donc plus de raison pour s'attacher à la doctrine un peu hardie que j'avais enseignée à ce sujet (3).

316. La seconde catégorie de personnes auxquelles la loi de 1851 a voulu faciliter l'acquisition de la qualité de Français, ce sont les enfants des étrangers naturalisés. Bien entendu, au reste, qu'il s'agit seulement des enfants qui existaient au moment de la naturalisation; car pour ceux qui surviendraient depuis que leur père est devenu Français, ils naîtraient Français comme lui. Au contraire, ceux dont la

(1) V. L. 21 mars 1832, art. 2.
(2) V. tom. 1er, nº 49 *bis*. III.
(3) V. tom. 1er, nº 18 *bis*. IV.

conception a précédé la naturalisation demeurent de droit dans leur état primitif, que le fait de leur père n'a pu changer. Mais les rapports intimes produits par la filiation, et la liaison d'intérêt qui en résulte, rendent naturellement désirable pour les enfants l'état obtenu par le père. Ajoutons, que la faveur obtenue par celui-ci, après les épreuves qui l'en ont fait juger digne, doit rejaillir dans une certaine mesure sur ses enfants pour faire supposer leur aptitude à l'obtenir.

Ces considérations, il faut le dire, placent les enfants dont il s'agit dans une position au moins aussi favorable que celle qui résulterait du fait accidentel de naissance sur le sol. C'est celle-là que la loi leur applique avec les mêmes conditions à remplir. Seulement le point de départ du délai est différent, suivant que la naturalisation du père a eu lieu avant ou depuis la majorité : dans le premier cas, c'est purement et simplement l'article 9 qui, déjà de plein droit applicable si c'est en France que les enfants sont nés, le devient, par l'effet de la naturalisation, à ceux mêmes qui seraient nés en pays étranger; dans le second cas, le délai pour faire la déclaration est l'année *qui suit celle de la naturalisation*. V. art. 2 (1).

316 *bis*. Comme on le voit, si la naturalisation a lieu pendant la minorité des enfants, il n'y a faveur pour ceux-ci, dans la disposition de la loi nouvelle, qu'en les supposant nés en pays étranger. Autrement, leur naissance sur le sol suffit, indépendamment de la naturalisation, pour attribuer le bénéfice que la loi nouvelle attache à cette naturalisation. Mais si la naturalisation n'a lieu qu'après la majorité, et que les enfants nés en France aient négligé de profiter du délai accordé par le Code civil, leur naissance sur le sol est devenue dès lors un fait indifférent, et ils ont alors, comme ceux qui seraient nés en pays étranger, besoin du bénéfice de la loi nouvelle pour pouvoir faire, dans le délai qu'elle accorde, ce qu'ils ont omis

(1) « L'article 9 du Code civil est applicable aux enfants de l'étranger naturalisé, quoique nés en pays étranger, s'ils étaient mineurs lors de la naturalisation.

« A l'égard des enfants nés en France ou à l'étranger, qui étaient majeurs à cette époque, l'article 9 leur est applicable dans l'année qui suivra celle de ladite naturalisation. »

dans le délai fixé par le Code civil. Ce nouveau délai, qui est également d'une année, semblerait devoir courir du jour de la naturalisation, comme le délai de l'article 9, ci-dessus appliqué, court du jour de la majorité. C'est, en effet, ce qu'a dit le rapporteur de la commission dans des termes qui ne présentent aucune équivoque, lorsqu'il annonce que *le délai d'une année* A PARTIR DU JOUR OÙ LES LETTRES DE NATURALISATION AURONT ÉTÉ ACCORDÉES *a paru à la commission suffisant et convenable :* expressions qui se trouvent presque identiquement reproduites dans le résumé qui termine le rapport (1). Quoi qu'il en soit, le texte déclarant l'article 9 applicable *dans l'année qui suivra celle de la naturalisation,* il semble que le délai fatal ne doit commencer à courir qu'après qu'une première année, celle de la naturalisation, se sera déjà écoulée tout entière. C'est probablement le résultat d'une pure inadvertance; mais, comme ce résultat est favorable, je crois qu'il faut s'en tenir au texte.

§ II.

317. Les deux lois ci-dessus sont, comme on l'a vu, relatives à des positions spéciales; celle du 3 décembre 1849 s'applique aux étrangers en général. Elle a, d'ailleurs, deux objets : 1° la naturalisation (art. 1-6); 2° le séjour des étrangers en France (art. 7-9).

318. La législation sur la naturalisation se composait de dispositions éparses, intervenues à des dates diverses, et conçues dans un esprit différent. C'étaient comme autant de pièces de rapport que la doctrine avait à coordonner. Un tel état de choses appelait une loi d'ensemble; ce besoin se fit particulièrement sentir à la suite d'un décret de circonstance rendu par le gouvernement provisoire (2), qui, en facilitant

(1) Voir le rapport de M. Benoît-Champy, séance du 30 décembre 1850 (*Moniteur* du 6 janv. 1851).

(2) Décret du 28 mars 1848. Ce décret autorisait provisoirement le ministre de la justice à accorder la naturalisation, sur la preuve d'une simple résidence pendant cinq ans, accompagnée seulement d'une attestation de *dignité* délivrée par l'autorité départementale.

outre mesure la naturalisation, avait ouvert la porte à une foule d'abus. S'il était urgent de faire cesser ces abus, il était naturel de fixer en même temps la législation sur une matière aussi importante.

319. Quoi qu'il en soit, la loi nouvelle régularise plutôt qu'elle ne change la législation antérieure, telle qu'elle existait, nonobstant le décret de circonstance. Car on retrouve ici en substance l'article 3 de la constitution de l'an VIII, avec les modifications résultant de l'avis du conseil d'État du 20 prairial an XI et du décret du 17 mars 1809; on y retrouve aussi le principe consacré par l'ordonnance du 4 juin 1814 sur la grande naturalisation; enfin la loi reproduit complétement la disposition du sénatus-consulte du 19 février 1808. Mais elle fait, avec raison, cesser pour l'avenir la faveur temporairement accordée par la loi du 14 octobre 1814 aux habitants des départements réunis (1). Au reste, la loi ne touche en rien aux dispositions du Code civil, dont l'article 9 seul se trouvait déjà modifié par la loi du 22 mars 1849, et l'a été depuis plus fortement par la loi du 7 février 1851.

320. Le principe auquel le législateur s'est particulièrement attaché, c'est que la naturalisation est un bienfait qui peut toujours être refusé au nom du pays, en vue de son intérêt et de sa dignité, et qui ne doit, en général, être accordé qu'après longue épreuve à ceux que leur moralité en fera juger dignes. A cet égard, le droit de statuer est conféré au chef du pouvoir exécutif, après enquête par le gouvernement relativement à la moralité, et sur l'avis favorable du conseil d'État. Mais la condition préalable pour l'étranger est d'avoir, après l'âge de 21 ans accomplis, obtenu l'autorisation de domicile en France (v. art. 13 du Code civil), et d'avoir résidé pendant dix ans, à partir de cette autorisation. La naturalisation, ainsi accordée, confère tous les droits civils, et même en général les droits politiques. Il n'y avait d'exception que

(1) Voyez, sur tous ces points, tom. 1er, nos 22-26.

pour l'éligibilité à l'Assemblée nationale, droit dont l'étranger ne pouvait jouir qu'en vertu d'une loi. Voy. art. 1 (1).

320 *bis*. I. En exigeant, comme l'article 3 de la Constitution de l'an VIII, un stage politique de dix années, la loi ne se contente pas, comme cette Constitution, d'une simple déclaration d'intention précédant la résidence, elle veut avec raison une autorisation de domicile. C'est bien ce qu'avait déjà décidé l'avis du conseil d'État approuvé le 20 prairial an XI. Mais cet avis n'ayant point été inséré au Bulletin des lois, on n'était peut-être pas strictement tenu de s'y conformer. C'est une incertitude qu'il fallait faire cesser. Quant à la nécessité d'obtenir un décret de naturalisation, la Constitution de l'an VIII ne l'imposait pas non plus; mais cette lacune avait été comblée par le décret du 17 mars 1809. Il va sans dire, au reste, que le décret de naturalisation n'a jamais dû être rendu par le gouvernement qu'en grande connaissance de cause; mais la loi prévient à cet égard tous les abus en exigeant spécialement l'enquête sur la moralité, et l'avis favorable du conseil d'État.

320 *bis*. II. Comme dans la Constitution de l'an VIII l'âge exigé pour commencer le stage politique est celui de vingt et un ans, il n'importe dès lors que l'étranger, suivant la loi du pays auquel il appartient encore, soit majeur avant, ou ne le soit qu'après cet âge.

320 *bis*. III. La disposition finale de l'article 1^er^ est évidemment conçue dans le même esprit que l'ordonnance du 4 juin 1814, qui exigeait, pour siéger dans la Chambre des pairs et dans celle des députés, des lettres de naturalisation *vérifiées dans les deux Chambres*, et constituant dès lors un acte législatif. Je ne doute pas, d'après cela, qu'il ne faille appliquer aujourd'hui au droit de siéger au sénat et au corps législatif ce que dit la loi sur l'éligibilité à l'Assemblée nationale.

321. Comme le sénatus-consulte du 19 février 1808, la loi permet de réduire à un an le délai de dix ans exigé en gé-

(1) « Le président de la république statuera sur les demandes en naturalisation. — La naturalisation ne pourra être accordée qu'après enquête faite par le gouvernement relativement à la moralité de l'étranger, et sur l'avis favorable du conseil d'État. — L'étranger devra en outre réunir les deux conditions suivantes : 1° d'avoir, après l'âge de 21 ans accomplis, obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, conformément à l'article 13 du Code civil; 2° d'avoir résidé pendant dix ans en France depuis cette autorisation. L'étranger naturalisé ne jouira du droit d'éligibilité à l'Assemblée nationale qu'en vertu d'une loi. »

néral pour le stage politique; les motifs de la faveur sont toujours les mêmes : services importants; industrie, inventions utiles, talents distingués; formation de grands établissements. V. art. 2 (1); et remarquez que, la faveur consistant uniquement dans l'abréviation du délai, sous tous autres rapports les dispositions de l'article 1er restent applicables.

322. L'autorisation de domicile accordée à un étranger est, de sa nature, révocable (v. tom. Ier, nº 28 *bis*. I). Ce principe s'applique aussi bien à celle qui sert de base et de point de départ au stage politique, qu'à celle qui n'aurait point été obtenue dans ce but. Ce n'est qu'après la naturalisation prononcée que la qualité de Français est acquise, avec le *droit* de séjour sur le territoire. Jusque-là, donc, le gouvernement pourra retirer ou modifier l'autorisation. Mais, vu la gravité de la mesure, il devra prendre l'avis du conseil d'État, ce qui pourtant ne veut pas dire qu'il soit tenu de suivre cet avis. V. art. 3 (2).

323. A la suite des événements qui séparèrent de la France un assez grand nombre de départements réunis depuis 1791, la loi de 1814 avait accordé aux habitants de ces départements une faveur qui consistait principalement à imputer sur le stage politique de dix ans, sans déclaration préalable, le temps de leur résidence sur le territoire actuel de la France, et à obtenir ainsi des lettres de déclaration de naturalité. Seulement, pour jouir de cette faveur ils devaient faire une déclaration dans les trois mois de la publication de la loi. Mais ce délai ayant été considéré comme comminatoire, il paraît que dans la pratique on avait continué d'appliquer le bénéfice de cette loi (v. rapport de M. de Montigny du 8 novemb. 1849).

(1) « Néanmoins le délai de dix ans pourra être réduit à une année en faveur des étrangers qui auront rendu à la France des services importants, ou qui auront apporté en France, soit une industrie, soit des inventions utiles, soit des talents distingués, ou qui auront formé de grands établissements. »

(2) « Tant que la naturalisation n'aura pas été prononcée, l'autorisation accordée à l'étranger d'établir son domicile en France pourra toujours être révoquée ou modifiée par décision du gouvernement, qui devra prendre l'avis du conseil d'État. »

Pour faire cesser cette extension abusive d'une disposition purement transitoire, notre loi en prononce formellement l'abrogation. V. art. 4 (1).

323 *bis.* L'abrogation portant sur toutes les dispositions de la loi de 1814, il s'ensuit que les habitants des départements réunis ne jouissent plus d'aucune faveur spéciale. S'ils veulent devenir Français, ce n'est point une déclaration de naturalité, c'est une naturalisation qu'ils ont à obtenir avec toutes les conditions ordinaires; et la faculté d'abréger le délai, que le roi s'était réservée, même pour ceux qui n'étaient pas nés et n'avaient pas résidé en France pendant la réunion, n'existe plus que dans les termes de l'article 2.

324. Quelque raisonnable qu'il fût d'exiger, comme on l'a fait, une loi pour conférer à un étranger le droit d'éligibilité à l'Assemblée nationale, il a cependant paru impossible, en présence des articles 25 et 26 de la Constitution de 1848, de refuser ce droit à ceux qui, à un titre quelconque, et en vertu notamment du décret du gouvernement provisoire, étaient Français au moment où l'on proclamait cette règle. On a donc considéré qu'il y avait pour eux droit acquis, et la loi déclare formellement qu'elle n'entend pas y porter atteinte. V. art. 5 (2).

324 *bis.* A bien dire, pourtant, l'éligibilité n'est pas un droit, mais une capacité, qu'une loi postérieure peut enlever pour l'avenir sans violer le principe de non-rétroactivité (v. tom. I, n° 9 *bis.* V). Mais on a considéré que, cette capacité étant établie par la Constitution elle-même, une loi faite sous son empire n'y pouvait porter atteinte. Du reste, comme la Constitution ne s'applique qu'aux personnes déjà Françaises, et que le législateur peut toujours fixer les conditions requises pour acquérir la qualité de Français, on n'a pas trouvé dans la Constitution, qui accordait à tout Français l'éligibilité, un obstacle à la disposition nouvelle, qui, en subordonnant, pour l'avenir, à des conditions spéciales l'acquisition du droit d'éli-

(1) « Les dispositions de la loi du 14 octobre 1814 concernant les habitants des départements réunis à la France ne pourront plus être appliquées à l'avenir. »

(2) « Les dispositions qui précèdent ne portent aucune atteinte aux droits d'éligibilité à l'Assemblée nationale acquis aux étrangers naturalisés avant la promulgation de la présente loi. »

gibilité, ne fait autre chose que régler les conditions pour l'acquisition de la qualité de Français dans toute sa plénitude.

325. Fidèle jusqu'au scrupule au principe de non-rétroactivité, le législateur a voulu que les démarches tendant à la naturalisation, faites sous l'empire de la législation précédente, conservassent tout l'effet dont elles étaient alors susceptibles. Ainsi quoique la durée du stage politique ne doive plus dater à l'avenir que de l'autorisation de domicile, cette disposition ne s'appliquera pas à ceux qui, avant la promulgation de la loi, auront fait la simple déclaration prescrite par l'article 3 de la Constitution de l'an VIII. Les dix ans continueront donc à courir depuis cette déclaration. Mais la naturalisation d'ailleurs ne sera accordée que dans la forme aujourd'hui prescrite, c'est-à-dire après enquête et sur l'avis favorable du conseil d'État. V. art. 6 (1).

325 *bis.* La loi semble, comme on le voit, supposer que l'autorisation de domicile n'était pas, avant sa promulgation, exigée pour le stage politique. A cet égard, elle ne tient aucun compte de l'avis du conseil d'État du 20 prairial an XI, qui, comme nous l'avons déjà remarqué, n'a point été inséré au Bulletin des lois, et qu'on n'était pas dès lors tenu d'observer.

326. La deuxième partie de la loi, relative au séjour des étrangers en France, n'a pas, comme la première partie, trait à la jouissance des droits civils ou politiques ; c'est une loi de police et de sûreté, tendant à protéger le territoire contre les entreprises ou les complots des étrangers.

Quel que soit en effet le sentiment de fraternité qui doit lier entre eux tous les membres de la grande famille humaine, quel que soit, en particulier, le sentiment de générosité qui porte la France à la pratique de l'hospitalité, il faut bien admettre en principe que les étrangers n'ont pas le droit de

(1) « L'étranger qui aura fait, avant la promulgation de la présente loi, la déclaration prescrite par l'article 3 de la Constitution de l'an VIII, pourra, après une résidence de dix années, obtenir la naturalisation suivant la forme indiquée par l'article 1er. »

séjour sur le territoire, et que l'on peut sans violer le droit des gens le leur interdire. Ce pouvoir incontestable, la loi a pour objet de le régulariser.

Elle en confie, en général, l'exercice au ministre de l'intérieur, qui peut, *par mesure de police*, enjoindre à l'étranger la sortie immédiate du territoire, et même le faire conduire à la frontière.

La mesure est applicable à tout étranger, soit qu'il voyage seulement en France, soit qu'il y réside, et ce quand même il aurait obtenu l'autorisation de domicile. Mais dans ce dernier cas l'expulsion n'est que provisoire, et son effet cesse de plein droit après deux mois, si dans l'intervalle l'autorisation n'a pas été révoquée conformément à l'article 3.

La loi va plus loin encore, et dans les départements frontières, où le danger du séjour des étrangers peut être plus grand et plus imminent, elle accorde le pouvoir dont il s'agit au préfet, mais seulement à l'égard de l'étranger non résidant, et à la charge d'en référer immédiatement au ministre. Voy. art. 7 (1).

326 *bis*. Comme il s'agit ici d'une mesure de police, il me paraît évident que la création du ministère de la police a fait passer au ministre de ce département l'attribution faite par la loi au ministre de l'intérieur (v. D. du 22 janv. 1852).

327. L'expulsion n'a lieu, comme on l'a dit, que par mesure de police; mais la désobéissance, soit qu'elle consiste à se soustraire à l'exécution de la mesure, ou à rentrer ensuite sans permission, constitue un délit, de la compétence des tribunaux, et que la loi punit d'un emprisonnement d'un mois à six mois; sans préjudice, bien entendu, de la conduite à la

(1) « Le ministre de l'intérieur pourra, par mesure de police, enjoindre à tout étranger, voyageant ou résidant en France, de sortir immédiatement du territoire français, et le faire conduire à la frontière. — Il aura le même droit à l'égard de l'étranger qui aura obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France. Mais après un délai de deux mois la mesure cessera d'avoir effet si l'autorisation n'a pas été révoquée suivant la forme indiquée par l'article 3. — Dans les départements frontières, le préfet aura le même droit à l'égard de l'étranger non résidant, à la charge d'en référer immédiatement au ministre de l'intérieur. »

frontière après l'expiration de la peine. La loi, du reste, en établissant cette peine, a comblé une lacune en la rendant commune à l'étranger déclaré vagabond par jugement, qui, aux termes de l'article 272 du Code pénal, doit, par les ordres du gouvernement, être conduit hors du territoire. V. art. 8 (1).

328. La loi, du reste, en cette matière spéciale, pas plus qu'en matière ordinaire, n'a voulu priver le délinquant du bénéfice des circonstances atténuantes. Seulement il a fallu une disposition formelle pour rendre ici applicable l'article 463 du Code pénal, qui, pour les peines d'emprisonnement ou d'amende, comprend seulement dans ses termes les cas où ces peines sont prononcées par le Code. V. art. 9 (2).

APPENDICE

AU TITRE DU MARIAGE.

L. 10 *juillet* 1850.

329. Cette loi, relative à la publicité des contrats de mariage, et dont l'analyse complète devra trouver sa place dans l'explication du titre du contrat de mariage, se rattache pourtant, par les modifications qu'elle apporte aux articles 75 et 76 du Code civil, au titre *des Actes de l'état civil*, et devrait, sous ce rapport, rentrer dans la partie de ce titre que j'ai comprise sous la rubrique : *Des formalités relatives à la célébration du*

(1) « Tout étranger qui se serait soustrait à l'exécution des mesures énoncées dans l'article précédent, ou dans l'article 272 du Code pénal, ou qui, après être sorti de France, y serait rentré sans permission du gouvernement, sera traduit devant les tribunaux, et condamné à un emprisonnement d'un mois à six mois. — Après l'expiration de sa peine, il sera conduit à la frontière. »

(2) « Les peines prononcées par la présente loi pourront être réduites conformément à l'article 463 du Code pénal. »

mariage (1). C'est principalement sous ce point de vue que je l'envisage ici.

330. La loi a eu pour but d'offrir aux personnes qui traitent avec les époux la facilité de se procurer la connaissance de leurs conventions matrimoniales, et de vérifier ainsi leur capacité de contracter; elle tend surtout à rassurer les tiers contre le danger auquel les exposerait la production tardive d'un contrat de mariage, après qu'on leur aurait déclaré en contractant qu'il n'en avait pas été fait.

Le moyen simple que la loi adopte, c'est de faire mentionner dans l'acte de célébration du mariage, dont chacun peut toujours se procurer un extrait, l'existence ou l'inexistence du contrat.

331. A cet effet, l'officier de l'état civil, lors de la célébration du mariage, doit interpeller, non-seulement les futurs époux, mais aussi, lorsqu'elles sont présentes, les personnes qui autorisent le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été ou non fait un contrat de mariage, et dans le cas de l'affirmative, sa date ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire. Voy. § additionnel à l'art. 75 (2).

332. Cette interpellation et la réponse obtenue devront, comme de raison, être mentionnées dans l'acte de célébration. Et toutefois, comme le fait d'existence ou de non-existence du contrat est peut-être le seul sur lequel l'officier de l'état civil obtiendra une réponse précise, et que c'est, après tout, le plus important à constater, c'est *autant que possible* seulement que la mention doit comprendre la date du contrat et les nom et lieu de résidence du notaire.

A défaut de la mention, dont l'omission constituerait de la part de l'officier de l'état civil une faute non moins grave que

(1) V. tom. 1er, nos 227-243.

(2) (A intercaler entre ces deux phrases de l'article actuel.)

« (l'officier de l'état civil) interpellera les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de la résidence du notaire qui l'aura reçu. »

les autres contraventions aux règles de son ministère, la loi le déclare passible de l'amende fixée par la disposition générale de l'article 50.

Au reste l'omission de la mention, ou l'erreur commise dans la déclaration, pourrait être, comme en général les erreurs ou omissions commises dans les actes de l'état civil, l'objet d'une demande en rectification. Cette action, comme de raison, appartiendrait aux parties intéressées (v. art. 99). Mais la rectification ici ayant un grand intérêt au point de vue de l'ordre public, elle peut, par exception au droit commun, être demandée par le ministère public. V. § add. à l'art. 76 (1).

333. Nous verrons au siége de la matière comment la loi protége les tiers contre l'erreur dans laquelle les aurait induits une fausse déclaration de mariage sans contrat (§ add. à l'article 1391). Nous verrons aussi les obligations imposées au notaire rédacteur du contrat, pour assurer autant que possible l'observation par les parties et par l'officier de l'état civil des dispositions ci-dessus (§ add. à l'art. 1394).

(1) « 10° La déclaration faite sur l'interpellation prescrite par l'article précédent, qu'il a été ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, et autant que possible, la date du contrat, s'il existe, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu, le tout à peine, contre l'officier de l'état civil, de l'amende fixée par l'article 50. — Dans le cas où la déclaration aurait été omise ou serait erronée, la rectification de l'acte, en ce qui touche l'omission ou l'erreur, pourrait être demandée par le procureur de la république, sans préjudice du droit des parties intéressées, conformément à l'article 99. »

LIVRE II.

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.

---

334. Le législateur, dans ce livre, traite spécialement des *choses*, qui, considérées comme deuxième objet du droit, prennent le nom de *biens*. Il détermine d'abord les diverses espèces de biens, et règle ensuite la nature et l'étendue des droits qui peuvent compéter aux personnes sur ces biens.

TITRE PREMIER.

DE LA DISTINCTION DES BIENS.

335. Tout ce qui est susceptible de produire pour les personnes une utilité, un avantage exclusif, est compris sous le nom de *biens*. Là se rangent non-seulement les objets qui tombent sous les sens, comme un fonds de terre, un animal, un vêtement, mais aussi certains êtres de raison qui ne consistent que dans le droit, tels qu'un usufruit, une créance.

336. Le Code a envisagé les biens sous deux points de vue différents : 1° en eux-mêmes, d'après la nature qui leur est propre ou que la loi leur attribue (chap. I et II); 2° dans leur rapport avec ceux qui les possèdent (chap. III).

337. Les biens considérés en eux-mêmes sont meubles ou immeubles. Cette division est générale; les termes comme la pensée du législateur l'appliquent à *tous* les biens, par conséquent même aux incorporels. Voy. art. 516.

La distinction est d'une grande importance dans notre droit, qui contient une foule de dispositions différentes pour les meu

bles et pour les immeubles. La plupart de ces différences paraissent au surplus se rattacher à un principe commun : savoir, que la propriété des immeubles, plus stable, et, sous ce rapport, plus avantageuse que celle des meubles, doit être plus spécialement protégée.

337 *bis*. On a vu déjà l'application de cette idée en ce qui concerne l'aliénation des biens appartenant à des incapables, absents, mineurs ou interdits (conf. art. 126, 128; 452, 457–460, 464; 482, 484; *jung.* art. 509). C'est le même principe qui fait soumettre à des conditions et à une procédure différentes la saisie des meubles et celle des immeubles (conf. C. pr., art. 583-625 et 673-717; v. encore C. civ. art. 2204, 2206; C. pr. art. 556). Bien d'autres applications se présenteront dans la suite. Pour le présent, il suffit d'indiquer l'importance de la distinction quant à la composition de la communauté légale (art. 1401); quant à l'hypothèque (art. 2118); enfin, quant à la prescription (conf. art. 2265 et 2279).

Observons seulement que des sous-distinctions sont nécessaires entre les biens rangés dans chacune des deux classes principales, et qu'on doit surtout à cet égard tenir grand compte de la nature si différente des biens corporels et des biens incorporels.

CHAPITRE PREMIER.

DES IMMEUBLES.

338. La loi reconnaît trois classes d'immeubles. Voy. art. 517.

Il importe de ne pas confondre ces trois classes; car la diverse nature des biens qui les composent entraîne souvent pour chacune d'elles l'application de principes entièrement différents. La confusion est impossible entre les biens incorporels, qui forment la troisième classe, et les biens corporels, qui composent les deux autres. Mais elle serait facile entre certains

immeubles par leur nature, et les immeubles par destination, si la loi ne les avait pas soigneusement distingués.

339. Les immeubles par leur nature sont en général les biens qui ne peuvent se transporter d'un lieu à un autre ; ce qui s'applique naturellement au sol lui-même, bien plus, à la superficie qui tient au sol, lorsqu'elle n'est pas simplement destinée à y rester attachée, mais qu'elle n'en peut être détachée sans altération de substance (art. 518-521). On sent bien qu'alors la nature immobilière sera toujours la même, quelles que soient les circonstances qui accompagnent l'établissement de la superficie, tandis que le bien meuble par sa nature ne pourra jamais, comme nous le verrons par la suite, devenir immeuble par destination, si ce n'est pas le propriétaire qui l'a placé sur le sol.

339 *bis*. I. Une chose primitivement mobilière ne peut devenir immobilière que par accession. Ainsi les immeubles dits *par destination* ne sont effectivement tels que comme accessoires du fonds auquel ils sont attachés. Mais, à leur égard, le principe de l'accession n'est pas dans la nature des choses, comme lorsqu'il s'agit de la partie servant à composer le tout ; il est uniquement dans la volonté de la personne qui, en plaçant sur le fonds les objets mobiliers, a entendu les consacrer à l'usage perpétuel de ce fonds. Or, cette volonté, que diverses circonstances doivent faire présumer quand c'est le propriétaire du fonds qui opère le placement, ne doit, au contraire, jamais se supposer lorsque ce placement émane d'un tiers qui n'a aucun droit sur le fonds, ou qui, comme un fermier ou un usufruitier, n'a qu'un droit temporaire. Cela posé, il y a lieu de distinguer deux sortes d'immeubles par accession, les uns faisant réellement partie de la chose, participant ainsi à sa nature immobilière, et rangés dès lors avec raison dans la catégorie des immeubles par nature ; les autres constituant seuls la classe des immeubles par destination.

339 *bis*. II. L'accession par destination n'a pas seulement pour condition le fait du placement par le propriétaire du fonds, il faut encore que ce propriétaire ait eu le droit de disposer ainsi des objets qu'il entend consacrer à l'usage perpétuel de son fonds ; il faut donc

en général qu'il soit propriétaire de ces objets eux-mêmes, autrement ils continueraient d'appartenir à leur ancien maître, et conserveraient dans ses mains leur nature mobilière. Celui-ci donc pourrait, dans les limites tracées par la loi à la revendication des meubles (v. art. 2279), agir pour se les faire rendre. Il en serait autrement s'il y avait accession réelle par l'emploi des choses mobilières dans une construction. Alors, en effet, par quelque personne qu'eût été faite la construction, soit par le propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui, soit par le propriétaire des matériaux sur le sol d'autrui, soit par un tiers à qui n'appartenaient ni le sol ni les matériaux, l'édifice appartient au propriétaire du sol, s'il veut le conserver, et le propriétaire des matériaux ne peut obtenir qu'une indemnité (v. art. 554, 555).

340. Il n'y avait aucune difficulté à déclarer immeubles par leur nature les fonds de terre et les bâtiments. Voy. art. 518.

340 *bis*. I. Il n'y a d'incontestablement immeuble par sa nature que le sol. Mais cette nature se communique aux bâtiments par leur adhérence au sol, adhérence qui ne peut cesser sans que le bâtiment cesse d'exister comme tel; auquel cas les matériaux qui le composaient recouvreraient leur nature mobilière (v. art. 532). Au reste, tant qu'existe le bâtiment, sa nature immobilière s'applique à toutes ses parties, même à celles qui, comme une porte ou une fenêtre, seraient susceptibles d'être facilement enlevées, et qui pourraient l'être sans perdre leur forme. Cette circonstance, en effet, n'empêche pas que ces objets ne fassent partie intégrante de l'édifice, qui, sans eux, ne serait pas complet. Ils n'ont donc pas, à bien dire, d'existence propre; ce sont des accessoires nécessaires, qui prennent la nature du principal dans l'existence duquel ils se confondent. Et pour cela, il n'est pas même besoin de supposer, comme nous l'avons fait, une adhérence physique quelconque de l'objet mobilier à l'édifice qu'il complète. S'agirait-il d'une clôture mobile, comme certains volets de boutique qu'on enlève et remet chaque jour, ce ne serait pas une raison pour ne pas comprendre cette clôture comme accessoire dans la nature immobilière de l'édifice.

Quoi qu'il en soit, je n'entends parler ici que des accessoires *nécessaires*, c'est-à-dire de ceux qui *complètent* l'édifice. Quant aux simples ornements, tels que glaces, tableaux, nous verrons qu'ils

pourront bien aussi être considérés comme immeubles, mais comme immeubles par destination (v. ci-dessous n° 347).

340 *bis*. II. Le caractère immobilier que donne à la construction sa fixité sur le sol, caractère qui appartient plus évidemment encore à la propriété souterraine, ce caractère, dis-je, est indépendant du principe qui attribue en général au propriétaire du sol la propriété du dessus et du dessous. Ce principe, en effet, fait bien acquérir à ce propriétaire la superficie comme le souterrain; mais cela n'empêche pas que les deux propriétés ne puissent être plus tard séparées, soit par l'effet d'une aliénation volontaire, soit par l'effet de la prescription (v. art. 553); auquel cas la propriété souterraine ou superficiaire restera immobilière dans la main d'un tiers, comme elle le serait dans la main du propriétaire du sol. C'est ainsi qu'une mine dont la propriété après la concession est toujours distincte de celle de la surface (1) est avec raison déclarée immeuble par loi de la matière (l. du 21 avril 1810, art. 8). C'est ainsi encore qu'un moulin établi sur pilotis dans une rivière navigable ou flottable sera immeuble, aux termes de l'article 519, quoique le lit de la rivière ne puisse appartenir au particulier propriétaire de ce moulin (v. art. 538).

341. Des doutes auraient pu s'élever relativement aux moulins, qui, toujours suceptibles d'être enlevés et rétablis dans leur intégrité, auraient semblé dans beaucoup de cas, malgré leur adhérence au sol, n'y accéder que par destination. Mais la loi considérant ces moulins comme accédant *réellement* à l'immeuble principal quand ils sont fixes sur piliers, *et* (disons mieux) *ou* lorsqu'ils font partie du bâtiment, les déclare immeubles par nature. V. art. 519.

341 *bis*. I. Evidemment aucune autre condition ne peut être exigée pour ranger dans la classe des immeubles par leur nature les moulins qui font partie du bâtiment (v. ci-dessus, n° 340 *bis*. I). Ce n'est donc point comme devant se joindre à cette circonstance, c'est comme équivalente, qu'est énoncée celle de fixité sur piliers. Cela d'ailleurs est conforme à la règle de l'article 531, qui ne considère les usines en général comme meubles que sous la double

(1) V. L. 21 avril 1810 (IV, B. 285, n° 5101), art. 18 et 19.

condition de n'être pas fixées sur des piliers et de ne point faire partie de la maison. Au reste, le moulin est fixe sur pilier aussi bien quand il repose sur un socle en maçonnerie que lorsqu'il est bâti sur pilotis.

341 *bis*. II. Pothier, en s'attachant uniquement à la destination intentionnelle, ne considérait les moulins à vent comme immeubles qu'autant qu'ils étaient placés sur le fonds par le propriétaire (1). Cette doctrine évidemment ne peut plus s'appliquer à ceux que la loi déclare ici immeubles par leur nature. Nous verrons sur l'article 524 si elle pourrait encore être admise à l'égard des moulins non fixes sur piliers, déclarés meubles par l'article 531 (2).

342. C'est pareillement parmi les immeubles par leur nature qu'il faut ranger les récoltes, les fruits, les bois, tant qu'ils tiennent au sol qui les alimente. Une fois détachés, leur substance est changée, et ils deviennent meubles. Mais ce changement, qui suit toujours immédiatement la séparation, ne la précède jamais. Cette règle s'applique même aux coupes *ordinaires* des bois taillis, ou de futaies mises en coupe réglée. V. art. 520, 521.

343. Remarquez cependant que l'on considère avec raison comme mobilière la saisie des fruits pendants par branche ou par racines (v. C. pr., art. 626-635), et que par le même ordre d'idées on tient généralement pour mobilier le droit d'un acheteur de fruits ou bois sur pied.

343 *bis*. I. On a jugé, en conséquence, 1° que la disposition de l'article 1622, qui borne à un an le droit d'agir en supplément ou diminution de prix pour excédant ou défaut dans la contenance d'un immeuble vendu, n'est pas applicable à la vente d'une coupe de bois (C. C., rej., 25 février 1812 (3); *idem*, 19 octobre 1815) (4);

2° Que l'action de l'acheteur d'une coupe de bois contre son vendeur doit être portée, comme mobilière, au tribunal du domicile du défendeur (C. C., cass., 5 octobre 1813) (5);

(1) V. Pothier, *Communauté*, n° 37.
(2) V. ci-dessous, n° 346 *bis*. VII.
(3) J. P., tom. 35, pag. 369.
(4) *Ibid.*, tom. 44, pag. 64.
(5) *Ibid.*, tom. 38, pag. 165.

3° Qu'entre deux acheteurs successifs d'une coupe de bois, l'article 1141, qui préfère le premier mis en possession de bonne foi, doit être appliqué (C. C., rej., 21 juin 1821) (1).

Pour concilier cette doctrine avec les termes des articles 520 et 521 et avec la théorie de la loi, qui n'admet pas de meubles par destination comme elle admet des immeubles par destination (v. art. 517 et 527), il faut dire que la vente des récoltes ou bois sur pied n'a pas pour objet, ni par conséquent pour effet, la translation immédiate de la propriété des plantes ou arbres, mais qu'elle confère seulement le droit de se les approprier en les coupant.

Cela posé, il faut dire que les arbres ou plantes, en tant qu'ils tiennent au sol et en font partie intégrante, n'ont pas été aliénés, et qu'à leur état de superficie ils continuent d'appartenir au propriétaire du sol.

343 *bis.* II. De là je conclurais que les arbres vendus sur pied demeurent, jusqu'à la coupe, affectés à l'hypothèque qui grève le fonds, et que jusque-là ils peuvent, nonobstant la vente antérieure, être compris dans la saisie immobilière pratiquée par les créanciers hypothécaires du vendeur (2). Mais je bornerais cette proposition aux coupes *extraordinaires* de bois.

A l'égard des récoltes et des coupes ordinaires, il en serait autrement, parce que ce sont des fruits. Or, l'hypothèque du fonds n'enlève point en général au débiteur la perception des fruits, ni par conséquent la faculté de transférer à autrui le droit qu'il pourrait exercer lui-même.

343 *bis.* III. Toutefois, il vient un moment où les fruits du fonds hypothéqué se capitalisent, et où leur prix se distribue, comme celui de l'immeuble même, par ordre d'hypothèque : c'est lorsque l'immeuble est saisi et que la saisie a été transcrite (C. de pr., art. 682). Il est évident qu'à partir de ce moment le saisi ne pourrait aucunement disposer des fruits au préjudice de l'hypothèque de ses créanciers. Bien plus, dès avant cette époque, la vente qu'il ferait pourrait être arguée de fraude, et je crois qu'elle serait facilement annulée pour cette cause si elle était postérieure au commandement qui précède la saisie (arg. de l'article 684, C. pr.).

(1) J. P., tom. 60, pag. 241.
(2) V. dans ce sens C. C., rej., 10 juin 1841 (J. P., 1841-2, pag. 97).

343 *bis*. IV. Mais, sauf le cas de cette annulation, qui, du reste, ne pourrait atteindre l'acheteur qu'autant qu'il serait complice de la fraude, les créanciers, même hypothécaires, devraient respecter les effets de la vente faite avant la transcription de la saisie, comme ils respecteraient ceux d'un bail, avec lequel cette vente présente une grande analogie. Ainsi, lors même que la coupe ne serait pas effectuée avant la transcription de la saisie, le droit de la faire ne devrait pas plus être refusé à l'acheteur qu'il ne le serait à un fermier. Mais de même qu'en cas de bail le droit des créanciers se reporte sur les loyers ou fermages (v. C. pr., art. 685), de même ici je le reporterais sur le prix de la vente, s'il est encore dû.

343 *bis*. V. De ce que la vente de bois ou de récoltes sur pied ne confère qu'un droit mobilier, il paraît naturel d'en conclure que cette vente est mobilière, et que le droit d'y procéder aux enchères appartiendrait, dans le silence de la loi, aux officiers publics préposés à la vente des effets mobiliers. C'est en effet ce qu'avait d'abord jugé la cour de cassation (1). Mais depuis elle avait abandonné cette jurisprudence, et considérant ces ventes, sinon comme immobilières à tous égards, du moins comme sortant de la catégorie des ventes ordinaires de meubles, parce que la chose vendue n'a pas ce caractère au moment où se passe la vente, elle se prononça constamment pour la compétence exclusive des notaires (2). Ce conflit d'attributions entre les divers officiers publics a été enfin tranché par la loi du 5 juin 1851 (3), qui établit la concurrence entre les notaires et les commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de justice de paix, mais seulement pour les ventes de fruits et récoltes et pour celles de bois taillis. Quant aux futaies, mises ou non en coupe réglée, et aux autres objets adhérents au sol et vendus pour en être détachés, la loi, en n'établissant pas la règle de concurrence, réserve par là même la compétence exclusive des notaires, spécialement institués pour conférer aux actes l'authenticité. L'importance de ces sortes de ventes justifie parfaitement cette décision ; mais il n'en reste pas moins vrai que ces ventes, sous tous autres rapports, sont mobilières aussi bien que celles des récoltes, puisque les unes

(1) V. C. C., cass., 8 mars 1820 (J. P., tom. 57, pag. 332).

(2) V. C. C., rej., ch. réunies, 1er juin 1822, et une foule d'arrêts postérieurs dans le même sens, notamment Cass., 11 mai 1837; (P., 1837-I, p. 417) Cass., 30 mai 1842 (*ib.*, 1842-II, p. 20).

(3) X, B. 399, nº 2982.

comme les autres ne confèrent à l'acheteur qu'un droit mobilier.

344. Les immeubles par destination sont des objets mobiliers qui, sans tenir réellement au fonds, sont destinés à y rester perpétuellement attachés pour son service, son exploitation, son utilité ou son ornement. Mais comme une libéralité ne se présume pas, un meuble n'est réputé attaché au fonds à perpétuelle demeure qu'autant qu'il y est placé par celui qui avait droit de jouir du fonds à perpétuité, c'est-à-dire par le propriétaire. Quant à la volonté de celui-ci, elle peut être expresse, ou s'induire des circonstances (art. 522, 524, 525).

La volonté est expresse, et l'application de la règle est évidente, à l'égard des animaux que le propriétaire livre pour la culture à son fermier ou métayer, sans lui en transporter la propriété; à ce sujet on remarque en passant que l'estimation qui en serait faite n'aurait pas pour effet d'opérer cette translation. La règle, au contraire, est manifestement sans application à l'égard des animaux donnés à cheptel à tout autre qu'au fermier ou métayer. V. art. 522.

345. La volonté est présumée par la loi à l'égard de tous les objets que le propriétaire a placés pour le service ou l'exploitation du fonds (art. 524, al. 1).

Ce point de vue suffirait certainement pour attribuer au moins le caractère d'immeubles par destination aux tuyaux servant à la conduite des eaux; mais la loi dit quelque chose de plus, et semble les ranger dans la classe des immeubles par leur nature, en déclarant *qu'ils font partie du fonds auquel ils sont àttachés*. V. art. 523.

345 *bis*. La loi parle seulement des tuyaux qui servent à la conduite des eaux *dans* l'héritage. Littéralement donc cela pourrait ne s'appliquer qu'aux tuyaux qui *amènent* les eaux, mais je ne vois aucune raison pour en dire autrement de ceux qui seraient au contraire destinés à les faire écouler hors de l'héritage. Je ne crois pas non plus qu'il y ait à distinguer entre les tuyaux souterrains et les tuyaux extérieurs. Ainsi la règle s'appliquerait aux gouttières

des maisons et aux tuyaux de descente, soit qu'ils servent à recueillir les eaux dans une citerne ou réservoir, ou à les rejeter sur la voie publique.

346. Par application des principes ci-dessus, la loi considère avec raison comme immeubles par destination les animaux, ustensiles et provisions formant la garniture d'un domaine rural ou d'un établissement d'industrie. Voyez-en l'énumération dans l'article 524, qui pose au surplus la règle générale.

346 *bis*. I. Tous les objets énumérés dans l'article 524 ont pour caractère commun leur destination au service et à l'exploitation du fonds. Ce caractère suffit, indépendamment de toute autre circonstance, pour que leur placement, quand il émane du propriétaire, soit réputé fait à perpétuité (art. 524, al. 1). Cette intention peut exister également pour d'autres objets à qui ce caractère manque, et qui n'en deviendraient pas moins immeubles par destination; mais pour cela il faudra quelque signe propre à manifester l'intention (art. 524, al. dernier, 525).

Quant à la destination au service et à l'exploitation, ce n'est là encore en réalité qu'une question d'intention. Mais pour juger de cette intention, il n'y aura pas lieu de s'attacher aux circonstances indiquées dans l'article 525; ce qu'il faudra surtout considérer, c'est si les besoins du fonds réclament plus ou moins impérieusement l'emploi des objets à son service ou à son exploitation.

Il importe, au surplus, d'observer que le principe posé par l'article 524, al. 1^er^, est général, et que son application ne doit pas se borner aux objets énumérés, qui sont cités seulement par forme d'exemple.

346 *bis*. II. L'affectation aux besoins du fonds pour sa culture ou son engrais ne saurait être douteuse quand les animaux sont livrés par le propriétaire au fermier ou métayer (v. art. 522). Mais cette affectation peut exister également lorsque les animaux sont placés sur le domaine par le propriétaire exploitant par lui-même. Ainsi, dans l'un comme dans l'autre cas, on considérera comme immeubles par destination les animaux attachés à la culture. Mais dans le dernier cas, on ne regardera pas nécessairement comme tels tous les animaux que le propriétaire possède sur le domaine, ceux, par exemple, qui seraient pour lui l'objet d'un commerce, ou qu'il

emploierait pour son service personnel ; ceux-là en effet conserveraient évidemment leur nature mobilière.

Du reste, la même raison qui fait considérer comme accessoires du fonds rural les animaux attachés à la culture devrait faire considérer également comme accessoires d'un établissement industriel les animaux servant à son exploitation ; nous verrons plus bas l'application qui est faite par la loi de la matière aux chevaux servant à l'exploitation des mines (v. ci-dessous, n° VIII).

346 *bis.* III. Ce que dit la loi des ustensiles *aratoires* ne doit point se borner aux instruments de labourage ; l'expression comprend réellement tout ce qui sert à la culture, et la pensée du législateur doit embrasser également ce qui sert à effectuer la récolte. Je n'hésite pas non plus à considérer comme immeubles, au même titre que les ustensiles aratoires, les échalas nécessaires à l'exploitation d'un vignoble. A ce point de vue, il n'y aura pas même lieu de distinguer s'ils ont ou non déjà été plantés en terre ; il suffit qu'ils aient été apportés sur le fonds avec cette destination.

346 *bis.* IV. Les semences sont au moins aussi nécessaires à l'exploitation du fonds que les ustensiles servant à le cultiver. Cette nécessité existe aussi bien lorsque le propriétaire fait valoir par lui-même que quand il loue à un fermier ou à un colon partiaire. J'en conclus que les grains annuellement réservés à cet effet par la volonté du propriétaire peuvent dans tous les cas être considérés comme immeubles. Mais le fait de leur destination à cet usage, toujours évident quand les semences sont données par le propriétaire au fermier ou colon partiaire, ne l'est pas également quand c'est lui qui fait valoir, car rien alors n'indique précisément si tout ou partie des grains que renferme le grenier sont ou non réservés pour la semence. Aussi, dans ce dernier cas, la loi ne fait-elle pas elle-même l'application de son principe ; ce qui, du reste, n'enlèverait pas aux juges la faculté de l'appliquer suivant les circonstances.

Au surplus, je n'hésite pas à mettre sur la même ligne que les semences les oignons de plantes ou de légumes qu'on enlève tous les ans pour les replanter en saison.

346 *bis.* V. C'est un caractère commun à tous les animaux sauvages demeurés *in laxitate naturali*, de n'être point considérés en eux-mêmes comme *biens*, et de n'être possédés que comme accessoires, meubles ou immeubles, suivant que le principal appartient

à l'une ou à l'autre classe de biens. La loi fait l'application de cette règle aux pigeons, aux lapins, aux poissons; elle la fait aussi virtuellement aux abeilles, quand elle déclare les ruches immeubles. Nous remarquons, à cet égard, que les abeilles accèdent à la ruche comme les pigeons au colombier, les lapins à la garenne. Mais, à la différence du colombier et de la garenne, la ruche est mobilière de sa nature. Aussi Pothier, sous l'empire des anciens principes, qui n'avaient pas consacré aussi nettement que notre Code la règle de l'immobilisation purement intentionnelle, refusait-il aux abeilles le caractère immobilier, parce qu'il le refusait à la ruche (1). Le Code a tranché la difficulté en déclarant la ruche immeuble par destination.

346 *bis*. VI. De ce qui précède il ne faut pourtant pas conclure que les pigeons, lapins ou poissons soient censés absolument faire partie du colombier, de la garenne ou de l'étang. Car l'accession qui les y rattache n'est toujours que l'effet de la destination intentionnelle, destination qui manquerait s'ils étaient placés sur le fonds par un autre que le propriétaire. Concluons qu'un fermier ou un usufruitier qui les aurait placés ou amenés aurait le droit de les détruire ou de les enlever à l'expiration de sa jouissance. Quant aux abeilles, évidemment il n'y a pas de question, puisque la ruche elle-même n'est immeuble que par destination.

A cet égard, nous devons observer que la condition de placement sur le fonds par le propriétaire pour constituer l'immobilisation par destination est exprimée trois fois dans l'article 524. En présence donc d'une pensée, si raisonnable d'ailleurs, et si formellement manifestée, il nous paraîtrait téméraire d'affranchir de cette condition aucun des objets compris par la loi dans son énumération. Voilà pourquoi je refuse le caractère d'immeubles aux pigeons, lapins et poissons placés dans le fonds par le fermier ou par l'usufruitier. A cette doctrine on oppose l'article 564, qui fait acquérir par accession les pigeons, lapins et poissons qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, quoique évidemment dans ce cas ils n'y aient pas été placés par le propriétaire de ces objets. Je conviens, en effet, que ma doctrine ne s'appliquerait pas à ce cas, et que les animaux nouveaux venus seraient alors immeubles comme

(1) Pothier, *Communauté*, n° 42.

la chose principale dont ils deviennent l'accessoire. Mais c'est là, selon moi, une disposition particulière, qui tient à ce que ces animaux ayant cessé d'appartenir à leur ancien maître quand ils ont perdu leur habitude sur son fonds, il n'y a aucune raison pour ne pas les faire accéder purement et simplement au nouveau fonds sur lequel ils s'habituent (v. ci-dessous n° 399 *bis*. III). Du reste, cette règle spéciale n'empêche pas que dans tout autre cas on ne doive s'en tenir au principe proclamé par notre article 524.

346 *bis*. VII. Au nombre des objets destinés au service et à l'exploitation la loi range avec raison les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes qui servent à convertir en vin, cidre, eau-de-vie, les produits du fonds. A cet égard, le principe posé par notre article dispense d'examiner, comme autrefois, si ces objets sont ou non susceptibles d'être facilement transportés sans être démontés.

En appliquant ce principe, on peut soutenir qu'un moulin non fixé sur pilier, malgré sa nature mobilière (v. art. 531), devrait, suivant les circonstances, être considéré comme immeuble par destination. Et je crois en effet qu'on pourrait le juger ainsi sans violer la loi. Et toutefois la loi ayant établi dans les articles 519 et 531 une règle précise pour déterminer le caractère mobilier ou immobilier des moulins, je crois que le propriétaire qui, devant connaître cette règle, se sera abstenu de fixer sur pilier le moulin par lui placé sur le fonds, ne sera pas, en général, censé avoir voulu l'y établir à perpétuelle demeure.

346 *bis*. VIII. Il en est, évidemment, des ustensiles servant à l'exploitation des établissements industriels comme des ustensiles aratoires pour le fonds rural. Cette règle, proclamée ici quant aux forges, papeteries et autres usines, est spécialement appliquée par la loi de la matière aux agrès, outils et ustensiles servant à l'exploitation des mines. Il en est de même des chevaux, mais de ceux seulement qui sont exclusivement attachés aux travaux intérieurs (L. 21 avril 1810 (1), art. 8, al. 3 et 4).

Quant à la mine elle-même, elle est certainement immeuble (D. L., art. 8, al. 1), mais immeuble par sa nature, comme tout autre souterrain.

(1) IV, B. 285, n° 5101.

La loi déclare aussi immeubles les bâtiments, machines, puits, galeries et autres travaux établis à demeure ; mais, comme à cet égard elle se réfère expressément à l'article 524, elle semble ne voir là que des immeubles par destination (D. L., art. 8, al. 2). Toutefois je ne crois pas que cette induction puisse prévaloir sur les principes généraux qui rangent dans la classe des immeubles par leur nature tout ou partie des objets compris dans l'énumération, notamment les bâtiments (art. 518) et aussi les puits et galeries, qui sont une partie intégrante du sol. C'est uniquement pour étendre la règle d'immobilisation et la rendre applicable aux machines et aux travaux quelconques, qui, sans constituer un bâtiment ou une partie intégrante du sol, seraient cependant *établis à demeure*, qu'on s'en réfère à l'article 524. C'est en effet le principe proclamé par cet article qui est alors la seule base de l'immobilisation.

346 *bis*. IX. Les pailles et engrais sont avec raison considérés comme nécessaires à l'exploitation du fonds, car ils sont essentiels pour en assurer la production. Mais bien entendu qu'il ne s'agit là que d'un fonds rural et des pailles et engrais seulement, qui sont en effet destinés à être employés sur le fonds; *secùs* pour ceux qui seraient destinés à être vendus. A cet égard la question de fait se jugera par les habitudes du propriétaire et les besoins du fonds. Mais l'abondance d'engrais étant un élément essentiel de bonne culture, la destination d'emploi sur le fonds devra facilement se présumer.

347. La règle générale qui constitue l'immobilisation par destination, c'est le placement à perpétuelle demeure (art. 524, al. dernier). Cette règle, qui comprend d'abord tous les objets attachés au service ou à l'exploitation du fonds, s'applique à bien d'autres objets. Mais il faut alors quelque signe matériel propre à faire supposer l'intention du propriétaire. A cet égard la loi établit diverses présomptions, tirées surtout de la difficulté d'enlever. Cette difficulté se jugera, soit par la solidité du scellement, soit par les fractures ou détériorations qu'entraînerait l'enlèvement, soit enfin par le vide que laisseraient les objets enlevés, eu égard à la disposition des lieux. Ce dernier point de vue sert à expliquer les distinctions faites par la loi

relativement aux glaces, tableaux ou autres ornements du même genre, et relativement aux statues. V. art. 525.

347 *bis*. I. Pour bien comprendre l'application de l'article 525, il importe de se fixer précisément sur son objet. Remarquons donc qu'il ne s'agit ici ni des objets mobiliers devenus partie intégrante d'un bâtiment, ni de ceux qui sont attachés au service ou à l'exploitation d'un fonds rural ou industriel. Les premiers sont immeubles par leur nature (v. ci-dessus n^os^ 339 *bis*. I., 340 *bis*. I); les autres sont immeubles par destination; mais ce caractère pour eux est indépendant des circonstances énoncées en l'article 525 (v. ci-dessus n° 346 *bis*. I). Ainsi les effets mobiliers, pour lesquels l'intention d'attache à perpétuelle demeure se juge par le scellement ou par les autres circonstances ici énoncées, sont uniquement ceux qui, sans s'identifier complétement avec le fonds, et sans être consacrés à son service ou à son exploitation, servent seulement à son ornement ou embellissement.

347 *bis*. II. La distinction établie entre l'ornementation et le service ou exploitation m'empêcherait de ranger en général au nombre des immeubles par destination les plantes de serre ou d'orangerie placées par le propriétaire dans un fonds d'agrément. Que leur nature soit mobilière comme celle des caisses qui les renferment, cela n'est pas douteux. Il n'est pas possible non plus de les déclarer immeubles par application du principe posé dans la première partie de l'article 524, car il ne s'agit là que du service des fonds ruraux ou industriels. Il reste seulement à savoir si ces plantes ou arbustes ne pourraient pas être réputés placés à perpétuelle demeure, à l'aide de quelqu'une des circonstances énoncées dans l'article 525 ou de quelques circonstances équivalentes : or, c'est ce que l'on pourrait prétendre quand il existera sur le fonds une serre ou une orangerie ayant pour destination spéciale de les recevoir; mais la valeur intrinsèque de ces objets et le prix qu'ils ont pour les amateurs ne me paraissent pas permettre de les considérer comme accessoires de la serre ou de l'orangerie, ni par conséquent de supposer en général au propriétaire l'intention de les laisser sur le fonds s'il venait à la quitter. Je crois donc que ces objets conserveront purement et simplement leur nature mobilière.

347 *bis*. III. J'en dis autant des statues placées dans les jardins

sur un piédestal en maçonnerie ; car, tout en reconnaissant que le piédestal ainsi construit est un *bâtiment* et par conséquent un immeuble, je ne puis me déterminer ni à considérer la statue comme accessoire du piédestal ni à voir dans une disposition des lieux, si facile à changer par la destruction du piédestal, une manifestation suffisante de la volonté qu'aurait le propriétaire de placer la statue à perpétuelle demeure.

347 *bis*. IV. Du reste, les signes indiqués par l'article 525 ne sont pas absolument les seuls qui puissent servir à reconnaître la volonté de placement à perpétuelle demeure, et les tribunaux peuvent toujours, si cette intention leur paraît suffisamment démontrée, fonder, sur le principe général proclamé par la disposition finale de l'art. 524, une déclaration d'immobilisation par destination. C'est ainsi qu'aujourd'hui, où l'usage des parquets de glace faisant corps avec la boiserie est à peu près abandonné, on juge fréquemment que des glaces placées par le propriétaire dans des appartements destinés à être loués sont censées immeubles par destination, lorsque leur dimension et la place qu'elles occupent sont, avec l'ornementation générale des lieux, dans une harmonie qui serait rompue par leur enlèvement (1).

348. Remarquez, au surplus, que les immeubles de cette classe reprennent leur nature mobilière dès qu'ils sont détachés du fonds, et que, s'ils avaient été hypothéqués avec ce fonds, ils ne pourraient être suivis entre les mains des tiers (art. 2119). Cela, du reste, est sans difficulté pour les immeubles par simple destination, puisque cela s'appliquerait même aux choses qui, ayant fait partie intégrante d'un édifice et participé ainsi à son caractère d'immeuble par nature, viendraient ensuite à en être détachées.

349. La troisième classe d'immeubles se compose de biens incorporels qui, de leur nature, ne peuvent être ni meubles ni immeubles ; ce sont des droits qui reposent sur des immeubles ou qui doivent en produire à celui auquel ils compètent. V. art. 526.

(1) V. C. C., rej., 8 mai 1850 (P., 1850-II, p. 198).

350. A ce sujet nous remarquerons, 1° que parmi les droits qui reposent sur un immeuble, les seuls qui participent à sa nature sont ceux qui sont démembrés de la propriété; ce qui comprend l'usufruit et les servitudes, mais ne s'applique pas à l'hypothèque; 2° qu'on ne doit pas même considérer comme reposant sur un immeuble le droit du fermier et du locataire.

350 *bis*. I. L'usufruit, les servitudes, l'hypothèque ont pour caractère commun d'être des droits réels, c'est-à-dire des droits qui ne consistent pas dans l'engagement ou obligation d'une personne envers une autre, mais qui affectent directement la chose sur laquelle ils sont établis et la suivent en quelque main qu'elle passe; mais, tandis que les droits d'usufruit ou de servitude comprennent une partie des avantages renfermés dans la propriété, l'avantage de l'hypothèque se borne à procurer au créancier le payement par préférence sur le prix du bien vendu à cet effet. A ce point de vue, on peut dire que l'hypothèque n'est pas un démembrement de la propriété, parce qu'elle laisse entière la jouissance du propriétaire. Toutefois on ne peut nier que l'hypothèque ne soit une entrave au droit de libre disposition, qui appartient en général au propriétaire, et qu'elle ne détruise sous ce rapport l'intégrité de la propriété. Dans ce sens, il est donc permis de dire avec quelques-uns qu'elle en est aussi un démembrement.

350 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, le droit d'hypothéquer ne peut exister qu'accessoirement à une créance dont il tend à assurer le payement. Sous ce rapport, l'hypothèque n'a point une existence propre qui permette de la ranger dans une des deux classes de biens. C'est la créance elle-même qui forme le bien, meuble ou immeuble, suivant son objet, c'est-à-dire suivant que la chose due est mobilière ou immobilière, et cela sans distinguer si la créance est ou non garantie par une hypothèque.

La même observation s'appliquerait aux droits de gage et d'antichrèse, qui attentent plus que l'hypothèque au droit du propriétaire, puisqu'ils attribuent au créancier nanti la possession ou même la jouissance de la chose. Mais ce ne sont là encore que des moyens d'arriver au payement, par conséquent des accessoires de la créance, dont le caractère mobilier ou immobilier ne se détermine toujours que par son objet.

350 *bis*. III. Ce que dit la loi de l'usufruit s'appliquerait sans difficulté à l'usage et à l'habitation, qui ne sont, à bien dire, qu'un usufruit restreint. Cela s'applique *à fortiori* à l'emphytéose, si, comme je le pense et comme je l'établirai plus bas, on peut encore aujourd'hui admettre l'existence d'un droit réel d'emphytéose. Il en faudrait dire autant du droit du fermier ou locataire, si l'on admettait avec quelques-uns que le bail confère un droit réel de jouissance. Mais si l'on s'attache, au contraire, aux anciens principes consacrés par la loi dans la définition qu'elle donne du louage (art. 1709), on reconnaîtra qu'il ne naît du bail qu'une obligation de procurer le fait de jouissance, obligation qui laisse entiers dans la personne du bailleur et le droit de jouir, et l'exercice de ce droit par la perception du loyer; d'où il suit que le droit du fermier ou locataire consiste uniquement dans une créance qui, ayant pour objet un fait, ne peut être que mobilière (v. ci-dessous n° 356 *bis*. I).

350 *bis*. IV. Le plus important de tous les droits réels, c'est, sans contredit, la propriété. Si donc la propriété pouvait être considérée comme un bien distinct de la chose qui en fait l'objet, on devrait appliquer en première ligne à ce droit suprême la théorie admise pour l'usufruit et les servitudes. Mais précisément parce que la propriété est le plein pouvoir sur la chose, c'est la chose elle-même qui, de tout temps, a été considérée comme formant le *bien* du propriétaire; et comme cette chose se classe par sa nature parmi les meubles ou parmi les immeubles, il n'y a pas eu besoin de recourir à la fiction pour comprendre dans l'une ou dans l'autre catégorie le droit du propriétaire.

351. A l'égard des droits qui doivent produire des immeubles, nous remarquerons encore que la loi parle seulement des *actions tendant à revendiquer*, ce qui exclurait les actions personnelles, et les créances ou obligations qui donnent naissance à ces actions. Il n'est cependant pas douteux que tout droit qui tend à obtenir soit la propriété d'un immeuble, soit un démembrement de cette propriété, est également immobilier, sans distinguer si ce droit est ou non mis en action par une demande en justice. Cette proposition, au surplus, se démontre

par argument *à contrario* de l'article 529, combiné avec l'article 516.

351 *bis*. I. Il importe d'abord de se fixer sur le sens du mot *action* pris dans l'acception qui lui est donnée par notre article et par la première partie de l'article 529.

On définit ordinairement l'action, *le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû*. Cette définition, calquée sur celle de Justinien (*pp.* inst. *De act.*), qui l'avait lui-même empruntée à un ancien jurisconsulte, était très-juste dans l'ancien droit romain, lorsqu'il fallait obtenir du magistrat la faculté de poursuivre devant le juge, *in judicio*. L'action alors était en effet un droit nouveau créé par le magistrat qui la donnait; mais aujourd'hui que l'on peut, sans permission préalable, poursuivre son adversaire devant les tribunaux, l'action serait mieux définie, *la réclamation en justice d'un droit prétendu*. S'il en est ainsi, l'action ne forme pas réellement un droit distinct de celui qui la produit, ni par conséquent un bien à part. Ce qui est dans les biens, avant ou après l'action intentée, c'est la chose corporelle ou incorporelle qui fait ou peut faire l'objet de la réclamation. Quant à l'action, ce n'est qu'un moyen de faire reconnaître son droit et d'en assurer l'exécution.

Toutefois je ne crois pas inexact de dire, malgré la critique dont cette assertion a été l'objet (1), que la réclamation une fois formée constitue à certains égards un droit nouveau, celui d'obtenir la décision judiciaire : maintenant, quoique ce nouveau droit soit plutôt l'effet de l'action que l'action elle-même, ne peut-on pas, par une forme de langage assez usitée, qui consiste à prendre l'un pour l'autre la cause et l'effet, désigner ce droit nouveau sous le nom d'action ?

Du reste, cette théorie, qui peut servir à expliquer quelques articles de la loi où l'action est présentée comme distincte du droit qui en fait l'objet (v. art. 529, 1689), n'a pas en cette matière de véritable importance, car l'action, soit qu'on la confonde avec le droit qu'elle tend à faire valoir, soit qu'on la considère comme formant en elle-même un bien, sera toujours meuble ou immeuble, suivant la nature de la chose ou du droit réclamé. Ajoutons qu'elle

(1) V. M. Marcadé, tom. 2, art. 526, VII. V. aussi M. Demolombe, tom. 9, n° 340.

ne sera toujours un bien véritable qu'autant qu'elle sera reconnue fondée.

351 *bis*. II. A un autre point de vue, la nature du droit réclamé sert à déterminer celle de l'action. Elle est réelle lorsque le demandeur prétend qu'il est propriétaire (ce qui est proprement revendiquer), ou quand il prétend avoir sur la chose d'autrui un droit réel: elle est personnelle lorsqu'il prétend que son adversaire est obligé envers lui. Cette distinction, qui sert de base pour le règlement de la compétence (C. pr., art. 59), n'a rien de commun, en principe, avec celle qui sert à classer les actions parmi les meubles ou parmi les immeubles. Car une action réelle pourrait avoir pour objet un meuble dans les cas, plus ou moins rares, où le possesseur d'un objet mobilier ne serait pas protégé par la maxime *en fait de meubles possession vaut titre* (v. art. 2279); et l'action alors serait certainement mobilière (art. 529). Maintenant est-il possible également qu'une action purement personnelle soit immobilière? C'est ce qu'on ne peut guère nier en présence de l'article 529, qui, en déclarant meubles par la détermination de la loi les obligations qui ont pour objet des effets mobiliers, exclut par là même de cette classe celles qui auraient pour objet des immeubles. Or, à moins de prétendre qu'une obligation ne peut avoir pour objet un immeuble, il faudra bien qu'on admette que les obligations de ce genre, et par conséquent les actions personnelles qui en naissent sont immobilières, puisque ce sont des biens qui ne sont pas meubles, et que tous les biens sont meubles ou immeubles. Cela posé, pourquoi l'article 526, au lieu d'énoncer, comme l'exactitude semblait le demander, les obligations et actions qui ont pour objet un immeuble, n'a-t-il parlé que des actions *qui tendent à revendiquer*? Je crains de n'en pouvoir donner une explication pleinement satisfaisante, car, pour mon compte, je regrette l'emploi de cette expression; mais tout ce qui importe c'est qu'il n'y ait point d'obscurité dans la pensée du législateur. Or cette pensée, si je la saisis bien, n'est pas d'appliquer la proposition à la revendication seule, mais à toutes les actions qui tendent à la propriété. Par là sans doute on a voulu exclure les actions qui, à certains égards, s'appliquent à un immeuble, mais qui n'ont pour objet ni cet immeuble même, c'est-à-dire sa propriété, ni un droit réel sur cet immeuble. Je citerai pour exemple l'action du fermier, ou locataire; peut-être

encore a-t-on voulu exclure l'action de l'antichrésiste ou l'action hypothécaire, qui, bien que fondées sur un droit réel, et s'appliquant ainsi directement à l'immeuble, ne peuvent cependant être rangées dans la classe des immeubles, à cause du caractère purement accessoire du droit qui leur sert de base (1).

351 *bis*. III. Quoi qu'il en soit, on peut considérer comme tendant effectivement à *revendiquer* l'immeuble toute action même personnelle lorsque le titre qui la fonde est de nature à constituer à la fois et l'obligation et la propriété. L'application n'est pas rare dans notre droit, où la propriété peut s'acquérir par le seul effet de l'obligation (v. art. 711, 1138). Dans cette catégorie se rangeraient, par exemple, et l'action de l'acheteur en délivrance de la chose vendue, et les diverses actions en rescision ou résolution d'un titre translatif de propriété, *puta* l'action en réméré, et, comme je l'établirai plus bas, l'action en rescision pour vilité du prix. Mais ce point de vue même ne suffit pas pour justifier complétement la formule de notre article 526. Car il y a certainement des obligations qui, bien qu'elles aient pour but la translation de propriété, n'en sont pas elles-mêmes translatives, faute de détermination précise de la chose due : ce sont celles qui ont pour objet un genre, une quantité, ou plusieurs choses dues sous l'alternative. Évidemment pour ces obligations, on ne *peut admettre* que l'action personnelle qui en naît contienne virtuellement une revendication, puisque le demandeur ne peut se dire encore propriétaire; et pourtant il faut bien reconnaître que ces obligations et actions, lorsqu'elles ont pour objet un immeuble, ne peuvent être mobilières (art. 529); elles sont donc nécessairement immobilières, et doivent, malgré l'insuffisance des termes de l'article 526, être rangées dans la classe des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

352. Aux trois classes d'immeubles, seules reconnues par le Code, des actes législatifs postérieurs en ont ajouté une quatrième en permettant, sous les conditions qu'ils déterminent, l'immobilisation de certains droits déclarés meubles par l'article 529. Cette faculté est accordée d'une manière générale pour les actions de la banque de France, par le décret du

(1) V. ci-dessus, n° 350 *bis*. II.

16 janvier 1808 (1), art. 7, dont la disposition a été depuis étendue aux actions de la compagnie des canaux d'Orléans et de Loing (décret du 16 mars 1810 (2), art. 13). La même faculté a été appliquée aux rentes sur l'État par le décret du 1er mars 1808, qui à ce moyen permettait de les admettre dans la formation d'un majorat. (V. ledit décret (3), art. 26, add. D. du 21 décembre 1808 (4) et 4 juin 1809 (5). V. au surplus L. 12 mai 1835 (6) et L. 7 mai 1849 (7)). Nous devons encore mentionner ici l'ordonnance du 2 avril 1817 (8), qui, en dispensant d'autorisation les acquisitions ou emplois faits en rentes sur l'État ou sur les villes par les communes ou établissements publics, dispose que ces rentes seront *immobilisées*.

352 *bis*. I. Les immeubles de cette classe ne sont tels ni par accession ni par application à un autre immeuble; ils ne tiennent donc leur caractère que de la loi qui autorise ou prescrit l'immobilisation. A ce point de vue on peut, s'il faut absolument leur donner une dénomination, adopter celle d'*immeubles par la détermination de la loi*.

352 *bis*. II. La faculté d'immobiliser est absolue pour les actions (celles, bien entendu, dont il s'agit ici). Leur immobilisation d'ailleurs est complète, et les soumet absolument aux mêmes lois que *les propriétés foncières*, par conséquent aux lois sur les priviléges et hypothèques; cela est dit formellement dans l'article 7 ci-dessus cité, et cela était utile à dire, car tout immeuble n'est pas susceptible d'hypothèque (v. art. 2118).

Le caractère une fois acquis par la déclaration inscrite sur les registres des transferts se conserve jusqu'à déclaration contraire faite à la banque. Il est d'ailleurs bien entendu que la nouvelle intention déclarée ne peut préjudicier aux droits des créanciers hypothécaires. Aussi cette déclaration, assimilée sous ce rapport à une

(1) IV, B. 176, n° 2953.
(2) IV, B. 283, n° 5355.
(3) IV, B. 186, n° 3207.
(4) IV, B. 220, n° 4032.
(5) IV, B. 238, n° 4432.
(6) IX, B. 1re partie, 138, n° 308.
(7) X, B. 160, n° 1299.
(8) VII, B. 151, n° 1995.

vente immobilière, est soumise aux mêmes formalités de purge ; et aucun transfert ne peut être opéré sans qu'il ait été justifié de l'accomplissement de ces formalités (v. L. 17 mai 1834 (1), art. 5).

352 *bis.* III. Quant aux rentes, la faculté de les immobiliser, introduite par le décret du 1er mars 1808, semble bien ne l'avoir été que dans un but déterminé, et à l'effet seulement de les faire admettre dans la formation d'un majorat. Vainement essayerait-on de soutenir le contraire en argumentant des termes généraux des articles 3 et 4 du décret, qui règlent les formes et les conditions de l'immobilisation ; évidemment ces articles se réfèrent à l'article précédent, dont ils tracent seulement le mode d'exécution, et qui n'a d'autre objet que la formation des majorats ; leur liaison avec cette idée principale se révèle encore par l'article 5 qui leur fait suite, et qui suppose bien l'affectation des inscriptions au majorat.

De là il résulte que la faculté d'immobiliser des rentes, accordée aux particuliers par le décret de 1808, n'a pas survécu à la loi du 12 mai 1835, qui a interdit pour l'avenir toute institution de majorats. Mais cette loi et celle même du 7 mai 1849, qui l'a suivie, ayant laissé subsister dans certaines limites les majorats antérieurement fondés, il est clair que l'immobilisation subsiste pour les rentes admises dans leur formation ; j'ajoute que l'on pourrait même encore en immobiliser pour opérer le remploi des biens primitivement affectés, dont l'aliénation aurait été ou serait autorisée (v. D. de 1808, art. 68).

352 *bis.* IV. L'immobilisation des rentes étant, comme on l'a dit, essentiellement liée au fait de leur affectation à un majorat cesserait évidemment avec cette affectation ; c'est ce que décidait formellement le décret du 21 décembre 1808 pour le cas où la demande en institution du majorat aurait été rejetée ou retirée, et cela s'appliquerait à tous les cas où, soit par l'effet de la législation antérieure, soit par l'effet des lois nouvelles, les biens affectés redeviendraient libres.

Du reste l'immobilisation, tant qu'elle dure, ne paraît avoir d'autre but et d'autre effet que d'attribuer aux rentes le caractère d'inaliénabilité qui s'attache à tous les biens affectés aux majorats. Quant à la faculté de les hypothéquer, il n'en peut être question,

(1) IX, B. 1re partie, 123, n° 273.

puisque, d'une part, l'effet même de l'affectation, pour tous les biens qui en sont frappés, est précisément d'empêcher l'*engagement* ou la saisie (v. D., art. 40 et 41); et que, d'autre part, les rentes sur l'État étant en elles-mêmes insaisissables (L. 8 niv. an VI (1), art. 4), ne peuvent dans aucun cas devenir susceptibles d'hypothèque.

352 *bis.* V. Il reste un mot à dire sur l'immobilisation prescrite par l'ordonnance de 1817 pour les rentes appartenant aux communes ou établissements publics.

A cet égard, nous remarquons que cette immobilisation, à laquelle je ne sache pas qu'il ait été dérogé, est applicable non-seulement aux rentes sur l'État, mais aussi aux rentes sur les villes. Pour l'opérer, on devra, je crois, se conformer aux articles 3 et 4 du décret du 1er mars 1808. Quant à son effet, il me paraît consister uniquement à empêcher qu'elles soient aliénées sans autorisation. Du reste, si cette autorisation était accordée, la rente évidemment redeviendrait meuble dans la main de l'acquéreur.

CHAPITRE II.

DES MEUBLES.

353. Il n'y a que deux classes de biens meubles : les meubles corporels, ou meubles par leur nature; et les meubles incorporels, qui sont tels, mais seulement par la détermination de la loi. V. article 527.

354. Tout corps qui peut se mouvoir ou être transporté est meuble par sa nature, et reste tel aux yeux de la loi. V. article 528. A moins toutefois qu'elle n'en ait autrement disposé (v. à ce sujet articles 522-525).

355. La loi indique elle-même les biens qui sont meubles par sa détermination (v. articles 529, 530); au reste, de ses dispositions combinées, il résulte que cette classe, qui ne

(1) II, B. 173, nº 1641.

comprend que des biens incorporels, comprend tous ceux de cette nature qui ne s'appliquent pas directement à un immeuble.

356. L'application du principe est évidente pour les créances et pour les actions considérées comme moyen de réclamer son droit, lorsqu'elles ont pour objet des effets mobiliers ou des sommes *exigibles*, c'est-à-dire ici, des sommes qui, à la différence du capital d'une rente, peuvent être exigées immédiatement ou après un certain temps. Seulement il faut bien comprendre que par *objet* de la créance ou de l'action, on n'entend ni la chose dont la créance est le *prix*, ni, dans tous les cas, celle que la créance ou l'action produit par événement. L'objet, c'est la chose que le créancier est en droit de demander. V. art. 529, al. 1, part. 1.

356 *bis*. I. Des explications ci-dessus données sur l'article 526, il résulte que l'obligation ou l'action est mobilière ou immobilière suivant qu'elle a pour objet un meuble ou un immeuble. Mais comment appliquer la règle si l'obligation a pour objet un fait ou une abstention? Je réponds sans hésiter que l'obligation sera mobilière toutes les fois que le fait que le créancier a droit d'exiger ne doit pas aboutir à lui procurer un immeuble ou un droit réel sur cet immeuble; car pour qu'un droit soit immobilier, il faut qu'il s'applique à un immeuble : autrement, ce n'est qu'une valeur qui se traduit en argent, et qui se classe ainsi parmi les meubles. La difficulté se réduit donc au cas où, par l'effet de l'exécution de l'obligation, le créancier devrait acquérir un immeuble : par exemple, si l'obligation consiste dans la construction ou réparation d'une maison sur le sol appartenant au créancier. Eh bien, dans ce cas-là même, je crois, avec M. Demolombe (1), que l'obligation et l'action qui en résulte doivent être considérées comme mobilières. Ainsi que lui, je fonde cette décision non sur ce que l'obligation de faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution (art. 1142), car ce n'est pas en vue de leur inexécution que les obligations doivent se classer parmi les biens; mais je me fonde sur ce que la chose due n'est pas la maison, c'est le travail du constructeur. Il est vrai que

(1) *Cours de Code Napoléon*, tom. 9, nº 372-375.

de ce travail naîtra pour le créancier propriétaire du sol la propriété du bâtiment; mais ce ne sera pas là un effet direct de l'obligation, comme quand il s'agit d'obligation de donner, ce sera l'effet de l'accession qui s'opérera ici en faveur du propriétaire du sol, absolument comme elle s'opérerait si la construction était faite par tout autre que l'obligé. D'ailleurs, personne, je crois, ne contesterait que l'obligation de l'architecte ou entrepreneur constituerait de sa part une dette mobilière qui, à ce titre, entrerait certainement dans le passif de sa communauté (v. art. 1409); or, comment pourrait-il se faire qu'une dette mobilière eût pour corrélatif une créance immobilière?

356 *bis*. II. Au reste, en enregistrant cette solution pour l'honneur des principes, je dois convenir qu'elle n'aura pas de grandes conséquences pratiques. D'une part, en effet, mobilière ou immobilière, l'obligation ou action dont il s'agit ne sera certainement ni susceptible d'hypothèque, ni sujette à expropriation (art. 2118, 2204); et, d'autre part, tout en la déclarant mobilière, je ne voudrais pas en conclure qu'elle dût être comprise dans un legs du mobilier, ni qu'elle dût tomber dans la communauté légale. Cette obligation, en effet, avec l'action qui en résulte, ne pouvant être utile qu'au propriétaire du sol, à qui devra appartenir la construction, elle me paraît comprise comme accessoire nécessaire dans le titre qui réserve ou constitue la propriété de ce sol. Ainsi, le droit d'en réclamer l'exécution appartiendrait dans un cas à l'héritier ou au légataire des immeubles, dans l'autre à l'époux à qui les immeubles sont réservés propres.

356 *bis*. III. Si deux ou plusieurs choses sont dues sous l'alternative, c'est le choix de la partie à laquelle il est attribué par la convention expresse ou tacite (v. art. 1190), qui déterminera l'objet de l'obligation. Si donc l'alternative existe entre des meubles et des immeubles, c'est par ce choix que l'on jugera si l'obligation est mobilière ou immobilière.

De là peuvent naître des difficultés dans les cas où du caractère mobilier ou immobilier de l'obligation devrait dépendre son attribution à telle ou telle personne. Par exemple, si la créance ou la dette alternative fait partie d'une succession divisée entre un légataire des meubles et un légataire des immeubles, ou bien si l'on suppose, au cas de communauté légale, que l'un des deux époux

est ainsi créancier ou débiteur, sous l'alternative, d'un meuble ou d'un immeuble (v. à ce sujet art. 1401 et 1409).

Ni dans l'un ni dans l'autre cas il n'y aura difficulté, si le choix qui doit rendre mobilière ou immobilière la dette ou la créance appartient à la partie adverse : du choix, en effet, que fera cette partie dépendra l'attribution de la charge ou du profit à l'un ou à l'autre des contendants. Mais si c'est, au contraire, de leur côté qu'est le droit de choisir, chacun naturellement voudra l'exercer à son profit, et il serait impossible de trouver un motif pour préférer l'une des prétentions à l'autre. Force sera donc de recourir à quelque expédient. Nous verrons sur l'article 1010 comment on pourrait en effet terminer le conflit entre les deux légataires, et sur les articles 1401 et 1409, comment la question devra se résoudre quant à la composition active ou passive de la communauté.

356 *bis*. IV. Il ne faut pas confondre avec l'obligation alternative celle qui n'a effectivement qu'un objet, quoique le débiteur ait la faculté de se libérer en en fournissant un autre. C'est l'objet de l'obligation qui détermine alors son caractère mobilier ou immobilier.

356 *bis*. V. Partant de cette idée, je considère comme immobilière l'action en rescision d'une vente d'immeuble pour vilité du prix. Car, bien que l'acheteur puisse éviter la rescision en fournissant un supplément de prix, c'est la rescision, et par conséquent le recouvrement de l'immeuble, qui me paraît être le véritable objet de l'action. Il est vrai que les termes de l'article 1682 peuvent sous ce rapport paraître équivoques, et qu'ils se traduiraient naturellement dans le sens d'une obligation alternative imposée à l'acquéreur. Mais cela ne doit point prévaloir sur la qualification donnée à l'action par la loi elle-même, qui ne l'appelle pas action en supplément de prix, mais action en rescision.

356 *bis*. VI. J'en dirais peut-être autrement de l'action en résolution d'une vente immobilière pour défaut de payement du prix ; mais ma raison ne se tirerait pas uniquement de la faculté qu'a toujours l'acheteur d'éviter la résolution en payant avant qu'elle soit prononcée (v. art. 1184, 1654, 1655) : ce qui me déterminerait, c'est que le payement du prix étant vraiment l'objet véritable de l'obligation de l'acheteur, ce payement, tant qu'il est possible, me

paraît être toujours l'objet principal de l'action intentée par le vendeur.

Appuyé sur ce principe, je considérerais comme mobilier le droit du vendeur, dans le cas même où il aurait stipulé la résolution de plein droit, car cette résolution est toujours pour lui purement facultative, et l'on ne doit point lui supposer l'intention de l'opérer, du moins tant qu'il n'a pas fait la sommation prescrite par l'article 1656. Mais si, comme je le pense (bien que ce point soit fort controversé), le payement n'est plus possible après la sommation demeurée sans effet, le droit alors change de nature, et l'action ne pouvant plus tendre qu'au recouvrement de la possession de l'immeuble, je la considérerais comme immobilière.

356 *bis.* VII. Le même motif qui me fait considérer comme mobilier le droit du vendeur d'immeuble, lors même qu'à défaut de payement du prix, il en est réduit à demander la résolution, doit faire attribuer, au contraire, le caractère immobilier à l'action de l'acheteur, soit qu'elle tende à la délivrance de l'immeuble existant, soit qu'elle ait pour objet la garantie de la paisible possession. Mais si l'immeuble vendu avait péri par la faute du vendeur, ou si l'éviction était consommée par la déclaration de la propriété d'un tiers, l'action alors, n'ayant plus pour objet que des dommages-intérêts, deviendrait, je crois, mobilière, de même que l'action du vendeur devient, selon moi, immobilière lorsque la résolution est une fois opérée.

356 *bis.* VIII. Du reste, cette transformation du caractère de l'action n'entraînera pas les inconvénients que l'on pourrait craindre, soit dans la supposition de deux legs comprenant l'un les meubles, l'autre les immeubles; soit dans celle d'une communauté légale devant comprendre les meubles, et non les immeubles : car il faudra toujours s'attacher, pour régler la composition de chaque legs ou celle de la communauté, au caractère qu'avait l'action au moment où les legs ont commencé à être dus, c'est-à-dire ordinairement au jour de l'ouverture de la succession, et pour la communauté au moment où elle a été établie, c'est-à-dire au jour de la célébration du mariage; après quoi, la transformation que pourra subir l'action ne devra nullement préjudicier aux droits acquis.

357. La difficulté était plus sérieuse pour la classification

de certains droits dont l'objet n'est pas bien clairement déterminé, et qui peuvent, suivant les divers points de vue sous lesquels on les envisage, être réputés s'appliquer à des meubles ou s'appliquer à des immeubles. Tels sont les *actions* ou *intérêts* dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie (1), qui en réalité ne sont autre chose que la part attribuée à chaque associé dans le fonds social, et par suite dans les bénéfices de la société. Si cette société possède des immeubles, il semblerait que chaque intéressé ou actionnaire en fût propriétaire pour sa part. Mais, considérant que la société forme un être moral distinct et séparé de la personne de chaque associé, que c'est cet être moral qui, jusqu'à la dissolution, est censé propriétaire du fonds social, et que les intéressés ou actionnaires n'ont, pendant le même temps, qu'un droit contre la société, à l'effet de recueillir un dividende mobilier, la loi a déclaré meubles les intérêts et actions. Il est clair, au reste, qu'après la dissolution de l'être moral, chaque associé est vraiment copropriétaire du fonds, et a contre les autres une action en partage, dont la nature se détermine par les règles ordinaires. Il est clair encore que les immeubles possédés par la société ne changent pas de nature pendant sa durée, et que l'être moral doit être considéré comme tout autre propriétaire d'immeubles, notamment quant à l'hypothèque et à l'expropriation forcée. C'est ce qu'on exprime en disant que ces actions ou intérêts sont réputés meubles à *l'égard de chaque associé seulement*, et qu'ils ne sont réputés tels que *tant que dure la société*. V. art. 529, al. 1 *in fine*.

357 *bis*. I. L'action diffère de l'intérêt comme l'espèce diffère du genre. On peut dans toute société appeler *intérêt* le droit afférent à chaque associé, de quelque manière que sa mise ait été fournie. Mais lorsque dans une société qui se fonde le capital à fournir est divisé en portions déterminées à une somme fixe, pour lesquelles il

(1) On a vu que, par exception à ce principe, certaines actions, notamment celles de la Banque de France, peuvent être immobilisées (ci-dessus, n° 352).

est fait appel à tous, l'intérêt que chacun acquerra en fournissant une de ces portions prend le nom d'*action*. L'actionnaire, du reste, n'est jamais tenu des pertes au delà de sa mise, c'est-à-dire de la valeur de son action (v. C. comm., art. 33); mais cela n'est pas spécial pour ce genre d'intérêt; c'est le propre de la *commandite* (v. C. comm., art. 26), qui peut s'appliquer également aux sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions (v. C. comm., art. 23).

357 *bis*. II. De ce que les actions ou intérêts ne sont réputés meubles qu'*à l'égard de chaque associé*, il faut se garder de conclure que ce caractère doive leur être refusé dans les rapports des associés avec les tiers qui traitent avec eux individuellement. L'associé dont il s'agit n'a dans ses biens, jusqu'à la dissolution de la société, qu'un droit mobilier; la vente qu'il en ferait serait donc évidemment mobilière, et c'est aussi comme mobilier que le droit pourrait être saisi par ses créanciers. Tout ce que la loi a voulu dire, c'est que la personne morale formée de la réunion de tous les associés, qui n'ont chacun individuellement qu'un droit mobilier, n'est pas moins traitée et considérée comme propriétaire de meubles ou d'immeubles, suivant la nature des biens qui composent le fonds social. Telle sera également pour sa part la position de chaque associé après la dissolution de la société.

357 *bis*. III. La fiction qui fait considérer le droit de chaque associé comme distinct de sa part de propriété dans les biens composant le fonds social n'est appliquée ici qu'aux actions ou intérêts dans les *compagnies* de finance, de commerce ou d'industrie; or, sous cette dénomination de *compagnie*, on ne comprend certainement pas, dans le langage ordinaire, toute association formée par deux ou plusieurs personnes dans la vue d'un partage de bénéfices. C'est donc mal à propos, selon moi, qu'on voudrait appuyer sur notre article une doctrine nouvelle consistant à ériger en personne civile toute espèce de société. Qu'on applique cette idée à une grande entreprise, objet d'une société anonyme (C. comm., art. 29), dont la fondation a pour base un acte de l'autorité publique (v. C. comm., art. 37), et dont l'existence, annoncée d'abord par des publications (C. comm., art. 45), continue à se révéler à tous par le nom même sous lequel elle fonctionne (v. C. comm., art. 30), je le comprends, et c'est là certainement le cas qu'a principalement en vue notre article 529. Que la règle même s'étende à toute société

commerciale en nom collectif ou en commandite, je le veux encore; car ici également l'existence de la nouvelle personne civile qui a son nom propre dans la raison sociale (C. comm., art. 20 et 23) est annoncée par des publications (C. comm., art. 42-44). Mais que le simple concours de deux ou plusieurs volontés privées puisse, sans l'accomplissement d'aucune formalité, mettre à part une portion de la fortune de chacun pour l'appliquer à une spéculation; qu'on puisse ainsi la soustraire aux créanciers ordinaires, et l'affecter par préférence aux engagements relatifs à l'objet de la spéculation, voilà ce que je ne puis comprendre, et ce qu'il me paraît téméraire d'imaginer en l'absence de toute base législative.

357 *bis*. IV. Cela posé, et en me réservant d'ailleurs un examen plus détaillé de la question au titre de la Société, siége de la matière, je considère notre article 529 comme applicable aux trois espèces de sociétés commerciales spécifiées par l'article 19 du Code de commerce; mais je me garde bien de l'appliquer aux *associations commerciales en participation* (v. C. comm., art. 47-50), et je ne l'applique pas non plus en général aux sociétés civiles; je dis en général, car je ne prétends pas non plus faire dépendre uniquement du caractère commercial d'une entreprise la personnification d'une société formée pour son exploitation. Toutes les fois en effet qu'une compagnie autorisée par un acte de l'autorité publique obtiendra la concession d'une entreprise, commerciale ou non, elle sera dans les termes de l'article 529. C'est ainsi que la loi elle-même, se référant à cet article, déclare meubles les actions ou intérêts dans une société ou entreprise pour l'exploitation des mines (L. 21 avril 1810, art. 8), quoique cette exploitation ne soit pas considérée par elle comme acte de commerce (d. L., art. 32).

358. C'est aussi dans la classe des meubles que notre article range les rentes constituées en perpétuel ou en viager, soit sur l'état (1), soit sur particuliers. V. art. 529, al. dernier, et à ce sujet art. 1909, 1910, 1968, 1969, 1973.

359. La généralité des termes de la loi suffit certainement pour comprendre dans sa disposition les rentes de toute espèce. Toutefois le caractère de meuble étant vraiment incon-

(1) Quant à la faculté d'immobiliser les rentes sur l'État, v. ci-dessus, nº 352.

ciliable avec la nature des rentes appelées autrefois *foncières*, la question de savoir si la règle s'appliquerait, ou du moins si elle s'appliquerait indistinctement aux rentes formant le prix d'aliénation d'un immeuble, paraît avoir été réservée dans la pensée du législateur jusqu'à ce qu'il eût pris parti sur la question du rétablissement des rentes foncières (1). Mais cette question se trouve tranchée par l'article 530, postérieurement adopté, qui, en proclamant essentiellement rachetables les rentes dont il s'agit, a eu précisément pour but de proscrire le caractère foncier (2). Après quoi il demeure évident que la disposition de l'article 529 n'admet aucune distinction.

Au reste, le principe proclamé comprend toute rente établie à perpétuité à cause de l'aliénation d'un fonds immobilier, soit *pour le prix de vente de ce fonds*, soit *comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit*.

La seule faveur réservée à la constitution de rente pour aliénation d'immeuble consiste dans la faculté de régler, plus librement que dans la constitution à prix d'argent, les clauses et conditions du rachat, et dans la permission d'en stipuler la suspension, non pas seulement pendant dix ans (v. art. 1911), mais pendant trente ans. V. art. 530.

359 *bis*. I. Le droit de rente foncière résultait autrefois du contrat de bail à rente, par lequel une partie s'obligeait à faire avoir à une autre la possession d'un immeuble à titre de propriétaire, sous la réserve d'une rente.

Ce droit était essentiellement immobilier, puisqu'il consistait en principe dans une charge de l'héritage dont l'existence en faveur du

(1) C'est pour cela sans doute que fut retranchée dans les rédactions suivantes la disposition finale de l'article 523 (aujourd'hui 529), qui dans la première rédaction portait formellement : *encore que ces rentes soient le prix de l'aliénation d'un fonds*. V. 1re rédaction, présentée le 20 vendém. an XII, et observation de Cambacérès sur ledit article 523; 2e rédaction, présentée le 4 brum. et communiquée le 12 au Tribunat; rédaction définitive présentée le 14 nivôse (Fenet, tom. 9, pag. 6, 16, 22, 29). V. aussi la discussion sur la proposition de rétablir les rentes foncières, séance du 7 pluviôse an XII (Fenet, *ib.* pag. 56–69).

(2) V. séance du 19 ventôse an XII, paroles de Bigot Préameneu présentant l'article 530 (Fenet, *ib.*, pag 70).

bailleur à rente laissait subsister à son profit comme une fraction du droit de propriété transmis d'ailleurs au preneur (1).

Cette charge, au reste, était tellement *réelle*, qu'elle se transmettait avec la possession de l'héritage, et qu'à moins d'une clause *de fournir et faire valoir*, le preneur s'en affranchissait soit par l'aliénation, soit par le déguerpissement (2).

359 *bis.* II. Le droit de rente foncière n'était pas de sa nature rachetable (3). Toutefois, de notables exceptions avaient été apportées à cette règle par l'ancienne législation pour les biens de ville (4); et, plus généralement, il était toujours permis d'y déroger par l'effet de la convention (5).

De là il résulte que la faculté de rachat appliquée à une rente foncière ne détruit pas nécessairement son caractère; et dès lors il serait permis de douter que cette faculté, proclamée par l'article 530 comme elle l'avait déjà été par la loi du 18 décembre 1790, emportât interdiction de créer à l'avenir, sous cette seule modification, le droit de rente foncière avec les autres caractères que lui reconnaissait l'ancien droit. Mais l'intention du législateur est trop clairement manifestée dans la discussion au conseil d'État pour qu'on puisse admettre cette idée. Il est certain que dans sa pensée la faculté de rachat, devenue inhérente à la nature de la rente constituée pour l'aliénation d'un immeuble, a été considérée comme destructive de la nature des anciennes rentes foncières, qui n'admettait qu'accidentellement cette faculté. Aussi la résolution formulée dans le procès-verbal, à la suite de la longue discussion qui a préparé la rédaction de l'article 530, c'est le rejet de la proposition tendant à rétablir les rentes foncières (6), et c'est cette idée que les rédacteurs de l'article ont entendu exprimer (7). Evidemment, d'ailleurs, le caractère foncier est inconciliable avec la nature mobilière que l'article 529 attribue à toute rente; et d'autre part, le droit de rente, envisagé comme charge réelle appliquée à un bien aliéné à perpétuité, ne trouve pas sa place dans le classement des droits dont l'article 543 déclare l'existence possible (v. ci-dessous, n° 378).

(1) V. Pothier, *Bail à rente*, n° 107.
(2) V. Pothier, n° 13, 14 et 38.
(3) V. Pothier, n° 23.
(4) V. Pothier, n° 24 et suivants.
(5) V. Pothier, n° 67.
(6) Séance du 7 pluv. an XII (Fenet, tom. 14, pag. 69).
(7) Bigot-Préameneu, séance du 19 ventôse an XII (Fenet, pag. 70).

359 *bis*. III. Les termes de la loi ne s'appliquent qu'aux rentes établies à perpétuité et ayant pour cause l'aliénation d'un fonds; mais ils embrassent toutes rentes qui réunissent ce double caractère. Ainsi, la règle comprend non-seulement les redevances en argent, mais les prestations périodiques en grains ou denrées, soit qu'elles consistent en une quantité fixe, soit qu'elles consistent en une portion aliquote des fruits du fonds, pourvu toutefois que la rente soit établie à perpétuité et que le fonds soit aliéné. A cet égard, on doit reconnaître une véritable aliénation, même dans la concession dite de jouissance, si la concession est perpétuelle; car un droit de jouissance perpétuelle réduirait la propriété à un vain titre. Mais si la concession n'est que temporaire et que la redevance soit stipulée comme charge annuelle de la jouissance, il n'y a alors ni aliénation ni constitution de rente à perpétuité, et la redevance devra être servie sans faculté de rachat pendant toute la durée de la jouissance.

Il en serait autrement si, pour prix de la constitution d'un droit de jouissance temporaire, une rente était établie à perpétuité; car la rente ne serait plus alors une charge de la jouissance, elle serait vraiment le prix d'aliénation d'un immeuble (v. art. 526), et l'on rentrerait dans les termes de l'article 530.

359 *bis*. IV. La théorie qui vient d'être exposée est évidemment celle qui a guidé le législateur de 1790 quand il a établi la faculté de rachat pour les redevances foncières antérieurement créées, et qu'il a défendu d'en créer à l'avenir de non remboursables. Aussi sa disposition comprend-elle nommément non-seulement les rentes foncières proprement dites, auxquelles il assimile certainement les rentes ou redevances emphytéotiques, mais aussi les *champarts* de toute espèce et les redevances à titre de *locatairie perpétuelle*. Mais dans sa disposition et dans la prohibition qui en est la suite, le législateur n'entend comprendre que les cas où la jouissance étant concédée à perpétuité sous la seule réserve d'une redevance, il y a véritablement translation de propriété. Aussi excepte-t-il formellement les baux à rente ou emphytéoses non perpétuels, qu'il maintient pour le passé dans tous leurs effets et dont il autorise même l'usage pour l'avenir aussi bien que celui des baux à vie sur une ou plusieurs têtes, pourvu que le bail à durée fixe n'excède pas quatre-vingt-dix-neuf ans et que le bail à vie ne soit pas établi sur plus de trois têtes. V. L. 18 décembre 1790, art. 1 et 2.

La disposition de la loi de 1790 n'a pas embrassé non plus les baux dits *à domaine congéable;* car la faculté de congédier emporte réserve de la propriété pour le bailleur; aussi ces baux furent-ils maintenus par la loi du 6 juin 1791, qui se borna à les purger de tout caractère féodal. Plus tard, il est vrai, la faculté de rachat leur fut appliquée par la loi du 27 août 1792; mais cette loi fut, depuis, abrogée par celle du 9 brumaire an VI (1).

Toujours par suite du même principe, le conseil d'État a décidé que la faculté de rachat n'existe pas dans les baux dits *à complant* usités dans le département de la Loire-Inférieure, parce que dans ce pays ils n'ont pas l'effet de transférer la propriété, et que cette *tenure* rentre dans l'esprit de la *tenure à domaine congéable*, c'est-à-dire qu'elle admet pour le bailleur la faculté de congédier. V. av. du cons. d'État du 4 thermid. an VIII (2).

359 *bis.* V. De ce qui précède il résulte que les redevances établies avant le Code civil, à l'un des titres que n'ont point atteint les dispositions et prohibitions de la loi de 1790, ne sont point devenues rachetables en vertu de l'article 530. Cela est évident, puisqu'il est vrai de dire que ces redevances n'ont pas pour cause une aliénation, et que dès lors les termes de la loi manquent. Mais suit-il de là que ces diverses tenures conservent d'ailleurs sous l'empire de la législation actuelle tous leurs effets anciens, notamment quant à la nature et à l'étendue des droits du preneur? Et surtout faut-il admettre qu'il serait aujourd'hui permis d'en créer de semblables? C'est là une question qui reste entière et que j'examinerai sur l'article 543 (3).

359 *bis.* VI. Les rentes établies pour l'aliénation d'un immeuble n'ayant aujourd'hui aucun caractère foncier, il est clair qu'elles consistent, comme les rentes constituées à prix d'argent ou de toute autre manière, dans l'engagement de la personne, ce qui exclut, en général, la faculté de s'affranchir par le déguerpissement. Il est clair, du reste, que le vendeur à rente jouit, comme tout autre, du privilége de vendeur (art. 2103-1°), sans préjudice de l'action résolutoire (art. 1184, 1654).

Cette doctrine, seule conciliable avec la nature mobilière que la

(1) II, B. 155, n° 1526.
(2) III, B. 43, n° 278; v. à ce sujet Merlin, *Répert.*, verb. *Vigne.*
(3) V. ci-dessous, n° 378.

loi attribue aux rentes (art. 529), doit s'appliquer même aux rentes établies avant la publication du Code, car elles sont, comme les autres, comprises dans la mobilisation. Rappelons toutefois que la conversion du droit foncier en une créance personnelle n'était pas une conséquence nécessaire du principe qui déclarait les rentes rachetables. Aussi ne doit-on pas douter que les rentes foncières n'aient conservé leur caractère, même après la loi du 18 décembre 1790, au moins jusqu'à la loi du 11 brumaire an VII, qui défendit de les hypothéquer (v. ladite loi (1), art. 7). J'en dirais autrement après cette défense, qui, dans le système de la loi, supposait évidemment le refus du caractère de *réalité*, puisqu'il était permis d'hypothéquer les autres droits réels (art. 6).

Cette doctrine est consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 29 juin 1813 (2). Au reste, pour rendre mon idée, je ne dirais pas avec la cour, dont l'expression peut-être a trahi la pensée, que la loi du 11 brumaire an VII a *mobilisé* les rentes foncières; car je crois qu'une rente, foncière ou non, n'étant de sa nature ni meuble ni immeuble et ne pouvant être rangée dans l'une ou dans l'autre catégorie que par la *détermination de la loi*, les rentes, sous ce rapport, sont restées ce qu'elles étaient jusqu'à la détermination faite par l'article 529 du Code civil. Jusque-là donc, selon moi, les rentes originairement foncières ont été partout immeubles, quoiqu'elles ne constituassent plus un droit réel, et les rentes constituées à prix d'argent sont demeurées immeubles dans les coutumes qui leur attribuaient ce caractère.

359 *bis*. VII. Remarquons ici que le dépouillement du caractère foncier exclut bien, en général, comme on l'a dit, la faculté de s'affranchir par le déguerpissement, mais que rien ne s'opposerait à ce que ce mode de libération fût réservé au débiteur par la convention.

Or, comme la faculté de déguerpir était de droit dans les anciennes rentes foncières, il faut bien reconnaître que la réserve de cette faculté était virtuellement et tacitement stipulée dans le titre de leur établissement. Cela posé, le changement qu'a subi la nature de la rente, dans l'intérêt du débiteur, ne doit pas avoir eu pour effet de le priver d'un bénéfice que lui assurait son titre. Je crois

(1) II, B. 238, 2137.
(2) J. P., tom. 37, pag. 529.

donc que dans les rentes constituées avant la loi du 11 brumaire an VII, la faculté de déguerpir existe encore par l'effet de la convention primitive.

359 *bis*. VIII. La faculté de régler les clauses et conditions du rachat emporte naturellement celle de stipuler que le débiteur avertira le rentier un certain temps d'avance; clause aujourd'hui autorisée même dans les constitutions à prix d'argent (v. art. 1911); mais cela comprend encore celle de fixer à un taux plus ou moins élevé le prix du rachat. Sous ce rapport la liberté est plus grande que dans les constitutions à prix d'argent, où le prix du rachat ne doit consister que dans le capital même qui a été fourni. Mais, quelque grande que soit ici la liberté, il ne faudrait pourtant pas qu'il y eût entre le prix fixé et la valeur de la rente une disproportion telle qu'on pût voir dans la fixation d'un prix si élevé l'intention évidente d'éluder la faculté légale du rachat.

359 *bis*. IX. Le prix du rachat se trouve virtuellement fixé lorsque la rente est constituée avec expression du capital. Il est vrai de dire même que cette expression n'a pas ici d'autre objet. Mais lorsqu'il n'y a dans la convention ni expression de capital, ni fixation du prix du rachat, il paraît naturel de l'établir sur le pied du denier vingt, suivant le taux de l'intérêt légal et conventionnel fixé par la loi du 3 septembre 1807 à 5 pour 0/0 en matière civile. Je le déciderais ainsi même pour les rentes en grains ou denrées, sans m'attacher à cet égard aux distinctions contenues dans la loi du 18 décembre 1790, qui n'a pas d'application à des rentes créées originairement rachetables.

359 *bis*. X. L'article 530 s'applique sans aucune difficulté au cas où, dans un acte qualifié vente, la rente est directement énoncée comme prix; ce cas, selon moi, s'il ne constitue pas uniquement la première hypothèse de l'article, y est du moins compris; mais ceux-là même qui entendent la loi autrement arrivent au même résultat en rattachant ce cas à la seconde hypothèse, et considérant alors la rente comme condition d'une aliénation à titre onéreux. Le point sur lequel on se divise, c'est lorsque le prix de la vente est énoncé en un capital, pour lequel l'acheteur s'oblige au service de la rente. Les uns, faisant consister uniquement dans ce cas la première hypothèse de l'article, n'hésitent pas à le comprendre dans sa disposi-

tion (1). D'autres, au contraire, ne voyant là qu'une rente constituée à prix d'argent, veulent qu'on applique alors l'article 1911 (2). Quant à moi, je crois que la rente est *établie pour le prix de la vente* toutes les fois qu'elle est constituée par le contrat même de vente, soit en remplacement immédiat du prix énoncé d'abord en un capital, soit directement comme formant elle-même le prix. Dans les deux cas, en effet, je vois la même intention d'échanger la propriété de l'immeuble contre le droit à la rente, et je ne considère l'énonciation du capital, soit qu'elle précède, soit qu'elle suive celle de la rente, que comme l'indication de la somme à fournir pour le rachat.

J'irais peut-être plus loin, et j'inclinerais à étendre l'application de l'article 530 au cas même où le prix ayant été d'abord fixé dans le contrat en un capital, la conversion en rente n'aurait lieu que postérieurement; ma raison pour le décider ainsi, c'est que l'aliénation n'est pas complète tant que le prix n'est pas payé, puisque le vendeur conserve l'action résolutoire. D'où il suit que la constitution de rente par laquelle on remplace l'obligation de payer le prix pourrait encore, s'il n'apparaît pas d'intention contraire, être considérée comme condition de l'aliénation. Mais évidemment il en sera autrement si des circonstances il résulte que l'on a voulu faire novation.

360. Après avoir ainsi distingué les deux classes de meubles, et posé en passant le principe du rachat des rentes, parce que ce principe n'a pas été sans influence sur la détermination de la loi à leur égard, il restait au législateur à s'expliquer, 1° sur le classement de certains meubles, qui, à raison de leur importance ou de leur destination, auraient pu être considérés comme immeubles (art. 531, 532), 2° à fixer le sens légal de certaines expressions qui ne doivent pas toujours se traduire ou s'expliquer d'après les règles générales sur la distinction des biens. (art. 533-536).

361. Toute construction, tout bâtiment qui n'adhère point au sol, est meuble de sa nature, quels que soient d'ailleurs son

(1) V. M. Duranton, tom. 4, n° 147.
(2) V. M. Marcadé, art. 530, III.

volume et sa valeur : la loi proclame ce principe à l'égard des bâtiments de mer ou de rivière, et généralement de toutes usines non fixées par des piliers et ne faisant pas partie de la maison. V. art. 531, 1re partie, et art. 519. Seulement l'importance de quelques-uns de ces objets leur fait appliquer quelques règles particulières, notamment en ce qui concerne la forme de la saisie. V. art. 531, *in fine*, et à ce sujet, C. pr. art. 620; Cod. com. art. 197-215, v. aussi *ibid.*, art. 190-196.

La saisie des rentes sur particuliers est également assujettie à des formes spéciales (C. pr., art. 636-655).

362. Quoique la destination du propriétaire puisse, comme nous l'avons vu, faire réputer immeubles des biens meubles par leur nature, la loi ne s'arrête pas à cette idée à l'égard des matériaux provenant de démolition, ou assemblés pour une construction. Les uns et les autres demeurent donc meubles jusqu'à l'emploi dans une construction. V. art. 532.

362 *bis*. La disposition relative aux matériaux assemblés pour une construction est conforme à la décision d'Ulpien (l. 17, §§ 5 et 10 ff. *De act. empti;* v. aussi *Javol.*, l. 18, § 1, *eod.*). Quant à la mobilisation des matériaux provenant de démolition, elle est dans la nature des choses; cependant les jurisconsultes romains ne l'appliquaient pas aux matériaux détachés d'un édifice pour y être ensuite replacés (v. d. l. 17, § 10 et 18, § 1). Et Pothier (1) en concluait que les matériaux provenant d'une maison démolie demeuraient immeubles tant qu'ils pouvaient paraître destinés à la reconstruction de la maison. C'était, je crois, aller trop loin, et, quoi qu'on puisse penser à cet égard, cette doctrine ne pourrait évidemment se concilier avec les termes précis de notre article. Mais lorsque l'édifice n'est pas démoli, et que des matériaux en sont seulement détachés pour cause de réparation, je n'hésite pas à décider avec *Ulpien* et *Javolenus* qu'ils demeurent, pendant cette séparation temporaire, accessoires de l'édifice dans lequel ils doivent être re-

(1) Pothier, *Communauté*, n° 62.

placés, et par conséquent immeubles comme lui (v. ci-dessus n° 340 *bis*. I.)

363. En déterminant quels biens sont meubles ou réputés tels, le législateur n'a pas voulu enlever aux termes employés dans les dispositions de la loi ou de l'homme, leur signification ordinaire, telle qu'elle se trouvait consacrée par l'usage ; c'est au contraire à cet usage qu'il a entendu se référer en fixant le sens du mot *meuble* employé seul (art. 533), et celui des expressions *meubles meublants* (art. 534), *biens meubles*, *mobilier*, *effets mobiliers* (art. 535, al. 1), *maison meublée* (art. 535, al. dernier), *maison avec tout ce qui s'y trouve* (art. 536).

364. En ce qui concerne le mot *meuble*, la loi énumère les divers biens mobiliers, corporels ou incorporels, qui n'y sont pas compris. Ces exclusions semblent réduire la signification du mot *meuble* employé seul à celle de *meuble meublant*. La loi, du reste, a grand soin d'avertir que cette signification restreinte ne doit être appliquée qu'à défaut d'addition ou désignation propre à manifester la pensée. V. art. 533, et remarquez que la pensée devant toujours prévaloir sur la lettre, la modification formellement exprimée ici dans la définition du mot *meuble* doit par la force des principes se sous-entendre dans toutes les définitions suivantes.

364 *bis*. Dans notre article et dans les suivants, la loi n'ayant statué que sur des questions d'interprétation de volonté, on ne peut attribuer à ses définitions une véritable force législative, devant prévaloir sur la volonté contraire, de quelque manière qu'elle soit clairement indiquée. Ce n'est donc pas seulement dans les additions ou désignations contenues dans la disposition elle-même qu'on devra nécessairement chercher la révélation de l'intention et du véritable sens des mots employés. C'est ainsi qu'en interprétant l'article 452, qui prescrit la vente de *tous les meubles* des mineurs, nous ne nous sommes pas bornés à écarter l'application du sens restreint attribué au mot meuble par l'article 533, en argumentant soit de l'addition du mot *tous* contenue dans la loi, soit de la désignation résultant de la combinaison de l'article 452 avec l'article 457 ; mais

appuyés sur l'esprit évident du législateur, nous n'avons pas hésité à décider que l'obligation de vendre s'applique à tous les meubles corporels, et ne s'applique qu'à ceux-là (1).

365. Les mots *meubles meublants* n'expriment que ce qui sert à l'usage et à l'ornement des appartements. D'après cette distinction ils comprennent ou non les tableaux, les statues, les porcelaines. V. art 534.

366. Quant aux mots *biens meubles*, *mobilier*, *effets mobiliers*, la loi leur attribue la signification la plus étendue. Ils comprennent tout ce qui n'est pas immeuble. V. art. 535, al. 1.

Mais le sens du mot *maison meublée* doit évidemment être déterminé par le sens connu du verbe *meubler*. Ainsi la vente ou le don, disons mieux tout contrat, toute disposition ayant pour objet une *maison meublée*, ne comprend d'autres meubles que les meubles meublants. V. art. 535, al. 2.

367. Quant à l'expression *maison avec tout ce qui s'y trouve*, elle a, comme de raison, une signification plus étendue. Elle comprend ordinairement tout le mobilier susceptible d'occuper une place, qui se trouve renfermé dans la maison. Toutefois la loi en excepte l'argent comptant, qu'elle ne considère pas en lui-même comme un bien, mais comme signe d'une valeur qui ne réside nulle part. A plus forte raison n'applique-t-elle pas la règle au mobilier incorporel dont les titres se trouveraient dans la maison; mais il n'y a pas d'autre exception. V. art. 536.

CHAPITRE III.

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT.

368. Les biens, dans leur rapport avec ceux qui les possèdent, et qui par là même sont réputés propriétaires, se parta-

(1) V. ci-dessus, n° 210.

gent en deux classes distinctes, suivant qu'ils appartiennent ou non à des particuliers.

Cette division, qu'il ne faut pas confondre avec celle qui envisage diversement les biens selon qu'ils sont ou non susceptibles de propriété privée, a pour objet de les soumettre à des règles différentes quant à leur administration et à la faculté d'en disposer, eu égard au seul fait de la possession actuelle.

369. En général, et sauf disposition contraire de la loi, les particuliers, seuls arbitres de leurs intérêts, disposent et administrent librement; mais la même latitude ne pouvait être accordée aux fonctionnaires chargés des intérêts d'une communauté ou personne morale. De là les règles particulières auxquelles sont soumises l'administration et l'aliénation des biens qui n'appartiennent pas à des particuliers. V. art. 537. Ces règles, au reste, qui sont du ressort du droit public, doivent, par la nature des choses, présenter une grande analogie avec celles que le droit civil établit dans l'intérêt des mineurs ou autres incapables.

370. La loi n'indique ici comme n'appartenant pas à des particuliers que les biens du domaine public ou biens de l'État (art. 538-541), et les biens communaux (art. 542).

Mais le Code lui-même reconnaît ailleurs comme distincts des biens de l'État et de ceux des communes, les biens des établissements publics (v. notamment art. 1712, 2227, add. 910, 937, 2045, 2121); ce qui forme conséquemment une troisième classe, comprenant les biens des hospices (v. L. 16 vend. an v (1), et 16 messidor an vii (2)); ceux de l'université (v. Décret 17 mars 1808 (3)); et ceux des établissements ecclésiastiques (v. LL. 18 germinal an x (4), 2 janvier 1817 (5) et 24 mai 1825 (6)).

(1) II, B. 84, n° 753.
(2) II, B. 293, n° 3112.
(3) IV, B. 185, n° 3179.
(4) III, B. 172, n° 1344.
(5) VII, B. 128, n° 1454.
(6) VIII, B. 40, n° 921.

370 *bis*. Dans la pensée des rédacteurs du projet présenté par la section de législation au conseil d'État, on ne reconnaissait que trois classes de propriétaires : la nation en corps, les communes ou les particuliers. Cette pensée était clairement exprimée dans un second paragraphe de l'article 510, dont la première partie seule forme aujourd'hui l'article 516. Elle se retrouvait encore dans l'article 530 (aujourd'hui 537), où l'on n'appliquait qu'aux biens nationaux et à ceux des communes la soumission aux règles et formes spéciales d'administration ou aliénation. Ce n'est pas que l'on niât l'affectation de certains biens à des établissements publics, ni que l'on contestât à ces établissements le droit de les administrer et d'en jouir; mais, parce que le droit de disposer de ces biens en cas de suppression de l'établissement passerait certainement à la nation, ou aux communes si l'établissement leur était particulier, on en concluait que la nation ou les communes étaient seules propriétaires (1). Sous ce rapport, les biens des établissements publics étaient donc compris dans la formule générale qui soumettait aux formes et règles spéciales d'administration ou d'aliénation *tous* les biens nationaux et ceux des communes. Ce point de vue, disons-le, n'avait rien d'absolument inconciliable avec les dispositions de la loi qui reconnaissent, sous certaines conditions, la faculté de donner aux établissements publics (art. 910, 937), ni même avec les autres articles où les établissements publics sont énoncés comme personnes civiles distinctes de l'État et des communes (art. 1712, 2045, 2121, 2227). Toutefois, cette négation virtuelle de la propriété des établissements publics suscita, dans l'intérêt de ces établissements, et particulièrement dans l'intérêt des hospices, des inquiétudes et des réclamations (2), et, pour ne rien préjuger, on supprima le second paragraphe de l'article 510 (516), et l'on remplaça dans l'article 530 (537) l'énonciation spéciale des biens nationaux et de ceux des communes par la formule générale *biens qui n'appartiennent pas à des particuliers* (3).

Quoi qu'il en soit, la propriété des établissements publics, déjà supposée, il faut bien en convenir, par les articles du Code civil ci-dessus cités, est un point qui aujourd'hui n'est point contesté. Celle

(1) M. Treilhard, séance du 20 vend. an XII (Fenet, tom. 11, pag. 9).
(2) Regnaud de Saint-Jean d'Angély, même séance (Fenet, tom. 11, pag. 8).
(3) Même séance (Fenet, pag. 8, 9, 10 et 18).

des hospices, appuyée sur les lois du 16 vendémiaire an V et du 16 messidor an VII, a été constamment reconnue par la jurisprudence comme distincte de celle de l'État (1); celle de l'université est suffisamment constatée par le décret du 17 mars 1808 (art. 131-137); celle des établissements ecclésiastiques est formellement proclamée par la loi du 2 janvier 1817, et aussi par celle du 24 mai 1825, relative à l'autorisation et à l'existence légale des congrégations et communautés religieuses de femmes.

371. La personnalité et l'aptitude à posséder proclamées ici par la loi pour l'État et pour les communes, ne paraissait pas, dans la pensée du législateur, devoir s'appliquer aux diverses circonscriptions territoriales dans lesquelles les communes se trouvent classées au point de vue administratif ou judiciaire. Toutefois des actes législatifs postérieurs ont certainement reconnu cette personnalité et cette aptitude aux départements. V. L. 10 mai 1838 (2), art. 4. Ainsi dans les biens qui n'appartiennent pas aux particuliers, il faut reconnaître une quatrième classe formée des biens départementaux.

371 *bis*. La loi de 1838 reconnaît certainement la personnalité et propriété du département quand elle soumet aux délibérations du conseil général les acquisitions, aliénations et échanges des *propriétés départementales;* le changement de destination ou d'affectation des *édifices départementaux;* le mode de gestion des *propriétés départementales;* les actions à intenter ou à soutenir *au nom du département;* les transactions qui concernent les *droits du département;* enfin l'acceptation des dons ou legs *faits au département*. Cette personnalité et cette aptitude étaient déjà reconnues par des actes législatifs antérieurs qui semblaient les appliquer même aux arrondissements (v. décr. du 9 avril 1811 (3); v. surtout L. 16 juin 1824 (3), art. 7, qui suppose que les arrondissements, comme les départements et les communes ou établissements publics, peuvent faire des acquisitions et recueillir des donations ou legs). Mais, quand on compare les attributions faites aux conseils d'arrondisse-

(1) V. C. C., rej., sect. civ., 23 pluv. an XIII (P. tom. 11, pag. 369).
(2) IX, B. 570, n° 7378.
(3) IV, B. 363, n° 6657.

ment (d. L. 10 mai 1838, art. 41 et 42) avec celles qui sont données, quant aux biens départementaux, aux conseils généraux (d. L., art. 4), et, quant aux biens communaux, aux conseils municipaux (L. 18 juillet 1837 (1), art. 17-19), on reste convaincu que les biens même affectés à l'usage particulier d'un arrondissement ne forment pas une classe intermédiaire entre les biens communaux et les biens départementaux, et qu'ils font purement et simplement partie de ces derniers.

372. Une cinquième classe se compose des biens affectés à la dotation de la couronne (v. Sén.-cons. du 12 décembre 1852 (2)). On peut même en voir une sixième dans les biens qui composent les majorats (v. D. du 1er mars 1808 (3); mais v. L. 12 mai 1835 (4) et L. 7 mai 1849 (5)).

373. La législation spéciale à chaque matière règle la nature, l'origine et le caractère des biens composant les quatre dernières classes; mais le législateur a jugé utile de déterminer ici dans une énumération, qui, au surplus, n'est pas complète, quels biens doivent appartenir à l'État, et former ce qu'il appelle indistinctement le *domaine public* (art. 538-541). Quant aux biens communaux, il se borne à en donner la définition.

373 *bis*. Dans l'exactitude du langage consacré aujourd'hui par la science, le mot *domaine public* ne comprend pas indistinctement tous les biens de l'État : il s'applique aux choses affectées, par une destination spéciale et permanente, à un usage public; mais non aux biens dont l'État est propriétaire comme pourrait l'être un particulier. Ces deux classes de biens, qui ne sont certainement pas confondues par la loi, le sont pourtant ici sous une même dénomination. Il faut bien reconnaître que cette confusion existait déjà dans la loi telle qu'elle fut faite en 1804; il est vrai que le mot *domaine public*, employé dès lors dans les articles 538 et 540, ne

(1) IX, B. 521, nº 6946.
(2) XI, B. 2, 10.
(3) IV, B. 186, nº 3207.
(4) IX, 1re partie, B. 138, nº 308.
(5) X, B. 160, nº 1299.

l'était pas dans les articles 539 et 541 ; mais on n'attachait pas une idée différente à l'expression appartenir à la *nation*, dont se servaient les articles 539 et 541, et l'expression *faire partie du domaine public*, employée par l'article 540. La preuve s'en trouve dans le mot *aussi*, par lequel la disposition de l'article 540 se rattache à l'article 539 ; elle se trouve encore dans la proposition *il en est de même*, qui lie à l'article 540 l'article 541. Cette confusion, du reste, apparaît plus clairement encore dans la rédaction de 1807, devenue notre texte officiel, qui a introduit dans l'article 539 l'expression *domaine public*.

Quoi qu'il en soit, si la confusion existe dans les mots, elle n'existe pas dans les choses. Le domaine public proprement dit est essentiellement hors du commerce, tant que dure l'affectation au service public. Au contraire, les autres biens de l'État sont, sauf l'observation des formes prescrites, susceptibles d'être aliénés, et, dans tous les cas, sujets à prescription. Cette différence est marquée par la loi elle-même dans l'article 541 (v. aussi art. 560 ; v. au surplus art. 2226 et 2227).

374. Tout bien qui, ne pouvant avoir ou n'ayant pas actuellement de maître, fait partie du territoire français, ou se trouve sur ce territoire, doit naturellement appartenir à l'État. Ainsi 1° toute chose qui, par sa nature ou sa destination, est affectée à un service public incompatible avec le droit exclusif résultant d'une propriété privée, est déclarée par la loi dépendance du domaine public. Cette règle s'applique notamment :

Aux chemins de diverses espèces, suivant que les lois de la matière les mettent ou non à la charge de l'État ;

Aux cours d'eau, suivant qu'ils sont ou non navigables ou flottables ;

Aux ports, havres et rades. La loi semble même comprendre dans la même application non-seulement les rivages, mais même les lais et relais de la mer. V. art. 538.

374 *bis*. I. La proposition générale qui, comme complément de l'énumération précédente, attribue au domaine public les biens *non susceptibles d'une propriété privée* semble signaler en première ligne,

comme appartenant à cette catégorie, ceux qui viennent d'être énumérés. Cette idée, évidemment exacte pour toutes les autres parties de l'énumération, ne l'est cependant pas en ce qui concerne les lais et relais de la mer. Ces portions de territoire n'étant affectées à aucun service public sont parfaitement susceptibles de propriété privée, et n'appartiennent à l'État qu'à titre de biens vacants. Aussi la loi du 16 septembre 1807 (1), en autorisant formellement le gouvernement à concéder aux conditions qu'il aura réglées certains biens domaniaux, les comprend-il nommément dans cette catégorie.

374 *bis*. II. La loi n'attribue, comme on voit, au domaine public les fleuves et rivières qu'autant qu'ils sont navigables ou flottables. De là on semble autorisé à en conclure que les autres cours d'eau non-seulement sont susceptibles de propriété privée, mais qu'en l'absence de toute disposition qui les range parmi les biens de l'État, ils demeurent purement et simplement placés dans la catégorie des biens de particuliers. Telle paraît être, en effet, la pensée du législateur, quand il attribue aux riverains la propriété des îles qui s'y forment (art. 561). La même pensée se manifeste dans l'article 644, qui accorde aux riverains l'usage de leurs eaux, avec plus ou moins d'étendue, suivant que l'héritage borde seulement le cours d'eau, ou qu'il en est traversé. Enfin cette pensée ressort encore de la loi sur la pêche fluviale, qui reconnaît aux riverains de chaque côté le droit de pêche jusqu'au milieu du cours de l'eau, et leur attribue indemnité préalable, comme en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, lorsque le cours d'eau venant à être rendu ou déclaré navigable ou flottable, ils se trouvent ainsi privés de ce droit de pêche (L. 15 avril 1829 (2), art. 2 et 3).

Malgré ces raisons, qui me paraissent déterminantes, le sentiment contraire compte de nombreux partisans : ceux-ci, posant en principe que ces cours d'eau appartenaient autrefois au seigneur haut justicier, n'hésitent pas à en conclure que la propriété en a passé à l'État, comme succédant aux droits de ce seigneur. Dès lors, disent-ils, aucun texte n'ayant explicitement dérogé à cet état de choses, il a dû subsister, après comme avant la publication du Code, sans préjudice des droits utiles consacrés par la loi en faveur

(1) IV, B. 162, n° 2797.
(2) VIII, B. 286, n° 10958.

des riverains, mais aussi sans que ces droits puissent constituer en leur faveur le titre de propriétaires. Enfin, pour prouver que le Code n'entend point reconnaître aux riverains la propriété de la rivière, on argumente de l'article 563, qui, au lieu de leur attribuer, comme le droit romain, le lit abandonné, l'accorde à titre d'indemnité aux propriétaires des fonds nouvellement occupés (1).

On le voit, la base fondamentale de ce système, c'est la prétendue propriété du seigneur haut justicier. Or, à cet égard, on peut se demander si cette propriété s'appliquait en effet à tous les cours d'eau non navigables, et si ceux mêmes qui étaient attribués au seigneur haut justicier lui appartenaient réellement comme conséquence de son droit de justice. Il paraît bien au contraire qu'un grand nombre de cours d'eau appartenaient à des particuliers, et que le droit des seigneurs hauts justiciers se bornait à ceux dont les riverains n'étaient pas fondés en titre ou en possession pour s'en dire propriétaires (2). S'il en est ainsi, voilà déjà un grand nombre de cours d'eau mis en dehors du domaine de l'État, car c'est seulement sur la succession au droit du seigneur qu'on prétend fonder sa propriété. Quant à ceux qui appartenaient en effet au seigneur, l'État encore ne pourrait se les attribuer, si ce n'était pas vraiment au droit de haute justice qu'était attaché le prétendu droit de propriété. Or, il paraît bien probable que c'était plutôt au titre de seigneur féodal qu'était attribuée ici une sorte de domaine direct, laissant au vassal le domaine utile, que la suppression des droits féodaux a dû convertir purement et simplement en droit de propriété (3).

Ce point d'histoire éclairci, l'argument *a contrario* tiré de notre article 538 reste dans toute sa force pour exclure le domaine de l'État, et la propriété des riverains reste appuyée sur les autres textes ci-dessus cités. Quant à l'argument en sens contraire que l'on tire de l'article 563, il ne me paraît pas déterminant, car il est permis de ne voir dans sa disposition qu'un tempérament d'équité dérogeant aux principes, et qui, en refusant aux propriétaires riverains une des conséquences de leur propriété, n'autorise pas pour

(1) V. C. C., cass., 10 juin 1846 (J. P., 1846, II, pag. 5).
(2) Pothier, *Propriété*, n° 53.
(3) V. Championnière, *Traité des eaux courantes.*

cela à la nier, quand la loi, dans toutes ses autres dispositions, semble au contraire la consacrer.

Quoi qu'il en soit, et quelque parti qu'on prenne sur la question de propriété, il est un point constant, c'est que le droit des particuliers sur les cours d'eau ne peut jamais exclure le pouvoir réglementaire ou de surveillance, de tout temps reconnu à l'administration publique, à l'effet notamment de procurer le libre cours des eaux, de prévenir les inondations, et généralement de protéger en cette matière l'intérêt général. De là un grand nombre de règles de détail restrictives du droit de disposer, qui ne rentrent point dans notre plan, et qui appartiennent à l'étude particulière du droit administratif.

374 *bis*. III. La règle qui attribue au domaine public (c'est-à-dire, dans la pensée du législateur, au domaine de l'État) toutes les parties du territoire qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée ne doit pas être prise à la lettre ; car il y a certainement dans le domaine communal des biens affectés à un service public, hors du commerce, par conséquent, et non susceptibles de propriété privée (v. ci-dessous, n° 377 *bis*. II), mais c'est là une exception qui ne détruit pas la règle générale.

375. 2° Par suite de notre principe, les biens vacants et sans maître, quoique susceptibles de propriété privée, appartiennent aussi à l'État. Cette règle, évidemment, comprend les successions en déshérence. V. art. 539, 713, 723, 768, 33.

375 *bis*. C'est surtout pour les immeubles, partie intégrante du territoire national, que la propriété de l'État, à défaut d'autre maître, est évidente et incontestable. Cependant le principe s'applique aussi aux meubles, mais sauf la part à faire au droit d'occupation, comme on l'expliquera sur les articles 713-717.

376. La première catégorie comprend évidemment les fortifications des places de guerre ou forteresses. V. art. 540. Que si la place cessait d'être place de guerre, l'État conserverait naturellement la propriété qui lui appartenait. Mais les terrains ou constructions, devenant alors susceptibles de propriété privée, seraient sujets à aliénation ou prescription. V. art. 541 ; voy. aussi art. 560.

377. La loi désigne sous le nom de biens communaux non-seulement ceux dont les communes sont propriétaires, mais ceux au produit desquels leurs habitants ont un droit acquis. V. art. 542.

377 *bis*. I. On confond ici sous le nom de biens communaux ceux dont la commune est propriétaire et ceux dont elle a seulement l'usage. Il est clair que, dans ce dernier cas, ce n'est pas le fonds qui est communal, c'est l'usage du fonds; mais cet usage lui-même constitue un bien incorporel auquel s'appliqueront les règles du droit administratif. Quant au fonds, il demeure bien de particulier, régi comme tel par les principes ordinaires de la propriété privée.

377 *bis*. II. La commune a une personnalité distincte de celle des habitants qui la composent. Cependant c'est aux habitants que la loi semble, par ses termes, attribuer le droit à la propriété ou au produit. Ce point de vue peut, sous quelque rapport, se justifier à l'égard de certains biens communaux qui profitent directement aux habitants. Mais il n'est jamais complétement exact; car, quelque supposition que l'on fasse, c'est toujours l'être moral appelé commune qui est vraiment propriétaire ou usager; et jamais les habitants ne pourraient, en se prétendant copropriétaires, obtenir le partage du bien communal. Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître trois espèces distinctes de biens communaux : 1° ceux qui, comme l'église, le cimetière, les rues ou chemins vicinaux, sont affectés à un service public; ceux-là sont hors du commerce comme les biens du domaine public proprement dit : c'est ce que l'on pourrait appeler le domaine communal; 2° dans le domaine privé de la commune, une première classe de biens, dont la jouissance en nature peut, en vertu d'une destination spéciale, appartenir aux habitants, soit pour y exercer en commun le pâturage, soit pour faire attribuer à chacun une certaine portion de bois de chauffage ou de construction; 3° enfin tous autres biens formant la deuxième classe du domaine privé de la commune. Ceux-là sont régis au nom de l'être moral par ses administrateurs, et les produits, par vente de récolte ou location, en sont versés dans sa caisse.

377 *bis*. III. A l'égard des biens départementaux, il y a lieu également, par la force des choses, à distinguer entre le domaine

départemental proprement dit, que l'affectation au service public place nécessairement hors du commerce, et le domaine privé du département. Mais jamais le produit du bien départemental n'est, comme celui des communaux, attribué directement aux habitants.

378. Les biens ainsi distingués, il faut se rappeler qu'on n'a à s'en occuper que sous le rapport des droits des personnes : il y a donc lieu de régler immédiatement la nature et l'étendue des droits que les personnes peuvent avoir sur les biens. Le Code les réduit ici à trois, *propriété*, *jouissance*, *services fonciers;* ces deux derniers droits ne sont que des modifications de la propriété. V. art. 543. Mais remarquez, 1° que par droits sur les biens, on n'entend que les droits *réels*, c'est-à-dire ceux qui affectent la chose même, et dont on peut réclamer l'exercice contre un tiers, indépendamment de toute obligation de la part de celui-ci.

Remarquez 2° qu'on peut encore avoir sur les biens un droit de gage ou d'hypothèque dont le législateur ne parle point ici, parce que ce droit, quoique *réel* (art. 2114), n'est pas, à proprement parler, une modification de la propriété (v. ci-dessus, n° 350).

Il est du reste bien entendu que sous le nom de gage ou d'hypothèque, nous comprenons dans notre pensée le droit de privilége. Enfin l'on doit encore, pour ne rien omettre, mentionner ici comme *réel* le simple droit de possession.

378 *bis*. I. En n'indiquant comme pouvant exister sur les biens que trois espèces de droits, savoir, la propriété, le droit de jouissance et le droit de servitude, la loi donne assez à entendre que les droits de jouissance et de servitude sont les seules modifications possibles de la propriété. Tout droit donc qui les surpasserait en étendue serait la propriété elle-même, qui ne pourrait passer à une nouvelle personne sans cesser d'exister dans la personne du précédent propriétaire. Ainsi, quelque réserve qui eût été faite dans la transmission, à moins que cette réserve n'eût pour objet un droit de jouissance ou de servitude, il faut bien reconnaître que la transmission ne laissera subsister en faveur de l'ancien propriétaire

aucun droit réel ou foncier, si ce n'est pourtant un droit hypothécaire, dont la loi ailleurs proclame et règle l'existence (v. art. 2114, et à ce sujet art. 2095 et 2113).

Cette théorie proscrit à la fois et *ce domaine de supériorité jadis connu sous les noms de seigneurie féodale et censuelle* (1), et le droit de redevance foncière réservé à quelque titre que ce soit sur un domaine d'ailleurs aliéné (v. ci-dessus, n° 359 *bis*. II).

378 *bis*. II. Le droit de jouissance dont il s'agit ici ne doit pas être confondu avec la créance de jouissance résultant du contrat de louage, par lequel le bailleur s'oblige à faire jouir le preneur pendant un certain temps, moyennant un certain prix. Il n'y a là aucune modification de la propriété, conservée pleine et entière au bailleur, qui jouit alors par la perception du loyer; celui-ci seulement, et ses héritiers et ayants cause, sont personnellement engagés à procurer au preneur l'usage de la chose ou la perception des fruits. Ce principe n'est pas détruit par l'article 1743, quoique, par exception et contrairement à l'ancien droit, il applique à l'acquéreur l'obligation d'entretenir le bail consenti par son auteur, au moins lorsque le preneur est déjà en jouissance.

378 *bis*. III. Le simple droit de jouissance est essentiellement temporaire; car, comme il absorbe pendant sa durée tout l'émolument, sinon possible, au moins prévu, de la propriété, l'existence à perpétuité d'un pareil droit ne serait plus une simple modification, mais une véritable destruction de la propriété. De là il faut conclure qu'une concession perpétuelle de jouissance devrait être considérée comme une aliénation complète.

J'appliquerais cette proposition au cas même où le titre de la concession n'indiquerait et n'aurait en effet d'autre objet, dans l'intention des parties, que l'établissement d'une obligation de faire jouir; car une obligation semblable aurait toujours pour effet de réduire en réalité à une prestation en argent le droit du propriétaire qui l'aurait contractée: or le droit de propriété ne peut consister uniquement dans une redevance. Aussi la définition même de la loi indique-t-elle comme condition essentielle du contrat de louage qu'il soit fait *pour un certain temps* (v. art. 1709).

378 *bis*. IV. En combinant ces deux idées, que la concession

(1) Treilhard, exposé des motifs (Fenet, tom. 14, pag. 44).

perpétuelle de jouissance est une aliénation, et qu'aucun droit foncier de redevance ne peut être réservé sur un bien aliéné, on ne saurait hésiter à déclarer proscrits par le législateur, et le bail à rente perpétuel, et l'emphytéose perpétuelle, comme aussi les *champarts* et les baux dits *à locatairie perpétuelle* (1).

Quant aux emphytéoses temporaires, formellement maintenues pour le passé et autorisées pour l'avenir par la loi du 18 décembre 1790, elles ont certainement subsisté et ont pu continuer à s'établir dans les limites de durée fixées par cette loi, au moins jusqu'à la publication du Code civil, avec l'effet de constituer au preneur, à ses héritiers et ayants cause un droit réel immobilier. Cela est si vrai que la loi du 11 brumaire an VII autorisait formellement l'hypothèque de ce droit. V. d. L. (2), art. 6.

Et comme ce droit n'est autre qu'un droit de jouissance, ainsi qualifié par la loi du 11 brumaire an VII, il n'y a rien dans l'article 543 qui ne soit favorable à sa conservation et à la faculté de l'établir pour l'avenir.

Toutefois, il y a des raisons de douter; car le sens du mot *droit de jouissance*, employé dans l'article 543, peut, par la relation évidente de cet article avec les trois titres suivants, paraître limitativement fixé aux droits qui font l'objet du titre 3, et ne comprendre dès lors que l'usufruit, l'usage et l'habitation. Cet argument se fortifie par le rapprochement de l'article 526, qui n'indique d'autre droit immobilier de jouissance que l'usufruit, et de l'article 2118, qui ne comprend aussi que l'usufruit parmi les biens déclarés *seuls* susceptibles d'hypothèque. Et pourtant, le droit d'emphytéose, s'il existe comme droit réel, est nécesssairement immobilier, et il est impossible d'apercevoir une raison pour le déclarer non susceptible d'hypothèque, quand l'usufruit en est

(1) Sous ces diverses dénominations, plus ou moins usitées suivant les localités, on désignait autrefois la concession d'un immeuble sous la condition d'une redevance annuelle. Le *champart* différait des autres en ce que la redevance consistait en une quotité des fruits du fonds. Tous ces titres, au reste, différaient par des nuances plus ou moins tranchées, et dans quelques-uns le bailleur était censé se réserver la propriété. Mais comme dans tous le preneur, en servant exactement la rente, pouvait se maintenir en possession du fonds, ils ont été avec raison confondus par la loi du 18 décembre 1790, qui les a considérés comme translatifs de propriété, puisqu'elle a autorisé les tenanciers à s'affranchir par le remboursement de la rente et à demeurer ainsi propriétaires incommutables. V. au surplus le Répertoire de jurisprudence aux divers mots cités.

(2) II, B. 238-2137.

susceptible. L'omission du droit d'emphytéose dans l'article 2118 peut d'ailleurs paraître d'autant plus significative que cette omission n'existait pas dans la loi du 11 brumaire an VII, dont l'article 6, type de l'article 2118, mettait au contraire sur la même ligne l'usufruit et la jouissance à titre d'emphytéose.

Quelle que soit la force de ces arguments, je ne les crois pas suffisants pour fonder la proscription d'un droit, qui ne présente aucun caractère contraire à l'ordre public ou aux vues générales du législateur, et qui rentre certainement dans le sens exact des termes dont la loi s'est servie pour énumérer les droits dont elle reconnaît l'existence possible. Cela posé, il faudrait une prohibition formelle pour retrancher de la libre disposition des propriétaires la faculté de le constituer. La loi, il est vrai, ne fait aucune mention spéciale de l'emphytéose; elle n'en règle pas en détail les effets; mais n'est-ce pas uniquement parce que cette tenure n'est pas d'un usage fréquent, et parce que le droit qui en résulte peut passer pour un genre d'usufruit? En s'attachant à cette idée, on fera rentrer l'emphytéose sous le nom d'usufruit dans les termes des articles 526 et 2118, comme on est bien obligé de faire rentrer sous cette même dénomination dans l'article 526 les droits d'usage et d'habitation. La preuve, au reste, que l'usufruit proprement dit n'est pas seul compris dans la disposition de l'article 2118, se tirerait au besoin de l'article 2181, qui indique les moyens de purger d'hypothèque les *droits réels immobiliers*. Or comme cette expression générale de *droits réels immobiliers* ne peut avoir ici trait ni aux servitudes ni à l'usage ou à l'habitation dont la nature exclut essentiellement l'hypothèque, il est clair qu'elle s'applique uniquement au droit de jouissance pleine et qu'elle en reconnaît plusieurs espèces possibles; car autrement, au lieu de *droits réels immobiliers*, il aurait fallu dire simplement *droit d'usufruit*.

378 *bis*. V. Telles sont les raisons qui me déterminent à penser que la constitution du droit d'emphytéose à temps est encore possible; sauf à examiner en fait si le titre de concession a en effet pour but l'établissement de ce droit réel immobilier, ou si le bail dit *emphytéotique* n'est qu'un bail ordinaire consenti à longues années. Mais, à cet égard, je crois, en général, que l'emploi du mot *emphytéose* indiquera l'intention d'établir le droit réel immobilier, car tel était l'effet ancien.

378 *bis*. VI. Le droit de jouissance étant essentiellement temporaire, et cette proposition étant, comme je l'ai déjà dit, applicable à la créance de jouissance résultant d'un simple bail, je crois, à défaut d'autre limitation de durée, qu'il faut s'attacher aux règles prescrites à cet égard par la loi du 18 décembre 1790. Ainsi, le droit d'emphytéose ne pourra être établi pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans; le simple bail même ne pourra être consenti pour une plus longue durée, et, s'il est à vie, il ne pourra être établi sur plus de trois têtes. V. ladite loi, art. 1. Si ces limites sont dépassées par la convention des parties, le prétendu bail constituera une aliénation et passera pour une vente à rente, à laquelle s'appliquera l'article 530.

378 *bis*. VII. Il me reste à m'expliquer sur la tenure convenancière ou *à domaine congéable* maintenue et réglée par la loi du 7 juin-6 août 1791, remise en vigueur par celle du 9 brumaire an VI (1).

Le bail à domaine congéable, usité surtout dans certaines parties de l'ancienne Bretagne, est la concession d'un fonds soit à temps, soit plus ordinairement à perpétuité, à la condition d'une redevance annuelle, et avec réserve pour le bailleur de congédier, en payant la valeur des édifices et superficies.

On a reconnu avec raison que cette réserve de la faculté de congédier maintient le bailleur dans la propriété du fonds, et que la superficie seule est aliénée avec faculté de rachat.

Ainsi analysée, cette tenure n'a rien d'inconciliable avec notre article 543; car on peut dire que le domanier n'a sur le fonds qu'un droit de jouissance plus ou moins précaire, et, quant à la superficie, qu'il en a la propriété sous une condition résolutoire (2).

Il en faut dire autant des baux dits à complant (3), usités dans le département de la Loire-Inférieure, parce que, ainsi que l'a re-

(1) II, B. 155, n° 1527.

(2) La difficulté pourrait être de concilier cette faculté perpétuelle de racheter la surperficie avec la disposition du Code civil qui dans la vente à pacte de rachat limite cette faculté à cinq années (art. 1660). Toutefois, cet article n'étant pas ici directement applicable, pusqu'il ne s'agit pas d'un rachat du même genre, et dès lors la condition résolutoire dont il s'agit pouvant rentrer dans le droit commun qui ne circonscrit pas en général ces conditions dans un délai limité, il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette objection.

(3) Le bail à *complaint* est une espèce de *champart* appliqué aux vignes, et qui, s'il était établi à perpétuité et sans réserve du droit de congédier, serait compris dans la même proscription.

connu l'avis du conseil d'État du 4 thermidor an VIII (1), cette tenure rentre dans l'espèce de la tenure convenancière. La même règle s'appliquerait à tous baux consentis avec le même caractère, quelque part et sous quelque dénomination que ce soit. Av. du cons. d'État, 24 messidor an X (2).

378 *bis*. VIII. Au nombre des droits réels sur les biens il convient encore de ranger le droit de possession : non que la possession en elle-même soit autre chose qu'un fait, consistant à tenir la chose en son pouvoir; mais comme ce fait, qui ne devrait marcher qu'à la suite et comme conséquence de la propriété, est de nature à faire supposer le droit chez celui qui l'exerce, la loi attache à la possession certains avantages qui la convertissent en un véritable droit. Non-seulement, en effet, la possession peut conduire plus ou moins directement à la propriété (v. art. 2262, 2264, 2279); mais avant même qu'elle ait produit ce résultat par sa prolongation, la possession annale, pourvu qu'elle ait les caractères requis, est le principe d'actions tendant à s'y faire maintenir ou réintégrer, et que l'on désigne, pour ce motif, sous le nom de *possessoires* (v. C. pr., art. 23). Ces actions, évidemment, ne sont pas moins réelles que les actions pétitoires.

378 *bis*. IX. La possession dont il s'agit ici, c'est la possession à titre de propriétaire. Mais l'on doit citer encore comme produisant des effets de droit la possession à titre de nantissement établie en faveur d'un créancier comme moyen d'assurer son payement. Ces effets peuvent, suivant les cas, ou consister uniquement dans la faculté de retenir la chose jusqu'au payement (v. art. 867, 1948), ou consister en outre à conférer au créancier un droit de préférence sur le prix (v. art. 2073, 2076), ou enfin lui conférer sur la chose un véritable droit de jouissance, mais applicable seulement au payement de sa créance (v. art. 2085). Dans tous ces cas il y a certainement un droit réel dont la possession est la base, et qui s'évanouirait avec elle si elle était volontairement relâchée. Mais, selon moi, on ne doit point hésiter à reconnaître en principe à la personne dépossédée malgré elle, par soustraction ou accident, une action réelle tendant à revendiquer son droit à la possession.

(1) III, B. 43, n° 278.

(2) Cet avis, non inséré au Bulletin, est rapporté par Merlin, Répertoire, *verb.* Vignes.

Cette action, du reste, rentrerait dans la catégorie des actions *pétitoires*.

TITRE DEUXIÈME.

DE LA PROPRIÉTÉ.

379. User de sa chose, en tirer tous les produits dont elle est susceptible, la dénaturer, la perdre même ou la faire passer à un autre, tels sont en général les droits du propriétaire, ils sont tous compris dans ces expressions de la loi, *jouir et disposer de la manière la plus absolue*. Mais quelque inviolable que soit le droit de propriété, les citoyens qui ne l'exercent que sous la protection des lois, doivent se soumettre aux restrictions qu'elles imposent, et observer les prohibitions portées, soit par les lois elles-mêmes, soit par les règlements faits pour leur exécution. V. art. 544.

379 *bis*. Le droit de jouir, contenu dans le droit de propriété, mais qui peut en être temporairement séparé, comprend celui d'*user*, c'est-à-dire d'employer la chose à son service, et celui d'en tirer des fruits ou revenus. Quant au droit de tirer de la chose des produits extraordinaires, il ne rentre pas dans l'idée de jouissance, et serait en conséquence refusé à l'usufruitier, mais il est évidemment compris dans le droit de disposer, qui appartient au propriétaire aussi bien que celui de jouir.

Disposer, c'est une manière d'user exprimée par le mot latin *abuti*. Ce mot ne signifie point *abuser*, car personne évidemment n'a le droit d'abuser, c'est-à-dire d'user contre le droit. Aussi, le législateur, en consacrant dans sa définition le droit de disposer *de la manière la plus absolue*, ne proclame-t-il ce droit que sous certaines restrictions. Le droit, donc, n'est *absolu* que dans les limites qui peuvent être tracées soit par la loi, soit même par de simples règlements émanés des autorités compétentes. Le Code civil lui-même consacre, sous le nom, impropre selon moi, de *servitudes légales*, un grand nombre de restrictions à la disposition absolue du propriétaire; ce ne sont point des servitudes, car elles consti-

tuent au contraire le droit commun de la propriété telle qu'elle est ici définie. D'autres restrictions résultent de lois particulières: parmi ces lois on peut citer notamment la loi sur les mines (21 avril 1810), qui non-seulement refuse au propriétaire le droit d'exploiter sans une concession spéciale les masses de substances minérales renfermées dans son fonds, mais qui permet de concéder la mine à tout autre qu'au propriétaire (v. ladite loi, art. 5 et 16). Cette même loi prescrit l'observation de certaines conditions pour l'exploitation des minières et des carrières (v. aussi L. 16 septembre 1807, qui soumet à des règles particulières la propriété des marais. V. encore C. forestier, art. 219 et suivants, dont les dispositions, plusieurs fois prorogées, l'ont été en dernier lieu jusqu'au 31 juillet 1856 par la loi du 7 juin 1853). Enfin, de simples règlements locaux de police ou de voirie peuvent certainement restreindre le libre usage de la propriété.

Quoi qu'il en soit, une bonne législation doit respecter comme principe l'indépendance du droit du propriétaire, et ne peut y déroger que par de graves motifs d'ordre public ou d'intérêt général.

380. Une conséquence du droit que chacun a de disposer de sa chose, c'est qu'il ne peut en être dépouillé sans un acte de sa volonté; cependant l'intérêt privé doit encore ici fléchir devant l'intérêt général, et l'État peut exiger le sacrifice d'une propriété. Mais il faut pour cela, 1° qu'il y ait une cause d'intérêt public légalement constaté, 2° que le propriétaire soit justement et préalablement indemnisé. V. C. civ., art. 545, voy. aussi à ce sujet L. 3 mai 1841 (1); et remarquez qu'en attribuant comme de raison au pouvoir législatif ou exécutif et à l'administration locale le droit de constater et de déclarer dans certaines formes l'utilité de l'expropriation, c'est aux tribunaux seuls que la loi confère le droit de prononcer cette expropriation après vérification de l'accomplissement des formes. V. d. L. art. 1, 2 et 3; et à ce sujet sén.-cons. du 25 décembre 1852 (2), art. 4, qui n'exige plus l'intervention du pouvoir législatif.

(1) IX, B. 808, n° 9285.
(2) XI, B. 5, n° 28.

C'est aussi au pouvoir judiciaire qu'appartient le règlement de l'indemnité, si elle ne peut être fixée à l'amiable; mais la loi remet ici la décision à un jury spécial.

Quant au payement de l'indemnité, il doit, suivant le principe posé par le Code civil et consacré par la Charte, être *préalable;* mais en ce sens seulement que le payement ou la consignation doit précéder la prise de possession (d. L. art. 53). Du reste l'expropriation se prononce avant même la fixation de l'indemnité (d. L. art. 14).

381. Les effets de la propriété ne se bornent pas à la chose même qui en est l'objet, le droit du propriétaire s'étend encore sur ce qui est produit par la chose et sur ce qui s'y unit accessoirement; l'union peut être naturelle ou artificielle. L'acquisition des produits et celle des choses accessoirement unies sont comprises par le législateur sous le nom de *droit d'accession*. V. art. 546.

381 *bis*. Il n'est peut-être pas exact de rattacher à l'*accession* le droit du propriétaire sur le produit; car la production est précisément l'inverse de l'accession. Par l'accession, en effet, une chose perd son existence propre en s'identifiant avec une autre; tandis que par production une chose nouvelle acquiert une existence propre en se détachant de celle dont elle faisait partie : elle n'*accède* donc pas, elle *procède*. Quoi qu'il en soit, c'est bien par accession que la semence ou la plante génératrice du fruit se confond et se perd dans le sol, dont ce fruit fera partie jusqu'à détachement. Et comme en cet état il appartient au propriétaire du fonds, il est naturel qu'il continue à lui appartenir après que la séparation lui a donné une existence propre. Cela suffit pour expliquer le droit du propriétaire sur les produits quelconques.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE.

382. La loi considère comme produit de la chose, appartenant comme tel au propriétaire, non-seulement ce qui en

naît spontanément ou par la culture, après en avoir fait partie intégrante, comme les fruits naturels ou industriels et le croît des animaux; mais encore les fruits civils, c'est-à-dire les revenus qui se perçoivent à son occasion. Voy. art. 547.

Au reste, quoiqu'on ne doive comprendre sous le nom de fruits que les produits ordinaires, il est certain que le droit du propriétaire s'applique également aux produits extraordinaires.

382 *bis*. La distinction entre les fruits et les autres espèces de produits est, comme on voit, sans intérêt, en ce qui concerne le plein propriétaire possédant lui-même sa chose. Mais elle est importante à l'égard d'un usufruitier ou d'un possesseur de bonne foi. Quant à la distinction des diverses espèces de fruits, elle n'a pas non plus d'importance quant à leur attribution au propriétaire. Seulement si les fruits étaient procurés par l'industrie d'autrui, il pourrait y avoir lieu à indemnité pour le travail (art. 548.) Mais il reste toujours vrai que ces fruits, jusqu'à leur séparation, font partie de la chose, qu'ils appartiennent comme tels à son propriétaire, et qu'ils continuent naturellement à lui appartenir après la séparation. Le droit du propriétaire aux fruits civils n'est pas moins incontestable, puisque l'émolument qu'ils constituent n'est que l'équivalent de l'usage ou de la jouissance de la chose, sur laquelle existe son droit de jouir. Les mêmes principes sont applicables à l'usufruitier et au possesseur de bonne foi, qui, à des points de vue différents, sont, tant que dure leur titre, substitués au propriétaire pour la jouissance. Il est vrai qu'on a douté autrefois si l'on devait accorder au possesseur de bonne foi les fruits purement naturels, et c'est en souvenir de cette controverse, qui, aujourd'hui ne peut plus exister, que la division des fruits en naturels et industriels a passé dans la doctrine et de là dans la loi, où elle demeure, heureusement, à l'état de pure théorie; heureusement, disons-nous, car elle ne serait pas facile à appliquer dans la pratique. Quant à la distinction des fruits en civils et naturels (ou industriels), elle est importante pour régler le moment où l'acquisition s'opère et déterminer par là si, eu égard à la durée de son droit, cette acquisition a pu ou non s'appliquer à l'usufruitier (v. art. 585, 586).

Nous verrons si sous ce rapport le possesseur de bonne foi, dont le titre est également temporaire, doit être assimilé à l'usufruitier (v. ci-dessous n° 384 *bis*. V).

383. Le principe qui attribue les fruits au propriétaire ne reçoit pas d'exception, au cas même où le fonds aurait été cultivé ou ensemencé par un tiers et à ses frais; sauf dans ce cas l'indemnité fondée sur l'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui. V. art. 548; voy. pourtant art. 585.

383 *bis*. I. Il n'est pas exact de désigner, comme le fait la loi, sous le nom de *tiers* la personne qui a fait les frais de labours, travaux et semences. Il n'y a pas ici proprement de tiers, puisqu'il n'y a en jeu que deux personnes. Du reste par l'emploi de ce mot, qui s'oppose ordinairement au mot *parties*, la loi indique assez qu'elle n'entend pas régler ici les obligations auxquelles des dépenses de ce genre pourraient donner lieu entre parties contractantes ou quasi contractantes; elle suppose la dépense faite par une personne qui agissait pour son propre compte, dans le but de s'approprier la récolte, probablement parce qu'elle était en possession du fonds ou du droit de jouir de ce fonds.

C'est donc principalement au possesseur que la loi assure ici son indemnité, et cela sans distinguer s'il a agi de bonne ou de mauvaise foi. Dans notre cas, en effet, pas plus que dans tout autre (v. notamment art. 555) le législateur n'admet le système rigoureux du droit romain, qui punissait par le refus d'indemnité ou par la perte de sa chose celui qui avait sciemment travaillé ou dépensé sur le fonds d'autrui (v. *Just.*, inst. §§ 30 et 32, *De rer. div.*). Il paraît, au surplus, que cette rigueur n'était pas même universellement admise dans la doctrine romaine (V. en effet *Jul.*, L. 6, § 3, ff. *De neg. gest.; Paul*, L. 38, *in fine*, *De her. pet.*).

Quoi qu'il en soit, nous devons remarquer que c'est au possesseur de mauvaise foi que profitera le plus souvent la disposition de notre article; car le possesseur de bonne foi, à moins que sa condition n'ait changé avant la récolte, n'aura point d'indemnité à réclamer, puisque la récolte lui appartiendra (art. 549).

383 *bis*. II. Chez les Romains, au moins dans la rigueur des principes, le possesseur même de bonne foi ne pouvait obtenir son in-

demnité que par voie d'exception (v. *Jul.* L. 33, ff. *De cond. indeb.*; *Paul*, L. 14. *De dol. mal. et met. except.*; v. pourtant le même *Julien*, d. L. 6, § 3, *De neg. gest.*). Mais le droit à l'indemnité proclamé chez nous comme charge de l'acquisition des fruits pourrait être également réclamé, soit par voie d'action, soit par voie d'exception.

383 *bis*. III. Des termes de la loi, au reste, on est autorisé à conclure que si les fruits sont déjà perçus par un possesseur, tenu de les rendre au propriétaire qui l'évince, ce possesseur peut les retenir jusqu'au payement de son indemnité; car *ils n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de cette indemnité*.

Que si c'est le propriétaire demeuré ou rentré en possession qui fait lui-même la récolte, il ne peut y avoir, pour celui qui a fait les frais, de droit de rétention; mais on est fondé, je crois, à argumenter de l'article 2102 pour appliquer, dans toute hypothèse, et pour tous frais de labours, travaux et semences, le privilége proclamé par cet article à l'occasion de celui du locataire, et que les termes de la loi appliquent aux *sommes dues pour les semences* (v. art. 2102-4°, al. 4). Cette solution d'ailleurs est en parfaite harmonie avec la disposition qui constitue d'une manière générale le privilége des frais faits pour la conservation de la chose (art. 2102-3°). Comment en effet concevrait-on qu'il en fût autrement des frais faits pour la production?

383 *bis*. IV. C'est au propriétaire considéré comme ayant droit aux fruits qu'est appliquée ici la charge de l'indemnité; mais évidemment la règle sera la même pour toute personne qui, à un titre quelconque, aurait le droit de jouir, et par conséquent de s'approprier les fruits. Toutefois cette règle reçoit exception au cas prévu par l'article 585 qui, *sans récompense de part ni d'autre*, attribue à l'usufruitier les fruits pendants au commencement de l'usufruit, et au propriétaire ceux qui sont dans le même état à la fin de l'usufruit.

Mais cette exception, uniquement basée sur les rapports existants entre l'usufruitier et le propriétaire, et qui se justifie en partie par le besoin de simplifier ces rapports, en partie par l'idée de réciprocité, cette exception, dis-je, doit se renfermer dans son cas; elle n'empêcherait donc pas d'appliquer à l'usufruitier, comme à tout autre ayant droit de jouir, la charge de l'indemnité, si les frais de

labours, travaux et semences avaient été faits par un *tiers* pendant la durée de l'usufruit.

383 *bis*. V. Au reste, et indépendamment de l'exception formellement écrite dans l'article 585, la règle de l'article 548 ne me paraît pas devoir être appliquée entre l'auteur et son ayant cause, lorsque le fonds ou le droit de jouir du fonds aura été aliéné après les travaux ou frais de culture et avant la récolte. Car la chose alors a été transmise dans l'état où elle se trouvait, et si l'aliénation a eu lieu à titre onéreux le prix en aura été fixé en conséquence. De là je conclus que si les frais de labours et semences avaient été faits par un tiers avant l'aliénation, c'est contre le vendeur ou donateur qui a aliéné le fonds avec les fruits pendants, et non contre l'acheteur ou donataire, que compéterait l'action personnelle en indemnité; car c'est vraiment celui qui a vendu ou donné le fonds avec les fruits pendants qui s'est enrichi de ces fruits aux dépens du tiers qui les a procurés. Toute la question serait de savoir si le privilége sur les fruits ne les suivrait pas entre les mains du tiers acquéreur; ce qui obligerait celui-ci à payer l'indemnité sauf recours. Mais cette prétention, repoussée par l'article 2219 ou, si on l'aime mieux, par le principe *en fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279), ne me paraîtrait pouvoir être admise qu'autant que l'acquéreur aurait connu lors de son acquisition l'existence du privilége (v. à ce sujet art. 1141).

384. De ce qui précède il résulte, que celui qui possède le fonds d'autrui doit en général en restituer au propriétaire tous les produits; mais on a dû prendre en considération le grave préjudice qu'éprouverait, sans avoir pu s'en garantir, le possesseur de bonne foi, si, après plusieurs années de jouissance paisible, on l'obligeait à tenir compte des fruits, que son erreur l'autorisait à dépenser à mesure. C'est pour cela qu'il fait les fruits siens. V. art. 549.

Au surplus, bien que notre motif semble s'appliquer uniquement aux fruits qui sont effectivement consommés, c'est un principe en droit français, que la seule perception suffit pour faire gagner les fruits au possesseur de bonne foi (v. art. 138).

384 *bis*. I. Le possesseur de mauvaise foi doit rendre *les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique*, mais comme la revendication ne serait pas admise contre lui, et qu'il n'aurait pas dès lors à rendre la chose s'il était protégé par la prescription (v. art. 2262), il n'aurait pas alors à rendre les produits même antérieurs à l'accomplissement de la prescription. Sa propriété en effet remonterait au jour de son entrée en possession.

Mais si la prescription n'est pas acquise, le possesseur évincé rend tous les produits ordinaires ou extraordinaires, et par conséquent les fruits de toutes les années de sa possession. A cet égard, il n'y a aucune distinction à faire entre les fruits naturels et les fruits civils. Sous ce rapport, le possesseur de mauvaise foi est traité plus rigoureusement qu'un débiteur de loyers, d'intérêts ou d'arrérages, qui, pour se préserver de la ruine à laquelle l'exposerait la prestation de toutes les annuités arriérées, pourrait invoquer la prescription de cinq ans (art. 2277). Mais cette faveur, qui s'explique pour un débiteur à raison de l'impossibilité où il était peut-être de payer aux échéances, ne se justifierait point à l'égard d'un possesseur de mauvaise foi, qui ne doit imputer qu'à lui la prolongation de son indue possession, et par conséquent l'accumulation dans ses mains des fruits qu'il est tenu de rendre lors de l'éviction.

Il va sans dire, au reste, que sur les fruits à rendre le possesseur pourra toujours déduire les frais de labours, travaux et semences, qui lui sont dus aux termes de l'article 548. Il n'y a pas plus de raison pour lui refuser la déduction de toutes les charges de fruits, telles que contributions ou réparations d'entretien, qu'il aurait acquittées pendant sa possession.

384 *bis*. II. Le possesseur de mauvaise foi étant tenu *ex delicto* à indemniser le propriétaire du tort que lui a causé son indue possession (art. 1382), on ne doit pas hésiter à décider avec le droit romain qu'il doit compte des fruits mêmes qu'il n'a pas perçus, si c'est par sa faute qu'il a manqué de les percevoir. Cela s'appliquerait même aux fruits civils que l'on pouvait faire produire à une chose non frugifère de sa nature, si l'on juge que le propriétaire aurait dû tirer ce profit de sa chose (v. *Papin.*, L. 62 et 64, ff., *De rei vind.*).

384 *bis*. III. L'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi s'applique aujourd'hui sans distinguer si la possession est à titre universel ou à titre particulier. Il en était autrement à Rome, où,

par application du principe *fructus augent hereditatem*, le possesseur de bonne foi d'une hérédité était tenu de rendre les fruits, comme les autres choses héréditaires, s'il s'en était enrichi (*Paul*, L. 40, § 1, ff. *De her. pet.*) ; mais cette doctrine, déjà contestée dans l'ancienne jurisprudence, est évidemment rejetée par l'article 138 (1).

384 *bis.* IV. Ainsi tout possesseur de bonne foi fait les fruits siens. Cette règle comprend dans sa généralité toutes les espèces de fruits, naturels, industriels ou civils. Mais quand et comment les acquiert-il? Fixons-nous d'abord sur ce point en ce qui concerne les fruits naturels ou industriels; nous verrons ensuite si l'on doit décider autrement pour les fruits civils.

Chez les Romains, l'acquisition avait lieu par la *perception*, disons mieux, par le détachement du sol, quels qu'en fussent la cause et l'agent; mais cette acquisition n'était qu'intérimaire et ne dispensait pas le possesseur de rendre les fruits *extants* (v. *Paul*, L. 48, ff., *De acq. rer. dom.; Dioclet.* et *Maxim.*, L. 22, Cod. *De rei vind.*). Ainsi l'acquisition n'était irrévocable que par la consommation. Cette doctrine, on doit le reconnaître, était en parfaite harmonie avec la considération d'équité que nous donnons pour base principale au bénéfice dont jouit le possesseur de bonne foi. Toutefois notre ancienne pratique française, peut-être à cause des difficultés d'application, n'admettait pas la distinction entre les fruits extants et les fruits consommés (2); et cette pratique est évidemment consacrée par l'article 138, aux termes duquel les possesseurs de l'hérédité *gagnent* les fruits par eux perçus de bonne foi. Nous n'hésitons pas, du reste, à voir dans cet article une règle générale, applicable à tout possesseur de bonne foi, puisque cette règle est conforme à notre ancien droit, et que la loi ne s'explique pas ici sur le mode d'acquisition.

384 *bis.* V. Il est donc entendu que la perception suffit pour faire acquérir les fruits; ce qui ne l'est pas moins, c'est que la perception est nécessaire pour cette acquisition; car les fruits, tant qu'ils sont pendants, font partie du fonds, qui n'appartient pas au possesseur. Mais cette raison, il faut en convenir, ne peut s'appliquer aux fruits civils, et l'on pourait certainement, sans violation manifeste

(1) V. tom. 1er, n° 176 *bis.* I.
(2) Poth., *Propriété*, n° 341.

des principes, les faire acquérir jour par jour au possesseur, pour tout le temps de sa possession, comme on les attribue à l'usufruitier, indépendamment du fait de perception, à proportion de la durée de son usufruit (art. 586). Cependant ma pensée est qu'il faut appliquer ici aux fruits civils comme aux fruits naturels la condition de perception : l'article 138 ne distingue pas, et je ne vois pas de raison suffisante pour faire la distinction. Il est vrai que la nécessité de la perception comme condition de l'acquisition n'est pas ici, comme pour les fruits proprement dits, commandée par la nature des choses ; mais elle me paraît l'être par les principes particuliers de la matière. Ce n'est en effet que la perception qui peut faire supposer la consommation ; et comme c'est seulement le fait possible de consommation par le possesseur qui justifie en équité l'attribution qui lui est faite des fruits produits par la chose d'autrui, je ne vois pas de motif pour lui faire gagner, dans aucun cas, des fruits qu'il n'a pas perçus : selon moi, le bénéfice du possesseur ne doit consister vraiment que dans une dispense de restitution.

385. La bonne foi n'est point parfaite, et ne mérite aucune faveur, si elle ne repose sur un titre, c'est-à-dire si la cause de la possession n'est pas telle, qu'en l'absence d'un vice ignoré elle eût dû rendre le possesseur propriétaire. Il est évident que la connaissance du vice fait cesser la bonne foi, dès que cette connaissance survient. Mais la loi veut dire quelque chose de plus ; elle entend certainement que l'acquisition des fruits, dont la bonne foi est le principe, cesse en même temps qu'elle. V. art. 550, et remarquez : 1° que le titre fait supposer la bonne foi jusqu'à preuve du contraire (v. art. 2268) ; 2° que la bonne foi ne peut plus être alléguée après la réclamation fondée sur le vice du titre, mais qu'elle est en général censée durer jusqu'à cette réclamation.

385 *bis*. I. La bonne foi du possesseur consiste à se croire propriétaire ; elle repose par conséquent sur une erreur : or, évidemment, il n'est dû ni faveur ni indulgence à celui qui se trompe par sa faute. Donc, en général, la bonne foi, pour être utilement invoquée, devra reposer sur un titre translatif de propriété, c'est-à-dire sur un titre qui, s'il n'était point infecté d'un vice, aurait

rendu le possesseur propriétaire. Ce titre même, évidemment, ne constituerait point la bonne foi si le vice était connu. Mais comme le mal ne se suppose pas, et qu'il serait mal de se faire créer sciemment un titre vicieux, l'existence du titre doit en général faire présumer l'ignorance du vice, et par conséquent la bonne foi (v. à ce sujet art. 2268).

385 *bis*. II. Le titre c'est la cause de possession, *v. gr.* donation, vente, échange, et généralement tout fait qui, de sa nature, était destiné à conférer la propriété. C'est en général au possesseur à produire la preuve de ce fait; et comme cette preuve souvent ne peut se faire que par écrit, on s'est habitué dans la pratique à désigner sous le nom de *titre* l'acte dressé pour constater le titre. Mais ce n'est pas dans ce sens impropre qu'est pris ici le mot *titre;* et pourvu que le possesseur puisse prouver par tout autre mode *légal* l'existence de sa cause de possession, il remplira par là même la condition prescrite par notre article.

385 *bis*. III. La nécessité de produire un titre pour faire présumer sa bonne foi n'existe pas à l'égard d'un possesseur de meubles, car le principe *en fait de meubles possession vaut titre,* lors même qu'il n'a pas l'effet plus étendu d'exclure l'action en revendication (v. art. 2279), a toujours au moins celui de faire considérer jusqu'à preuve contraire le possesseur comme de bonne foi.

385 *bis*. IV. Quoique le titre soit en général la cause constitutive de la bonne foi, il n'est pourtant pas impossible de supposer une bonne foi réelle, et à certains égards justifiable, en l'absence d'un titre régulier : *puta* s'il n'existe pas effectivement de titre, mais que le possesseur ait dû croire à son existence; ou bien si le titre est entaché de nullité, mais que le possesseur ait ignoré cette nullité. Dans le premier cas les jurisconsultes romains avaient fini par admettre que l'erreur du possesseur, pourvu qu'elle ne portât pas sur son propre fait, mais sur celui d'autrui, lui suffirait pour l'usucapion, dont la bonne foi était la condition essentielle (v. *Afr.* L. 11, ff. *Pro empt.; Nerat.* L. 5, § 1, *pro suo*).

Et quoique cette thèse fût aujourd'hui difficile à soutenir pour la prescription, en présence de l'article 2265, qui semble exiger, comme deux conditions distinctes et également essentielles, le juste titre et la bonne foi, je ne vois pas pourquoi l'on rejetterait cette doctrine quant à l'acquisition des fruits. Car le principe posé par

l'article 549, c'est que le possesseur *de bonne foi* fait les fruits siens. Il est vrai que le possesseur n'est en général réputé de bonne foi que quand il possède en vertu d'un titre ; mais ce n'est pas une raison pour lui refuser l'effet attaché à sa bonne foi, lorsque, dans des circonstances extraordinaires, l'absence du titre n'empêche pas en fait cette bonne foi d'exister. Il ne faut pas perdre de vue que soumettre le possesseur de bonne foi à la restitution des fruits, c'est l'exposer à un grave préjudice, et qu'il y aurait plus que de la rigueur à causer ce préjudice à un innocent ; or, on ne peut nier l'innocence de celui qui a eu juste cause d'erreur.

Par la même raison j'accorderais le bénéfice de notre article au possesseur dont le titre est irrégulier, si en fait on reconnaît qu'il a eu juste cause d'ignorer l'irrégularité. Je le déciderais ainsi quand il s'agirait d'une nullité de forme (nonobst. art. 2267). Je le déciderais également si la nullité provenait de l'incapacité de l'auteur du titre. Il est vrai que le vice de forme, s'il est apparent, aurait dû être connu, et que l'on aurait dû connaître aussi le vice d'incapacité ; car on n'est pas en général censé ignorer la condition de la personne avec laquelle on contracte. Mais de là je conclus seulement que l'ignorance du vice, nécessaire pour constituer la bonne foi, ne sera pas alors présumée, et que le possesseur ici aura besoin d'établir sa bonne foi ; ce qui ne l'empêchera pas de s'en faire appliquer les effets s'il parvient à l'établir d'après les circonstances.

385 *bis*. V. Le bénéfice d'acquisition des fruits doit naturellement cesser du moment que la bonne foi cesse ; car dès ce moment cesse le motif d'équité qui fait dispenser le possesseur de les rendre. C'est ce qui était admis à Rome, quoique la survenance de la mauvaise foi ne fît point obstacle à l'usucapion (v. *Paul*, L. 48, § 1, ff. *De acq. rer. dom.;* v. aussi *Ulp.*, L. 23, § 1, *d. tit.*). C'est évidemment aussi ce qu'a voulu décider le législateur dans notre art. 550, quoique, contrairement à notre ancien droit français, il ait admis pour la continuation de la prescription la même règle que le droit romain (art. 2269). Nous remarquons seulement que, puisque la prescription continue malgré la mauvaise foi survenue, elle pourra s'accomplir, et en préservant le possesseur de l'éviction, l'affranchir par là même de toute restitution de fruits. C'est à ce cas sans doute que se réfère Julien dans la loi 25, § 2, ff. *De usur.*, quand

il accorde les fruits au possesseur tant qu'il n'est pas évincé (v. Poth., *Pand.*, tit. *De usur.*, n° VI).

385 *bis.* VI. Il n'est pas même nécessaire pour empêcher l'acquisition des fruits que la bonne foi du possesseur ait entièrement cessé ; il suffit que le vice de sa possession lui ait été révélé par la demande formée contre lui en justice. Cette demande, on le sent bien, n'est pourtant qu'une prétention que le défendeur peut croire mal fondée, et à laquelle alors il résistera de très-bonne foi. Aussi devrait-on se garder de l'assimiler dès lors sous tous les rapports au possesseur de mauvaise foi, notamment quant aux risques de la chose pendant l'instance (v. *Paul*, L. 40, ff. *De her. petit.*). Mais cette demande est pour lui un avertissement suffisant de s'abstenir des actes de propriétaire, puisque son droit de propriété est en question. Si donc il perçoit des fruits pendant l'instance, il ne doit pas se les approprier, mais les tenir en réserve pour les restituer avec la chose si le jugement vient à déclarer le droit du demandeur.

L'effet de la demande ainsi expliqué, il est clair qu'elle ne détruit pas absolument, mais qu'elle suspend seulement le droit du possesseur aux fruits, qui lui demeureront acquis si la demande est rejetée ou si elle tombe par désistement ou péremption (v. à ce sujet art. 2247).

385 *bis.* VII. Il est, du reste, bien entendu que si les effets de la bonne foi s'arrêtent nécessairement au moment de la demande, ils devraient cesser auparavant si effectivement le possesseur avait d'une manière quelconque acquis la connaissance du vice de son titre. Seulement, il faudrait prouver contre lui le fait de cette connaissance, ce qui ne serait pas toujours facile; tandis que la demande une fois formée dispense pour l'avenir de faire cette preuve.

385 *bis.* VIII. Puisqu'il est de principe en cette matière que la bonne foi s'apprécie eu égard à chaque moment de la possession (1), il paraît raisonnable d'accorder à la bonne foi succédant à la mauvaise foi le bénéfice que fait perdre la mauvaise foi succédant à la bonne foi. Il est vrai que la supposition de la bonne foi succédant à la mauvaise foi ne peut guère être admise dans la personne d'un même possesseur, à moins qu'un nouveau titre, vicieux peut-être,

(1) *Ut singula momenta spectemus. Ulp.*, L. 23, § 1, ff. *De acq. rer. dom.*

mais dont le vice était ignoré, ne fût venu réparer à ses yeux le vice connu du premier. Mais l'hypothèse, au contraire, se présente tout naturellement si la mort du possesseur de mauvaise foi transmet la possession à un héritier de bonne foi. Nul doute que dans le cas inverse la mauvaise foi de l'héritier ne l'obligeât à rendre les fruits par lui perçus, quoique les fruits perçus de bonne foi par le défunt de son vivant demeurassent acquis à la succession. Pourquoi donc ici ne suivrait-on pas la même règle pour laisser à l'héritier les fruits par lui perçus de bonne foi, tout en l'obligeant à rendre ceux que le défunt avait perçus de mauvaise foi ? Vainement on objecterait que l'héritier succède au vice de la possession du défunt : cela serait bon en matière de prescription; là, en effet, l'on considère le commencement de la possession, commencement qui est le même pour l'héritier que pour le défunt, puisque l'héritier n'a pas d'autre titre pour prescrire que celui de son auteur. Mais ici, où l'on doit considérer chaque moment de possession, on ne peut appliquer au temps de possession écoulé dans l'ignorance et dans la bonne foi le vice qui s'applique au temps antérieur écoulé sous l'empire de la mauvaise foi. Cependant la question est délicate, et, sans nier aucun des principes exposés, voici l'objection qu'on fait à l'héritier pour lui enlever le bénéfice de sa bonne foi : c'est qu'il est tenu des obligations du défunt, soit qu'il les ait connues, soit qu'il les ait ignorées. Or, dit-on, le défunt, en possédant de mauvaise foi le fonds d'autrui, s'est obligé à indemniser le propriétaire de tout le préjudice que pourra lui causer son indue possession, par conséquent à l'indemniser du préjudice même que causerait la possession de bonne foi de l'héritier, dont la sienne est l'origine (1). Mais est-il bien vrai que le fait illicite de possession de mauvaise foi emporte obligation immédiate de réparer le préjudice qui n'est pas encore causé, et n'est-il pas plus équitable, plus humain, de ne faire naître l'obligation de restituer les fruits que du fait de la perception, et par conséquent de la faire dépendre de la bonne ou de la mauvaise foi qui aura accompagné cette perception ? C'est à cette idée que je m'attacherais, et je laisserais en conséquence à l'héritier de bonne foi les fruits qu'il a perçus et qu'il a dû se croire autorisé à dépenser. Quant aux fruits perçus par le défunt, il devra les rendre, car il y a à leur

(1) V. Pothier, *Propriété*, n° 336. V. aussi *Valens* et *Valent.*, L. 2, Cod. *De fruct. et lit. expens.*

égard dette de la succession, dont l'héritier est en effet tenu, sans examiner s'il en a connu ou non l'existence.

386. Le principe qui attribue les fruits au propriétaire reçoit encore exception à l'égard de l'usufruitier, du fermier, ou du preneur à antichrèse. Mais, dans tous les cas, les fruits faisant partie intégrante du sol tant qu'ils pendent par branches ou par racines, ils continuent à appartenir au propriétaire jusqu'à la perception.

CHAPITRE II.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE.

387. L'accession considérée sous ce rapport est naturelle ou artificielle (art. 546).

Le principe de la matière, c'est que l'accessoire suit la nature du principal. V. art. 551. Ce principe, combiné avec ceux de l'équité naturelle, a dicté les règles établies par le Code, soit relativement aux immeubles, soit relativement aux meubles.

SECTION I.

Du droit d'accession relativement aux choses immobilières.

388. Les règles contenues dans cette section se rapportent :

1° Aux plantations et constructions qui peuvent être faites sur le sol (art. 552-555),

2° Aux accroissements résultant du voisinage d'un fleuve ou d'une rivière (art. 556-563),

3° Enfin à la propriété des animaux farouches qui en s'habituant sur un fonds, en deviennent les accessoires (art. 564).

389. A l'égard des constructions et plantations, le principe général est que la propriété du sol emporte la propriété

du dessus et du dessous. De là plusieurs conséquences, dont les unes sont formellement exprimées par la loi, les autres ressortent clairement de ses dispositions.

Premièrement. Le propriétaire peut en général faire au-dessus ou au-dessous de son sol tout ce qu'il juge à propos. Toutefois la loi elle-même annonce les restrictions apportées à la faculté de planter et de de construire au-dessus, par l'effet des servitudes (v. art. 671, 674, 678, 679, 686). Ces restrictions s'appliquent également à la faculté de construire et de fouiller au-dessous (v. art. 674, 686). Cette dernière est surtout fortement modifiée par la législation relative aux mines (v. L. 21 avril 1810 (1)); elle l'est encore par les lois ou règlements de police. V. art. 552.

Secondement. Tout autre que le propriétaire ne peut, sans son consentement, bâtir, planter ni fouiller le sol (voyez pourtant art. 686 et L. du 21 avril 1810).

Troisièmement. Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, appartiennent au propriétaire du sol par droit d'accession, sauf l'indemnité qui peut être due au planteur ou constructeur, ou au propriétaire des matériaux, et sauf aussi l'aliénation que le propriétaire du sol pourrait en faire, ou qui pourrait résulter de la prescription.

Quatrièmement. La superficie ou les ouvrages intérieurs sont présumés, jusqu'à preuve contraire, établis par le propriétaire du sol, à ses frais, et lui appartenir. V. art. 553.

389 *bis.* Ainsi expliqué, le principe qui attribue au propriétaire du sol la propriété du dessus et du dessous se concilie parfaitement avec l'existence de la propriété souterraine ou superficiaire, distincte de celle du sol. La loi elle-même présente un cas de propriété superficiaire dans l'article 664, où elle suppose une maison dont les différents étages appartiennent à des propriétaires différents. Il n'y a pas plus de difficulté à supposer la propriété d'une cave ou de

(1) IV, B. 285, n° 5101.

tout autre souterrain, distincte de celle du sol ou du bâtiment qui est au-dessus. La constitution de la propriété superficiaire ou souterraine peut évidemment s'opérer par l'effet d'une aliénation consentie par le propriétaire du sol, et généralement par tous les moyens ordinaires de transmettre la propriété; car ce n'est en réalité qu'une aliénation partielle. Si donc la loi a indiqué ici spécialement la prescription, ce n'est pas pour exclure les autres modes de transmission, mais pour lever les doutes qu'aurait pu rencontrer l'application de celui-là, sous prétexte d'équivoque ou de clandestinité de la possession.

390. Le principe d'accession qui attribue au propriétaire du sol les constructions, plantations et ouvrages, quels que soient le planteur ou constructeur et le maître des matériaux employés, reçoit diversement son application à deux cas principaux :

1° Le maître du sol a construit ou planté avec les matériaux d'autrui (art. 554);

2° Un tiers a construit ou planté avec ses matériaux sur le sol d'autrui (art. 555).

390 *bis*. Dans les deux cas, le principe d'accession attribue, comme on l'a déjà dit, au propriétaire du sol la propriété de l'édifice, de la plantation ou de l'ouvrage quelconque. Mais à quel moment précis s'opère cette accession? A quel moment les matériaux, arbres ou plantes perdent-ils leur existence propre pour faire partie intégrante du sol ou de l'édifice? Pour les matériaux, il n'y a pas difficulté, c'est du moment où ils sont employés dans la construction, et bien entendu qu'il n'est pas nécessaire que l'édifice soit achevé. Mais pour les arbres ou plantes, suffit-il de la mise en terre, ou ne faut-il pas attendre qu'ils aient pris racine? Jusque-là, en effet, ne peut-on pas dire que les arbres ou plantes ne se sont pas identifiés avec le fonds, qu'ils n'ont donc pas changé de nature, et qu'ils doivent continuer à appartenir à leur ancien maître? Telle était en effet la doctrine des Romains (v. *Just.*, Inst., § 31, *De rer. div.*). Mais, comme le moment où l'arbre ou la plante serait réputé avoir pris racine ne serait pas toujours facile à déterminer, je crois, avec la plupart des interprètes, qu'il faut chez nous s'attacher au mot *plantation*, dont

s'est servi le législateur, et considérer l'accession comme opérée par le seul fait de la mise en terre à perpétuelle demeure.

391. Au premier cas il s'agit uniquement d'indemniser le propriétaire des matériaux, arbres ou plantes, qui ne les a certainement point aliénés sans aucun fait de sa part, et qui cependant ne peut ni les revendiquer, puisqu'en réalité ils n'existent plus, ni faire détruire, pour les retrouver, les édifices ou plantations. L'indemnité consiste dans la valeur estimative; et, s'il y a lieu, dans de plus amples dommages et intérêts. V. art. 554; et remarquez que la loi n'ôte pas pour cela au maître des matériaux le droit de les revendiquer, s'ils étaient effectivement détachés avant qu'il en eût reçu le prix.

391 *bis*. I. Le droit de revendiquer que je réserve ici au propriétaire des matériaux après le détachement n'était pas douteux à Rome; car on admettait en principe que sa propriété n'avait pas cessé. Il est vrai qu'on lui refusait à bon droit la revendication, tant que sa chose confondue dans la chose principale n'avait point d'existence propre. Il est vrai encore qu'on n'admettait pas ici, comme dans les autres cas d'accession, le droit de faire rendre à la chose accessoire son existence propre au moyen de l'action *ad exhibendum*, et d'arriver ainsi à la revendication. Seulement, en compensation de ce refus, la loi des Douze Tables accordait au maître privé de sa chose l'action *de tigno juncto in duplum*. Mais si par événement la destruction de l'édifice rendait aux matériaux leur existence avant qu'il en eût consenti l'aliénation en recevant le double, la revendication lui appartenait sans difficulté, puisqu'il était demeuré propriétaire.

Je ne vois pas de bonnes raisons pour décider autrement chez nous. Vainement dirait-on que, l'accession étant déclarée par la loi une manière d'acquérir la propriété (art. 546, 551, 712), le maître du sol est devenu propriétaire des matériaux, et que cette propriété une fois acquise doit lui demeurer à tout événement. Ce serait, je crois, jouer sur les mots pour prêter au législateur un système contraire aux principes. Il est évident en effet que le maître de la chose principale ne devient pas propriétaire de la chose accessoire, comme individu, au

moment où celle-ci perd son existence propre par sa confusion dans l'objet principal. Seulement l'objet principal se trouve augmenté, et c'est en ce sens qu'il y a acquisition pour son propriétaire. Il est vrai que dans notre droit on refuse en général au maître de la chose accessoire le droit de la faire séparer, droit qui, à Rome, n'était refusé que dans un cas particulier (v. à ce sujet art. 566-568). Mais, puisque, dans ce cas particulier, le refus du droit de faire séparer n'empêchait pas de reconnaître, après la séparation, la propriété de l'ancien maître, il n'y a, selon moi, rien à induire de la différence des deux législations pour faire refuser aujourd'hui la revendication autrefois admise.

391 *bis*. II. Je ne vois pas non plus pourquoi on refuserait en principe au maître de l'édifice, qui a toujours la faculté de démolir, mais qui seulement n'y peut être contraint, le moyen de s'affranchir de l'indemnité en rendant la chose à son maître après la démolition. J'entends seulement que la chose, après la démolition, pouvant n'être plus dans le même état qu'avant son emploi dans la construction, ce peut être une raison pour l'ancien maître de n'en plus vouloir et de préférer l'indemnité. S'il y a débat sur ce point, les juges, je crois, pourront statuer diversement suivant les circonstances, et en ayant égard notamment à la bonne ou mauvaise foi du constructeur qui a employé les matériaux d'autrui.

391 *bis*. III. Ce que j'ai dit des matériaux après la démolition de l'édifice ne devrait pas en général s'appliquer aux arbres ou plantes qui viendraient à être arrachés ; car, en s'identifiant avec le sol qui les nourrit, ils changent de nature, et ceux qu'on arracherait ne seraient plus vraiment ceux qui avaient été plantés. Peut-être cependant en devrait on dire autrement si les plantations avaient été arrachées avant d'avoir pris racine.

391 *bis*. IV. Une observation qui s'applique ici, comme nous l'appliquerons plus tard à tous les cas d'accession mobilière, c'est que les droits réservés au propriétaire des matériaux ou plantes, et généralement au maître de la chose accessoire, contre le propriétaire de la chose principale, ne pourra jamais s'exercer contre celui-ci que sauf l'observation du principe *en fait de meubles possession vaut titre*. Il est donc bien entendu que s'il était de bonne foi, comme on le supposera toujours jusqu'à preuve du contraire, il ne

sera exposé à la revendication, ou à l'action en indemnité qui en tient lieu, que dans les termes des articles 2279 et 2280.

392. Au second cas, le propriétaire dont le fonds a été augmenté sans sa participation ne doit, en principe, ni s'enrichir aux dépens d'autrui, ni être forcé à une dépense qu'il n'a pas consentie. Il peut donc à son choix retenir l'augmentation en la payant, ou faire remettre les choses dans leur premier état, aux frais du constructeur ou planteur, qui enlève alors ses matériaux, et qui, loin d'avoir droit à indemnité pour le préjudice qu'il éprouve par son fait, peut au contraire être tenu lui-même d'indemniser le propriétaire du fonds.

Le droit qu'a le propriétaire de faire enlever lui offrant un moyen de se décharger de toute indemnité, il est juste, s'il préfère conserver, qu'il paye, non la plus-value résultant des travaux, mais le montant effectif de la dépense, qu'il s'approprie alors par un acte de sa volonté.

Mais l'obligation d'enlever a paru trop rigoureuse à l'égard du possesseur de bonne foi qui, par ses travaux, aurait augmenté le fonds dont il se trouve par la suite évincé. La même faveur qui, dans ce cas, fait accorder au possesseur les fruits perçus (art. 549, 550), lui donne droit à indemnité pour ses dépenses.

Quant au montant de l'indemnité, il se règle alors uniquement par le principe qui défend au propriétaire de s'enrichir aux dépens d'autrui : ce qui donne à celui-ci le choix entre le payement de la dépense et celui de la plus-value. V. art. 555.

392 *bis*. I. Avant d'entrer dans l'explication détaillée de l'article 555, et dans l'appréciation de sa théorie quant à l'obligation d'enlever, et quant à l'indemnité due par le propriétaire, s'il ne veut ou s'il ne peut forcer à l'enlèvement, il convient d'abord de bien se fixer sur le cas que le législateur a en vue : ce cas est celui de constructions, plantations et ouvrages faits par un *tiers*, avec ses matériaux, sur le fonds d'autrui. A cet égard, le principe, sauf les explications ou modifications qui suivent, c'est, pour le propriétaire, le droit de retenir ou d'obliger à l'enlèvement. De là res-

sortent deux idées principales, savoir qu'il ne s'agit que d'ouvrages faits par un *tiers*, et d'ouvrages susceptibles d'enlèvement.

Maintenant le sens du mot *tiers* se trouvant fixé par les explications que j'ai données sur l'article 548 (v. ci-dessus n° 383 *bis*. I), je constate d'abord que notre article n'a pas d'application directe au cas où les ouvrages, susceptibles ou non d'enlèvement, seraient faits par une personne en rapport avec le propriétaire par l'effet d'un contrat ou d'un quasi-contrat. Ce ne sera pas nécessairement une raison pour qu'on ne puisse alors l'appliquer par analogie, lorsqu'il n'apparaîtra pas de motifs de différence; mais c'en sera une pour qu'on puisse se dispenser de l'appliquer, lorsque l'équité, ou les principes particuliers du contrat ou quasi-contrat intervenu entre les parties, réclameront contre cette application.

Pareillement, si les dépenses faites sur le fonds d'autrui, par quelque personne que ce soit, ne constituent pas un ouvrage susceptible d'être utilement enlevé, *v. gr.* s'il s'agit d'une simple réparation, notre article ne sera pas applicable, puisque toute sa théorie repose sur le droit accordé au propriétaire, qui, dans aucun cas, ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, de se soustraire à l'indemnité en forçant ou permettant l'enlèvement.

Ces principes, qu'il nous suffit ici d'indiquer, nous serviront plus tard à expliquer dans leur véritable sens plusieurs dispositions de la loi qui statuent sur des questions d'indemnité de dépenses, et qui, selon nous, n'ont rien de commun avec la disposition de notre article (v. notamment art. 599, 862, 1375, 1381, 1634, 1635, 1673, 2175).

392 *bis*. II. Cela posé, le *tiers* dont il sagit ici sera en général un possesseur évincé par le propriétaire; et toutefois je fais remarquer que cette circonstance de possession du planteur ou constructeur n'est clairement indiquée que dans la disposition finale de l'article, qui établit, sous forme d'exception, la règle à suivre à l'égard du possesseur de bonne foi. D'où il suit que, hors ce cas, le principe de l'article devrait être appliqué à une personne même qui ne serait pas en possession proprement dite, mais qui, peut-être dans l'intention de s'y constituer, ou dans l'espoir de profiter d'une façon quelconque de son travail, aurait, indépendamment de tout contrat ou quasi-contrat avec le propriétaire, fait les ouvrages sur le fonds d'autrui. Cette personne, en effet, serait bien un *tiers* dans le sens

ci-desssus attribué à cette dénomination. Dans cette catégorie pourrait, selon moi, se ranger l'usufruitier. Toute la question est de savoir, si, comme on l'a jugé, il n'y a pas à son égard dérogation à la règle dans l'article 599. C'est ce que nous examinerons au siége de la matière (1).

Quant au fermier ou locataire qui aurait fait sur la chose louée des constructions, plantations et ouvrages, il n'est pas *tiers* dans le sens que nous avons indiqué; mais s'il n'a pas agi en exécution de quelque clause du bail, qui devrait alors servir de règle, je ne vois aucune raison pour ne pas l'assimiler au tiers dont il s'agit, et je crois qu'il faudrait, par analogie, lui appliquer purement et simplement la première partie de l'article 555.

392 *bis.* III. La part ainsi faite à l'application de notre article, quant à la qualité des personnes et quant à la nature des ouvrages que sa disposition concerne, il s'agit maintenant d'en apprécier les résultats en les combinant avec les principes d'équité que le législateur a certainement voulu prendre pour base. A ce point de vue, évidemment, le possesseur de bonne foi est plus favorable que ne le serait tout autre tiers constructeur ou planteur. C'est pour cela aussi que la loi lui assure, au moins dans une certaine mesure, indemnité pour ses dépenses, en le soustrayant à l'obligation rigoureuse d'enlever. Sous ce rapport, le possesseur de bonne foi est certainement mieux traité que ne le serait tout autre tiers à qui cette obligation pourrait toujours être imposée, et qui presque jamais ne trouverait dans cet enlèvement, avec la charge de remettre les choses dans le premier état, l'équivalent, je ne dis pas de ses dépenses, mais de la plus-value que donneraient au fonds les ouvrages conservés. Ainsi le possesseur de bonne foi, quoique son indemnité se borne à la plus-value, lorsque cette plus-value sera inférieure à ses dépenses, restera dans une condition meilleure qu'il ne le serait sans sa bonne foi. Mais voici où l'ordre paraît interverti, c'est dans la supposition où le propriétaire, voulant retenir les ouvrages, comme il en a le droit, devra indemnité complète à tout autre tiers, tandis que, dans ce cas comme dans tous, il semblerait ne devoir au possesseur de bonne foi que la plus-value ou le montant des dépenses, au choix de lui propriétaire. Ici donc, par événement, la

(1) V. ci-dessous, n° 439 *bis*.

condition du possesseur de bonne foi se trouverait pire que celle du tiers de mauvaise foi. Si ce résultat devait en effet se produire, je ne sais s'il serait absolument injustifiable; car, après tout, ce n'est pas par l'événement qu'il faudrait juger les deux positions qu'on met ici en présence. Or, il faut bien le reconnaître, la chance d'indemnité complète réservée au tiers de mauvaise foi dans le cas qu'on suppose, compense à peine la chance défavorable à laquelle il a été soumis par l'obligation d'enlever, que le propriétaire pouvait lui imposer. Quant au possesseur de bonne foi, qui n'a point couru la mauvaise chance, il n'y a point la même raison pour lui réserver la bonne. Mais il y a mieux à dire, c'est que le cas d'une indemnité complète pour le tiers de mauvaise foi ne se réalisera pas dans la pratique : car le propriétaire, qui peut le contraindre à enlever, l'amènera toujours facilement par cette menace à se contenter d'une indemnité moindre. Veut-on pourtant supposer que le tiers, connaissant la disposition du propriétaire, et le sachant résolu à conserver à tout prix, refusera l'offre d'indemnité moindre en se déclarant prêt à enlever? Il est possible en effet que cette tactique lui réussisse. Mais je ne vois rien non plus qui empêche le possesseur de bonne foi d'y avoir recours. Car la dispense d'enlever n'est qu'un bénéfice établi en sa faveur; et si l'application du droit commun lui paraît préférable, il doit comme tout autre être admis à réclamer cette application. Je crois, au reste, qu'il ne sera pas souvent tenté d'en agir ainsi, et qu'il préférera en général la position que la loi lui a faite.

392 *bis*. IV. La dispense d'enlèvement est accordée par la loi au *tiers évincé qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi.* Cette formule, qui lie dans la pensée la faveur nouvelle au bénéfice ci-dessus proclamé de l'acquisition des fruits, en circonscrit nettement l'application dans les mêmes termes; il s'agit donc ici du possesseur de bonne foi, tel qu'il est défini par l'article 550; j'ajoute qu'ici comme là l'effet de la bonne foi ne doit protéger que les faits passés sous son empire; ainsi, les constructions ou plantations resteraient soumises à la règle générale si elles n'avaient eu lieu qu'après que la bonne foi avait cessé. Cela posé, il me suffit de me référer sur ce point aux explications que j'ai données ci-dessus n° 385 *bis*. I-VII. Il est, du reste, bien entendu que le droit accordé ici au possesseur de bonne foi est indépendant

du fait d'acquisition effective des fruits, il suffit qu'il eût été en droit de les acquérir si le fonds en avait produit durant sa possession.

392 *bis*. V. L'indemnité accordée au possesseur ne devant pas en principe dépasser la mesure du profit retiré à ses dépens, on se demande si l'on n'excédera pas en effet cette mesure en lui accordant cumulativement le bénéfice d'acquisition des fruits et l'indemnité des dépenses jusqu'à concurrence de la plus-value. Il est possible en effet que tout ou partie des dépenses ne soient que l'emploi des économies faites sur les fruits, et qu'elles n'aient dès lors nullement entamé le patrimoine particulier du possesseur. C'est sans doute en partant de cette idée que le jurisconsulte romain n'accordait au possesseur l'indemnité des dépenses qu'autant qu'elles excédaient le montant des fruits par lui perçus (v. *Pap.*, L. 48, ff., *De rei vind.*). Mais, le décider ainsi pour le cas dont il s'agit, ce serait dépouiller en partie le possesseur du bénéfice de l'acquisition des fruits, et se mettre par là en contradiction avec la théorie du législateur. Ces fruits, la loi les laisse au possesseur; parce qu'elle suppose qu'il ne les a pas capitalisés, mais qu'il les a, au contraire, absorbés *lautius vivendo*. Quant aux dépenses en question, elles doivent être censées prises sur le capital, et par conséquent sur le patrimoine particulier du possesseur, dont le propriétaire ne doit pas s'enrichir. Donc, il faut, sans égard aux fruits qu'il a perçus, lui tenir compte de ces dépenses. Il en serait autrement des dépenses d'entretien, qui doivent naturellement se compenser avec les fruits dont elles sont une charge. De là peut-être on serait fondé à conclure que le possesseur ne serait jamais admis à les réclamer. Et pourtant si, en fait, elles avaient excédé la mesure des fruits perçus, je trouverais juste de tenir compte de l'excédant au possesseur, et c'est là que j'appliquerais la doctrine de Papinien.

392 *bis*. VI. Les règles distinctement tracées par l'article 555 pour les deux cas qu'il prévoit sont impératives, et les juges ne pourraient, sous prétexte d'équité, user, pour s'en affranchir, de la latitude que la loi romaine leur attribuait en cette matière (v. *Cels.*, L. 38, ff., *De rei vind.*). Je ne pense donc pas que le propriétaire pût jamais, à raison de l'impossibilité où il serait de payer l'indemnité de plus-value, s'en faire tenir quitte envers le possesseur de bonne foi, en réservant seulement à celui-ci la faculté d'enlever; je ne pense pas davantage qu'il puisse, sous prétexte que l'enlèvement

n'offrirait aucun avantage au tiers de mauvaise foi, lui en refuser la faculté sans lui payer d'indemnité. Quant aux considérations invoquées par le jurisconsulte *Celsus*, les juges peuvent, je dis mieux, ils doivent certainement y avoir égard, tout en restant dans les limites tracées par la loi. Ainsi, pour concilier le droit du possesseur à l'indemnité avec l'impossibilité où serait le propriétaire d'en fournir le capital, rien n'empêcherait de faire consister cette indemnité en une rente à servir sur l'augmentation de revenu provenant des impenses. Maintenant, comme au moyen d'une indemnité de ce genre, que le propriétaire sera toujours en état de fournir, il sera à même de conserver les ouvrages ou plantations, s'ils lui conviennent; il n'y aura pas lieu pour lui d'invoquer contre le tiers la maxime *Malitiis non est indulgendum*, lorsque celui-ci, à défaut de toute indemnité, voudra, quoique peut-être il n'en doive retirer aucun profit, détruire ce qu'il aura fait. Car la menace d'en agir ainsi sera précisément pour lui un moyen légitime d'amener le propriétaire à l'indemniser.

392 *bis*. VII. Le payement de l'indemnité telle qu'elle est réglée par la loi est une charge corrélative du droit du propriétaire aux augmentations procurées à sa chose par le fait d'autrui, et l'acquittement de cette charge me paraît être une condition de la revendication de la chose ainsi augmentée. J'en conclus que le juge ne doit en général ordonner le délaissement qu'à la charge de l'indemnité; ce qui ne permettra pas au propriétaire d'exiger l'un sans offrir l'autre. En d'autres termes, je crois que le possesseur jouit en principe du droit de rétention. Et toutefois, comme ce droit n'est pas ici formellement accordé, je pense que les juges pourraient, suivant les circonstances, y déroger, eu égard notamment à l'impossibilité où serait le propriétaire de payer actuellement le montant de cette indemnité. Là s'appliquerait, selon moi, la latitude que leur attribuait le jurisconsulte romain dans la loi 38 ci-dessus citée, latitude que je n'ai point entendu leur dénier, pourvu qu'ils se renferment dans les limites tracées par la loi.

392 *bis*. VIII. L'article 555 suppose que les constructions, plantations et ouvrages faits par un tiers sur le fonds d'autrui l'ont été *avec ses matériaux*. Mais l'on pourrait supposer que le tiers constructeur ou planteur aurait employé les matériaux d'autrui. Dans ce cas, il est clair que le droit ou les obligations du propriétaire

resteraient les mêmes, c'est-à-dire qu'il pourra toujours ou forcer à l'enlèvement, ou, s'il l'aime mieux, conserver les ouvrages en payant la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre. Seulement il est juste alors que la valeur des matériaux revienne à leur propriétaire. Et toutefois tant que celui-ci ne se sera pas fait connaître, il est bien entendu que les rapports du propriétaire du fonds n'existent qu'avec le constructeur, et demeurent réglés comme ils le sont par l'article 555. Mais si le propriétaire des matériaux se fait connaître par une opposition, il y aura lieu de faire liquider la part d'indemnité qui doit lui revenir, et c'est entre ses mains et non dans celles du constructeur ou planteur que le propriétaire devra s'acquitter de cette part.

392 *bis*. IX. J'ai établi plus haut que l'article 555 n'a d'application directe qu'aux ouvrages susceptibles d'enlèvement. Mais le principe d'équité qui a dicté ses dispositions reste toujours, pour obliger le propriétaire à tenir compte, dans une certaine mesure, de tous autres travaux ou dépenses faits par un tiers pour la conservation ou l'amélioration de son fonds.

Au reste, comme la faculté de demander la suppression des ouvrages n'existe ici à l'égard de personne, puisque la nature des choses s'y oppose, il est évident que pour la détermination de l'indemnité, il faudra appliquer envers tout tiers la règle admise par l'article 555 envers le possesseur de bonne foi, c'est-à-dire que l'indemnité sera fixée, au choix du propriétaire, soit au montant des dépenses, soit à la plus-value qui en résulte. Il faut en effet l'une ou l'autre de ces prestations, mais il suffit de l'une d'elles, pour que le propriétaire ne s'enrichisse pas aux dépens d'autrui.

392 *bis*. X. Notre règle, comme on voit, comprend et les travaux ou dépenses de conservation, et ceux de simple amélioration qui ne rentreraient pas dans les termes de l'article 555. Mais à cet égard une distinction est nécessaire pour le calcul de la plus-value : quant aux premiers, en effet, il faut considérer comme plus-value en résultant tout ce que le fonds vaudrait de moins si les travaux n'avaient pas été faits ; tandis que pour les autres la plus-value consiste uniquement dans l'augmentation de valeur qu'ils ont réellement produite.

392 *bis*. XI. Quoi qu'il en soit, toute réparation ne doit pas donner lieu à indemnité de plus-value. Il est clair en effet que le pos-

sesseur de bonne foi n'a, en général, rien à prétendre pour les réparations d'entretien, puisqu'il conserve les fruits dont ces réparations sont une charge. Quant au possesseur de mauvaise foi, il lui en serait tenu compte en ce sens qu'il les déduirait sur les fruits qu'il est tenu de rendre.

392 *bis*. XII. Dans tous les cas, au reste, où le propriétaire doit indemnité des dépenses faites par un tiers jusqu'à concurrence de la plus-value, il semble raisonnable de ne pas apprécier cette plus-value d'une manière absolue, mais eu égard au profit qu'en retire effectivement le propriétaire suivant la destination qu'il donne au fonds augmenté, réparé ou amélioré. Les juges, en cette matière, doivent donc jouir d'une grande latitude pour se déterminer suivant les circonstances. J'ajoute qu'ils doivent prendre en considération non-seulement la position du propriétaire, mais aussi la bonne ou mauvaise foi du constructeur. En un mot, j'admets ici la doctrine de *Celsus*, dans la loi 38, *De rei vindic.*, pourvu que dans aucun cas il ne soit permis au propriétaire de s'enrichir aux dépens d'autrui.

393. Le voisinage d'un fleuve ou d'une rivière expose continuellement les riverains à la perte ou à la dégradation de leur propriété. Ce dommage doit être compensé par des avantages. De là l'acquisition par alluvion, qui embrasse également les *attérissements* et les *relais*, pourvu que l'accroissement qui en résulte soit successif et insensible. Dans l'un ni dans l'autre cas, il n'y a lieu à distinguer si le lit du fleuve ou de la rivière est ou non dépendance du domaine public (voy. art. 538), car le même motif est toujours applicable; sauf, bien entendu, l'obligation de laisser, s'il y a lieu, le marche-pied ou chemin de halage (art. 650). Quant aux relais de la mer, ils ne profitent pas aux particuliers; ils accèdent au rivage, et font comme lui partie du domaine public (art. 538). V. art. 556, 557.

393 *bis*. I. L'*attérissement* peut, comme on le suppose ici, constituer une alluvion dont l'acquisition est réglée par l'article 556; il peut constituer aussi une sorte d'île dont la propriété est autrement réglée par les articles 560 et 561. C'est toujours la même opération physique, qui consiste dans l'agglomération de terres insensible-

ment amoncelées sur ou près d'un autre terrain. Mais quand c'est la rive qui se trouve ainsi accrue, il y a alluvion, et par conséquent acquisition au profit du riverain, sans distinguer si le cours d'eau est ou non navigable ou flottable. Lors, au contraire, que c'est une partie du lit, distante de la rive, qui s'élève et sort au-dessus de l'eau, c'est alors une véritable île dont la propriété appartient à l'État ou aux particuliers, suivant la distinction établie par les articles 560 et 561. Il est du reste à remarquer que l'île une fois formée par sa sortie au-dessus de l'eau est susceptible de s'accroître par de nouveaux attérissements, qui appartiendraient à son propriétaire quel qu'il fût, par application de l'article 556.

393 *bis*. II. Le riverain dont le domaine se trouve accru par l'effet de l'alluvion reste tenu, comme il l'était auparavant, de laisser sur son fonds le marchepied ou le chemin de halage, suivant que l'une ou l'autre de ces servitudes légales est applicable à la rive sur laquelle s'est opérée l'alluvion. Seulement l'assiette de la servitude change, car elle cesse d'atteindre la partie du fonds qui, par l'effet de l'accroissement, ne se trouve plus comprise dans la distance légale; mais en même temps elle se reporte sur la nouvelle partie. Il est du reste bien entendu que le marchepied ou le chemin de halage ne sont dus qu'à titre de servitude, et que ces deux servitudes, respectivement applicables aux deux rives opposées, sont en effet distinctes l'une de l'autre, et différentes notamment quant à leur étendue, quoiqu'elles soient toutes deux mal à propos confondues par l'article 650, sous la dénomination unique de *marchepied*. Du reste, nous reviendrons sur tous ces points en expliquant l'article 650.

394. Le motif ci-dessus n'a aucune application aux propriétés qui bordent un lac ou un étang, il n'y a donc pas lieu à alluvion. La limite des étangs est toujours fixée par la hauteur de la décharge. Cette règle s'applique également pour et contre les propriétaires d'étangs, qui n'acquerront pas plus par inondation qu'on n'acquerra contre eux par alluvion. V. art. 558.

395. Le principe de l'alluvion n'est juste qu'à raison de l'impossibilité où l'on est de savoir aux dépens de qui a lieu un accroissement imperceptible. Il en est autrement quand

une partie considérable et reconnaissable d'un fonds a été subitement enlevée, et unie à un autre fonds. Le droit de l'ancien propriétaire se conserve donc; et toutefois s'il néglige de réclamer pendant un an, et que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie en ait pris possession, le Code, dérogeant aux principes ordinaires, n'accorde plus d'action contre le possesseur, qui dès lors se trouve propriétaire incommutable. V. art. 559.

395 *bis*. I. Le cas que le législateur paraît avoir en vue dans l'article 559 est celui qui est prévu et réglé par Gaïus, L. 7, § 2, ff. *De acq. rer. dom.*, et par Justinien, § 21, inst., *De div. rer.* Ces deux textes, calqués évidemment l'un sur l'autre, quoique une légère différence dans les termes, due probablement à une erreur de copiste, les fasse statuer sur deux questions toutes différentes, supposent une portion de champ enlevée par la violence du fleuve et unie au champ d'un autre propriétaire; cette union consiste, non dans une *superposition*, mais dans une *juxtaposition*, comme l'indique assez le mot latin *attulerit* qui n'est pas synonyme de *intulerit;* c'est d'ailleurs la *juxtaposition* qui relie cette hypothèse avec le cas d'alluvion prévu par les deux textes, dans le paragraphe immédiatement précédent. La même induction peut certainement se tirer du rapprochement de notre article 559 avec les articles 556-558 relatifs à l'alluvion; quant aux termes employés par la loi, ils sont, sous ce rapport, moins significatifs, car si l'expression *porte vers un champ inférieur* indique plutôt une *juxtaposition*, l'expression *sur la rive opposée* conviendrait mieux au contraire à l'idée de *superposition*. Mais en présence des deux textes de droit romain, que le législateur avait certainement sous les yeux quand il a édicté l'article 559, je n'hésite pas à penser qu'il a eu, comme je l'ai dit, le même cas en vue, et qu'il a seulement voulu le régler un peu différemment.

La différence, évidemment, n'est pas dans l'idée première, dans l'idée principale qui réserve à l'ancien maître la propriété de la partie enlevée. C'est là le point de départ commun aux deux législations, c'est là ce qui distingue nettement le cas dont il s'agit d'avec le cas d'alluvion. Mais cette propriété ne peut-elle pas se perdre et passer au maître du champ voisin par l'effet d'une circonstance subsé-

quente? C'est là un point qu'on a longtemps regardé comme constant en droit romain, en s'attachant aux termes de la loi du Digeste, généralement considérée par les anciens interprètes comme devant servir à rectifier le texte des Institutes (1). Exacte ou non, cette doctrine paraît avoir servi de base à notre législateur. Mais au lieu d'exiger vaguement une *longue cohésion* avec le fonds du voisin (*si longiore tempore fundo vicini heserit*), au lieu de s'attacher à la circonstance que des arbres enlevés avec la partie de champ aient poussé ou non des racines dans ce fonds (*arboresque quas secum traxerit in eum fundum radices egerint*); notre législateur a jugé plus utile de fixer un délai d'un an, en subordonnant toutefois l'effet de l'expiration du délai à la condition d'un fait de prise de possession.

395 *bis*. II. Le mode d'acquisition consacré par l'article 559 a un caractère tout particulier; ce n'est pas une prescription pure et simple à l'effet de se libérer, car le seul laps de temps n'éteint point l'action de l'ancien propriétaire, si le voisin n'a pas pris possession; et d'autre part, ce n'est pas non plus une prescription à l'effet d'acquérir fondée sur une possession continuée pendant un certain temps; il suffit que le délai soit expiré, et qu'avant la réclamation le voisin ait pris possession, depuis quelque temps que ce soit.

Si je saisis bien la pensée de la loi, l'expiration du temps suffit pour faire présumer l'abandon de l'ancien propriétaire, mais la prise de possession est nécessaire pour constituer de l'autre part la volonté d'acquérir, sans laquelle l'aliénation ne peut se consommer. Quant à la brièveté du délai, elle s'explique, soit par le peu d'intérêt de la réclamation, soit par la difficulté qu'offrirait la preuve dans une question de ce genre si les faits étaient anciens. Cette difficulté, du reste, n'est pas à craindre tant qu'il n'y a pas eu prise de possession, car cela seul suffit pour que la partie ajoutée reste distincte du reste du fonds.

395 *bis*. III. La réclamation formée en temps utile par le propriétaire de la partie de champ enlevée me paraît constituer une véritable revendication, au moyen de quoi son droit, une fois déclaré, s'exercera sur la chose à la nouvelle place qu'elle occupe. Cela me paraît évident, et je n'aperçois pas, je l'avoue, sur quoi l'on peut se fonder pour prétendre borner le droit à l'enlèvement de

(1) V. au contraire Ducaurroy, *Thémis*, t. 6, p. 143; Inst. expl. n° 375 (*a*).

la superficie. On invoque, il est vrai, dans ce sens une réponse faite au conseil d'État par Tronchet. Mais cette réponse, que Malleville, au surplus, suppose avoir été mal rendue, était adressée à une question toute différente, où s'il s'agissait de *superposition* (1). Quoi qu'il en soit, et quelle qu'ait pu être à cet égard la pensée particulière de Tronchet, les termes de la loi suffisent, je crois, pour motiver notre solution (2).

395 *bis*. IV. Quant au cas de *superposition*, qui faisait l'objet de la question adressée à Tronchet par M. Pelet, et qui pourrait se produire, soit par la force d'un fleuve ou d'une rivière, soit de toute autre manière, j'ai dit plus haut les raisons qui me portent à croire que ce cas n'est pas compris dans la pensée de notre article; et toutefois, comme les termes de la loi ne l'excluent pas, j'inclinerais à penser que sa disposition pourrait lui être appliquée; c'est-à-dire que je réserverais au propriétaire le droit de réclamer ce qui lui a été enlevé dans l'année, et jusqu'à la prise de possession. Mais comme la couche de terre enlevée qui couvre le sol d'autrui ne peut jamais attribuer la propriété de ce sol lui-même, j'entends alors que la réclamation ne pourrait en effet tendre qu'à l'enlèvement de la superficie (3).

396. Les îles, sous quelque dénomination d'ailleurs qu'on les désigne à raison de leur étendue, sont en général une partie du lit de la rivière où elles se forment; leur propriété est réglée par les mêmes principes que celle de ce lit. Si donc le lit est dépendance du domaine public, l'île appartient également à l'État; seulement comme la partie que l'eau a cessé de couvrir a cessé par là même d'être affectée à un service public, elle est susceptible de propriété privée, qui pourrait s'acquérir par titre ou par prescription. V. art. 560.

Au cas contraire, le lit du fleuve étant censé appartenir par moitié aux propriétaires des deux rives, chacun a droit aux îles ou aux portions d'île formées dans la partie qui lui appartient. V. art. 561.

(1) Pr. du cons. d'État, séance du 27 vend. an XII (Fenet., tom. 11, pag. 86; Malleville sur l'article 559).

(2) V. au contraire Ducaur., Bonn et Roust., t. 2, n° 119.

(3) V. à ce sujet *Ulp.*, L. 9, § 2, ff. *De damn. inf.*

396 *bis*. I. En expliquant, comme je le fais, par la propriété du lit celle des îles, j'ai suivi la doctrine de Pothier, qui s'appuyait sur cette base pour attribuer au roi les îles formées dans les rivières navigables, et pour attribuer au contraire aux riverains les îles formées dans les rivières non navigables, en bornant toutefois cette dernière proposition au cas où les propriétaires des héritages riverains sont propriétaires de la rivière (1). Il semble bien en effet que c'est à cette théorie que notre législateur a voulu se conformer. Et comme il attribue sans distinction aux riverains la propriété des îles qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables, nous en concluons que dans le système du Code la propriété de ces rivières appartient en effet aux riverains (v. ci-dessus n° 374 *bis*. II).

396 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, cette propriété du lit tant qu'il demeure tel, c'est-à-dire tant qu'il reste affecté au passage de l'eau, n'est, à bien dire, qu'une fiction, car le propriétaire n'en peut faire aucun usage, et ce n'est qu'après la retraite des eaux qu'il devient une chose nouvelle susceptible d'une propriété proprement dite. Tant que cette utilité ne s'est pas produite, le droit reconnu aux riverains jusqu'au milieu de la rivière, et suivant la longueur de sa rive, est plutôt le germe de la propriété sur les îles qui pourraient naître à cette place que ce n'est une propriété effective. Aussi rien de moins stable que cette propriété imparfaite. Si l'une des rives vient à s'accroître par alluvion, le milieu de la rivière se trouvant déplacé, le droit du riverain s'étendra jusqu'au nouveau point milieu, et celui du propriétaire de la rive opposée reculera d'autant. Bien plus, la formation de l'île, dont la situation primitive déterminera l'acquisition, conformément à l'article 561, créera un fonds nouveau qui, entouré d'eau de tous côtés, aura de tous côtés les avantages attachés aux fonds riverains; il pourra donc s'accroître par alluvion, et cet accroissement profitera au propriétaire de l'île, à l'exclusion des propriétaires des fonds riverains aux fonds desquels le prolongement de l'île se trouvera faire face; et si l'accroissement apporté ainsi à l'île qui s'était formée d'un seul côté lui fait dépasser l'ancien point milieu de la rivière, le propriétaire de la rive opposée n'y pourra rien prétendre. V. *Procul.*, L. 56, ff. *De acq. rer. dom.* Toujours par suite du même principe, la propriété de l'île empor-

(1) V. Poth., *Propriété*, n°s 161 et 164.

tera le droit au lit de la rivière jusqu'au point milieu entre elle et chacune des rives. Si bien que la naissance d'une nouvelle île intermédiaire donnerait lieu à l'application de l'article 561 entre le riverain et le propriétaire de la première île. *Lab.*, L. 65, § 3, ff. *De acq. rer. dom*

397. Du reste le principe ne pouvant s'appliquer au cas d'un champ embrassé par une rivière qui se forme un bras nouveau, la propriété ne changerait pas par cet événement. A cet égard on sent qu'il n'y a pas même lieu de distinguer si la rivière est ou non navigable ou flottable. V. art. 562.

398. Quoique la propriété du lit abandonné semblât devoir être réglée comme celle de l'île, notre législateur a trouvé plus équitable de l'attribuer, dans tous les cas, à titre d'indemnité ; aux propriétaires qui souffrent du changement de lit. Cette indemnité se répartit entre eux en proportion de la perte qu'ils ont faite. V. art. 563.

398 *bis*. I. L'attribution du lit abandonné aux propriétaires des fonds nouvellement occupés semble être la négation du droit antérieur des riverains sur ce lit, car s'il était à eux avant l'abandon, comment concevoir qu'on les exproprie ainsi pour fournir à d'autres une indemnité qu'ils ne doivent point, puisque la cause du dommage éprouvé leur est étrangère?

Toutefois, ce n'est pas là, selon moi, un argument suffisant pour contre-balancer les motifs qui m'ont déterminé à reconnaître aux riverains la propriété des cours d'eau non navigables et non flottables (v. ci-dessus, n° 374 *bis*. II). Mais parce que la propriété de la rivière, comprenant le lit comme dépendance, n'emporte pas dans mon système une véritable propriété du terrain formant le lit, tant que la retraite des eaux n'a pas donné à ce terrain une existence particulière et distincte, et comme cette propriété imparfaite sur le lit occupé par les eaux est un droit sans utilité et partant sans valeur actuelle pour les riverains, je comprends que le législateur dans sa toute-puissance ait bien jugé à propos d'en faire le germe et le principe d'acquisition de l'île, qui se forme sans préjudice constaté pour personne ; mais qu'il ait trouvé plus équitable d'en décider autrement pour le cas d'abandon de lit, parce qu'il y a des

propriétaires qui souffrent par la formation du nouveau lit, et qu'il vaut mieux indemniser ceux qui souffrent que de gratifier, à bien dire, ceux qui ne perdent rien.

398 *bis.* II. L'indemnité accordée aux propriétaires des fonds nouvellement occupés consiste uniquement dans le lit abandonné, c'est-à-dire dans le terrain qui formait le lit de la rivière au moment où s'est opéré le changement qui donne lieu à cette indemnité. Quant aux îles qui s'étaient formées auparavant, et dont la propriété avait été attribuée soit à l'État, soit aux riverains, il est clair qu'elles ne changeront pas de maîtres en cessant d'être entourées d'eau, car elles avaient acquis comme terrains une existence propre que le nouvel événement ne saurait leur faire perdre. Cela posé, il est clair qu'on ne pourrait, sans violer tous les principes, les enlever à leur propriétaire (1).

399. Un dernier cas d'accession relativement aux choses immobilières s'applique aux bêtes farouches qui, libres de leur nature, ne sont en général susceptibles de propriété qu'autant qu'elles sont tenues en esclavage. Toutefois l'habitude qu'elles peuvent avoir d'aller et de revenir, ou de demeurer en un certain lieu, les fait considérer comme accessoires de ce lieu, seulement tant que dure cette habitude. On conçoit dès lors comment le propriétaire d'un colombier, d'une garenne ou d'un étang, acquiert par accession les pigeons, lapins ou poissons qui viennent librement s'y habituer : mais évidemment l'acquisition n'aurait pas lieu, du moins sans indemnité, s'ils étaient attirés par fraude et artifice. V. art. 564.

399 *bis.* I. Les animaux sauvages de leur nature cessant d'appartenir à leur ancien maître dès qu'ils ont perdu l'habitude de revenir chez lui, il a paru raisonnable de les attribuer à titre d'accession au propriétaire du fonds sur lequel ils viennent former une nouvelle habitude. Et quoique les termes de la loi semblent subordonner cette acquisition à la condition qu'ils n'aient pas été attirés par

(1) V. au contraire M. Marcadé sur l'art. 563. Sa doctrine repose sur ce qu'il ne distingue pas assez soigneusement, selon moi, la propriété en germe des riverains sur le lit tant qu'il est couvert d'eau, et la propriété véritable que la loi constitue sur l'île une fois découverte.

fraude ou artifice, la plupart enseignent que cette condition n'est pas nécessaire pour que l'acquisition ait lieu; le fait illicite de les avoir ainsi attirés devant seulement donner lieu à indemnité : c'est ainsi que le fait illicite d'avoir employé sciemment dans une construction les matériaux d'autrui n'empêche pas l'effet ordinaire de l'accession, et oblige seulement le constructeur à payer la valeur, avec plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu (art. 554). Quant à moi, je serais plutôt disposé à m'en tenir ici aux termes de la loi, et à réserver, en conséquence, à l'ancien propriétaire le droit de se faire restituer en nature, s'ils peuvent être en effet reconnus, les animaux détournés à son préjudice. Ce n'est pas que je le considère comme étant encore propriétaire au moment de sa réclamation; loin de là, je reconnais, au contraire, que les animaux sauvages ont cessé de lui appartenir dès qu'en fait ils ont, par quelque cause que ce soit, perdu leur habitude sur son fonds; maintenant, que la propriété, en même temps qu'elle lui a échappé, ait passé, dans la subtilité du droit, au maître de l'autre fonds, je le veux bien encore; mais ce n'est pas une raison pour consolider cette injuste acquisition. Et puisque l'auteur du dommage, qui a consisté ici dans la perte de la propriété, doit le réparer, il me semble équitable de faire consister la réparation dans la restitution de la propriété elle-même quand cette restitution est possible. Vainement argumenterait-on, au contraire, de l'article 554; car évidemment la séparation des animaux nouveaux venus, quand on pourra les reconnaître, n'offrira jamais l'inconvénient qui résulterait de la démolition d'un ouvrage pour en séparer les matériaux.

399 *bis*. II. La règle ici établie pour les pigeons, lapins et poissons s'appliquerait évidemment à tous autres animaux sauvages qui, habitués sur un fonds, prendraient habitude sur un autre; elle s'appliquerait notamment au gibier de toute sorte vivant *in laxitate naturali* dans un parc, et qui passerait dans un autre.

399 *bis*. III. La disposition de notre article, qui considère comme accessoires du colombier, de la garenne ou de l'étang, les pigeons, lapins ou poissons qui y sont passés, semble jusqu'à un certain point contredire la disposition de l'article 524, qui ne considère ces animaux que comme immeubles par destination, à la condition d'avoir été placés sur le fonds par le propriétaire. Ma pensée, à cet égard, est qu'il faut s'en tenir à la disposition de l'article 524 pour

refuser le caractère immobilier, en même temps que celui d'accessoire du fonds, à ces animaux, lorsqu'ils ont été placés par un autre que le propriétaire, *puta* par un usufruitier ou par un fermier. Mais quand il y a, comme ici, une cause naturelle d'accession par l'effet de l'habitude que les animaux ont prise sur le fonds, je comprends très-bien que la loi consacre, comme elle le fait, cette accession, et par suite l'immobilisation des animaux, qui participent alors à la nature de l'immeuble, et sont censés en faire partie, indépendamment de toute destination (v. ci-dessus n° 346 *bis*. VI).

SECTION II.

Du droit d'accession relativement aux choses mobilières.

400. La multiplicité des hypothèses qui peuvent offrir l'union ou incorporation de deux choses mobilières appartenant à différents maîtres, rend ici la matière peu susceptible de principes absolus. Aussi le législateur s'en réfère-t-il entièrement à l'équité naturelle, en se bornant à poser quelques règles pour servir d'exemple dans les cas non prévus. V. art. 565.

400 *bis*. Il est tout simple que les cas non prévus par la loi demeurent purement et simplement régis par les principes de l'équité naturelle. Sous ce rapport, la règle posée par notre article pourrait donc sembler superflue. Faut-il conclure de là que notre législateur, en subordonnant ici entièrement le droit aux principes de l'équité, a voulu autoriser les juges à s'éloigner, même dans les cas prévus, des règles qu'il a tracées, quand elles leur paraîtront blesser l'équité? C'est ce qu'on ne peut admettre, au moins d'une manière absolue, car ce serait dépouiller de toute force législative les dispositions suivantes. Or c'est ce que le législateur n'a pu vouloir, et c'est sans doute pour montrer qu'il ne le voulait pas, qu'au lieu de dire, comme le portaient les rédactions précédentes (1): *Les règles suivantes* NE *doivent servir que d'exemple,* il a, après l'observation du tribunat, qui, pour prévenir cette idée, demandait le

(1) V. rédaction communiquée au tribunat, art. 558 (Fenet, tom. 11, pag. 95 et 96).

retranchement de l'article entier (1), adopté la rédaction actuelle : *Les règles suivantes serviront d'exemple.* Ces termes, en effet, indiquent bien un des emplois de ces règles, mais sans réduire à cet emploi leur destination ; elles restent donc, comme le voulait le tribunat, *dispositions vraiment législatives.*

Quoi qu'il en soit, je crois que le principe proclamé comme fondamental en cette matière par la première partie de notre article doit exercer son influence pour l'application des règles suivantes, même aux cas prévus.

De cette idée je conclurais notamment que le juge pourrait, suivant les circonstances, suppléer dans la loi une distinction qui ne s'y trouverait pas écrite. Ainsi, par exemple, quoique dans les diverses règles ci-dessous tracées, pour décider la question de propriété, la loi ait disposé d'une manière générale, et sans distinguer si celui qui doit acquérir par accession a agi de bonne ou de mauvaise foi, je crois qu'on pourrait, sans excès de pouvoir, se fonder sur sa mauvaise foi pour lui refuser la propriété. Ou bien encore, si celui qui, dans les termes de la loi, devrait perdre sa chose comme accessoire d'une autre, avait quelque raison particulière pour tenir à la conserver, je crois que les juges pourraient prendre cette circonstance en considération pour la lui faire rendre, quoiqu'au point de vue de la valeur vénale cette chose pût ne point être effectivement la plus précieuse (v. art. 568).

Mais ce qui ne serait pas permis aux juges, ce serait, en faisant prévaloir leur raison sur celle du législateur, de se déterminer, sous prétexte d'équité, par une distinction que la loi aurait formellement proscrite, *puta* si en cas de *spécification* ils s'attachaient à la circonstance que la matière peut ou non reprendre sa première forme (v. art. 570).

401. Les règles ici posées sont relatives à trois cas :

1° Union en un seul tout de deux choses séparables et constituant chacune un individu à part, ou *adjonction* (art. 566-569);

2° Emploi d'une ou plusieurs matières à la formation d'une nouvelle espèce, ou *spécification* (art. 570-572);

(1) Observat. du tribunat sur l'art. 558 (Fenet, tom. 11, pag. 101).

3° Mélange de plusieurs matières (art. 573, 574).

La loi contient en outre quelques règles communes à tous ou à plusieurs de ces trois cas (art. 575-577).

402. Au premier cas, il faut chercher dans le tout quelle est la partie principale : c'est au maître de la chose qui la forme que le tout appartient. Il est naturel en effet que l'autre maître ne puisse revendiquer actuellement sa chose, qui a cessé d'exister en devenant accessoire ; mais le Code ne lui permet pas même, en principe, d'arriver à cette revendication par le moyen d'une séparation (1). Il peut seulement se faire payer la valeur. V. art. 566.

402 *bis*. I. Le principe qui attribue la propriété du tout au maître de l'élément principal est commun au cas d'adjonction et au cas de mélange (v. art. 566, 573, 574).

Dans les deux cas aussi, il est évident que si aucun des éléments ne peut être réputé principal, il y a lieu soit à séparation, si elle peut s'opérer sans inconvénient, soit à communauté, dans le cas contraire. Cela est dit formellement pour le cas de mélange des matières (art. 573), et cela doit s'appliquer par la seule force des principes au cas que nous désignons sous le nom d'*adjonction*. Il suffit, en effet, pour le décider ainsi que la loi n'ait fait alors aucune attribution de propriété.

Toutefois, les deux cas ont dû être envisagés et réglés distinctement, parce que ces deux cas, distincts dans la nature des choses, n'admettaient pas de plein droit les mêmes règles, vu qu'il pouvait y avoir dans chacun des raisons particulières de douter ou de décider. Il est clair, par exemple, que le refus du droit de faire séparer l'accessoire du principal a quelque chose de plus grave dans le cas d'adjonction, c'est-à-dire d'union de choses individuellement différentes, que dans celui de mélange de matières brutes.

Ajoutons que, bien que dans les deux cas les mêmes règles puissent s'appliquer, elles ne s'y appliqueront pourtant pas de la même manière et avec la même étendue. Ainsi, la distinction du principal et de l'accessoire, au moyen surtout des règles de détail que la loi a multipliées dans les articles 567 et 569, se fera bien plus facile-

(1) V. au contraire *Paul*, L. 6, et *Ulp.*, L. 7, §§ 1 et 2, ff. *Ad exhib.*

ment dans le cas d'adjonction que dans le cas de mélange ; et il en résultera que, presque toujours, le tout, formé de deux choses individuellement distinctes, sera attribué à l'un des deux maîtres; tandis que, le plus souvent, en cas de mélange, il y aura lieu à séparation ou à indivision. C'est pour cela que ce dernier résultat est indiqué comme règle dans l'article 573, où l'acquisition du tout par accession n'est présentée que comme exception.

C'est tout le contraire en cas d'adjonction; la règle, c'est l'acquisition par accession. Quant à la séparation hors des termes de l'article 568, et à l'indivision, c'est un résultat que nous reconnaissons possible, mais qui doit se produire si rarement que la loi ne l'énonce même pas.

402 *bis*. II. Il semble d'abord extraordinaire que l'article 566, qui prescrit l'attribution du tout au maître de la chose principale, à l'exclusion du droit de faire séparer, indique comme condition de son application que les deux choses soient *séparables*. Il paraît évident, en effet, que la disposition en faveur du maître de la chose principale s'appliquerait *à fortiori* si les deux choses étaient devenues inséparables. Mais, à cet égard, il faut dire que la possibilité de séparation et de subsistance de l'une des choses sans l'autre forme précisément le caractère du cas d'adjonction, et que ce caractère est ici énoncé pour distinguer le cas dont il s'agit de celui de mélange. Du reste, et indépendamment de cette explication, on peut très-bien admettre que les mots *sont néanmoins séparables* soient pris ici pour *quoique séparables*.

403. Ce n'est point en général par le prix de chaque chose que l'on reconnaît l'accessoire et le principal : il faut voir laquelle des deux choses a été unie à l'autre pour l'orner, la compléter ou servir à son usage. La partie principale est la chose à laquelle l'autre a été ainsi unie. V. art. 567.

404. Toutefois le prix de l'accessoire, lorsqu'il est considérable, peut autoriser le maître de la chose unie à son insu à la faire séparer. V. art. 568.

404 *bis*. La loi, pour autoriser le maître de la chose accessoire à la faire séparer, exige d'abord que cette chose soit non-seulement *plus précieuse*, mais *beaucoup plus précieuse* que l'autre ; elle exige

en outre qu'elle ait été employée *à l'insu* de son propriétaire : car, s'il avait connu cet emploi, il serait censé l'avoir autorisé, et conséquemment avoir consenti à l'aliénation, je ne dis pas gratuite, mais moyennant indemnité. Bien entendu pourtant qu'il en serait autrement s'il avait connu l'emploi sans pouvoir l'empêcher; évidemment alors son droit serait entier.

Au reste, sous les deux conditions exprimées, le droit de faire séparer est indépendant des inconvénients qui peuvent en résulter; la loi, en effet, l'accorde, *même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe.*

405. Le prix peut même servir à déterminer la partie principale lorsque la distinction ci-dessus est impossible. A défaut de cette indication, on aurait encore égard au volume. V. art. 569.

405 *bis*. L'extension donnée ainsi au droit d'accession, par la multiplicité des moyens de distinguer l'accessoire du principal, rendra nécessairement bien rare le cas où il serait impossible de faire cette dictinction. Si pourtant ce cas se présentait, il est clair qu'aucun texte alors n'autorisant l'attribution du tout à un maître unique, la faculté de faire séparer serait de droit pour celui des deux maîtres à l'insu duquel a eu lieu l'union. Ou bien si cette séparation présentait des inconvénients, on arriverait forcément à la communauté. C'est également à la communauté qu'on aboutirait si c'est au su des deux maîtres que l'union a été opérée, ou si celui des deux dont la chose a été unie à son insu n'en réclame pas la séparation. En d'autres termes, ce cas se confondrait avec celui de l'article 573.

406. Il n'est peut-être pas très-exact de réduire à une question d'accession le cas de formation d'une nouvelle espèce avec la matière d'autrui. La véritable question consisterait plutôt à savoir si la nouvelle espèce devrait appartenir à l'ouvrier comme créateur, ou si au contraire la propriété du maître de la matière devrait se continuer sur la chose considérée comme la même, malgré le changement de forme. C'est cette question, controversée entre les deux sectes de jurisconsultes romains, qui avait été tranchée par une distinction

tirée de la nature des choses : la matière était réputée durer ou non après la spécification, suivant que la chose pouvait ou ne pouvait pas reprendre sa première forme (v. *Just.*, Inst., § 25, *De rer. div. et acq. ear. dom.*).

Quoi qu'il en soit, le Code semble considérer la matière et l'industrie comme deux parties de la chose, dont l'une est principale : c'est ordinairement la matière ; c'est au contraire l'industrie, quand le prix de la main-d'œuvre surpasse de beaucoup la valeur de la matière. V. art. 570, 571. Il va sans dire au reste que l'ouvrier ne pourra jamais prétendre à la propriété de la chose quand il n'aura pas travaillé pour son compte.

407. En vertu du principe qui règle la propriété de la nouvelle espèce par celle de la matière, la loi déclare la chose commune lorsque l'ouvrier a employé en partie sa matière et en partie celle d'autrui. Seulement, dans ce cas, elle veut, pour simplifier l'opération, que l'indemité due à l'ouvrier pour sa main-d'œuvre consiste dans une part de propriété, qui augmente celle qui lui reviendrait à raison de sa portion de matière. V. art. 572, et remarquez que la loi dispose seulement en vue du cas où ni l'une ni l'autre des deux matières n'est entièrement détruite, et dans la supposition qu'elles ne peuvent se séparer sans inconvénient.

407 *bis*. I. L'article 572 suppose évidemment que l'importance de la main-d'œuvre n'est pas telle qu'elle doive faire réputer l'industrie partie principale, car c'est alors l'article précédent qui devrait être appliqué *à fortiori* en faveur de celui qui, outre son industrie a fourni une partie de la matière.

407 *bis*. II. La loi raisonnant donc dans l'hypothèse ou c'est la propriété de la matière qui doit attribuer celle de la nouvelle espèce, en tire naturellement cette conséquence que la nouvelle espèce doit appartenir en commun à ceux qui ont fourni chacun une partie de la matière. Et toutefois elle y met pour condition que ni l'une ni l'autre des deux matières ne soit entièrement détruite, et qu'elles ne puissent pas se séparer sans inconvénient. Donnant ainsi à en-

tendre : 1° que si l'une des matières était entièrement absorbée par l'autre, dont elle serait ainsi devenue l'accessoire, c'est au propriétaire de la matière principale qu'appartiendrait exclusivement la nouvelle espèce; 2° que si les deux parties de matière peuvent se séparer sans inconvénient, le droit d'exiger cette séparation serait réservé, comme au cas de l'article suivant, à celui dont la matière aurait été employée à son insu.

408. Le cas de mélange diffère de l'adjonction en ce qu'au lieu d'individus unis, ce sont des matières qui sont confondues; il paraît différer toujours de la spécification en ce point que la formation de la chose provenue du mélange ne suppose aucune industrie. Du reste la loi semble reconnaître applicables à ce cas, comme à celui d'adjonction, et le principe qui attribue la propriété du tout au maître du principal, et les règles qui servent à distinguer le principal et l'accessoire. C'est uniquement quand on ne peut faire cette distinction qu'il y a lieu, soit à séparation, si elle est possible, et si celui qui la demande n'a pas consenti au mélange, soit à communauté de la masse. V. art. 573. 574.

409. Dans les divers cas où la chose reste commune (art. 572, 573), il y a lieu à licitation; là s'applique le principe : *nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision*. V. art. 575, 815, 1686. Il va sans dire, au reste, que c'est à partage et non à licitation qu'il y aurait lieu, si, en fait, la chose était susceptible d'être partagée commodément.

410. Une autre règle, commune au cas de spécification et à celui de mélange, donne à celui que la loi rend propriétaire d'une chose nouvelle, sans le concours de sa volonté (art. 570, 574), la faculté d'abandonner cette propriété qui lui imposerait des sacrifices, ou qui, en tout cas, peut ne pas lui convenir, et de réclamer à la place l'équivalent de sa matière. V. art. 576.

410 *bis*. Par la même raison, on est conduit à dire, dans le cas d'adjonction, que le maître de la chose principale, si c'est à son insu que la chose accessoire a été unie à la sienne, peut toujours

être admis à se soustraire à l'indemnité, soit en permettant la séparation, si elle est possible, soit en abandonnant le tout, et se faisant payer le prix de sa chose. C'est l'application du principe qui permet en général de renoncer au droit établi en sa faveur.

411. Enfin une règle applicable aux trois cas ci-dessus, et fondée sur le principe énoncé en l'article 1382, soumet aux dommages et intérêts celui qui emploie la matière (ajoutons ou la chose) d'autrui à l'insu du propriétaire. Il est évident qu'il peut même, suivant les cas, être poursuivi correctionnellement ou criminellement. V. art. 577.

411 *bis*. I. Les poursuites criminelles ou correctionnelles auxquelles peut donner lieu le crime ou le délit commis au préjudice du propriétaire sont désignés par l'article 577 sous le nom de poursuites *par voie extraordinaire*. Cette locution est un vestige de l'ancien droit où l'on appelait ainsi les poursuites criminelles, parce que l'instruction et le jugement y étaient secrets. Cet état de choses ne subsistant plus aujourd'hui, je ne vois pas de raison pour maintenir l'expression.

411 *bis*. II. Outre la peine que pourrait encourir celui qui emploie sciemment à son usage la chose d'autrui, je crois que l'on pourrait aussi, sans violer la loi, lui refuser la propriété qui résulterait pour lui des dispositions ci-dessus. Ce n'est pas que la bonne foi me paraisse une condition nécessaire de son acquisition, car la loi a statué à cet égard, sans distinction, sur la question de propriété. Mais je crois que le pouvoir pour les juges de suppléer cette distinction, suivant les circonstances, résulte du principe général posé en l'article 565 (v. ci-dessus n° 400 *bis*).

412. Au reste nous ne terminerons pas cette section sans faire remarquer que les règles qu'elle contient pour la solution de la question de propriété resteront souvent sans application, par suite du principe de notre droit français qui n'admet la revendication des meubles contre un tiers de bonne foi que dans les seuls cas de perte et de vol (v. art. 2279. Jung. art. 2280).

412 *bis*. Le plus souvent, en effet, les choses ou matières unies,

employées ou mêlées l'auront été par quelqu'un qui les avait en sa possession, et qui, suffisamment protégé par la règle *en fait de meubles possession vaut titre*, n'aura pas besoin pour en demeurer propriétaire d'invoquer le principe d'accession. D'où il suit qu'il ne sera tenu, ni à souffrir la séparation dans les cas où elle est admise, ni à payer aucune indemnité. A bien dire même, alors, il n'y aura pas choses appartenant à différents maîtres; car le possesseur, toujours supposé de bonne foi jusqu'à preuve contraire, sera devenu propriétaire par le seul fait de sa possession.

TITRE TROISIÈME.

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

413. On a vu dans l'article 543 qu'on peut avoir sur les biens un *simple droit de jouissance*. Sous cette dénomination le Code a voulu comprendre non-seulement la jouissance proprement dite, qui consiste dans la perception des fruits, mais aussi le simple usage d'une chose, qui consiste principalement dans la faculté de s'en servir. Ce droit, toujours contenu dans la jouissance, peut aussi être constitué séparément.

414. On ne s'occupe pas ici du droit de jouir d'une chose appartenant au maître comme conséquence de la propriété parfaite, on le considère au contraire démembré temporairement de la propriété et appartenant à un autre.

Tout droit sur la chose d'autrui qui attribue une partie des avantages de la propriété en diminuant d'autant les droits du propriétaire, peut à juste titre être désigné sous le nom de *servitude*. Si ce droit est conféré à une personne déterminée, c'est alors une servitude personnelle qui ne peut durer au delà de la vie de cette personne : dans cette classe on a toujours rangé l'usufruit, l'usage et l'habitation. Si au contraire le droit n'appartient à une personne qu'en tant qu'elle

est propriétaire d'un bien, en vue duquel ce droit a été établi, c'est alors une servitude *réelle*, dont il sera question au titre suivant.

414 *bis.* La dénomination de *servitude personnelle,* consacrée par le droit romain, et précisément appliquée à l'usufruit et à l'usage (*Marcien,* l. 1, ff. *De servit.*), n'a point été admise dans le langage de notre législateur. Ce n'est pas qu'il ait entendu modifier sous ce rapport la nature des droits dont il s'agit. C'est seulement le mot *servitude* qui faisait peur; si bien qu'on hésita même à l'admettre pour les charges entre héritages, plus particulièrement connues sous ce nom, et qu'on crut devoir tantôt lui substituer, tantôt au moins lui accoler comme explication, celui de *services fonciers* (v. art. 526, 543, et la rubrique du titre suivant).

Quoi qu'il en soit, comme il ne s'agit pas évidemment d'asservissement des personnes, et que l'idée d'asservissement d'une chose envers une personne déterminée n'a rien en soi de plus révoltant que celle d'asservissement d'une chose envers une autre chose, je ne vois pas pourquoi nous craindrions d'employer un mot reçu dans la doctrine, et plus propre que tout autre à rendre notre pensée.

Il reste d'ailleurs bien entendu que cette question de pur langage ne touche en rien au principe de droit qui défend d'établir, entre héritages, des servitudes en faveur des personnes, principe proclamé par l'article 686, qui sera expliqué en son lieu. Mais les droits de ce genre que la loi défend d'attacher à la propriété d'un fonds pourraient certainement être constitués au profit d'une personne déterminée, qui obtiendrait ainsi avec plus ou moins d'étendue l'usage du fonds d'autrui (v. art. 628), ou en d'autres termes la servitude personnelle d'usage.

415. Les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation étant de véritables servitudes personnelles, quoique la loi leur refuse cette dénomination, ils ne doivent pas être confondus avec la faculté de jouir ou d'habiter conférée par le contrat de louage, avec celle d'user de la chose prêtée, ni même, absolument, avec celle de percevoir les fruits de la chose baillée à antichrèse. Leur caractère propre, c'est : 1° qu'ils affectent la chose, et participent ainsi à sa nature mobilière ou immobi-

lière; 2° qu'ils sont exclusivement attachés à la personne, et ne peuvent passer à ses héritiers.

415 *bis*. J'ai déjà dit que je ne reconnais point de droit réel au preneur à ferme ou à loyer (v. ci-dessus n° 350 *bis*. III). Quant au commodataire, il est certain qu'il n'en a pas, et que son titre n'a de valeur que contre celui qui l'a conféré, ou ses représentants. A l'égard de l'antichrésiste, il a incontestablement, selon moi, le droit réel de possession comprenant celui de jouissance (1), mais ce droit, simple accessoire de la créance dont il tend uniquement à procurer le payement, ne peut se confondre avec le droit principal d'usufruit. A bien dire en effet le droit d'antichrèse, pas plus que celui d'hypothèque, ne se classe parmi les biens d'après l'objet auquel il s'applique : c'est la créance garantie par l'antichrèse qui forme le bien, et qui entre à ce titre dans le classement légal de tous les biens divisés en meubles et immeubles (2). Il résulterait de là par exemple qu'une créance mobilière garantie par une antichrèse tomberait dans la communauté légale, avec le droit d'antichrèse qu'on lui suppose attaché, et que l'époux du chef duquel elle est tombée dans la communauté n'aurait point droit de la reprendre après la dissolution, ni évidemment d'en détacher le droit d'antichrèse, qui ne peut servir qu'à celui qui demeure créancier. Au contraire l'époux usufruitier d'un immeuble, s'il survit à la dissolution de la communauté, reprendrait son usufruit comme tout autre immeuble à lui propre.

416. Tels sont les principes généraux du droit réel de jouissance, qui comprend, comme on l'a dit, l'usufruit, l'usage et l'habitation. Les principes particuliers à l'usufruit sont établis au chapitre I^er^; l'usage et l'habitation, qui ne diffèrent guère entre eux qu'eu égard à la chose sur laquelle ils reposent, font ensemble l'objet du chapitre II.

(1) V. ci-dessus, n° 378 *bis*. IX.
(2) V. ci-dessus, n° 350 *bis*. II.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'USUFRUIT.

417. L'usufruit est le droit de jouir dans sa signification la plus étendue, en d'autres termes, le droit d'user de la chose et d'en percevoir les fruits. Ce droit, établi sur la chose d'autrui, est le même pour l'usufruitier que pour le propriétaire. Mais le propriétaire, en vertu du droit qu'il a de disposer, peut changer la chose, la dénaturer, et se procurer ainsi un nouveau mode de jouissance; l'usufruitier, au contraire, est tenu de conserver la substance. V. art. 578.

417 *bis*. I. Aux termes de l'article 578 l'usufruit est le *droit de jouir... comme le propriétaire lui-même*. En assimilant sous ce rapport le droit de l'usufruitier à celui du propriétaire, la loi indique d'abord le caractère de *réalité* commun en effet à la propriété et à l'usufruit : ainsi, à la différence du fermier ou locataire, l'usufruitier n'a à demander à personne qu'on le fasse jouir, il peut revendiquer envers et contre tous le droit de jouir; mais la loi, je crois, veut dire quelque chose de plus, c'est que l'usufruitier, pourvu qu'il n'altère point la substance de la chose, peut, si bon lui semble, changer le mode de jouissance, soit, *v. gr.*, en affermant le bien que le propriétaire faisait valoir par lui-même, soit en faisant valoir au contraire le bien que le propriétaire affermait (v. art. 595). Mais, comme je l'ai dit, la faculté de changer le mode de jouissance est subordonnée à la condition de ne point altérer la substance, par conséquent à celle de ne point dénaturer la chose; il ne pourrait en conséquence ni mettre en coupe réglée un bois qui n'y serait pas, ni substituer à l'aménagement établi un aménagement nouveau (v. art. 590, 591). Il ne pourrait point ouvrir une carrière (v. art. 598), ni davantage défricher un bois ou une vigne, ni convertir un étang en pré ou un pré en étang. Ce serait en effet attenter à la jouissance à venir du propriétaire, et usurper ainsi le droit de disposer, auquel son titre ne lui donne aucune participation. Toutefois il ne faudrait pas conclure de là qu'il serait interdit à l'usufruitier de rendre productif ce qui ne l'était pas :

là s'applique en effet la règle qui lui permet d'améliorer la condition du propriétaire (*Ulp.*, l. 13, § 4, ff. *De usufr.*). Ce qu'il ne peut pas faire, c'est, en changeant la destination de la chose, de substituer à son produit actuel un autre genre de produit, même plus avantageux.

417 *bis*. II. La charge de conserver la substance, exprimée dans la définition de l'usufruit, est une conséquence nécessaire du principe qui sépare ici le droit de jouir du droit de disposer. Que cette charge donc ait existé de tout temps pour l'usufruitier, cela est incontestable; mais est-ce bien là ce qu'on entend exprimer par les mots : *salvâ rerum substantiâ*, qui terminent la définition romaine, type évident de celle du Code civil? Il est au moins permis d'en douter, et, pour mon compte, je crois plutôt qu'on a voulu indiquer par là un caractère distinctif de l'usufruit qui consiste à subordonner sa durée à celle de la durée de la chose en substance (conf. *Just., ppio.*, Inst., *De usufr.; Ulp.*, l. 1 et *Cels.*, l. 2, ff. *De usufr. et quem*). Ainsi, à la différence de la propriété, l'usufruit, éteint avec la chose détruite ou dénaturée, ne se conserve pas sur les débris. Ce principe, du reste, quoiqu'il ne se trouve point énoncé dans la définition du Code civil, n'est pas pour cela abandonné par notre législateur, qui en fait au contraire l'application, notamment dans l'article 624.

418. L'usufruit ne peut être séparé de la propriété que par une disposition de la loi ou par la volonté du propriétaire. V. art. 579.

Il l'est par la loi dans les cas de l'article 384 et de l'article 754 (v. aussi art. 1401 2°, 1530, 1533, 1549 et 1562).

Il peut être constitué volontairement par tous les moyens propres à transmettre la propriété.

418 *bis*. I. L'article 754 présente un cas bien net d'usufruit légal. Quant à la jouissance accordée au père ou à la mère comme conséquence de la puissance paternelle (art. 384), elle est en effet légale, et la loi elle-même lui applique une fois dans ce titre la dénomination d'*usufruit* (art. 601). Mais nous avons déjà remarqué que, partout ailleurs, cette dénomination est évitée, à cause du caractère propre qui empêche de confondre absolument ce droit de

jouissance avec un usufruit ordinaire (1). C'est moins directement encore qu'on peut référer ici la jouissance accordée au mari soit sur les biens propres de la femme mariée en communauté ou sans communauté, soit sur les biens constitués en dot sous le régime dotal. Car outre que l'inhérence de ce droit à la qualité de mari autorise à lui appliquer toutes les conséquences que nous avons tirées de l'inhérence du droit des père ou mère à la puissance paternelle, je dois encore remarquer que, nulle part, à ma connaissance, la loi ne désigne cette jouissance sous le nom d'usufruit. Loin de là, pour lui appliquer les charges de l'usufruit, elle procède par assimilation (v. d'une part art. 1401 2°, 1530, 1549, et d'autre part art. 1533, 1562). Enfin, ce n'est même qu'improprement que cette jouissance peut être appelée légale, car elle n'est vraiment établie que par la convention matrimoniale expresse ou tacite, puisque le régime de l'association conjugale quant aux biens, lors même qu'il s'établit sans contrat de mariage, est toujours censé l'œuvre de la volonté des parties.

418 *bis*. II. Il n'y a aucune difficulté sur l'établissement de l'usufruit par la volonté de l'homme. Tout propriétaire capable de disposer est par là même capable de constituer l'usufruit, soit par acte de dernière volonté, soit par acte entre vifs, à titre gratuit ou onéreux. A cet égard, les formes et les conditions de la constitution sont absolument les mêmes que pour la transmission de la propriété. Ici donc s'applique notamment le principe qui, dans notre droit, donne au consentement, indépendamment de la tradition, l'effet de produire directement le droit réel (v. art. 711, 938, 1138). Sauf cette différence, notre droit, comme on voit, est à cet égard conforme au droit romain (v. à ce sujet *Just.*, § 1, Inst., *De usufr.*).

418 *bis*. III. La loi et la volonté *de l'homme* (intell. *du propriétaire*) étant seules indiquées comme causes efficientes de l'usufruit, il est clair qu'on ne saurait admettre chez nous la disposition de la loi romaine qui, dans un cas particulier, le cas de partage, autorisait la constitution de l'usufruit par le juge, c'est-à-dire par l'adjudication que le juge avait faite de l'usufruit à l'un des copartageants, et de la nue propriété à l'autre (v. *Gaïus*, L. 6, § 1, ff. *De usufr.*). Rien sans doute n'empêcherait des copartageants maîtres de disposer

(1) V. ci-dessus, n° 129 *bis*. II.

de leurs droits d'adopter un arrangement semblable; il y aurait alors constitution de l'usufruit par la volonté de l'homme. Mais ce parti ne saurait leur être imposé par la sentence du juge, qui ne peut que diviser le bien, s'il est en effet partageable, ou, si le partage ne peut s'en faire commodément, ordonner la licitation (v. art. 827, 1686).

418 *bis.* IV. La loi n'indique pas ici comme manières d'acquérir l'usufruit l'*accession* et la *prescription*, qui, aux termes de l'article 712, sont, aussi bien que la volonté de l'homme, des manières d'acquérir la propriété. Quant à l'accession, nous verrons qu'elle est, au moins à certains égards, applicable à l'usufruit (v. art. 596). Mais le silence complet de notre titre sur la prescription comme moyen d'acquérir peut faire naître des doutes sérieux sur son application. Ces doutes s'aggravent encore si l'on considère que la loi s'est spécialement expliquée sur l'extinction de l'usufruit par *non-usage*, c'est-à-dire par prescription (art. 617), et que, dans le titre suivant, où elle voulait admettre la prescription comme moyen d'acquérir les servitudes, elle l'a formellement proclamé (v. art. 690).

Nonobstant ces raisons de douter, je crois, pour mon compte, et l'on enseigne assez généralement, que l'usufruit peut, comme la propriété, s'acquérir par prescription, et que pour le décider ainsi il suffit que la loi n'ait pas dit le contraire. On se fonde, à cet égard, sur la similitude de nature des deux droits, qui, au point de vue de l'utilité, ne diffèrent guère que par la durée. Non-seulement, en effet, l'usufruit attribue comme la propriété la pleine jouissance, mais comme elle il peut être cédé à titre gratuit ou onéreux (art. 595). Il est comme elle susceptible d'hypothèque (art. 2118), d'expropriation (art. 2204). Évidemment la possession d'un droit de cette importance n'est pas moins digne de protection que la propriété elle-même, pourquoi donc celle de la prescription lui serait-elle refusée? Si la loi n'a pas jugé à propos de la lui appliquer par une disposition spéciale, n'est-ce pas uniquement parce que cela n'avait pas besoin d'être dit, l'usufruit pouvant passer pour une partie de la propriété (*Paul*, L. 4, ff. *De usufr.*), et la règle établie pour le tout s'appliquant de plein droit à la partie? Au contraire, une disposition spéciale a paru nécessaire pour appliquer à l'usufruit l'extinction par non-usage; mais la raison en est simple, c'est précisément parce que tel n'est pas le droit commun de la propriété, qui,

elle, ne se perd jamais directement par le simple non-usage, et qui dure tant qu'un autre ne l'a pas acquise par prescription. Quant aux servitudes réelles, il fallait bien aussi s'expliquer, ne fût-ce que pour faire cesser la divergence de l'ancien droit, et établir les conditions particulières de la prescription sur cette matière. Mais ici on n'avait rien de particulier à dire.

418 *bis*. V. En m'attachant à ces principes, non-seulement je n'hésiterai point à appliquer la prescription par dix ou vingt ans (art. 2265) à celui qui aura acquis par juste titre et bonne foi la possession d'un usufruit immobilier (1); mais en l'absence même de la bonne foi, je n'hésiterai pas davantage pour appliquer la prescription trentenaire (v. art. 2262). Seulement je fais remarquer que s'il n'y avait ni titre ni bonne foi, ce n'est probablement pas à titre d'usufruitier, mais à titre de propriétaire, que la possession aurait eu lieu. Au quel cas ce ne serait pas le simple usufruit, c'est la propriété qui serait acquise par prescription. Mais la possession trentenaire pourra toujours faire acquérir l'usufruit à celui qui l'aura possédé à juste titre, sans bonne foi. Les mêmes principes amènent aussi l'application de la prescription instantanée de l'article 2279, en faveur de celui à qui aurait été constitué *à non domino* un usufruit de meubles.

419. Le droit de concéder l'usufruit n'étant qu'une conséquence du droit d'aliéner, qui appartient au propriétaire, il est clair que celui-ci peut les constituer en général sous telles modifications qu'il le juge à propos. La constitution peut donc être faite à terme ou sous condition, comme elle peut être faite purement. V. art. 580.

420. L'usufruit peut être établi sur toute espèce de biens, sans en excepter même ceux qui se consomment par le premier usage; car ces choses étant en général fongibles, c'est-à-dire susceptibles de se remplacer les unes par les autres, la charge de rendre l'équivalent peut à leur égard tenir lieu de celle de conserver la substance. V. art. 581.

420 *bis*. A bien dire, les choses dont on ne peut faire usage sans les consommer ne sont pas susceptibles d'usufruit. C'est seulement

(1) V. dans ce sens C. C., rej., 17 juillet 1816 (J. P., tom. 48, pag. 81).

pour donner effet aux dispositions d'usufruit relatives à des choses de ce genre qu'on a imaginé comme équipollent le moyen indiqué, qui consiste à transférer la propriété, sous l'obligation de restituer l'équivalent (v. à ce sujet *Just.*, § 2, Inst., *De usufr.*). Comme on voit, cet effet de la constitution d'usufruit n'est autre que celui d'un *mutuum* ou prêt de consommation. Aussi n'arrivera-t-il guère que les choses qui se consomment par le premier usage soient l'objet spécial d'une constitution d'usufruit; mais il arrivera bien plus souvent que dans une masse de biens faisant l'objet de cette constitution, il se trouve des choses de ce genre : et tel est, en effet, le cas prévu par les termes de l'article 587, qui détermine l'effet du quasi-usufruit. Du reste, ce n'est là qu'un fait que nous constatons, et rien n'empêcherait, si l'on voulait, d'établir directement et spécialement ce quasi-usufruit, qui différera toujours du *mutuum* en ce que l'époque de la restitution, au lieu d'être déterminée purement et simplement par la convention, sera celle qui est marquée par la loi pour l'extinction de l'usufruit.

SECTION I.

Des droits de l'usufruitier.

421. Le titre même de l'usufruitier, *fructuarius*, indique suffisamment qu'il a droit à tous les fruits. Voyez article 582, et remarquez qu'il n'en *jouit* pas seulement, comme dit la loi, mais qu'il en acquiert la propriété. On entend par *fruits* non-seulement les produits périodiques de la terre et des plantes, mais généralement tout ce qu'une chose est destinée à produire et reproduire, et tous les revenus qu'on peut périodiquement recueillir à son sujet.

422. Les fruits que la seule nature fait produire à une chose sont dits *naturels ;* ceux qu'elle ne produit que par l'industrie de l'homme et par conséquent par la culture sont appelés *industriels*. Du reste quoique cette distinction, toujours assez difficile à faire, ait depuis longtemps perdu toute importance (1), et n'en ait même jamais eu dans la matière qui

(1) V. ci-dessus, n° 382 *bis*.

ous occupe, la loi prend soin d'expliquer que le produit et le croît des animaux font, tout aussi bien que les produits spontanés de la terre, partie des fruits naturels. V. art. 583, et emarquez que les fruits industriels, comme les autres, peuvent toujours être appelés *naturels*, par opposition aux fruits civils.

Les fruits civils sont des revenus que la chose ne produit pas à proprement parler mais que celui qui a droit sur elle se procure en raison de ce droit comme indemnité de l'exercice qu'il en procure à d'autres. C'est évidemment à cette classe qu'appartiennent les prestations en argent qu'on retire d'une chose qui ne produit point de fruits naturels; tels sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles et les arrérages des rentes. Mais les prix mêmes des baux à ferme, quoiqu'ils ne soient que l'équivalent des fruits produits par la chose, sont aussi rangés dans cette classe. V. art. 584.

422 *bis*. Le bien rural donné à ferme produisant de véritables fruits, on aurait pu ne pas considérer comme constituant elle-même un fruit la prestation pécuniaire obtenue en remplacement de ces fruits. Toutefois, ce ne serait là qu'une vaine dispute de mots, si les deux systèmes devaient amener des résultats identiques. Mais la véritable question était celle de savoir si les prix des baux à ferme déclarés ici fruits civils, comme les loyers des maisons, seraient réglés pour leur acquisition par le même principe que les autres fruits civils; et c'est en vue de la solution affirmative, donnée sur ce point par l'article 586, que notre article commence ici par les comprendre dans la même classification.

423. Les fruits naturels ou industriels faisant partie de la chose tant qu'ils y sont attachés, l'usufruitier ne peut en devenir propriétaire qu'après qu'ils en sont séparés : en d'autres termes, il ne les acquiert que par la perception. Mais ayant le droit de jouir du fonds, il doit acquérir ainsi tous ceux qui se présenteront à percevoir pendant la durée de son droit.

Par conséquent les fruits pendants à l'ouverture de l'usu-

fruit *appartiennent* à l'usufruitier, en ce sens qu'il pourra les acquérir en les percevant s'il y a lieu. A l'égard des fruits pendants à la fin de l'usufruit, l'usufruitier ne les ayant point encore acquis, et ne pouvant ni conserver ni transmettre la faculté de les percevoir, en vertu d'un droit qui ne subsiste plus, ces fruits appartiendront au propriétaire. De là il peut résulter que, soit l'usufruitier, soit le propriétaire, acquière des fruits dus au travail et aux avances de l'autre. L'égalité des chances, et plus encore, peut-être, le besoin de simplifier, font déroger ici au principe de l'indemnité posé par l'article 548. Mais le droit de s'emparer des fruits sans indemnité ne va pas jusqu'à dépouiller le colon partiaire de la portion qui lui est acquise. Cela devait au reste souffrir d'autant moins de difficulté que, dans les principes du Code civil, l'usufruitier et le propriétaire sont en général tenus à l'exécution des baux existants au commencement ou à la fin de l'usufruit (art. 595, 1743). V. art. 585, et remarquez qu'en consacrant ici le principe d'acquisition des fruits par la perception, notre Code n'exige pas, comme le droit romain, que l'usufruitier les ait perçus lui-même.

423 *bis*. I. Il paraissait assez naturel d'affranchir, comme on le fait, l'usufruitier de toute indemnité pour les fruits qu'il trouve prêts à percevoir lors de son entrée en jouissance, car cette récolte sur pied, augmentant la valeur de l'usufruit qui va s'établir, a dû être prise en considération pour la fixation du prix, si le droit est constitué à titre onéreux; et, dans le cas contraire, rien n'autorise à supposer que cette augmentation de valeur ne soit pas comprise dans la libéralité du donateur ou testateur. Au reste, dans l'un comme dans l'autre cas, ce n'est là que l'application du principe suivant lequel l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent (art. 600). Quant à la règle générale de l'article 548, elle n'avait pas d'application ici; car elle ne concerne que les frais faits par des tiers, et ne peut dès lors être invoquée entre un auteur et son ayant cause (v. ci-dessus, n° 383 *bis*. I et V). Mais la difficulté pouvait exister pour l'attribution au propriétaire, de la récolte prête à faire lors de la cessation de l'usufruit; car l'usufruitier, qui a fait

les labours et semences en vue de la récolte qu'il espérait acquérir, aurait parfaitement pu être regardé comme un tiers, à l'égard du propriétaire qui va profiter de ses frais et travaux. Quoi qu'il en soit, le législateur, sacrifiant ici l'exactitude des principes au désir de prévenir les difficultés et les contestations que pourrait faire naître la liquidation des indemnités, a mieux aimé considérer la franchise possible de la première année de jouissance comme une chance de bénéfice, compensant pour l'usufruitier la chance de perdre les avances dans la dernière année. Ce point de vue n'a rien d'inexact quand il s'agit, comme cela arrive le plus souvent, d'un usufruit constitué à l'avance, par un testament ou par un contrat de mariage, pour commencer à une époque indéterminée; mais, évidemment, il manque de justesse quand l'usufruit est constitué par acte entre vifs pour commencer immédiatement. Alors, en effet, la jouissance de la première année sera plus ou moins avantageuse, en fait, suivant que la récolte était ou non prête à faire au moment de la constitution; mais il n'y aura pas là de chance et par conséquent celle de perdre ses avances dans la dernière année restera sans autre compensation que celle qu'avait l'usufruitier de profiter des fruits, si son droit s'était prolongé jusqu'après la récolte. Quoi qu'il en soit, la loi ne distinguant pas, nous ne devons pas distinguer. Il n'y a, du reste, rien de plus injuste à priver l'usufruitier de ses frais de labours et semences qu'à lui refuser, comme on le fait plus bas, l'indemnité pour les améliorations qu'il aurait faites (v. art. 599).

423 *bis*. II. Rappelons ici que c'est seulement dans les rapports du propriétaire et de l'usufruitier que notre article 585 fait exception au principe général posé par l'article 548 (v. ci-dessus, n° 383 *bis*. IV). Si, donc, c'est par un tiers qu'ont été faits les frais de labours et semences, ce tiers, évidemment, devra être indemnisé. Mais la question est de savoir si c'est par celui qui fera la récolte ou par celui qui avait le droit de jouir du fonds au moment où les frais ont été faits. Je réponds que l'indemnité est due par celui qui profite. Mais celui qui profite n'est peut-être pas toujours celui qui fait la récolte. Ainsi les frais faits avant l'ouverture de l'usufruit me paraissent l'avoir été pour le compte du constituant, qui, en vendant ou donnant l'usufruit de la chose dans l'état où elle se trouve, a virtuellement disposé des fruits pendants et s'en est par

là même enrichi (v. ci-dessus, n° 383 *bis*. V). Mais lors, au contraire, que les frais auront été faits pendant la durée de l'usufruit, et que la récolte sera faite par le propriétaire après l'extinction, je ne vois pas alors que le tiers ait fait l'affaire de l'usufruitier, et je laisserais l'indemnité à la charge du propriétaire qui récolte.

423 *bis*. II. S'il est vrai, et personne, je crois, ne le conteste, que l'usufruitier est obligé d'entretenir les baux faits par le propriétaire avant la constitution de son droit (v. art. 600 et 1743), s'il est certain aussi que le propriétaire, à la fin de l'usufruit, est obligé d'entretenir ceux qui ont été régulièrement faits par l'usufruitier (v. art. 595), il n'était peut-être pas bien nécessaire de proclamer ici d'une manière spéciale le droit réservé au colon partiaire; car lui aussi tire son droit d'un bail. Mais comme la portion de fruits attribuée par le bail au colon partiaire n'est, à bien dire, que l'indemnité de ses travaux et frais de culture, on a cru utile d'exprimer que le refus d'indemnité, qui s'appliquerait à son bailleur, si c'était par celui-ci qu'eussent été faits les frais de labours et semences, n'atteindrait point le colon partiaire.

423 *bis*. IV. Ce serait peut-être ici le lieu de se demander quel serait à l'égard du propriétaire ou de l'usufruitier à qui compète le droit de faire la récolte, l'effet d'une vente de fruits sur pied antérieurement faite par celui des deux à qui, par événement, ce droit ne compète pas; mais les éléments de solution se trouvant en partie, selon moi, dans les principes qui ont dicté la disposition de l'article 595, je crois plus convenable de reporter sur cet article l'examen de la question (v. ci-dessous, n° 434 *bis*. IV-VI).

424. Quant aux fruits civils, la même raison ne s'appliquant pas, on a trouvé plus juste de les faire acquérir jour par jour, à chacun en proportion de son temps de jouissance. La loi applique cette règle, même au prix des baux à ferme, quoiqu'il ne soit que l'équivalent des fruits qui s'acquièrent par la perception. V. art. 586.

424 *bis*. I. Sauf le cas de bail à ferme, la prestation périodique qui constitue le fruit civil peut passer pour l'équivalent de l'usage de la chose procuré au débiteur par celui à qui appartient de droit la jouissance comprenant cet usage. Et comme l'usage s'exerce jour par jour, il est tout simple que la prestation équivalente s'acquière

aussi jour par jour; en telle sorte que l'annuité, quelle que soit l'époque où elle doit se payer, se divise en trois cent soixante-cinq parties, dont chacune représente pour qui de droit un jour d'usage. Mais ce point de vue ne peut s'appliquer au prix du bail à ferme, qui représente les fruits naturels ou industriels du fonds, et semblerait dès lors ne devoir s'acquérir, comme ces fruits eux-mêmes, qu'au moment de leur perception. Tels étaient, en effet, les anciens principes; mais leur application donnait lieu à des difficultés pour la répartition de l'année de fermage au commencement ou à la fin de l'usufruit, si une partie seulement des fruits étaient récoltés au moment où l'usufruit a commencé ou fini : car il fallait d'abord reconnaître ceux qui à ce moment étaient perçus, et ceux qui ne l'étaient pas; il fallait ensuite en apprécier la valeur relative, donnant droit à une portion correspondante du fermage. Le nouveau principe adopté par le Code évite ces difficultés. Un reproche, il est vrai, pourrait être adressé à ce système; c'est qu'il attribue à l'usufruitier le pouvoir de changer par son fait les droits du propriétaire, qui seront, en effet, très-différents à la fin de l'usufruit, selon que l'usufruitier aura usé ou non de la faculté d'affermer. Mais comme ce changement peut être aussi bien favorable que contraire, suivant l'époque, généralement incertaine, à laquelle l'usufruit viendra à s'éteindre, il n'y a réellement ni danger ni injustice à laisser ce pouvoir à l'usufruitier.

424 *bis*. II. Du reste, la division par jours de l'annuité qui constitue le fermage n'empêche pas que cette annuité, à quelque époque qu'elle soit payable, ne soit toujours considérée pour ce qu'elle est effectivement, c'est-à-dire pour le prix de la récolte d'une certaine année; c'est donc entre les jours de cette année que doit s'opérer la division, quand même le fermage en tout ou en partie ne devrait, aux termes de la convention, être payé que dans le cours de l'année suivante.

425. Les fruits ainsi définis et distingués, il suffit, pour faire connaître plus en détail les droits de l'usufruitier, de faire l'application des principes posés, aux diverses sortes de biens sur lesquels l'usufruit peut être établi.

426. Si ce sont des choses qui se consomment par le premier usage, l'usufruitier a nécessairement le droit d'en dis-

poser, puisqu'il n'a pas d'autre moyen d'en user; il en est donc vraiment propriétaire; mais il en doit rendre l'équivalent à la fin de l'usufruit. Cet équivalent, du reste, peut consister ou dans des objets de même quantité, qualité et *valeur*, ou dans l'estimation en argent. V. art. 587.

426 *bis*. I. Les termes de la loi sembleraient indiquer pour l'usufruitier ou ses représentants une obligation alternative de rendre, à leur choix (art. 1190), soit *pareille quantité, qualité ou valeur*, soit l'*estimation*, qu'on supposerait apparemment avoir été faite au commencement de l'usufruit. Mais cela ne serait pas juste; car, le prix des denrées étant essentiellement variable, ce prix à la fin de l'usufruit peut être de beaucoup inférieur ou supérieur au montant de l'estimation primitive, et l'on ne verrait aucune raison pour accorder ainsi à l'usufruitier la faveur exorbitante de pouvoir à son gré rendre plus ou rendre moins. Aussi n'est-ce pas là, selon moi, ce que la loi a voulu dire. Sa pensée, je crois, doit s'expliquer par la loi romaine, qui distingue si les denrées ont été estimées ou si elles ne l'ont pas été. Dans le premier cas, c'est du prix de l'estimation que l'usufruitier est, dès le principe, constitué débiteur; et c'est là ce qu'il devra rendre à tout événement. Dans l'autre cas, au contraire, l'objet de sa dette, ce sont les denrées à rendre en pareille quantité et qualité (v. *Gaïus*, L. 7, § *De usufr. ear. rer.*). Ainsi, comme on le voit, il y a deux manières distinctes de constituer le quasi-usufruit sur les denrées : soit par l'obligation de rendre pareille quantité et qualité, soit par celle de rendre l'estimation; et c'est en embrassant distinctement dans sa pensée l'un et l'autre mode de constitution que la loi a dû, comme elle l'a fait, indiquer comme possibles, mais non simultanément, soit la restitution en pareille quantité et qualité, soit celle de l'estimation.

426 *bis*. II. Lorsque, à défaut d'estimation, l'obligation consiste à rendre pareille quantité et qualité de choses de la même espèce, il est clair qu'on ne peut exiger en même temps la parité de valeur vénale; c'est donc mal à propos que la loi, au lieu de dire seulement, comme dans l'article 1902, *même quantité et qualité*, a dit ici pareille *quantité, qualité et* VALEUR. Si pourtant on veut absolument s'attacher au mot *valeur* ici employé, il faut le traduire dans le sens de *bonté*.

Pour trancher, au reste, les diverses questions auxquelles peut donner lieu la restitution à faire à la fin du quasi-usufruit, il y a lieu, en général, de se référer aux règles tracées au titre du prêt; car, comme on l'a déjà dit, sauf l'époque de la restitution, les obligations du quasi-usufruitier sont absolument les mêmes que celles d'un emprunteur à consommation : ici donc s'appliqueraient sans difficulté les articles 1895-1897 (v. aussi art. 1902-1904).

426 *bis*. III. L'argent comptant est compris avec raison par la loi dans les choses dont on ne peut faire usage sans les consommer. D'où il suit que toutes les sommes d'argent, quelque considérables qu'elles soient, qui se trouvent dans la masse de biens sur laquelle l'usufruit s'établit, doivent être remises à l'usufruitier pour qu'il en dispose à son gré, à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, la même somme numérique (v. à ce sujet art. 1895). A cet égard, il faudrait évidemment assimiler au numéraire les billets au porteur. J'en dirai même autant, en général, des effets de commerce, qui devraient en conséquence être passés à l'ordre de l'usufruitier. Quant aux capitaux qui se trouvaient placés au moment de l'ouverture, ils constituent des créances susceptibles d'usufruit proprement dit; et le droit de l'usufruitier devrait se borner à percevoir les intérêts jusqu'au remboursement. Ainsi les créances resteraient aux risques du propriétaire (v. à ce sujet art. 1567). Concluons de là que l'usufruitier n'aurait pas qualité pour recevoir le remboursement, non-seulement d'une rente, mais même d'une créance à terme. Mais comme il ne faut pas que le remboursement qui serait fait au propriétaire prive l'usufruitier de sa jouissance pour l'avenir, je crois qu'il peut s'opposer à ce que ce remboursement ait lieu hors de sa présence, et qu'il est en droit d'exiger un remploi immédiat, à défaut de quoi le capital devrait être remis entre ses mains à titre de quasi-usufruitier.

426 *bis*. IV. L'application du quasi-usufruit n'est nécessaire qu'à l'égard des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer. Mais rien évidemment n'empêche, soit l'auteur de la disposition, soit les parties d'accord, d'étendre cette application à des choses même qui seraient susceptibles d'usufruit proprement dit; car, suivant les cas, il peut paraître plus convenable de les considérer comme quantités. Cette intention même n'aura pas toujours besoin d'être expresse, et pourra, je crois, s'induire des circonstances. C'est ainsi

que la loi romaine considère des vêtements : tantôt comme l'objet d'un quasi-usufruit, tantôt, au contraire, comme l'objet d'un usufruit proprement dit (conf. *Ulp.*, L. 15, § 4, ff. *De usufr. et quem.;* et *Justin.*, § 2, Inst., *De usufr.*).

426 *bis*. V. L'intention sera évidente quand la constitution portera sur des marchandises qui, composant un fonds de commerce, sont conséquemment destinées à être vendues pour être remplacées successivement par d'autres. Il est clair donc que l'usufruitier, dans ce cas, ne pourra jamais se faire appliquer l'article 589, et qu'il sera, conformément à l'art. 587, tenu de rendre, soit pareille quantité et qualité, soit l'estimation qui aura été faite. Mais là n'est pas la véritable question à laquelle peut donner lieu l'usufruit d'un fonds de commerce. Il s'agit de savoir si le fonds de commerce, comprenant l'achalandage, ne doit pas être considéré en lui-même comme distinct des marchandises qui le composent, et si comme tel il n'est pas susceptible d'un usufruit véritable, attribuant à l'usufruitier l'exploitation, et par conséquent la faculté de vendre et de remplacer les marchandises pendant la durée de son droit, mais avec la charge de restituer à la fin de l'usufruit le fonds en nature tel qu'il se trouvera alors composé. Pour moi, je pense que c'est là une question de pure intention, qui doit se juger diversement, suivant les circonstances (1). Mais, à défaut de circonstances propres à manifester l'intention, je crois plutôt que l'usufruit constitué sur un fonds de commerce a pour objet la quantité de marchandises qui le composent, et doit dès lors recevoir l'application pure et simple de l'article 587. Ce point de vue, en effet, me paraît le plus favorable à l'intérêt bien entendu des deux parties, dont les droits sont alors respectivement fixés par l'estimation, ou par l'inventaire déterminant les qualité et quantité; ce qui, sans compromettre l'intérêt du propriétaire, donne plus d'indépendance à l'usufruitier, en lui permettant notamment de vendre le fonds en temps opportun.

427. L'obligation imposée à l'usufruitier de rendre les sommes d'argent par lui reçues ne peut évidemment s'étendre aux arrérages de rentes ou aux intérêts des capitaux, puisque ce sont des fruits civils dont la perception n'altère pas la sub-

(1) V. en sens divers, C. C., cass., 9 messid. an XI (J. P., tom. 5, pag. 513), et C. C., rej. 10 avril 1814 (*ib.*, tom. 40, pag. 161).

stance du droit qui les produit. La loi applique ce principe, même à la rente viagère, qu'elle considère comme un être moral produisant temporairemant des fruits. Voy. art. 588. Le même principe devrait s'appliquer à un droit d'usufruit qui serait lui-même l'objet d'un usufruit (v. art. 1568).

428. Il ne faut pas confondre avec les choses qui se consomment entièrement les choses mobilières qui se détériorent simplement par l'usage. L'usufruitier a le droit de s'en servir suivant leur destination, et n'est obligé qu'à les représenter en nature, dans l'état où elles se trouveront par suite de l'usage qu'il en aura fait en bon père de famille. Mais il répond évidemment de son dol ou de sa faute. V. art. 589.

428 *bis*. I. L'usufruit sur les choses qui ne produisent pas de fruits ne consiste réellement que dans l'usage; toutefois l'usufruitier diffère encore du simple usager par la faculté qu'il a de céder son droit ou de louer (v. art. 595 et 631). Mais quand il s'agit de choses qui se détériorent par l'usage, il est au moins douteux que cette faculté de céder ou de louer doive appartenir à l'usufruitier. C'est bien assez, en effet, qu'il puisse, en se servant lui-même de la chose, la détériorer au préjudice du propriétaire, et en altérer ainsi jusqu'à un certain point la substance; sans qu'on lui réserve encore le droit d'aggraver ce préjudice, en employant la chose au service d'autrui. Cela posé, je crois qu'il y a lieu de s'attacher aux termes de l'article 589 pour écarter, en général, du cas dont il s'agit l'application de l'article 595; et le droit de se servir des choses *pour l'usage auquel elles sont destinées* ne me paraît point admettre celui de céder, ni davantage celui de louer, à moins pourtant que telle ne fût la destination de la chose avant la constitution d'usufruit (v. à ce sujet *Ulp.*, L. 15, §§ 4 et 5, ff. *De usufr. et quem.*).

428 *bis*. II. L'usufruitier doit rendre les choses à la fin de l'usufruit, quand même, eu égard à leur état de vétusté ou dégradation, la restitution semblerait ne présenter aucun intérêt pour le propriétaire. Cette représentation est nécessaire pour prévenir le soupçon de détournement ou d'aliénation; à son défaut, en effet, il est permis de supposer que l'usufruitier a vendu les objets lorsqu'ils avaient encore toute leur valeur, et qu'il en a fait valoir le prix à son profit.

Telle est la théorie des articles 453 et 950, qui obligent, en conséquence, le parent usufruitier légal, ou le donateur avec réserve d'usufruit, à payer, suivant l'estimation primitive, la valeur des objets qu'ils ne peuvent représenter en nature. Rien, je crois, ne s'opposerait à ce qu'on appliquât la même supposition, et par suite la même décision, à tout autre cas d'usufruit. Mais la règle pourtant n'étant formellement proclamée que pour les deux cas spéciaux, je crois que dans les autres son application devra dépendre des circonstances, et qu'on pourrait, suivant les cas, en appréciant le mérite des explications données par l'usufruitier ou ses représentants, dans le compte qu'ils ont à rendre des objets manquants, tantôt ne condamner à rendre que la valeur actuelle qu'auraient ces objets, tantôt même ne prononcer aucune condamnation, parce qu'on reconnaîtrait qu'il n'y a nul préjudice.

429. L'usufruit des bois est réglé par les articles 590-594.

Les arbres dont un fonds est planté sont, suivant leur destination naturelle ou suivant la destination des propriétaires, tantôt considérés comme des fruits du fonds, tantôt comme des parties du fonds produisant elles-mêmes des fruits.

430. On doit considérer comme fruits :

1° Les bois taillis, en ce sens que l'usufruitier peut se les approprier, mais seulement par la perception en temps utile. Ainsi l'usufruitier, tenu de jouir en bon père de famille, doit se conformer à l'aménagement établi ou à celui qui résulte tacitement de l'usage : conséquemment il devrait indemnité pour toute contravention à cet aménagement s'il y avait préjudice pour le propriétaire. Mais lui-même n'a droit à aucune indemnité pour les coupes qu'il aurait manqué de faire. Voy. art. 590, al. 1er.

430 *bis*. I. L'usufruitier, pour l'ordre et la quotité des coupes, doit se conformer à l'*aménagement*, ou à l'*usage constant des propriétaires*. L'aménagement est le règlement fait à l'avance de l'ordre, de l'âge et de la contenance de chaque coupe. A défaut d'aménagement exprès, ce règlement résulte tacitement de l'usage pratiqué

par les propriétaires du fonds avant la constitution d'usufruit; si cet usage lui-même n'était pas constant, on pourrait y suppléer par l'usage du pays.

430 *bis.* II. L'obligation de se conformer à l'aménagement soumet évidemment l'usufruitier à indemnité, si la rupture de cet aménagement causait préjudice au propriétaire : *puta* s'il a fait par anticipation une coupe que le propriétaire devrait trouver sur pied à la fin de l'usufruit; ou si, par le retard d'une coupe antérieure effectuée pendant la durée de l'usufruit, la recrue se trouve n'avoir pas lors de l'extinction l'âge qu'elle devrait avoir. Mais si le retard d'une coupe ne fait tort qu'à l'usufruitier en faisant trouver sur pied des bois qu'il aurait pu s'approprier en les coupant à l'âge fixé, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même et doit subir sans indemnité l'application du principe qui ne lui attribue les fruits que par la perception. Ce principe, en effet, ne lui permettrait pas de prétendre que le propriétaire s'enrichit à ses dépens. Toutefois, nous verrons que, dans la crainte des avantages indirects entre époux, la règle reçoit exception à l'égard des coupes que le mari administrateur aurait manqué de faire, sur ses propres ou sur ceux de son conjoint, au préjudice de la communauté usufruitière (v. art. 1403, al. 2).

431. Sont aussi considérés comme fruits :

2° Les arbres des pépinières, en ce sens que l'usufruitier peut en disposer, mais à la charge du remplacement nécessaire pour conserver la substance de la pépinière. V. art. 590, *in fine;*

3° Les coupes même des bois de haute futaie, si toutefois ces bois ont été mis en coupes réglées. Bien entendu qu'à cet égard, comme pour les taillis, l'usufruitier doit se conformer aux époques et à l'usage qu'il trouve établis. Voy. art. 591.

432. A l'égard des bois de haute futaie non mis en coupe réglée, ils font partie du fonds; l'usufruitier ne peut donc les couper ni même s'approprier ceux qui sont abattus par accident (ajoutez ni ceux qui meurent). Mais, comme il a droit de jouir du fonds en bon père de famille, il peut se servir des arbres abattus, pour les réparations dont il est tenu; il peut

même en faire abattre pour cet objet, en en faisant constater la nécessité avec le propriétaire. V. art. 592.

Par suite du même principe, il peut y prendre des échalas pour les vignes; il est clair, du reste, qu'il a droit aux produits annuels ou périodiques qu'on est dans l'usage d'en retirer. V. art. 593.

433. Quant aux arbres fruitiers, sa jouissance consiste dans les fruits qu'ils produisent; mais, quoiqu'il n'ait pas droit de les détruire, la loi lui attribue ceux qui meurent ou qui sont arrachés ou brisés par accident, à la charge de les remplacer. V. art. 594.

433 *bis*. A cet égard les abus ne sont pas à craindre, car l'usufruitier, ayant ordinairement plus d'intérêt à profiter des fruits que produira l'arbre vivant qu'à s'emparer du bois à la charge de remplacement, ne sera pas disposé à feindre des accidents ou à les faire naître. Ajoutons que le remplacement d'un vieil arbre par un jeune sera souvent plus avantageux au propriétaire que la conservation de l'ancien.

Sous l'un comme sous l'autre point de vue, il en est tout autrement à l'égard des arbres de haute futaie. Aussi avons-nous vu que la loi ne les accorde pas en général à l'usufruitier.

434. Quelle que soit, au reste, la nature du bien soumis à usufruit, il ne faut pas perdre de vue que l'usufruitier a droit de jouir comme le propriétaire lui-même; qu'il peut donc retirer de la chose toute l'utilité dont elle est susceptible, sous la seule condition de ne pas la dénaturer.

Ainsi, 1° il peut, en général, au lieu de jouir par lui-même, faire jouir un autre à sa place, soit en donnant les biens à ferme, soit en vendant ou cédant gratuitement son droit. En principe, du reste, le droit des ayant-cause de l'usufruitier doit se renfermer dans les mêmes limites que le sien propre, et finir conséquemment avec lui. Toutefois il est certain que notre législateur, pour faciliter la jouissance de l'usufruitier, a entendu lui conférer le pouvoir de faire ou renouveler les baux, de manière à lier le propriétaire lui-même après l'ex-

tinction de l'usufruit. Mais pour cela il faut nécessairement que l'usufruitier se conforme à certaines règles quant aux époques de renouvellement et à la durée des baux. Ces règles sont les mêmes que pour le mari à l'égard des biens de la femme. V. art. 595, et à ce sujet art. 1429, 1430.

434 *bis*. I. Quoique la loi ne comprenne ici dans ses termes que le droit de *donner à ferme*, il est certain que sa pensée embrasse également et les baux à ferme et les baux à loyer. Dans le langage ordinaire, en effet, le mot donner à ferme peut s'employer dans un sens général pour exprimer toute espèce de louage de choses. Nous remarquons, au reste, que les articles 1429 et 1430, auxquels s'applique le renvoi qui termine l'article, comprennent aussi bien les baux de maisons que ceux des héritages ruraux. Cela est sensible notamment dans l'article 1430, où la loi fixe distinctement pour chacun le délai de renouvellement.

434 *bis*. II. Pour l'usufruitier comme pour le mari, les limites relatives au renouvellement et à la durée des baux ne s'appliquent en aucune manière au temps de leur jouissance. Ces limites, uniquement établies dans l'intérêt de la femme ou du propriétaire, tendent à déterminer jusqu'à quel point ceux-ci, quand ils rentreront dans la jouissance de leurs biens, seront liés par le bail qu'ils n'ont pas eux-mêmes consenti. Ainsi le bail consenti par l'usufruitier, pour quelque durée que ce soit, s'exécutera tant que durera l'usufruit; mais s'il n'est pas encore expiré à la fin de l'usufruit, il ne continuera à s'exécuter contre le propriétaire que pendant la période de neuf ans dans laquelle on se trouvera alors. Pareillement le bail renouvelé trop longtemps à l'avance ne liera pas le propriétaire si son exécution n'a pas commencé avant la fin de l'usufruit. Mais quand l'époque fixée pour son commencement arrivera pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier sera tenu de le laisser commencer, et il vaudra alors contre le propriétaire ce que vaut un bail régulièrement consenti par l'usufruitier.

434 *bis*. III. Il va sans dire que les baux qui, consentis ou renouvelés par l'usufruitier dans les limites tracées par la loi, sont obligatoires pour le propriétaire envers le fermier ou locataire, le sont également, et dans la même mesure, pour le fermier ou locataire envers le propriétaire. Car l'usufruitier était investi d'un mandat

légal en vertu duquel il a pu, et doit être censé avoir voulu, stipuler aussi bien que promettre. Quant aux obligations respectivement contractées entre l'usufruitier et le fermier ou locataire en dehors des limites du mandat légal, leur effet doit se concentrer en eux, pour le cas où l'usufruit durerait; et le propriétaire ne peut pas plus se les appliquer contre le fermier ou locataire que celui-ci ne pourrait les faire valoir contre lui. Vainement, pour le prétendre, le propriétaire voudrait-il invoquer la disposition de l'article 1121; car il faudrait pour cela qu'il établît que l'usufruitier a entendu stipuler pour lui: or il n'y a aucune raison de le supposer, si l'on ne s'en est formellement expliqué. Ce qu'il faut admettre c'est que l'usufruitier et le fermier n'ont réellement traité que pour eux-mêmes, et sous la condition de la durée de l'usufruit.

434 *bis*. IV. En accordant à l'usufruitier le droit d'engager par des baux, survivant pendant un certain temps à la durée de l'usufruit, le propriétaire, qui ne les a pas consentis, la loi déroge évidemment au principe qui ne permet pas de transmettre à un autre plus de droit qu'on n'en a soi-même; cette dérogation était nécessaire pour assurer complétement à l'usufruitier l'exercice si précieux de la faculté de louer, sans laquelle souvent il lui serait impossible de jouir utilement: il serait trop gêné dans l'exercice de cette faculté si on lui refusait le moyen d'assurer, à tout événement, au fermier ou locataire un certain temps de jouissance. Le même motif doit, selon moi, faire admettre pour l'usufruitier le droit de vendre, *en temps opportun*, les récoltes, et particulièrement les bois, sur pied, et l'obligation pour le propriétaire de respecter ces ventes, dans le cas où l'usufruit viendrait à s'éteindre avant la récolte ou la coupe effectuée. Si on le décidait autrement, on priverait en réalité l'usufruitier, qui a droit de jouir *comme le propriétaire lui-même* (art. 578), d'un moyen d'exploitation, le seul peut-être auquel il puisse facilement recourir. Toutefois, ce n'est pas sans restriction que je reconnaîtrais à l'usufruitier le droit dont il s'agit; il faudrait voir dans quelles circonstances est intervenue la vente, et juger d'après la nature de la récolte, suivant l'usage du pays et la pratique ordinaire des propriétaires, si l'opération peut passer pour le mode de jouissance d'un bon père de famille: car ce n'est qu'à ce point de vue qu'elle peut être maintenue.

434 *bis*. V. Il est, du reste, bien entendu qu'en réservant, comme

je le propose, les droits de l'acheteur de la récolte ou du bois sur pied, on ne peut déroger au droit qui fait rentrer immédiatement le propriétaire en jouissance de sa chose à l'extinction de l'usufruit. S'il est privé de la récolte en nature, qui, en principe, devrait lui appartenir, il ne faut pas du moins qu'il le soit de l'équivalent de cette récolte : à lui donc doit revenir en totalité le prix, comme s'il avait lui-même fait la vente ; et si ce prix avait été payé d'avance à l'usufruitier, il devrait lui être rendu par celui-ci. Peut-être même, jusqu'à cette restitution, pourrait-il refuser à l'acheteur le droit de couper. Hors ce cas, du reste, il y aurait lieu par lui d'exécuter les clauses et conditions de la vente, notamment pour les époques de payement, pourvu que ces clauses ne présentent rien d'insolite, et que le marché, tel qu'il a été conclu, puisse passer pour un acte de bonne administration.

434 *bis*. VI. A plus forte raison l'usufruitier, qui *prend les choses dans l'état où elles sont* (art. 600), et qui est tenu, sans limitation, d'exécuter les baux faits par le propriétaire (v. art. 1743), doit-il respecter les ventes de récoltes faites par le propriétaire avant l'ouverture de l'usufruit. Mais bien entendu qu'à moins que son titre ne contienne réserve au contraire, il a, conformément à l'article 585, droit au prix des récoltes pendantes.

435. 2° Il jouit de l'alluvion, qui est une partie du fonds, et n'en peut être distinguée. V. art. 596.

435 *bis*. I. En spécifiant le cas d'alluvion, la loi semble par là même avoir exclu les autres cas d'acquisition qu'elle a proclamés ailleurs en faveur des propriétaires de fonds riverains. J'en conclus volontiers que, conformément à la décision d'Ulpien (L. 9, § 4, ff. *De usufr.*), l'usufruitier n'aurait aucun droit à l'île, qui forme véritablement un fonds distinct. Mais peut-être en dirais-je autrement de la portion reconnaissable d'un fonds riverain acquise aux termes de l'article 559. Car, après l'expiration de l'année jointe au fait de prise de possession, la partie ajoutée me paraît, dans la théorie de la loi, complétement identifiée avec le fonds, et je ne vois pas de raison pour que cette identification ne profite pas comme l'alluvion à tous ceux qui ont des droits sur le fonds.

Quant au lit abandonné, attribué à titre d'*indemnité* aux propriétaires des fonds nouvellement occupés (art. 563), je ne concevrais

pas que la jouissance pût en être contestée à l'usufruitier ; car l'indemnité doit profiter à tous ceux qui souffrent le dommage.

435 *bis*. II. A l'égard des constructions, plantations et ouvrages, la question est plus délicate ; car, en certains cas au moins, on pourrait, selon la subtilité du droit, voir dans la construction une cause d'extinction de l'usufruit sur le sol, sauf restitution si l'édifice venait à être démoli (v. *Marcell.*, L. 71, ff. *De usufr.*). Mais j'ai peine à croire qu'on doive admettre chez nous cette subtilité. Il me paraît plus juste, et plus conforme aux principes, de dire que la substance du sol n'est point changée, que c'est le sol, au contraire, qui, comme chose principale, absorbe l'existence de l'ouvrage accessoire, et qu'il continue dans ce nouvel état à appartenir à tous ceux qui précédemment y avaient droit, soit à titre de propriétaire, soit à titre d'usufruitier ou de créancier hypothécaire. Dans tous les cas donc j'accorderais à l'usufruitier la jouissance des constructions, plantations et ouvrages, à la charge, bien entendu, de contribuer, suivant le mode établi par l'article 609, à l'indemnité due au constructeur ; le tout sans préjudice du droit qu'il aurait de s'affranchir de toute indemnité, en forçant, s'il y a lieu, à l'enlèvement (v. art. 555).

435 *bis*. III. Cette solution pourra s'appliquer sans difficulté quand l'usufruitier et le nu propriétaire seront d'accord soit pour la conservation, soit pour l'enlèvement. Mais dans le cas contraire je réserverais toujours à l'usufruitier le droit de faire enlever immédiatement (art. 599, al. 1), s'il y a lieu. Et s'il veut, au contraire, conserver, malgré le propriétaire, je crois encore qu'il en aurait la faculté, pour toute la durée de son usufruit, en prenant alors l'indemnité à sa charge.

436. 3° Il jouit des servitudes, qui sont une qualité du fonds. A ce sujet la loi ajoute qu'il jouit du droit de passage et *généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir*. Bien entendu que les droits dont il s'agit sont uniquement ceux qui présentent quelque analogie avec les servitudes. V. art. 597.

436 *bis*. Si l'on prend le mot *servitude* dans le sens large qui lui a été attribué par le Code, et qu'on reconnaisse avec le législateur

des servitudes dérivant de la situation des lieux, et des servitudes légales, on ne voit pas trop à quoi tend l'addition qui termine l'article 597. Je ne crois pas, en effet, qu'il s'agisse dans cet article d'autres droits que de ceux qui augmentent l'utilité du fonds : or les droits de ce genre sont tous compris, dans le titre suivant, sous la dénomination de *servitudes*. Mais la preuve que le mot servitude est pris ici dans un sens plus étroit, c'est le soin qu'on prend d'accorder en outre à l'usufruitier la jouissance du droit de passage, nommément compris par l'article 652 parmi les servitudes légales. Cela posé, la disposition finale de l'article tend à déclarer applicable à l'usufruitier la jouissance de toutes les autres servitudes, soit dérivant de la situation des lieux, soit purement légales.

437. Il profite même du produit des mines et carrières (1), qui ne sont pas, à proprement parler, des fruits, mais que la loi considère comme tels, pourvu que le commencement de l'exploitation ait précédé l'ouverture de l'usufruit; sauf, au surplus, l'application à faire à l'usufruitier, comme au propriétaire lui-même, de la législation particulière aux mines, minières et carrières. V. art. 598, al. 1; voy. à ce sujet L. 21 avril 1810 (2), et remarquez que la disposition de cette loi qui déclare disponible et transmissible comme tout autre bien la propriété d'une mine une fois concédée (d. L. art. 7), semble dispenser l'usufruitier de cette mine d'obtenir la permission de l'Empereur, que le Code exigeait d'après la législation précédente.

438. A l'égard des mines, carrières et tourbières qui ne sont pas encore en exploitation, l'usufruitier n'y a aucun droit.

Quant au trésor trouvé dans le fonds, il n'en est ni une partie ni un fruit; l'usufruitier ne peut donc y prétendre, soit quant à la propriété, soit quant à la jouissance, sauf le droit qu'il peut avoir comme inventeur (art. 716). V. art. 598, al. dernier.

(1) Dites-en autant des tourbières, v. art. 598, al. dernier.
(2) IV, B. 285, n° 5401.

438 *bis*. I. La disposition qui refuse à l'usufruitier tout droit aux mines et carrières non encore ouvertes, et aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée, doit se combiner avec celle qui défend au propriétaire de nuire par son fait aux droits de l'usufruitier (art. 599, al. 1). De cette combinaison il résulte qu'en règle générale l'exploitation ne pourrait avoir lieu pendant la durée de l'usufruit, ou du moins qu'elle ne le pourrait qu'autant qu'il y aurait accord sur ce point entre le propriétaire et l'usufruitier. Cela posé, il est clair que l'usufruitier, maître de refuser son consentement, pourrait alors ne l'accorder qu'à condition qu'on lui abandonnerait en tout ou en partie la jouissance qui ne lui appartient pas de droit commun.

Cela s'appliquera sans difficulté pour les carrières et les tourbières. Mais à l'égard des mines et des minières, la législation spéciale qui les régit pourra amener d'autres résultats. La mine, en effet, pourra toujours être concédée par le gouvernement, dans l'intérêt public, soit au propriétaire, soit à tout autre (L. 21 avril 1810, art. 13 et 16). Et quant à la minière, les maîtres de forges peuvent toujours obtenir la permission de l'exploiter à défaut du propriétaire (d. L., art. 60). Dès lors, dans les deux cas, l'usufruitier ne pouvant invoquer l'article 599 pour s'opposer à l'ouverture de la mine ou à l'exploitation de la minière, la disposition de l'article 598 restera purement et simplement applicable, pour lui faire refuser tout droit à la redevance représentative des produits de la mine concédée (v. à ce sujet dite L., art. 6, 18, 19, 42) ou à l'indemnité due par les maîtres de forges *pour la valeur du minerai* (v. d. L., art. 66). Seulement, il est évident que si l'usufruitier éprouve quelque dommage dans la jouissance de la surface il devra en être indemnisé par qui de droit (v. à ce sujet d. L., art. 10, 15, 66).

438 *bis*. II. Quoique l'usufruitier n'ait point, en général, le droit d'ouvrir une carrière, je crois, par argument de l'article 592, qui lui permet de faire abattre des arbres de haute futaie pour les employer aux réparations dont il est tenu, qu'il serait fondé également à exiger pour le même usage l'extraction des matériaux nécessaires.

439. Pour compléter la théorie des droits de l'usufruitier, il

reste à indiquer les obligations du nu propriétaire. Ces obligations, qui dérivent de la servitude dont est grevée sa propriété, ne se bornent pas à celle de s'abstenir de toute jouissance; elles le forcent à s'abstenir du droit de disposer, en tant qu'il pourrait préjudicier au droit de l'usufruitier. Mais une servitude ne devant pas en général consister *in faciendo*, il s'ensuit que non-seulement le propriétaire n'est pas tenu d'améliorer le fonds (v. art. 600 et 607), mais qu'il ne peut même être aucunement contraint à tenir compte des améliorations que l'usufruitier aurait jugé à propos de faire, sauf à celui-ci le droit d'enlever les ornements qu'il aurait placés, en rétablissant, comme de raison, les lieux dans leur premier état. V. art. 599.

439 *bis*. Par application de cet article, on a jugé que les constructions, plantations et ouvrages faits sur le sol par l'usufruitier devraient appartenir au propriétaire sans indemnité (1). C'est, selon moi, étendre la disposition de l'article 599 à un cas qu'il n'a pas en vue, et violer la règle générale écrite dans l'article 555. Dans ma pensée, notre article doit s'appliquer aux *améliorations* qui, comme des engrais ou des défrichements, ne sont pas susceptibles d'être utilement enlevées; cas qui n'est point réglé par l'article 555. Alors, en effet, je comprends que, l'usufruitier n'ayant point eu le droit d'imposer au propriétaire une dépense, que celui-ci ne voulait ou ne pouvait peut-être pas faire, on lui refuse purement et simplement l'indemnité, en considérant alors ses avances comme compensées par la chance qu'il a eue d'en profiter pendant la durée de l'usufruit. Mais lorsque, sans imposer au propriétaire aucun sacrifice, on peut satisfaire complétement au principe d'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, c'est à ce principe qu'il faut se tenir, et c'est ce que fait l'article 555, en permettant au tiers constructeur d'enlever, si mieux n'aime le propriétaire payer la construction. Cet article, dans la généralité de ses termes, comprend l'usufruitier comme tout autre tiers, et l'article 599 peut parfaitement s'expliquer sans dérogation aucune à sa disposition. Car lors même qu'on étendrait aux constructions ou plantations le

(1) V. C. C., rej., 23 mars 1825 (J. P., tom. 73, pag. 15).

mot amélioration employé par l'article 599, il en résulterait seulement que l'usufruitier constructeur ou planteur ne pourrait réclamer d'indemnité; mais cela ne contrarierait en rien la faculté d'enlever que lui réserve l'article 555. On objecte que cette faculté d'enlever n'est réservée par l'article 599 que pour les glaces, tableaux et autres ornements; mais autre chose est cette faculté absolue d'enlever accordée par la disposition finale de l'article 599, autre chose est celle que je réclame pour l'usufruitier en vertu de l'article 555. En effet, le constructeur ne pourra enlever la construction si le propriétaire veut la conserver en la payant; tandis que pour les glaces, tableaux et ornements, le propriétaire ne pourrait à aucune condition forcer l'usufruitier à les laisser.

Ainsi expliqué, l'article 599 n'a rien de contraire à l'article 555 et l'on ne voit plus aucune raison pour ne pas appliquer à notre cas, comme à tout autre, la règle équitable de ce dernier article. Peu importe après cela qu'une loi romaine refusât à l'usufruitier la faculté d'enlever (*Ulp.*, L. 15, ff. *De usufr.*), car notre Code n'a point admis la rigoureuse doctrine de l'ancien droit romain quant aux dépenses faites sciemment sur le fonds d'autrui; et partout il a fait prévaloir sur la prétendue intention de donner, le principe d'équité qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui (v. à ce sujet art. 538, 555).

SECTION II.

Des obligations de l'usufruitier.

440. Jouir en bon père de famille, et, à moins de cas fortuit ou de force majeure, restituer à la fin de l'usufruit les choses dans l'état où il les a reçues, telles sont les principales obligations de l'usufruitier : c'est à leur accomplissement que tendent ou aboutissent toutes les autres.

441. Il faut remarquer d'abord que, l'usufruit n'étant que le droit de jouir, et non le droit de forcer un autre à faire jouir, l'usufruitier, quel que soit son titre, ne peut, lors de son entrée en jouissance, obliger ni le constituant ni le nu propriétaire à lui mettre les choses en bon état. Il les prend dans l'état où elles sont. Mais il importe, pour déterminer l'étendue de

ses obligations à la fin de l'usufruit, que l'état et la consistance des biens soient constatés contradictoirement entre lui et le propriétaire. A cet effet, la loi exige un inventaire des meubles et un état des immeubles. C'est l'usufruitier qui doit faire procéder à ces opérations en y appelant le propriétaire. Il ne peut jusque-là entrer en jouissance. V. art. 600.

441 *bis*. I. La nécessité de faire dresser l'inventaire et l'état constituant une obligation de l'usufruitier, et une condition de sa jouissance, il va sans dire que ces opérations sont à ses frais. Il en est autrement lorsque des opérations du même genre ont lieu à l'ouverture d'une tutelle, ou de toute autre administration établie dans l'intérêt d'un incapable. Alors, en effet, c'est bien l'administrateur légal qui est tenu d'y faire procéder, mais les frais sont pris sur les biens de l'incapable (v. à ce sujet art. 126).

441 *bis*. II. La confection de l'inventaire et de l'état doit précéder l'entrée en jouissance ; il en résulte certainement que jusque-là le propriétaire peut retenir la possession des biens, et refuser à l'usufruitier le droit d'user et de percevoir par lui-même les fruits. Mais cette suspension de l'*entrée en jouissance*, qui s'appliquerait également au cas où l'usufruitier ne donnerait pas caution, ne paraît pas ici plus que là devoir être considérée comme destructive du droit aux fruits; ils sont toujours dus du moment où l'usufruit a été ouvert (art. 585, 604). Seulement ici ils ne seront délivrés qu'après l'accomplissement des formalités (1).

441 *bis*. III. Si, de fait, l'usufruitier est entré en jouissance sans inventaire ni état, le propriétaire, à moins qu'il n'y ait consenti, pourrait, je crois, lui faire provisoirement retirer cette jouissance, sauf toujours à lui tenir compte des fruits en temps et lieu. Dans tous les cas le défaut d'inventaire étant imputable à l'usufruitier, que la loi obligeait à le faire dresser, pourrait faire admettre contre lui, comme contre le mari (art. 1415), et contre l'époux survivant (art. 1442), la preuve par témoins ou même par commune renommée; il va sans dire, au reste, que le défaut d'état devrait faire supposer contre lui qu'il a reçu les immeubles en bon état.

441 *bis*. IV. L'obligation de faire dresser l'inventaire et l'état est

(1) V. dans ce sens arrêt de Bastia, 13 juin 1833 (J. P., 1836, tom. 2, p. 372), Dijon, 2 juillet 1842 (J. P., 1844, tom. 1, pag. 36).

imposée sans distinction, et s'applique conséquemment à tout usufruitier ; la loi ne consacre pas même ici, comme elle le fait pour l'obligation de donner caution, la faculté d'en dispenser par le titre. Toutefois, le principe de la liberté des conventions, s'il s'agit d'un acte entre vifs, sinon, la puissance de la volonté d'un testateur, suffisent certainement pour lever tout doute sur la faculté d'affranchir l'usufruitier de cette charge, en tant qu'elle lui imposerait des diligences et des frais. Mais ce que je ne concevrais pas, c'est que, par une clause ou condition quelconque, le propriétaire fût privé du droit de faire dresser à ses frais l'état ou l'inventaire. Car, d'une part, l'usufruitier n'a pas d'intérêt véritable à s'y opposer, et d'autre part, la volonté du testateur, quelque puissante qu'elle soit, peut bien sans doute priver son héritier de la propriété ; mais elle ne peut, en la lui laissant, le priver des moyens d'en assurer la conservation, et le livrer à cet égard à la discrétion de l'usufruitier.

441 *bis*. V. Suivant cette doctrine, la dispense d'inventaire ou d'état tendant seulement à décharger l'usufruitier de l'obligation d'y faire procéder à ses dépens, elle contient virtuellement pour le propriétaire, s'il veut, comme je lui en reconnais toujours le droit, l'accomplissement de ces formalités, charge d'en supporter les frais. Or, évidemment cette charge, pas plus que toute autre, ne peut être imposée à l'héritier nu propriétaire, s'il a droit à une réserve qui se trouverait ainsi entamée. Toutefois, je n'en conclus pas que le disposant, par cela seul qu'il a des héritiers à réserve, ne puisse accorder utilement la dispense au donataire ou au légataire de l'usufruit ; car là s'appliquera la disposition de l'article 917, qui placera les héritiers dans l'alternative, ou d'exécuter le don ou legs d'usufruit tel qu'il est fait, ou d'abandonner en pleine propriété toute la quotité disponible. Mais dans le cas particulier de l'article 1094 qui permet de donner au conjoint l'usufruit de la réserve, j'entends alors que la dispense d'inventaire ne saurait être appliquée, puisqu'on ne pourrait imposer cette charge au propriétaire sans entamer sa réserve.

442. Pour assurer l'exécution de ses obligations, toutes virtuellement comprises dans celle de jouir en bon père de famille, la loi assujettit l'usufruitier à donner caution de jouir ainsi (v. à ce sujet art. 2011, 2040, 2041). Et toutefois, l'exis-

tence de cette sûreté n'étant pas absolument essentielle, on conçoit qu'il puisse en être dispensé, soit par la volonté des constituants, soit par la loi elle-même. La volonté des constituants résulterait des clauses de l'acte constitutif. Quant à la dispense de la loi, elle est accordée, eu égard à la qualité des personnes, en cas d'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants; elle l'est encore, eu égard à la volonté présumée des parties, en cas de vente ou de donation avec réserve d'usufruit. V. art. 601; et remarquez que le parent usufruitier légal dans le cas de l'article 754 n'est pas dispensé de donner caution.

442 *bis*. I. L'obligation de *jouir en bon père de famille* n'existe réellement que pour l'usufruitier proprement dit; quant au quasi-usufruitier, son obligation est autre, elle consiste dans la restitution de l'équivalent. Nul doute, au reste, que la caution ne soit due pour l'une comme pour l'autre obligation; car la dernière, quoique non précisément contenue dans les termes de la loi, est justement celle pour laquelle la nécessité de la caution se fait le plus sentir. Évidemment donc, la loi, qui statue *de eo quod plerumque fit*, a entendu comprendre dans l'expression *jouir en bon père de famille* l'accomplissement de toutes les obligations de l'usufruitier, et par conséquent celle de restituer, telle qu'elle est imposée au quasi-usufruitier.

442 *bis*. II. Ce que j'ai dit de la règle s'étend naturellement aux exceptions : ainsi la dispense de caution, dans les cas que la loi détermine, serait applicable au quasi-usufruitier comme à l'usufruitier proprement dit. Toutefois, dans un cas particulier, celui d'expropriation pour cause d'utilité publique, où, indépendamment de la volonté et contre la prévision des parties, le droit d'un usufruitier d'immeubles se convertit en quasi-usufruit sur le prix, la loi lui impose spécialement l'obligation de donner caution, et n'admet à cet égard de dispense que pour les père et mère ayant la jouissance légale des biens de leurs enfants. D'où il suit que, dans tout autre cas, la dispense accordée à l'usufruitier de l'immeuble ne le soustrairait pas à l'obligation de donner caution pour l'indemnité sur laquelle se reporte son droit (v. L. 3 mai 1841 (1), art. 39).

(1) IX, B. 808, n° 9285.

442 *bis*. III. A la différence de la dispense d'inventaire, la dispense de caution étant formellement autorisée par la loi, et cette dispense, qui n'impose aucune charge au propriétaire, n'altérant pas réellement le droit de propriété, j'en conclus, contre le sentiment de la plupart des auteurs, qu'elle peut s'appliquer à l'usufruitier, lors même qu'il est constitué aux termes de l'article 1094 sur tout ou partie de la réserve de l'héritier (1).

Vainement dirait-on que la dispense de caution expose le propriétaire à la perte d'une partie de sa réserve par suite des abus que l'usufruitier pourrait commettre. Je conviens, en effet, que sous ce rapport le droit du propriétaire est moins protégé, mais il n'est pas pour cela diminué, car l'usufruitier sera toujours tenu à réparation. Ajoutons que les abus qu'il commettrait pourraient toujours lui faire encourir la perte de l'usufruit (art. 618); on sent, au reste, que cette mesure de rigueur devra être d'autant plus facilement appliquée contre lui, en l'absence de caution, surtout dans le cas supposé où l'usufruit porte sur la réserve.

443. Cette caution ayant pour unique objet de garantir le propriétaire contre les abus de jouissance, l'impossibilité de la fournir ne doit point priver entièrement l'usufruitier de son droit; il convient seulement dans ce cas de lui en ôter le libre exercice, en lui réservant l'émolument.

On arrive à ce résultat, quant aux immeubles, en les affermant ou les séquestrant; quant aux sommes d'argent, en les plaçant; quant aux denrées, en les vendant pour en placer le prix. Dans ces divers cas, on réserve à l'usufruitier les prix des fermes, ajoutons ou les fruits des biens séquestrés, et les intérêts des capitaux placés. V. art. 602.

444. Il y avait plus de difficulté à l'égard des meubles susceptibles de dépérissement, le droit de l'usufruitier à leur égard consistant principalement à en *user*. Cependant la loi leur applique en général la même règle qu'aux denrées. Mais lorsqu'il s'agit de certains meubles nécessaires, dont la jouissance en nature ne peut être remplacée par aucun équiva-

(1) V. dans ce sens C. C., rej., ch. civ., 17 mai 1843 (J. P., 1843, tom. 2, pag. 27).

lent, elle permet aux juges, suivant les circonstances, de laisser cette jouissance à l'usufruitier sous sa simple caution juratoire. V. art. 603.

445. Toujours par suite des mêmes principes, le retard de donner caution ne doit point différer la jouissance effective de l'usufruitier dont le droit est ouvert. Les fruits lui sont dus du moment de cette ouverture; seulement, jusqu'au bail de caution, il ne peut les percevoir par lui-même. V. art. 604.

445 *bis*. I. Puisque les fruits perçus antérieurement au bail de caution sont dus à l'usufruitier à tout événement, rien n'empêche qu'il ne puisse les réclamer, même avant d'avoir satisfait à son obligation. Cette remise, au reste, est sans danger pour le propriétaire, dont les intérêts sont suffisamment sauvegardés par la rétention de la possession du fonds. J'en dirais autrement pour le cas de défaut d'inventaire; la loi, alors, refusant l'entrée en jouissance, je crois que les fruits mêmes devront être provisoirement retenus. Cette différence, du reste, est facile à justifier, car le défaut d'inventaire est toujours imputable à la négligence de l'usufruitier, tandis que le retard de donner caution peut provenir d'impossibilité.

445 *bis*. II. En accordant les fruits du moment où l'usufruit est ouvert, la loi veut dire seulement que le droit aux fruits ne sera pas différé jusqu'au bail de caution. Quant à l'époque où ce droit devra effectivement commencer, cela dépendra évidemment de la nature du titre qui le confère. Ainsi, quoique, à certains égards, le droit d'un légataire soit ouvert du jour du décès du testateur (v. art. 1014, al. premier), il ne peut cependant, en général, prétendre les fruits ou intérêts que du jour de sa demande en délivrance, ou du jour où cette délivrance lui aurait été volontairement consentie (art. 1014, al. 2); il est clair que notre article n'empêche pas cette disposition de s'appliquer au légataire d'usufruit comme elle s'appliquerait au légataire de la propriété.

446. L'obligation de jouir en bon père de famille comprend celle d'entretenir, et généralement d'acquitter toutes les charges de fruits (art. 605-613).

447. L'obligation d'entretenir s'applique aux réparations.

Il est clair que l'usufruitier doit faire toutes celles dont la nécessité provient de sa faute ou de sa négligence. Mais, hors ce cas, une distinction est nécessaire entre les grosses réparations, et les réparations dites *d'entretien*. L'usufruitier est *tenu* des unes, les autres *demeurent à la charge* du propriétaire. V. art. 605.

448. La loi énumère limitativement les réparations qui doivent être réputées *grosses*. L'énumération comprend celles des gros murs et des voûtes, quand elles ne seraient que partielles. Elle comprend encore le rétablissement des poutres et des couvertures, celui des digues et des murs de soutenement et de clôture; mais seulement quand il y a lieu à rétablir *en entier*. Toutes celles qui ne sont pas comprises dans l'énumération sont d'entretien. V. art. 606.

449. Il reste à expliquer comment et jusqu'à quel point l'usufruitier est tenu des réparations d'entretien, et à interpréter le principe qui laisse à la charge du propriétaire les grosses réparations. A cet égard, il résulte bien des termes de la loi qu'il y a pour l'usufruitier obligation de faire les réparations d'entretien, et que leur omission constituerait de sa part une faute dont il devrait répondre envers le propriétaire intéressé à la conservation de la chose. Cette faute le soumettrait même aux grosses réparations si c'est elle qui les a occasionnées.

Mais en laissant à la charge du propriétaire les grosses réparations, la loi ne dit pas qu'il soit obligé à les faire s'il ne le juge pas convenable. Cette obligation, évidemment, n'existe pas pour celles qui sont à faire au commencement de l'usufruit; car l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont (art. 600).

Quant à celles dont la nécessité est survenue depuis, il paraît encore conforme aux principes, en matière de servitude, de ne pas obliger le propriétaire à les faire, sans pour cela y obliger l'usufruitier.

Ce qu'il y a de sûr, c'est que le propriétaire ne pourrait,

pas plus que l'usufruitier, être contraint à *rebâtir* ce qui est tombé de vétusté ou détruit par cas fortuit. V. art. 607. Et remarquez que cela était assez inutile à dire en ce qui concerne l'usufruitier, car il est dit plus haut qu'il n'est tenu que des réparations d'entretien. Or, autre chose est *rebâtir*, autre chose *entretenir*.

449 *bis*. I. Les réparations d'entretien sont une charge de fruits; c'est bien, en effet, sur ses revenus qu'un bon père de famille prélève cette dépense. On ne concevrait donc pas que l'usufruitier, qui absorbe tout le revenu, n'acquittât pas cette charge. Mais cette considération ne s'applique directement qu'aux réparations dont la nécessité survient pendant la durée de l'usufruit. Quant à celles qui étaient à faire lors de l'ouverture de l'usufruit, elles semblent plutôt être une charge de la jouissance antérieure. Toutefois, l'usufruitier prenant les choses dans l'état où elles sont, il est évident qu'il ne peut contraindre ni le propriétaire en cette qualité, ni même, en général, le constituant, à faire les réparations, de quelque nature qu'elles soient. Sera-t-il donc tenu de les faire lui-même? Non, sans doute, en ce sens qu'il doive rendre les choses en meilleur état qu'il ne les a prises; mais il est tenu de conserver, et par conséquent de supporter toutes les dépenses de conservation que la loi n'a pas laissées à la charge du propriétaire. Or, dans cette catégorie rentrent, sinon toutes les réparations d'entretien, au moins toutes celles dont l'omission pourrait amener un état pire que celui dans lequel l'usufruitier a pris les choses. Supposons donc, par exemple, qu'un pan de mur de clôture fût déjà tombé lorsque l'usufruit a commencé, l'ufruitier ne sera pas tenu de le relever; mais il sera obligé d'empêcher les détériorations qu'il pourrait prévenir en réparant. Si, donc, l'omission d'une réparation d'entretien qu'il pouvait faire depuis l'ouverture de l'usufruit avait occasionné une grosse réparation, il en serait responsable, sans pouvoir dire pour s'excuser que la nécessité de la réparation d'entretien existait déjà au commencement de l'usufruit; à plus forte raison, l'usufruitier ne pourrait-il prétendre à aucune indemnité pour une réparation quelconque d'entretien, qu'il aurait jugé à propos de faire, lors même qu'il pouvait s'en dispenser : *puta* s'il avait fait relever le pan de mur de clôture qui était tombé avant

l'ouverture de l'usufruit. Ce cas, évidemment, se confondrait avec celui d'amélioration réglé par l'article 599.

449 *bis.* II. La nécessité d'entretenir semble plutôt une charge de l'usufruit qu'une obligation de la personne. De là je suis disposé à conclure avec les jurisconsultes romains que l'usufruitier pourrait s'en affranchir en abandonnant son droit (v. *Paul*, L. 48; *Ulp.*, L. 64, ff. *De usufruct*). Mais, évidemment, cette faculté ne pourrait s'appliquer aux réparations provenant du fait de l'usufruitier ou des siens (*Ulp.*, L. 65, ff. *eòd.*); alors, en effet, il y aurait obligation *quasi ex delicto.* En outre, Pothier remarque avec raison que, les réparations étant charge des fruits, l'usufruitier ne peut jamais s'en affranchir par l'abandon, sans compter des fruits antérieurement perçus (1). Bien entendu, au reste, qu'il ne s'agit là que des réparations dont la nécessité existe déjà au moment de la renonciation de l'usufruitier. Quant à celles qui pourraient survenir plus tard, l'usufruitier, évidemment, s'y soustrairait par sa renonciation, sans avoir à compter des fruits antérieurement perçus. Ce dernier point n'est contesté par personne; mais quelques-uns nient à l'usufruitier le droit de s'affranchir, par l'abandon, des réparations actuellement nécessaires, même en comptant des fruits antérieurs; car, disent-ils, l'usufruitier s'est soumis à cette charge par son acceptation, et il ne peut pas plus s'y soustraire en tenant compte des fruits qu'il a perçus, qu'un entrepreneur ne le pourrait en rendant le prix d'un marché qu'il aurait passé avec le propriétaire (2). Mais la question est de savoir si, comme on le prétend, l'acceptation de l'usufruitier forme entre lui et le propriétaire un *quasi-contrat,* d'où naîtrait, en effet, un engagement personnel. Or, comme ce serait là un changement aux anciens principes, je crois plus sûr de nier l'existence de ce prétendu quasi-contrat, et je m'en tiens à la doctrine de Pothier, qui a pour elle l'autorité du droit romain.

449 *bis.* III. En admettant avec Pothier que l'usufruitier qui renonce à son droit pour se soustraire à la charge actuelle des réparations doit tenir compte des fruits antérieurs, je trouve cependant raisonnable de ne pas comprendre indistinctement dans ce compte

(1) Pothier, *du Douaire*, n° 237.

(2) V. M. Marcadé sur l'art. 607, n° 3; V. aussi MM. Ducaurroy, Bonn. et Roust., tom. 2, n° 200.

de fruits tous ceux qu'il a effectivement perçus depuis son entrée en jouissance, mais ceux-là seulement dont la perception a suivi la nécessité survenue des réparations. Tel est le sentiment de mon savant collègue M. Duranton (1), et cela, en effet, est conforme aux principes et à l'équité, car les fruits perçus, lorsqu'il n'existait aucune charge à remplir, ont pu naturellement, et sans faute de sa part, être consommés en entier par l'usufruitier. Il n'en est donc pas enrichi, et il serait trop rigoureux de l'obliger à en représenter la valeur.

449 *bis*. IV. Dire, comme le fait la loi, que les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, c'est simplement en affranchir l'usufruitier : d'où la conséquence, que le propriétaire, s'il veut, comme il y a intérêt pour la conservation de sa chose, que ces réparations soient faites, devra en supporter la charge. Quant à l'obligation de les faire, les termes de la loi ne l'imposent pas, et les principes de la matière ne permettent pas de la supposer. Toutefois, la difficulté naît du texte de l'article 607 combiné avec un passage de Pothier dans son traité *du Douaire*. Cet auteur, en effet, enseigne que la douairière peut exiger des héritiers de son mari les grosses réparations, mais non la reconstruction en cas de perte arrivée par quelque accident (2); or, dit-on, c'est cette distinction que le législateur a voulu consacrer quand, après avoir dit dans l'article 605 que les grosses réparations sont à la charge du propriétaire, il dit dans l'article 607 que le propriétaire n'est pas tenu de rebâtir. Si telle avait été, en effet, la pensée du législateur, il aurait été bien plus loin que Pothier, en appliquant à tout usufruitier un droit que Pothier lui-même proclame contraire aux principes de l'usufruit, et qu'il n'admet en faveur de la douairière qu'en vertu de l'obligation que le mari, en constituant le douaire, était censé avoir contractée envers sa femme. En outre, il se serait mis en contradiction avec lui-même, en imposant au nu propriétaire, pour les réparations dont la nécessité survient, une obligation qu'évidemment il ne lui impose pas pour celles du commencement, puisqu'il veut que l'usufruitier prenne les choses dans l'état où elles sont.

Maintenant, ce qu'on pourrait conclure de la doctrine de Pothier,

(1) *Cours de droit français*, n° 623.
(2) V. Pothier, *Douaire*, n° 246.

et cette conséquence même serait difficile à admettre en présence de l'article 600, mais enfin tout ce qu'on en pourrait conclure, c'est que, la loi ne dispensant pas aussi explicitement le propriétaire de l'obligation de réparer que de celle de rebâtir, il serait permis, suivant les cas, et eu égard à la nature du titre constitutif de l'usufruit, de voir dans ce titre le principe d'une obligation de réparer contractée par le constituant et transmissible à son héritier; obligation, du reste, qui, dans aucun cas, ne s'étendrait aux reconstructions. Si l'on admettait cette idée, il serait bien difficile de ne pas appliquer l'obligation au commencement de l'usufruit comme pendant sa durée. Mais quoi qu'on puisse penser à cet égard, il y a loin de là à reconnaître en principe le propriétaire tenu à faire les grosses réparations, et je n'hésite pas, pour mon compte, à décider qu'il ne l'est pas.

449 *bis.* V. Ainsi dans notre doctrine, ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus l'un envers l'autre à faire les grosses réparations, pas plus qu'ils ne le sont à rebâtir (art. 607). Mais chacun au moins n'a-t-il pas le droit de faire, dans son intérêt, ce dont il n'est pas tenu? Cela n'est pas douteux pour les réparations. Quant aux reconstructions, elles seraient certainement permises à l'usufruitier si la chute du bâtiment n'a pas mis fin à son usufruit (v. à ce sujet art. 624); car le propriétaire n'a nul intérêt à s'y opposer, pourvu qu'on lui réserve le droit de les faire enlever à la cessation de l'usufruit. Mais je crois, au contraire, que sans le consentement de l'usufruitier le propriétaire ne pourrait reconstruire, car ce serait attenter au droit qu'a celui-ci de jouir de la chose dans l'état où le sort l'a mise. La question, du reste, ne se présentera guère; car, tant que durera l'usufruit, le propriétaire, ne devant tirer aucun avantage actuel de la reconstruction, ne sera guère disposé à la faire, si l'usufruitier ne la demande pas.

449 *bis.* VI. Maintenant, si nous supposons que, dans son intérêt, l'usufruitier a fait une grosse réparation ou une reconstruction, faudra-t-il appliquer l'article 599, et faire profiter purement et simplement le propriétaire du travail et de la dépense d'autrui? Je ne le pense pas. A cet égard je me suis déjà expliqué en ce qui concerne les constructions que je ne confonds pas avec les simples améliorations (1). Ainsi, selon moi, le cas de reconstruction serait,

(1) V. ci-dessus, n° 439 *bis.*

comme, en général, celui de construction, régi par l'article 555. Quant au cas de réparation, l'article 555 n'est pas, il est vrai, applicable, puisqu'il n'y a pas possibilité d'enlever (1); mais je ne crois pas non plus qu'on doive appliquer la règle relative aux simples améliorations. Car l'usufruitier ayant supporté une charge qui de sa nature devait peser sur le propriétaire, il me paraîtrait inique d'en faire profiter celui-ci sans charge d'indemnité. Du reste, le propriétaire n'ayant pas nécessairement intérêt à la réparation d'un édifice que peut-être il ne voulait pas conserver, il y aura toujours lieu d'examiner jusqu'à quel point la réparation lui profite, et l'indemnité devra nécessairement se borner à la mesure du profit retiré.

449 *bis*. VII. Si au contraire la grosse réparation est faite par le propriétaire, l'usufruitier sans doute en profitera; car elle servira, en conservant la chose, à maintenir et assurer sa jouissance. Alors sans doute on aurait pu appliquer la règle qui l'oblige à contribuer aux charges imposées à la propriété (v. art. 609). Mais la loi paraît avoir exclu cette idée en déclarant par l'article 605 que les grosses réparations demeurent *à la charge*, c'est-à-dire, évidemment, *à la charge exclusive* du propriétaire. Au reste si, comme nous le pensons, le propriétaire peut se refuser à faire la grosse réparation, que l'usufruitier aura presque toujours intérêt à obtenir, celui-ci sera souvent amené à consentir à une contribution que la loi ne lui impose pas; cette contribution alors sera réglée par la convention des parties. Quant aux reconstructions, on ne peut guère supposer que le propriétaire veuille les faire pendant la durée de l'usufruit, s'il n'en est sollicité par l'usufruitier; tout se fera donc alors d'accord, et dans cet accord entreront naturellement, et la contribution de l'usufruitier, et le règlement de cette contribution.

450. L'usufruitier doit payer toutes les charges de fruits, et sous ce titre il faut comprendre toutes celles qu'un bon père de famille est dans l'usage d'acquitter sur ses revenus.

Ainsi, il paye seul les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions. V. art. 608.

450 *bis*. Au nombre des charges annuelles de l'héritage on aurait

(1) V. ci-dessus, n° 392 *bis*. I et IX.

certainement rangé autrefois les arrérages de rentes foncières assises sur le fonds, car le droit réel constitué par le bail à rente reposait en effet sur le fonds en quelque main qu'il passât, et affectait conséquemment la jouissance de l'usufruitier comme celle du propriétaire. Mais si, comme je crois l'avoir démontré, le droit réel de rente n'existe plus dans notre législation (1), cette application, aujourd'hui, n'est plus possible : quand même le fonds soumis à l'usufruit aurait été acquis à rente, c'est la personne seule de l'acquéreur qui est obligée au service de la rente, comme en général l'acheteur l'est au payement du prix, sauf, bien entendu, l'effet du privilége du vendeur, qui subsisterait contre l'usufruitier comme contre tout autre détenteur, ainsi que nous le verrons sur l'article 611.

451. A l'égard de celles qui pèsent sur la propriété entière, dont l'usufruit est un démembrement, il est naturel qu'elles diminuent tout à la fois, et la propriété de l'un, et la jouissance de l'autre. On arrive également à ce résultat, soit que l'usufruitier paye au propriétaire les intérêts du capital fourni par celui-ci pour l'acquittement des charges, soit qu'il fasse lui-même l'avance de ce capital, sans intérêt. La loi prescrit en général le premier parti, et indique le second comme facultatif pour l'usufruitier. V. art. 609.

451 *bis*. I. La loi ne parle ici que des charges *imposées*. Ainsi, notre article n'a pas d'application aux charges, telles que les grosses réparations, qui ne sont pas obligatoires pour le propriétaire. S'il les accomplit, c'est qu'apparemment son intérêt le lui commande; il n'a donc point de contribution à exiger de l'usufruitier. Seulement l'intérêt de celui-ci pourra souvent, comme nous l'avons dit, le porter à se soumettre volontairement à cette contribution (2).

451 *bis*. II. On peut citer pour exemples de charges imposées sur la propriété un emprunt forcé, une contribution de guerre, et généralement tout impôt extraordinaire : telle fut notamment, en 1848, l'imposition des 45 centimes, en tant qu'elle portait sur la contribution foncière (v. décret du 16 mars 1848). Plusieurs applications se trou-

(1) V. ci-dessus, n° 359 *bis*. I, II, VI; *vid. contrà* Proudhon, *Usufruit*, tom. 4, n° 1834-1843.

(2) V. ci-dessus, n° 449 *bis*. VII.

vent encore dans la loi du 16 septembre 1807 (1) : indemnité de plus-value due par les propriétaires en cas de desséchement ; ou en cas d'ouverture de canaux, de routes, de constructions de digues (v. lad. L. art. 19, 20, 30, 38).

C'est *pendant la durée de l'usufruit* que la charge doit avoir été imposée. Car si elle a précédé son ouverture, elle a pesé en entier sur celui qui avait alors la pleine propriété; et, à moins que le bien n'y soit hypothécairement affecté (v. à ce sujet L. 16 septembre 1807, art. 23, 31, 39), elle ne pourra pas plus atteindre l'usufruitier que tout tiers acquéreur. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le titre de l'usufruitier emportât succession aux dettes de l'auteur, auquel cas s'appliquerait l'article 612.

451 *bis*. III. Deux moyens seulement sont indiqués ici pour la contribution de l'usufruitier aux charges imposées sur la propriété. Il est évident qu'on arriverait encore au même résultat par la vente d'une portion du bien soumis à l'usufruit. Ce troisième parti est en effet indiqué comme facultatif pour le propriétaire dans l'article 612, quand il s'agit de la contribution aux dettes de la succession entre lui et l'usufruitier universel ou à titre universel, et que celui-ci ne veut pas avancer le montant de ces dettes. Mais il est au moins douteux que le propriétaire ici puisse, comme dans l'autre cas, forcer à sa volonté l'usufruitier à cette vente partielle ; car la loi le déclare *obligé* de payer, en se faisant tenir compte des intérêts par l'usufruitier. On peut donner comme raison de différence, soit la modicité probable de la somme, par là même plus facile à payer sans aliénation, soit plutôt encore le préjudice qui pourrait résulter du morcellement d'un héritage déterminé (2). Quoi qu'il en soit, je ne doute pas que ce parti ne puisse être ordonné en connaissance de cause, comme seul moyen peut-être d'éviter une expropriation totale, à laquelle les deux parties seraient exposées sur la poursuite de ceux en faveur desquels la charge est établie. Ajoutons que, pour l'acquit de certaines charges, notamment en cas d'indemnité de plus-value due aux termes de la loi du 16 septembre 1807, cette loi elle-même indique comme moyen de s'en affranchir l'abandon d'une partie du fonds (3). Or, évidemment, l'usufruitier, s'il ne veut pas faire l'a-

(1) IV, B. 162, n° 2797.
(2) V. Proudhon, tom. 4, n° 1911.
(3) V. L. 16 sept. 1807 (IV, B. 162, n° 2797), art. 21, 31, 39.

vance de l'indemnité, sera bien forcé de subir cet abandon, qui portera sur sa jouissance comme sur la nue propriété.

452. Les principes posés servent à régler les obligations du successeur en usufruit, quant aux charges créées ou transmises par l'auteur de son titre (art. 610-612). L'usufruitier doit évidemment supporter seul toutes celles qui n'affectent que la jouissance; il doit contribuer avec le propriétaire à celles qui affectent la pleine propriété. Mais préalablement il est nécessaire de distinguer si l'usufruitier est universel, à titre universel, ou à titre particulier; en d'autres termes, on distingue si l'usufruit est constitué sur l'universalité ou sur une quote-part des biens, sur la totalité ou sur une quote-part d'une certaine nature de biens; ou s'il l'est sur un ou plusieurs biens déterminés (v. art. 871, 1009, 1012, 1013, et à ce sujet art. 1003 et 1010).

453. L'acquittement des arrérages d'une rente ou pension est une charge de fruits : ce principe évident pour les rentes perpétuelles est déclaré par la loi commun aux rentes viagères et pensions alimentaires. L'application en est ici faite au légataire universel ou à titre universel en usufruit, qui doit dès lors acquitter sans répétition, soit en totalité, soit pour une quote-part, le legs d'une rente ou pension de ce genre. V. art. 610, et à ce sujet art. 588.

453 *bis*. La disposition qui charge le légataire universel ou à titre universel de l'usufruit d'*acquitter*, intégralement ou proportionnellement, le legs d'une rente viagère ou d'une pension ne doit pas être prise à la lettre : tout ce que la loi a voulu dire, c'est qu'il en servira *sans répétition* les arrérages pendant la durée de son usufruit. Mais si la pension ou la rente viagère n'est pas éteinte lors de l'extinction de l'usufruit, il est clair que le service pour l'avenir retombera à la charge du propriétaire rentré dans la jouissance. Une autre observation à faire également sur l'article 610, c'est que la charge, pour le légataire universel ou à titre universel de l'usufruit, de servir les arrérages pendant la durée de son droit, ne s'appliquera pas seulement aux rentes léguées par le testateur, mais à celles qui,

à un titre quelconque, seraient dues par la succession. Cela résulte, au surplus, de l'article 612, qui met à sa charge les intérêts des dettes héréditaires. La différence, s'il y en a une, consisterait uniquement en ce que le légataire de la rente trouverait dans l'article 610 le principe d'une action directe contre le légataire universel ou à titre universel, tandis que cette action directe pour les autres rentiers n'existerait peut-être que contre l'héritier. Mais je ne sais pas si cette différence est bien réelle. Car puisque, en définitive, la charge des arrérages doit être supportée par le légataire universel ou à titre universel, pourquoi, dans la simplicité de notre droit, n'éviterait-on pas un circuit d'action, en permettant au créancier de les lui demander directement? V. ci-dessous n° 455 *bis* II.

454. Un successeur particulier n'est tenu d'aucune contribution aux dettes de son auteur (art. 871). Cette règle ne cesse pas même pour les dettes auxquelles le fonds légué serait hypothéqué. Toutefois, si le fonds n'a pas été dégagé avant sa délivrance (v. à ce sujet art. 1020), le successeur particulier pourra, par l'effet de l'action hypothécaire, être forcé, pour ne pas subir l'expropriation, à payer ou à délaisser (art. 871, 2166-2169); sauf dans tous les cas son recours contre le débiteur (art. 874, 2178). Ces principes s'appliquent sans difficulté au successeur particulier en usufruit. Que la dette soit ou non une charge de fruits, on conçoit qu'il n'en est pas tenu, et qu'il peut cependant être forcé de la payer. Auquel cas la loi accorde un recours contre le *propriétaire*, ce qui va de soi quand c'est lui qui est débiteur (v. art. 2178, 874, 1251 3°); mais ce qui paraît devoir s'appliquer, quoique différemment, au propriétaire même non débiteur, parce qu'il profite toujours de l'affranchissement de la propriété. V. article 611, et remarquez que l'article 1020, auquel celui-ci renvoie, ne déroge point à sa disposition, mais qu'il laisse au testateur une faculté qui la rendrait sans application.

454 *bis*. I. Il arrivera souvent que le propriétaire et le débiteur soient une seule et même personne, car si la nue propriété de l'immeuble, objet du legs d'usufruit, n'a pas été elle-même léguée à un

autre, c'est l'héritier ou successeur universel qui demeure propriétaire. Alors évidemment le payement fait par le légataire donnerait lieu à recours immédiat, par application des articles 874 et 2178. Ce recours immédiat contre les héritiers ou successeurs universels, comme débiteurs, s'appliquerait également lors même qu'ils ne seraient pas en même temps propriétaires. Quant au propriétaire non débiteur, *puta* le légataire de la nue propriété, il était exposé aux mêmes poursuites hypothécaires que l'usufruitier, et il s'en trouve affranchi par le payement qu'a fait celui-ci. A ce titre donc l'usufruitier peut prétendre qu'il a acquitté une charge qui pesait sur la propriété, et tel est le principe de recours contre lui. Aussi je n'hésite pas à m'attacher aux termes de l'article 611, qui accordent en effet le recours contre *le propriétaire*. Mais bien entendu qu'ici, comme dans tous les autres cas où l'usufruitier acquitte une charge de la propriété, le recours ne s'exercera qu'à la fin de l'usufruit, et pour le capital seulement que l'usufruitier aura avancé.

454 *bis*. II. Par la même raison, si c'était au contraire le nu propriétaire non débiteur qui, par l'effet de l'hypothèque, eût été forcé à payer, je lui accorderais le droit de se faire tenir compte des intérêts par l'usufruitier.

454 *bis*. III. Ces recours que j'admets entre l'usufruitier et le nu propriétaire, lorsque, par événement, l'un a fait ainsi l'affaire de l'autre tout en faisant la sienne propre, ne se justifient aux yeux de quelques-uns qu'eu égard aux rapports de *communistes* que semble établir entre ces deux personnes l'existence de leur droit sur le même bien. Toutefois nous verrons en temps et lieu si l'équité ne réclamerait pas également l'admission d'un recours entre tous tiers détenteurs de biens hypothéqués à la même dette, lorsque l'un d'eux en payant la dette hypothécaire a dégrévé le bien des autres. L'examen de cette question rentrera naturellement dans l'explication de l'article 1251-3°.

455. A l'égard de l'usufruitier universel ou à titre universel, il doit évidemment contribuer avec le propriétaire au payement des dettes; car ces dettes, qui diminuent l'universalité ou la quote-part de biens dont la jouissance lui appartient, affectent la pleine propriété. C'est donc le cas d'appliquer la règle établie par l'article 609. Pour arriver à cette application,

il faut d'abord déterminer la somme de dettes qui doit être supportée par le *fonds sujet à usufruit*, et, à cet effet, il sera quelquefois nécessaire de procéder à une estimation (v. art. 1010). La somme une fois connue, on pourra prendre l'un des deux partis ci-dessus indiqués : avance volontaire par l'usufruitier sans intérêts ; ou payement par le propriétaire avec service des intérêts par l'usufruitier. Mais comme l'usufruitier ne saurait être tenu à faire cette avance, et que d'autre part le payement à faire par le nu propriétaire sur ses biens personnels pourraît être pour celui ci une charge trop lourde, la loi ne l'oblige pas précisément à le faire (conf., art. 609) et lui donne le choix entre ce parti, et un troisième qui amènerait le même résultat, la mise en vente d'une portion des biens soumis à l'usufruit. V. art. 612.

455 *bis*. I. La contribution du légataire de l'usufruit avec l'héritier ou le légataire de la propriété n'a rien de commun avec celle qui s'établit entre les divers successeurs à titre universel au prorata de la valeur relative de leur part (v. à ce sujet art. 871, 1009, 1012). Toute la théorie, en effet, repose ici sur cette idée, que l'universalité de la jouissance se diminue de toutes les charges de fruits, comme l'universalité des biens se diminue de toutes les dettes ou charges quelconques ; mais l'universalité de la jouissance une fois diminuée des charges de fruits n'est en aucune manière atteinte par les charges qui pèsent exclusivement sur la propriété. Aussi la loi ne prescrit-elle pas d'estimer la valeur de l'usufruit légué, comme il faudrait le faire si cet usufruit devait en définitive supporter dans les dettes une part proportionnée à cette valeur ; ce qu'elle prescrit, c'est d'estimer le *fonds sujet à usufruit* (1), pour déterminer d'abord, d'après cette estimation, la portion de dettes pour laquelle ce fonds contribuerait s'il était légué en pleine propriété ; et, par conséquent, la portion des charges de fruits qui devra être supportée par l'usufruitier. Mais cette opération, comme on voit, serait sans objet si l'usufruit portait sur l'universalité, car évidemment ce sont

(1) Évidemment le mot *fonds* n'est pas pris ici dans le sens du mot latin *fundus* indiquant un immeuble ou héritage déterminé, car il s'agit précisément d'un usufruit universel ou à titre universel. Par *fonds*, il faut donc entendre la masse de biens sur laquelle l'usufruit est établi.

alors toutes les charges de fruits qui devraient être supportées, suivant l'un des trois modes indiqués par la loi. Pareillement, si l'usufruit porte sur une quote-part fixe, comme un tiers ou un quart, c'est une quote-part semblable qui doit être supportée dans les charges de fruits. Là encore donc il n'y a pas besoin d'estimation. Au contraire cette opération sera nécessaire si l'usufruit est établi, non pas sur une quote-part de tous les biens, mais sur la totalité ou sur une quote-part, soit des biens meubles, soit des immeubles: car, dans cette espèce de legs à titre universel (v. art. 1010), la contribution ne peut s'établir que par la connaissance de la valeur relative de chaque nature de biens. C'est évidemment à cette hypothèse que doit se référer la disposition de l'article 612 qui prescrit l'estimation, et là nécessairement doit se borner l'application de cette prescription, mal à propos généralisée par les termes de la loi.

455 *bis*. II. C'est uniquement dans ses rapports avec le propriétaire que la loi a fixé ici la contribution de l'usufruitier universel ou à titre universel, aux dettes de la succession. Mais je ne vois pas pourquoi l'on n'appliquerait pas à ce mode spécial de contribution ce que l'on applique en général pour celle des autres successeurs à titre universel, que la loi déclare *tenus* pour leur part (art. 1009 et 1012), et qui peuvent conséquemment être poursuivis directement par les créanciers, jusqu'à concurrence de leur portion contributoire. Je crois, en conséquence, que les créanciers à qui seraient dus des intérêts ou des arrérages pourraient les demander à l'usufruitier, qui n'a aucun motif pour en refuser le payement, puisqu'il devrait ces intérêts au propriétaire si celui-ci payait les créanciers. A l'appui de ce système, j'argumenterais au besoin de l'article 610, qui charge le légataire universel ou à titre universel de l'usufruit d'*acquitter* les legs de rentes viagères ou pensions.

456. La distinction des charges de fruits, et de celles qui sont imposées à la propriété, s'applique naturellement aux frais et autres condamnations qu'entraîneraient des procès relatifs aux biens sujets à l'usufruit. Il faut examiner si le procès a pour objet la jouissance, l'usufruitier alors est seul tenu. V. art. 613. S'il s'applique à la pleine propriété, nous décidons sans hésiter, qu'il faut suivre l'article 609; mais l'usu-

fruitier ne contribuerait pas s'il ne s'agissait que de la nue propriété.

456 *bis*. I. En mettant à la charge de l'usufruitier les frais et condamnations des procès concernant la jouissance, la loi sous-entend nécessairement la condition qu'il ait été partie dans ces procès. Notre article donc ne serait pas applicable si la question qui concerne la jouissance avait, par le fait, été débattue avec tout autre, même avec le propriétaire; car je ne vois pas que la loi ait donné au propriétaire et à l'usufruitier qualité pour se représenter l'un l'autre en justice, et dès lors le jugement rendu pour ou contre l'un n'est point applicable à l'autre (art. 1351).

Par la même raison, il faut dire que si l'usufruitier, en fait, avait soutenu seul un procès relatif à la propriété, les frais et les condamnations resteraient à sa charge, nonobstant l'article 613, car ce serait par sa faute ou par *injuriam judicis* qu'il aurait encouru ces frais ou ces condamnations qui ne regardent nullement le propriétaire, tout intéressé qu'il fût dans la question du procès, puisqu'à son égard cette question n'est pas jugée.

456 *bis*. II. Un procès concerne la jouissance, quand il s'applique à la pleine propriété, dont l'usufruit est un démembrement; il pourrait aussi s'appliquer à la jouissance seule. Dans le premier cas, il y aurait lieu à contribution pour les frais et condamnations entre l'usufruitier et le propriétaire, si, comme on doit le supposer, ils ont été tous deux en cause; dans le second, l'usufruitier les supporterait seul, pourvu, bien entendu, qu'il eût été partie. Toutefois, si nous supposons que le propriétaire, intéressé dans le procès, en vue de la jouissance qui doit un jour lui revenir, aurait été aussi en cause, il me paraîtrait juste, alors, en laissant d'ailleurs toutes les condamnations à la charge de l'usufruitier, de défalquer sur le montant des frais, également à sa charge, le surcroît résultant de la présence du propriétaire en cause, car ce surcroît de dépense, qui n'a eu lieu que dans l'intérêt du propriétaire, doit naturellement être supporté par lui.

456 *bis*. III. Un procès concerne soit la propriété soit la jouissance, non-seulement quand il met en question l'existence du droit, comme, par exemple, une revendication de la chose ou de l'usufruit; mais, en général, toutes les fois que l'objet du procès tend à

porter atteinte à l'intégrité de la propriété ou de l'usufruit, comme s'il s'agit d'une servitude prétendue sur le fonds ou en sa faveur. Il en faut dire autant si le procès a pour objet la réparation d'un dommage ou trouble quelconque souffert dans l'exercice du droit de propriété ou du droit d'usufruit, par exemple en cas de destruction ou dégradation commise, soit au préjudice de l'usufruitier seul, soit au préjudice du propriétaire et de l'usufruitier.

456 *bis*. IV. Il n'importe, du reste, que le procès ait été soutenu en demandant ou en défendant, ni même absolument qu'il ait été gagné ou perdu. Sans doute, s'il est gagné, il n'y aura pas de condamnation encourue par le propriétaire ou par l'usufruitier, et les frais même ne devront pas, en définitive, rester à la charge du gagnant, qui obtient contre ses adversaires condamnation aux dépens. Mais comme cette condamnation peut ne pas embrasser toutes les dépenses légitimes faites pour le succès du procès, notamment les honoraires d'avocats, comme d'ailleurs elle n'assure pas nécessairement le recouvrement effectif des dépenses qu'elle embrasse, il reste toujours, comme on voit, à déterminer par qui et comment, dans les rapports du propriétaire et de l'usufruitier, ces dépenses doivent être supportées.

456 *bis*. V. L'usufruitier devant, comme nous l'avons vu, supporter sa part dans les frais et condamnations, quand les procès concernent la pleine propriété, il paraît naturel d'appliquer là le mode de contribution établi par l'article 609. Mais ce mode ne consistant que dans une diminution de jouissance pour le temps qui reste à courir de l'usufruit, comment en faire l'application aux charges résultant d'un procès, dans le cas particulier où le procès aurait eu précisément pour résultat la perte de l'usufruit? Cette difficulté ne me paraît point sérieuse; je crois qu'il faudra considérer non pas sans doute la durée réelle du droit d'usufruit, puisqu'il a été jugé que ce droit n'existait pas; mais la durée que devait avoir l'usufruit si la prétention qui a succombé eût au contraire obtenu succès. C'est pendant tout ce temps, ordinairement celui de la vie de la personne, qu'il y aura lieu par celui qui s'est prétendu usufruitier à payer à celui qui s'est prétendu propriétaire les intérêts du montant des condamnations et des frais, ou à en faire l'avance sans intérêts.

457. L'obligation de jouir en bon père de famille rend l'usufruitier responsable des dégradations et détériorations provenant, non-seulement de son fait, mais même de sa négligence; d'un autre côté, l'usufruitier étant mieux que le propriétaire à même de connaître les usurpations ou autres attentats commis contre les droits de celui-ci, la loi lui impose l'obligation de les dénoncer. Il est tout simple, dès lors, qu'il réponde du dommage résultant du défaut de dénonciation. V. art. 614, et à ce sujet, art. 1726, 1768. Remarquons, au reste, que le devoir imposé ici à l'usufruitier ne saurait faire obstacle au droit qu'il a certainement d'agir en son propre nom pour le maintien de sa jouissance.

457 *bis*. I. La loi ne fixe pas le délai dans lequel l'usufruitier doit dénoncer au propriétaire l'atteinte portée à ses droits. Les tribunaux apprécieront, d'après les circonstances, si le retard apporté à l'accomplissement de cette obligation est assez long pour constituer une faute. Mais je crois que, sauf les circonstances particulières, il y aura, en général, lieu d'appliquer par analogie le délai de l'article 1768.

457 *bis*. II. L'obligation imposée à l'usufruitier, de dénoncer les usurpations au propriétaire, tend à mettre celui-ci à même d'agir contre les usurpateurs; non que l'usufruitier ne puisse agir lui-même, ou que l'action qu'il intenterait ne dût, sous certains rapports, profiter au propriétaire. Il est certain, au contraire, que l'usufruitier, dont le droit est *réel*, a, pour faire déclarer ce droit et en réclamer l'exercice, les actions possessoire et pétitoire. Ajoutons que, de quelque manière que l'usufruitier parvienne à se faire maintenir ou rétablir dans l'exercice de son droit, il maintient ou rétablit ainsi la possession du propriétaire au nom duquel il possède (v. art. 2228 et 2236). Ainsi, l'action intentée par l'usufruitier profiterait au propriétaire, soit à l'effet d'interrompre la prescription (art. 2244), soit à l'effet de lui conserver le bénéfice de la possession annale. Du reste, ces conséquences ne reposent nullement sur l'idée d'un mandat qu'aurait l'usufruitier pour représenter en justice le propriétaire. D'où il faut conclure : 1° que l'usufruitier qui a satisfait à l'obligation de dénoncer les usurpations n'encourt au-

cune responsabilité pour s'être abstenu d'agir lui-même en justice, comme il le pouvait, car c'était pour lui une faculté et non une obligation; 2° que si l'usufruitier intente l'action, le jugement qui interviendra pour ou contre lui n'aura point d'ailleurs force de chose jugée pour ou contre le propriétaire.

458. La responsabilité de l'usufruitier ne peut évidemment s'appliquer aux cas fortuits, et la perte de la chose le dispense de l'obligation de restituer. Il doit seulement rendre compte de ce qui reste de la chose détruite. La loi applique ces principes aux cas d'usufruit établi sur des animaux, soit qu'il s'agisse de corps certains et déterminés (art. 615), soit qu'il s'agisse d'un troupeau (art. 616). Dans le premier cas, la loi se borne à dire que l'usufruitier n'est pas tenu de remplacer ni de payer la valeur; dans le second, elle réduit son obligation à celle de rendre compte des cuirs. En outre, elle règle, pour le second seulement, les effets de la perte partielle, dont la supposition appliquée au premier, ne présente aucune difficulté. Cette perte ne détruisant pas le troupeau, qui de sa nature est susceptible d'accroissement ou de décroissement, et l'usufruitier devant continuer à en jouir en bon père de famille, il est obligé à remplacement jusqu'à concurrence du croît. V. art. 615 et 616.

458 *bis*. I. C'est seulement au cas de perte d'un troupeau que la loi applique l'obligation de rendre compte des cuirs, parce que c'est dans ce seul cas qu'elle a quelque importance. Mais, évidemment, il faudrait l'appliquer également au cas de perte d'animaux isolés; car il est de principe général que si la perte d'une chose soumise à l'usufruit dispense l'usufruitier de la rendre, il n'en doit pas moins *quod inde exstabit*. V. *Ulp.*, L. 1, ff. *Usufr. quem. cav.*

458 *bis*. II. L'obligation de remplacer *jusqu'à concurrence du croît* ne peut s'appliquer au *croît antérieur*, qui, une fois détaché du corps du troupeau, est devenu, comme fruit perçu, propre à l'usufruitier. En effet, il serait souverainement inique que des fruits une fois acquis, et qui ont dû comme tels être consommés, fussent objet de répétition. A cet égard, la considération qui protége le possesseur de bonne foi contre les restitutions de fruits est ici com-

plétement applicable : seulement, il faut bien entendre qu'on ne doit pas considérer comme fruits perçus tous les agneaux qui seront nés à une époque où le troupeau était au complet; car tant que l'usufruitier ne se les est pas appropriés, soit en les vendant, soit en les détachant du corps du troupeau, ils demeurent sujets à l'obligation du remplacement, si ce remplacement devient nécessaire. C'est probablement en ce sens qu'Ulpien, dans la loi 70, § 4, ff. *De usufruct.*, décide que l'accident postérieur à la naissance des agneaux nuira à l'usufruitier.

SECTION III.

De l'extinction de l'usufruit.

459. La perpétuité de l'usufruit rendrait entièrement inutile le droit du propriétaire. Sa durée est donc essentiellement bornée. L'extinction de l'usufruit opère le retour de la jouissance à la propriété. La faveur de ce retour peut servir à justifier la subtilité de quelques principes purement arbitraires que la loi a consacrés en cette matière.

Quoi qu'il en soit, on peut ramener à neuf les cas où l'usufruit s'éteint.

460. 1° L'usufruit est un droit attaché à la personne, qui ne doit point se transmettre aux héritiers ; il s'éteint donc également par la mort naturelle et par la mort civile de l'usufruitier. V. art. 617, al. 1.

460 *bis*. I. Comme on n'a d'héritiers qu'à la mort, et que la mort éteint, en général, l'usufruit, il en résulte comme conséquence forcée qu'il ne se transmet pas aux héritiers. Mais si l'on doit admettre, dans quelques cas, que l'usufruit survit à la mort naturelle ou civile, il n'y aura, en principe, aucun obstacle à sa transmission par succession, pas plus qu'il n'y en a à la transmission entre vifs par vente ou donation (v. art. 595).

460 *bis*. II. Le principe qui fait, en général, éteindre l'usufruit par la mort ne met d'ailleurs nul obstacle à ce que le droit soit établi sur plusieurs têtes, de manière à passer successivement de l'une sur l'autre. Seulement, il est bien entendu que chacune de

ces personnes devra exister au moment de l'acte entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, pour pouvoir y être partie; ou, s'il s'agit d'un legs, au moment de la mort du testateur (art. 906). De cette manière, on comprend que la multiplicité des têtes usufruitières n'aboutira jamais à tenir la jouissance séparée de la propriété, pendant plus longtemps qu'elle ne le serait si l'usufruit avait été établi uniquement sur la tête de celui qui, par événement, vivra le plus longtemps. Aussi, le *maximum* est toujours la durée de la vie d'un homme.

460 *bis*. III. Tous les auteurs signalent une sorte de contradiction de vues entre la disposition qui fait éteindre l'usufruit par la mort civile, et celle qui refuse, au contraire, à cette mort fictive l'effet d'éteindre la rente viagère (art. 1982). Cette contradiction apparaît surtout si l'on suppose l'usufruit constitué à titre onéreux, car le prix, comme en cas de constitution de rente viagère, en aura vraisemblablement été fixé d'après la chance plus ou moins probable de la durée de la vie. Or, ici, pas plus que là, dans le calcul des parties n'a dû entrer la prévision de la mort civile. Pour expliquer la différence, on dit avec raison que la matière de l'usufruit a été empruntée au droit romain, qui faisait éteindre l'usufruit par la *capitis diminutio*, tandis que dans la matière de la rente viagère on s'est attaché uniquement aux principes généraux qui règlent l'effet des contrats par la commune intention des parties. On peut ajouter, au surplus, pour justifier la loi, que, l'usufruit admettant un grand nombre de modes d'extinction, la probabilité de sa durée n'a pas dû, comme pour la rente *viagère*, se calculer uniquement sur celle de la vie.

Quoi qu'il en soit, j'incline à penser que la règle du Code n'est pas absolue, que l'on pourrait, en interprétant le titre constitutif, y trouver l'intention de faire survivre l'usufruit à la mort civile, et qu'on devrait alors s'attacher à cette intention. C'est ce que je serais, par exemple, disposé à appliquer, s'il était dit dans le titre que l'usufruit est constitué pour toute la vie. Bien entendu, au reste, que dans ce cas la jouissance ne serait point conservée au mort civilement, que l'article 25 dépouille de tous ses biens; mais elle se transmettrait à ses héritiers pour toute la durée de sa vie naturelle.

461. 2° Ce droit pouvant, comme nous l'avons vu, être constitué à certain jour ou à condition, il est clair qu'il peut cesser alors avant la mort de l'usufruitier, au temps et au cas prévus. V. art. 617, al. 2.

461 *bis*. I. Lorsque les parties ont fixé un terme à la durée de l'usufruit, elles ont certainement entendu qu'il ne pourrait se continuer au delà; mais ont-elles entendu par là exclure les autres modes d'extinction, et notamment le principal, c'est-à-dire, l'extinction par la mort qui peut survenir avant le terme fixé? La négative paraît évidente si l'usufruit a été constitué à titre gratuit, car la libéralité avait certainement pour objet la personne même du donataire ou légataire. Mais, si la constitution est à titre onéreux, j'admettrais plus facilement, sans cependant l'établir en règle générale, que leur pensée a été d'assurer à l'usufruit toute la durée promise, et d'en fixer le prix en conséquence. Si donc, comme je l'ai dit, la transmission de l'usufruit par succession n'a rien en soi de contraire aux principes (1), je ne vois pas pourquoi cette transmission n'aurait pas lieu ici conformément à la volonté des parties, lorsque cette volonté sera reconnue telle.

461 *bis*. II. La faculté de faire ainsi, au moyen d'un terme, survivre l'usufruit à la personne en faveur de laquelle il a été établi, pourrait devenir abusive, si la fixation du terme était entièrement abandonnée à la volonté des parties, et qu'il leur fût ainsi loisible d'attribuer à l'usufruit une durée de plusieurs siècles. Ce serait là en réalité l'annulation du droit de propriété. Mais, à cet égard, il faut, je crois, tenir pour certain, qu'on ne pourrait jamais attribuer à l'usufruit une durée plus longue que celle qu'il est permis de donner à l'emphytéose, aux termes de la loi du 18 décembre 1790. Ainsi, cette durée ne devrait jamais excéder 99 ans; la convention contraire passerait pour une aliénation perpétuelle en toute propriété (2). Pourrait-on même aller jusque-là et donner une durée aussi longue à un droit *viager*, comme l'usufruit l'est de sa nature? Il est permis d'en douter, et je serais plutôt disposé à argumenter de l'article 619, qui borne à trente ans (terme moyen de la vie humaine) la durée de l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers,

(1) V. ci-dessus, n° 460 *bis*. I.
(2) V. ci-dessus, n° 378 *bis*. VI.

pour renfermer dans cette même limite le terme conventionnel. Il est évident, au surplus, que les considérations qui justifient la longue durée de l'emphytéose, consentie ordinairement en vue de constructions, de défrichements ou autres grands travaux à opérer, n'ont point d'application à la constitution d'un usufruit ordinaire.

462. 3° On ne peut avoir l'usufruit de sa propre chose; le droit d'en jouir n'est dans la personne du maître qu'un des attributs de la propriété (art. 544). De quelque manière donc que les titres de propriétaire et d'usufruitier se trouvent réunis sur la même tête, l'usufruit s'éteint immédiatement. C'est ce qu'on appelle *consolidation*. V. art. 617, al. 3.

462 *bis*. I. Cette réunion ne peut s'opérer dans la personne du propriétaire qu'en supposant une cession qui lui est faite par l'usufruitier. Il est vrai que dans tous les autres cas d'extinction de l'usufruit, il y a en effet réunion de la jouissance à la propriété; mais la réunion là est une conséquence de l'extinction, tandis qu'ici c'est la réunion au contraire qui opère l'extinction.

Du reste, on a critiqué la loi d'avoir ainsi généralisé le sens du mot *consolidation* (1), qui ne semble en effet appliqué par le droit romain qu'au cas où la réunion des deux qualités s'opère dans la personne de l'usufruitier (v. *Just.*, § 3, Inst., *De usufr.*). J'attache, pour mon compte, fort peu d'importance à cette critique; car si, comme je le crois, le mot *consolidation* exprime cette idée, que le droit auparavant démembré forme actuellement un seul tout, *solidum*, avec la propriété qui précédemment n'était pas complète, je ne vois pas en quoi l'application sera moins exacte au cas de réunion des deux qualités dans la personne du propriétaire, qu'au cas de réunion dans la personne de l'usufruitier.

462 *bis*. II. L'extinction de l'usufruit par consolidation est l'application du principe *nemini res sua servit*. Mais comme cet événement ne détruit pas le droit de jouir dans la personne de l'usufruitier devenu propriétaire, je ne puis croire qu'il l'autorise à se prévaloir de l'extinction de l'usufruit ainsi opérée par l'œuvre plus ou moins directe de sa volonté, pour refuser l'exercice des droits réels par lui consentis, ou acquis contre lui, sur cet usufruit. Je ne concevrais pas

(1) V. M. Marcadé, art. 617, V.

davantage que le propriétaire, en acquérant l'usufruit, ne fût pas, comme tout autre tiers acquéreur, tenu de respecter les droits réels existants du chef de son auteur.

Généralisant donc la proposition, je pense que l'extinction par consolidation laisse subsister sur la jouissance réunie à la propriété les droits réels qui existaient sur l'usufruit, et cela pour toute la durée que devait avoir cet usufruit sans l'accident de la réunion.

Par suite du même principe, l'usufruitier devenu propriétaire serait évidemment obligé d'entretenir les baux par lui passés ou renouvelés en dehors des limites qui lui étaient tracées par les articles 1429 et 1430. J'ajoute que cette obligation ne cesserait pas même pour lui après l'époque à laquelle l'usufruit aurait dû finir. Car il est évident qu'il a entendu s'engager pour tout le temps où il aurait effectivement la jouissance à sa disposition.

Quant au propriétaire acquéreur de l'usufruit, je crois qu'il sera, comme ayant-cause de l'usufruitier, tenu pendant toute la durée que devait avoir l'usufruit. Après quoi, il ne le sera plus que comme un propriétaire l'est en général à l'exécution des baux passés ou renouvelés par l'usufruitier (art. 595, 1429, 1430).

462 *bis*. III. C'est la réunion seule de deux qualités incompatibles qui empêche l'usufruit d'exister, et le fait ainsi éteindre avant le temps. Si donc cette réunion venait à cesser, l'effet évidemment pourrait cesser avec sa cause. D'autre part, au reste, il est certain que, pour séparer de nouveau la jouissance de la propriété, il faudrait en général un acte de la volonté du propriétaire; auquel cas il n'y aurait pas résurrection de l'ancien usufruit, mais naissance d'un usufruit nouveau. Pour donc que l'usufruit éteint pût renaître, il faudrait qu'il y eût anéantissement du titre qui a opéré la réunion; en telle sorte que cette réunion fût censée n'avoir pas existé. C'est ce qui arriverait s'il y avait rescision du titre (v. à ce sujet *Papin*, L. 57, ff. *De usufr.*). C'est ce qui, d'après les principes connus sur l'effet rétroactif des conditions (art. 1179, 1183), devra être également admis en cas de résolution, toutes les fois que cette résolution procédera d'une cause ancienne, c'est-à-dire d'une cause préexistante à la naissance du titre, *puta* si l'usufruitier n'avait acheté la chose qu'à pacte de rachat et que le rachat vînt à être exercé (v. art. 1659, 1673). Il est vrai que les jurisconsultes romains, qui n'admettaient point en général la résolution du droit de

propriété comme celle de l'obligation, en auraient décidé autrement (v. *Jul.*, l. 17, ff *Quib. mod. us. fin.*) ; mais chez nous, où la doctrine contraire a depuis longtemps prévalu, on ne doit point hésiter à reconnaître que la résurrection de l'usufruit ou de tout autre droit réel s'opérerait aussi bien par l'effet de la résolution que par l'effet de la rescision du titre qui avait produit la consolidation (v. notamment art. 2177).

463. 4° Celui qui, pendant un long espace de temps, n'use pas de son droit, peut être supposé y renoncer ou l'avoir perdu. Ce principe, qui sert de base à la prescription à l'effet de se libérer (art. 1234 *in fine*, 2219), n'a pas proprement d'application au droit de propriété ; mais il est naturel de l'appliquer à l'usufruit. Chez nous du reste, le non-usage n'opère l'extinction de l'usufruit qu'autant qu'il se prolonge pendant le temps de la plus longue prescription, c'est-à-dire pendant trente ans. V. art. 617, al. 4, et 2262.

463 *bis*. I. Le simple non-usage ne fait jamais perdre la propriété. Il faut pour la faire cesser qu'un autre l'ait acquise par une prescription fondée sur sa propre possession. Mais la liberté des fonds comme celle des personnes étant le droit commun, et le retour au droit commun étant toujours favorable, on applique avec raison aux droits réels sur la chose d'autrui la même règle qu'aux obligations personnelles, qui s'éteignent par le non-exercice du droit. Il est même à remarquer que, dans le droit romain, l'extinction de l'usufruit, et généralement des servitudes, par le *non-usage*, a toujours été admise, et, par conséquent, a bien précédé l'introduction des prescriptions libératoires ; nous ajoutons que le laps de temps requis pour l'extinction par non-usage n'a jamais, dans cette législation, été aussi long que pour la prescription des actions personnelles. Ce laps de temps en effet, fixé d'abord à un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles, fut porté par Justinien, non pas à trente ou quarante ans, mais à dix ans entre présents et vingt ans entre absents (1).

Quoi qu'il en soit, le Code, d'accord en ce point avec notre ancien

(1) V. *Just.*, L. 13, Cod., *De serv.*, jung., L. 16, § 1, *De usufr.*, d'où l'on induit assez généralement, quoique cela ne me paraisse pas évident, que le délai pour les meubles n'était que de trois ans.

droit (1), a adopté pour les droits réels la même prescription que pour les obligations (v. art. 617, 706, 2262).

463 *bis*. II. C'est donc pendant trente ans que doit durer le non-usage pour opérer par lui-même l'extinction ; mais si la propriété, qui ne s'éteint pas par le non-usage quelque prolongé qu'il soit, peut cependant se perdre par l'effet d'une prescription acquisitive au profit d'un tiers possesseur, je ne vois pas pourquoi le même effet ne pourrait pas être appliqué à l'usufruit. Je crois, en conséquence, que si le bien grevé d'usufruit a été possédé comme franc, à juste titre et de bonne foi, pendant dix ou vingt ans, la possesseur aura acquis, aux termes de l'article 2265, la pleine propriété, et que l'usufruit se trouvera éteint par voie de conséquence. Cette doctrine, autrefois enseignée par Pothier (2), sera au surplus établie avec plus de développement au titre De la Prescription.

463 *bis*. III. Il n'est pas nécessaire, pour la conservation du droit de l'usufruitier, qu'il use par lui-même, pourvu qu'un autre use en son nom, *puta* à titre de fermier ou de cessionnaire à titre gratuit ou onéreux. Bien plus, quand même l'ayant-cause de l'usufruitier ne jouirait pas, les lois romaines considèrent l'usufruitier comme jouissant lui-même, s'il touche un loyer ou un prix ; et toutefois il faut pour cela qu'un autre n'ait pas joui en son propre nom, ce qui arriverait, par exemple, si le fermier de l'usufruitier vendait le bien à un tiers (v. *Marcien*, L. 38 ; *Gaïus*, L. 39 ; *Marcien*, L. 40, ff. *De usufr.* ; *Ulp.*, L. 29, *Quib. mod. ususfr. amitt.*).

463 *bis*. IV. La doctrine qui considère l'usufruitier comme jouissant par lui-même lorsqu'il retire un émolument, et comme conservant en conséquence son droit malgré le non-usage de son ayant-cause, pourvu seulement qu'un autre ne jouisse pas en son propre nom, cette doctrine, dis-je, paraît exacte en principe, et je n'hésiterais nullement à en faire l'application au cas où l'usufruitier aurait affermé, fût-ce au propriétaire lui-même. Mais les jurisconsultes romains l'appliquent spécialement au cas de vente (L. 38 et 39), et j'avoue que je ne vois pas bien alors l'équité et l'utilité de cette décision ; car l'usufruitier qui a vendu et reçu le prix n'a plus aucun intérêt à la conservation du droit ; cette conservation n'intéresse plus que l'acheteur ; or pourquoi celui-ci, qui n'use pas, ne

(1) V. Pothier, *Douaire*, n° 249.
(2) V. Pothier, *ibid.*

perdrait-il pas son droit par l'effet de sa négligence? Je crois donc avec M. Marcadé (1) que sur ce point, on ne devrait pas suivre la loi romaine.

463 *bis*. V. Les trente ans de non-usage ne peuvent courir que du jour de la naissance du droit; si donc le titre de l'usufruitier était conçu de manière à contenir l'établissement successif de plusieurs usufruits, même en sa faveur, il est clair que le droit se renouvellerait à l'échéance de chacun de ces usufruits, et que le temps antérieurement écoulé ne compterait pas pour la perte de ce droit nouveau par non-usage. C'est ce que les Romains appliquaient notamment au cas où l'usufruit était légué *in singulos annos* (2) ou *alternis annis* (3). Mais ces décisions seront, je crois, chez nous d'une rare application; car, à moins d'une intention bien formelle, les legs de rentes ou pensions, quoiqu'ils semblent consister en annuités, ne seront pas censés avoir pour objet les annuités successives, ce qui leur donnerait un caractère multiple, mais on les considérera en général comme ayant pour objet unique le droit de rente, qui produira les annuités, mais qui s'acquerra une fois pour toutes.

464. 5° L'usufruit, comme tout droit réel, ne peut subsister après la perte de la chose qui en est l'objet. Du reste il faut, pour opérer l'extinction, que la perte soit totale. V. art. 617, al. dernier; mais remarquez que la perte est réputée totale toutes les fois que la substance est changée, quoiqu'il reste des débris ou qu'il existe une nouvelle chose provenue de la transformation de l'ancienne. V. ci-dessous n° 472.

465. 6° L'usufruit n'étant jamais accordé qu'à condition de jouir en bon père de famille, le Code a consacré le principe de notre ancienne jurisprudence française, qui le faisait cesser par abus de jouissance; mais il est évident que l'extinction ne peut alors avoir lieu de plein droit. La loi d'abord admet l'intervention des créanciers intéressés à la conservation du droit de leur débiteur : la faute de celui-ci ne leur étant pas impu-

(1) V. M. Marcadé, art. 617, VII.
(2) *Ulp.*, L. unic., ff. *quand. dies usufr. leg. ced.*; Paul, L. 11, *De ann. leg.*
(3) *Pomp.*, L. 28, ff., *Quib. mod. usufr. am.*

table, il est juste qu'ils puissent en éviter la conséquence en garantissant le propriétaire de tout préjudice passé et à venir.

Indépendamment même de cette intervention, il est toujours permis aux juges d'apprécier les circonstances, et de concilier autant que possible les intérêts du propriétaire et ceux de l'usufruitier. Toute latitude leur étant laissée à cet égard, il paraît évident qu'ils pourraient, non-seulement, comme le dit la loi, conserver à l'usufruitier ou à ses ayant-cause la jouissance d'une rente annuelle, mais qu'ils pourraient également adopter, en tout ou en partie, les mesures autorisées par les articles 602 et 603. V. art. 618.

465 *bis*. Le pouvoir des juges est toujours le même soit qu'il y ait ou non intervention des créanciers. Ainsi, d'une part, ils pourraient, lors même que l'usufruitier serait seul en cause, user des tempéraments indiqués à la fin de l'article; c'est bien, en effet, pour cette hypothèse, seule prévue dans la première rédaction, que la section de législation proposait de consacrer cette faculté (1). La pensée, il est vrai, eût pu paraître douteuse dans la rédaction communiquée au tribunat, où le droit d'intervention des créanciers et le pouvoir discrétionnaire des juges étaient contenus ensemble dans un seul et même article, distinct de celui qui consacrait l'extinction de l'usufruit par l'abus (2). Mais c'est précisément pour prévenir ce doute que, sur l'observation du tribunat, les deux articles ont été fondus en un (3).

D'autre part on est bien aussi forcé d'admettre que le pouvoir de prononcer l'extinction, tout aussi bien que celui d'admettre des tempéraments, subsiste nonobstant l'intervention des créanciers. Car c'est à la suite de la double hypothèse, d'intervention comme de non-intervention, que sont indiqués tous les divers partis que les juges peuvent prendre. Toutefois je crois qu'en cas d'intervention de créanciers vraiment intéressés à la conservation de l'usufruit, on ne devra guère prononcer une extinction totale. Si l'on s'y dé-

(1) V. 1re rédaction, art. 614 et 615 (Fenet, tom. 11, pag. 174).
(2) Rédaction communiquée au tribunat, art. 613 et 614 (Fenet, tom. 11, pag. 192).
(3) Observat. du tribunat sur les art. 613 et 614 (Fenet, tom. 11, pag. 200 et 201).

termine quelquefois, ce sera problablement lorsque, l'usufruitier étant d'ailleurs bien solvable, la perte de l'usufruit n'enlèvera pas aux créanciers le moyen de se faire payer. Allant plus loin, on pourrait prétendre que si les créanciers *intéressés* offrent une réparation et des garanties suffisantes, l'usufruit ne pourrait pas même être modifié; mais cette idée ne serait pas exacte: car, quelques garanties qui soient offertes pour l'avenir, s'il y a danger imminent et crainte fondée de nouveaux abus, il vaut mieux empêcher de les commettre que de laisser faire le mal en vue de la certitude de sa réparation.

466. 7° La mort de l'usufruitier étant le seul cas d'extinction qui doive nécessairement se réaliser, l'usufruit accordé à une personne morale, dont l'existence n'est pas bornée dans sa durée, aurait pu se perpétuer indéfiniment, si la loi elle-même n'y avait mis un terme. Ce terme est fixé par le Code à trente ans. V. art. 619. Bien entendu, au reste, que ce mode particulier n'empêcherait pas d'appliquer à l'usufruit des communautés, ou autres personnes morales, les causes ordinaires d'extinction. Ainsi leur usufruit finirait notamment en cas de destruction ou suppression de la cité, commune ou établissement: cas qui se confond avec celui de mort. Voy. *Modest.*, L. 21, ff. *quib. mod. ususfr. fin.*

466 *bis.* La limite légale de trente ans pourrait-elle être excédée par le titre consitutif de l'usufruit? Il est au moins permis d'en douter; car la loi dit, d'une manière générale, que l'usufruit *ne dure que trente ans.* Toutefois si l'on admettait la faculté de constituer au profit d'un particulier pour un temps plus long un usufruit transmissible à ses héritiers (1), il y aurait inconséquence à ne pas admettre la même faculté en faveur des communautés. Mais il me paraît plus conforme aux principes, et à l'esprit du législateur, de décider, d'une manière générale, que ce droit, de sa nature viager, lorsqu'il n'est pas soumis à la chance de mort, plus ou moins rapprochée, de l'usufruitier, ne peut dépasser le terme moyen de la vie humaine, que la loi semble, avec raison, fixer à trente ans.

(1) V. ci-dessus, n° 461 *bis.* I et II.

467. 8° Le droit d'usufruit, comme tout autre, peut évidemment s'éteindre par la renonciation de celui auquel il compète.

467 *bis*. Il ne faut pas, selon moi, confondre la renonciation avec la cession que l'usufruitier consentirait, à titre gratuit ou onéreux, au propriétaire; cette cession, qui n'éteindrait l'usufruit que par voie de conséquence et par l'effet de la consolidation (art. 617, al. 4), ne devrait d'ailleurs s'opérer que par le concours des deux volontés; et si elle avait lieu à titre gratuit, elle serait, je crois, soumise aux formes prescrites pour les donations (v. art. 893). Mais la renonciation est un acte pur et simple de la volonté, qui, dans ma pensée, est suffisant pour éteindre en général les droits réels sur la chose d'autrui. C'est ce qui me paraît consacré, pour l'hypothèque, par l'article 2180-2°; et ce que supposent également, pour l'usufruit, les articles 621 et 622.

468. Enfin une neuvième cause d'extinction, que la loi n'a pas rappelée ici, mais qu'on ne peut omettre, c'est la résolution du droit du constituant. Nul ne pouvant en général conférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même, il est manifeste que, si la propriété du constituant n'est pas incommutable, mais résoluble dans certain cas, ou sujette à rescision, l'usufruit par lui constitué sera soumis en général aux mêmes conditions ou à la même rescision. Ce principe, formellement proclamé pour l'hypothèque (art. 2125), s'applique, par la force des choses, à tout autre droit.

469. Nous avons vu que l'usufruit finit par l'expiration du temps pour lequel il est constitué. Le Code, à ce sujet, résout une question d'interprétation de volonté, pour le cas d'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe. La loi suppose qu'en prenant ce terme, les parties n'ont pas eu en vue la durée de la vie de cette personne, mais l'époque à laquelle elle doit atteindre cet âge, si elle vit. V. art. 620.

469 *bis*. Il était utile de trancher cette question; car, suivant les cas, on aurait pu prétendre, tantôt que l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers eût atteint tel âge, notamment l'âge de majorité, l'é-

tait en vue de ce tiers, pour subvenir aux dépenses que l'usufruitier aurait à faire pour lui jusque-là; d'où l'on eût conclu que l'usufruit devait s'éteindre par sa mort arrivée avant l'âge fixé; tantôt, au contraire, on aurait soutenu que l'arrivée du tiers à l'âge fixé était une condition résolutoire que sa mort faisait défaillir, et que l'usufruit dès lors devait être considéré comme constitué purement et simplement. La loi exclut l'un comme l'autre résultat. Sa disposition, du reste, est conforme à la décision de Justinien (L. 12, Cod. *De usufr. et hab.*)

Quoi qu'il en soit, nous avons déjà remarqué que ni les termes ni l'esprit de notre article ne peuvent servir à régler la durée de l'usufruit légal accordé aux père et mère sur les biens de leurs enfants, *jusqu'à l'âge de dix-huit ans* (art. 384). Il n'est douteux pour personne que cet usufruit ne doive cesser par la mort de l'enfant avant l'âge de dix-huit ans (v. ci-dessus n° 129 *bis.* VII).

470. Il ne faut pas confondre avec la résolution du droit du constituant l'aliénation faite par le propriétaire postérieurement à la constitution de l'usufruit. Là s'applique le principe qui ne permet pas de transmettre à un autre plus de droit qu'on n'en a soi-même. L'usufruitier conserve donc son droit, à moins de renonciation de sa part. Mais on eût pu induire cette renonciation du consentement donné par l'usufruitier à la vente (v. *Gaïus*, L. 158, ff. *De reg. jur.*; *Ulp.*, L. 4, § 1; *Gaïus*, L. 7, *ppio* ff. *quib. mod. pign.*); la loi exclut cette idée en exigeant une renonciation formelle. V. art. 621.

471. L'usufruitier, au reste, est bien le maître de renoncer au droit établi en sa faveur, mais il ne lui est pas permis d'être libéral aux dépens de ses créanciers. La loi donne, en conséquence, à ceux-ci le droit de faire annuler la renonciation *faite à leur préjudice.* V. art. 622, et à ce sujet art. 1167.

471 *bis.* I. Le simple préjudice ne suffit point en général pour fonder l'action révocatoire des créanciers; il faut la fraude, qui consiste dans l'intention, ou du moins dans la conscience, du préjudice effectivement causé (v. art. 1167). Mais je crois que l'article 622 contient, pour le cas qui nous occupe, une règle spéciale qui doit prévaloir sur la règle générale. Il est certain en effet que

c'est à dessein que le mot *préjudice* a été, sur l'observation du tribunal de cassation, substitué au mot *fraude,* qui se trouvait dans le projet de la commission du gouvernement (1). Le tribunal explique bien que, dans sa pensée, il doit suffire que, par l'événement, *la renonciation porte* PRÉJUDICE *aux créanciers, quoiqu'elle ne soit pas* FRAUDULEUSE *par l'intention du renonçant, pour qu'il y ait lieu à la faire annuler.* Pareille substitution, motivée de même, fut proposée et opérée au titre des Successions, en ce qui concerne la renonciation de l'héritier (2). Selon moi, la disposition de notre article, comme celle de l'article 788, se rattache à une théorie générale, qui place en dehors du principe posé par l'article 1167 les simples renonciations. Cette distinction, dont la pensée se trouve à la fois, avec simple différence d'application, et dans le système du projet, et dans celui du tribunal de cassation (3), se justifie d'ailleurs facilement, si l'on considère qu'une renonciation profite, il est vrai, aux personnes appelées à recueillir à défaut du renonçant, mais qu'elle n'est pas faite dans le but de leur conférer un droit. Ne semble-t-il pas, dès lors, raisonnable que le profit qu'elles retirent ainsi accidentellement puisse leur être plus facilement enlevé, pour satisfaire aux intérêts légitimes des créanciers, qu'il ne le serait si ce profit leur était directement conféré par un acte à titre gratuit ou onéreux? Du reste, ce n'est pas ici le lieu de développer cette théorie, qui sera expliquée plus en détail au siége de la matière sur l'article 1167.

471 *bis.* II. Si telle est en effet la pensée de l'article 622, on sent bien que son application doit se restreindre au cas de renonciation proprement dite, cas que je ne confonds pas avec celui de cession à titre onéreux ou gratuit (v. ci-dessus n° 467 *bis*). S'il y avait cession, l'action révocatoire des créanciers ne pourrait être admise qu'aux termes de l'article 1167; et conséquemment, il faudrait qu'il y eût, non pas simple préjudice, mais *fraude*, c'est-à-dire conscience du préjudice causé. Seulement, suivant les principes

(1) V. projet de la comm., liv. 2, tit. 3, art. 43. — Observ. du trib. de cass., *ibid*, art. 44 (Fenet, tom. 2, pag. 113 et 545).

(2) V. projet de la comm., liv. 3, tit. 1, art. 93. — Observ. du trib. de cass., *ibid.*, art 97 (Fenet, tom. 2, pag. 140 et 569); conf. C. civ., art. 788. V. aussi art. 1053, 1338 *in fine*, 2225.

(3) Conf. projet de la comm., liv. 3, tit. 2, art. 62 et observ. du trib. de cass., *ib.*, art. 61 (Fenet., tom. 2, pag. 168 et 587).

constants en cette matière, la condition de fraude toujours exigée de la part du cédant ne le serait, de la part du cessionnaire, qu'autant que la cession serait à titre onéreux.

472. Nous avons vu que la perte de la chose n'opère l'extinction de l'usufruit qu'autant qu'elle est totale. S'il n'en périt qu'une partie, l'usufruit est diminué mais non éteint, car la substance n'est point changée. Voyez art. 623. Du reste, les débris de la chose ne sont pas considérés comme en étant une partie; c'est une autre chose qui en a pris la place, et qui n'est point susceptible du même mode de jouissance. L'usufruitier ne peut donc en jouir qu'autant qu'il reste une partie de la chose, dont ces débris puissent être réputés l'accessoire. La loi nous paraît avoir consacré ce principe dans la distinction qu'elle fait entre l'usufruit établi sur un bâtiment, et l'usufruit établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie. Supposant en effet la destruction du bâtiment par accident ou par vétusté, elle refuse dans le premier cas, et accorde dans le second, la jouissance du sol et des matériaux. V. art. 624; voy. à ce sujet *Ulp.*, L. 5, § 2 et 3, L. 8; *Paul*, L. 9; *Ulp.*, L. 10; *Paul*, L. 11; *Pomp.*, L. 23; *Gaius*, L. 30; *Pomp.*, L. 31, ff. *quib. mod. ususfr. fin.*

472 *bis*. I. La distinction faite par la loi entre le cas où l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et celui où il est établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, est puisée dans le droit romain. D'une part, en effet, Ulpien décide que la destruction du bâtiment emporte extinction de l'usufruit dont ce bâtiment était l'objet (L. 5, § 2, ff. *Quib. mod. ususfr. am.*); d'autre part, le même Ulpien admet que la destruction de la ferme ou maison de campagne, *villa*, n'emporte pas extinction de l'usufruit du fonds dont le bâtiment détruit était l'accessoire (L. 8, *eod.*); et Paul explique positivement que dans ce cas l'usufruit s'appliquera au terrain précédemment occupé par le bâtiment (L. 9, *eod.*). Quant aux matériaux, les jurisconsultes romains ne s'expliquent pas, et les principes, il faut en convenir, ne sembleraient pas en attribuer à l'usufruitier la jouissance, au moins d'une manière absolue; car, ces matériaux ne sont plus l'accessoire du fonds. Toutefois, le cas

de chute du bâtiment, qui rend aux matériaux une existence propre, pouvant être assimilé au cas d'arbres arrachés ou brisés par accident (v. *Ulp.*, D., L. 8), on ne pouvait guère refuser à l'usufruitier le droit de les employer pour faire sur le fonds les réparations dont il est tenu (v. art. 592); et, ne fût-ce que dans cette prévision, il convenait de lui en laisser la jouissance, à la charge d'*en rendre compte* à la fin de l'usufruit.

472 *bis*. II. Le cas de destruction d'un bâtiment n'est pas le seul auquel s'applique le principe qui, en cette matière, fait considérer comme perte totale, entraînant extinction de l'usufruit, tout changement qui, en dénaturant la chose, en détruit proprement la substance.

Ainsi, ce principe s'appliquerait : 1° au cas d'un champ ou pré devenu étang ou marais. V. *Ulp.*, L. 10, § 2 ff. *Quib. mod. ususfr. am.*; *Pomp.*, L. 23 *eod.*;

2° Au cas inverse d'un étang devenu pré. V. *Ulp.*, L. 10, § 3;

3° Au cas d'une forêt devenue champ par le défrichement. V. *Ulp.*, L. 10, § 4 (1).

Mais les Romains allaient jusqu'à considérer comme éteint l'usufruit du sol par l'effet de la construction d'un bâtiment, en réservant seulement à l'usufruitier l'action de dol ou l'action *ex testamento* contre le propriétaire, si la construction procédait de son fait (*Ulp.*, L. 5, § 3, ff. *Quib. mod. ususfr. am.*). Pour moi, je crois que la construction faite, soit par le propriétaire, soit par un tiers, soit par l'usufruitier, n'éteindrait aucunement son droit, qui, de l'aveu des Romains eux-mêmes, pouvait toujours revivre par la destruction de l'édifice (v. *Marcell.*, L. 71, ff. *De usufr. et quem.*). Si donc l'usufruitier ne veut pas profiter de la construction faite par le propriétaire ou par un tiers, il pourra exiger qu'elle soit enlevée. Mais s'il veut en profiter, en la payant quand elle est faite par un tiers, ou en tenant compte au propriétaire des intérêts de ses avances si c'est celui-ci qui a construit, je ne vois aucune bonne raison pour qu'on lui refuse ce droit. A plus forte raison, l'usufruitier devra-t-il jouir de la construction qu'il aura faite lui-même, sauf pour le pro-

(1) *Secùs* si une terre labourable avait été plantée de vignes, ou qu'un terrain planté en vignes eût été au contraire mis en labour, L. 10, § 4. Seulement cette conversion, surtout dans le dernier cas, pourrait être considérée comme un abus de jouissance de la part de l'usufruitier.

priétaire, dans tous les cas où la construction aura eu lieu sans son consentement, à exiger, à la fin de l'usufruit, le rétablissement des lieux dans leur premier état.

472 *bis*. III. J'ai peine à croire aussi qu'on dût suivre chez nous la décision de la loi romaine, qui considérait un troupeau comme détruit par sa réduction à un certain nombre de têtes (v. *Pomp.*, L. 31, ff. *Quib. mod. usufr. am.*). N'en restât-il qu'une, je trouve juste que l'usufruitier puisse s'en servir pour reconstituer, s'il y a lieu, le troupeau. Et, si l'on admet une fois cela, il serait bien rigoureux de ne pas laisser indistinctement l'animal ou les animaux à son usage, en lui refusant seulement le profit du croît à venir, tant que le troupeau ne serait pas remis au complet (v. art 616).

472 *bis*. IV. L'extinction qui résulte de la perte ou de la transformation de la chose sur laquelle l'usufruit est établi peut n'être pas définitive; car la chose peut revenir à son premier état, et il est juste alors que l'usufruit renaisse. Cette doctrine, consacrée pour les servitudes (art. 704), était admise pour l'usufruit par les jurisconsultes romains (v. *Marcell.*, L. 71, ff. *De usufr.*, *Pomp.*, L. 23; *Javol.*, L. 24, ff. *Quib. mod. usufr. am.*), et je ne crois pas que nous devions être plus rigoureux qu'eux en cette matière. Toutefois, il faudrait bien voir si la chose qui revit est bien la même chose que celle qui a été détruite, et cette identité, je crois, ne serait pas admise pour une maison qui aurait été rebâtie sur le sol (v. *Ulp.*, L. 10, §§ 1 et 7, ff. *Quib. mod. usufr. am.*). Ainsi, l'usufruitier n'en devrait pas jouir, si toutefois la destruction de la première lui a fait perdre l'usufruit du sol. A la vérité, les articles 665 et 704 feraient en pareil cas revivre les servitudes. Mais c'est là une disposition d'équité que les Romains eux-mêmes admettaient pour les servitudes prédiales, sans l'admettre également pour l'usufruit (v. *Paul*, L. 20, § 2, ff. *De serv. urb. præd.*). En effet, la reconstruction de l'édifice dominant ou servant rétablit la nécessité de la servitude; mais il n'y a aucune nécessité de faire revivre l'usufruit contre la rigueur des principes.

472 *bis*. V. Les décisions admises pour l'extinction ou la résurrection de l'usufruit déjà établi, dans les divers cas de transformation de la chose, devraient, en général, servir à régler le sort d'un legs d'usufruit lorsque des transformations de ce genre auront eu lieu du vivant du testateur. Les deux idées, en effet, semblent

constamment mises sur la même ligne par les jurisconsultes romains dans les textes qui composent le titre *Quib. mod. ususfr. amitt.* Toutefois, je serais plus disposé, dans certains cas, à admettre l'extinction du legs d'usufruit que celle de l'usufruit établi. Ainsi, je croirais volontiers que la construction faite du vivant du testateur sur le terrain objet d'un legs d'usufruit pourrait, suivant les cas, faire défaillir le legs, quoique je refuse indistinctement au fait de cette construction l'effet d'éteindre l'usufruit; mais dans tous les cas où l'usufruit devrait être éteint s'il avait commencé, je n'hésiterais pas à déclarer le legs caduc.

CHAPITRE II.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

473. L'usage d'une chose ne consiste, à proprement parler, que dans l'emploi qu'on en fait pour son service, sans toucher à son produit. Mais, parce que ce simple usage, sans aucune participation aux fruits, n'offrirait souvent que peu d'utilité, on s'est habitué à comprendre sous le nom d'*usage* le droit de prendre, même sur les produits de la chose, ce qui est nécessaire aux besoins personnels de l'usager; puis, par une autre dérogation, la restriction à la mesure des besoins a été appliquée au droit proprement dit d'*user*, c'est-à-dire de tirer de la chose tous les avantages, autres que les produits ou fruits, dont elle est susceptible. Le droit d'usage appliqué à une maison prend le nom de *droit d'habitation*.

473 *bis*. Dans la pureté des principes, le droit d'usage n'attribuait aucune participation aux fruits; mais il comprenait sans restriction la faculté d'employer la chose à son service. Ces principes modifiés en ce qu'ils avaient de rigoureux pour l'usager, ne le furent jamais à Rome dans un sens contraire à son intérêt. Ainsi, le droit d'*user* était resté entier et indépendant de la mesure des besoins de la personne : c'est ainsi, par exemple, que l'usage d'une maison emportait faculté d'occuper la maison entière, quoiqu'une

partie seulement eût pu suffire pour le logement convenable de l'usager et de sa famille (v. *Pomp.*, L. 22, § 1, ff. *De usu et hab.*; v. aussi *Ulp.*, L. 4, *ppio eod.*). Quant aux modifications extensives, elles ont consisté à concéder à l'usager, par une interprétation favorable de son titre, une portion de fruits, toujours bornée à la mesure des besoins, mais qui, sous cette restriction même, ne se prenait pas indistinctement dans toute espèce de fruits. Cette théorie, qui ressort évidemment de la combinaison des divers textes de la matière (1), semble pourtant n'avoir pas été aperçue par les anciens interprètes du droit romain, qui, saisissant comme idée principale l'application de la chose aux besoins de la personne et de sa famille, ont fait consister l'usage dans cette application, soit pour y comprendre, selon la mesure du besoin, toute espèce de fruits, soit pour borner à cette même mesure la faculté d'*user*, c'est-à-dire d'employer la chose à son service.

C'est sous l'empire de ces idées que paraît avoir été rédigé notre Code; et, quoiqu'il n'en fasse l'application spéciale qu'à deux cas, celui d'usage des *fruits d'un fonds*, qu'il confond probablement avec l'usage d'un *fonds*, et celui d'*habitation*, qui, à bien dire, ne diffère pas aujourd'hui de l'usage d'une maison, je crois que c'est à elles qu'il faudrait, en général, s'attacher, pour régler, dans le silence du titre, l'étendue du droit d'usage appliqué à toute autre chose qu'un fonds de terre ou une maison.

474. Les deux droits, tels que nous les comprenons, ne sont réellement qu'un usufruit plus ou moins restreint. Ils s'établissent donc et se perdent de la même manière. V. art. 625. Celui au profit duquel ils sont établis doit, comme l'usufruitier, jouir en bon père de famille, et fournir à cet égard les mêmes sûretés et garanties, par conséquent donner préalablement caution, et faire des états et inventaires. V. art. 626, 627.

474 *bis*. I. Il n'est pas tout à fait exact de dire, avec l'article 625, que les droits d'usage et d'habitation s'établissent de la même manière que l'usufruit. Cela est vrai relativement aux manières de les établir par la volonté de l'homme, purement, à certain jour ou

(1) V. notamment *Just.*, § 1 et 4, Inst.; *Ulp.*, L. 12, § 2, ff. *De us. et hab.*

à condition (v. art. 579, 580). Quant à l'établissement par la loi, on en concevrait très-bien la possibilité; mais il faut au moins constater que ce mode d'établissement n'existe pas dans la législation actuelle. Il est vrai que les articles 1465 et 1570 consacrent pour la veuve un droit de se faire fournir par les héritiers de son mari ou au compte de la masse commune la nourriture et le logement pendant le temps que la loi détermine; mais ce n'est là qu'une créance d'aliments, qui ne peut guère se confondre avec un droit réel d'usage ou d'habitation sur un objet déterminé.

474 *bis*. II. En appliquant au cas d'usage ou d'habitation, comme à celui d'usufruit, l'obligation de jouir en bon père de famille, celle de donner caution et de faire dresser des états et inventaires, la loi semble bien supposer que l'usager aura pour l'exercice de son droit la possession des choses sur lesquelles repose ce droit; car, autrement, il n'y aurait ni restitution à opérer, ni moyen d'abuser, et les prescriptions des articles 626 et 627 seraient sans objet. La question, du reste, n'est pas douteuse pour le cas d'habitation, ni pour celui d'usage établi sur des meubles corporels, le seul, pour le dire en passant, auquel puisse s'appliquer la nécessité d'un inventaire. Mais, évidemment, la loi a dû comprendre aussi dans sa pensée le cas d'usage des fruits d'un fonds dont elle s'est spécialement et principalement occupée. Il paraît donc naturel d'en conclure que le droit de l'usager alors ne doit pas consister uniquement à se faire délivrer une certaine portion de fruits. Nous verrons bientôt si les termes des articles 630 et 635 sont assez précis pour faire repousser cette induction. V. ci-dessous n° 476 *bis*. I.

475. Quant à leur étendue, c'est dans le titre constitutif, sainement interprété, qu'il faut en chercher la limite. V. art. 628. Le Code a seulement réglé, pour le cas de silence du titre, en quoi doivent consister l'*usage des fruits d'un fonds* et l'*habitation*. V. art. 629.

476. L'usage des *fruits d'un fonds*, et sous ce nom la loi paraît comprendre l'usage du fonds lui-même, donne droit à toute espèce de fruits naturels ou industriels, mais seulement dans la mesure des besoins de l'usager, besoins qui comprennent ceux de sa famille; par sa famille, il faut évidemment

entendre son conjoint, ses enfants et serviteurs, vivant avec lui. Au reste, l'étendue du droit varie nécessairement avec celle des besoins; elle augmente donc ou diminue en raison de l'augmentation ou diminution de famille. La loi s'en explique formellement, pour le cas de survenance d'enfants. On n'hésite pas non plus à appliquer ici ce qui est dit dans l'article 632, relatif à l'habitation, pour le cas de mariage postérieur à la concession de droit. V. art. 630.

476 *bis*. I. Des termes de l'article 630 qui n'attribuent à l'usager que le droit d'*exiger* une portion de fruits, il semblerait résulter que celui-ci ne devrait pas être mis en possession du fonds pour le cultiver et faire lui-même la récolte; que cette possession, au contraire, appartiendrait au propriétaire ou à l'usufruitier, s'il y en a un, à la charge par l'un ou l'autre de lui délivrer ou de lui laisser prendre la portion de fruits déterminée. Cette conclusion, au reste, cadrerait parfaitement avec la disposition de l'article 635, qui n'aurait pas eu besoin d'assujettir spécialement l'usager aux frais de culture si c'était lui-même qui cultivât. D'un autre côté pourtant, les articles 626 et 627 supposent bien, comme nous l'avons dit, la mise en possession; et la généralité de leurs termes, comprenant, distinctement et nommément, l'usage et l'habitation, ne permet guère d'exclure de leur application, précisément, le seul cas d'usage dont la loi ait réglé les effets. Tout considéré, je crois qu'il n'y a pas sur ce point de règle absolue, et qu'on pourra, suivant les cas, et eu égard surtout à la portion plus ou moins considérable de fruits à prendre par l'usager, tantôt lui refuser la possession du fonds, tantôt la lui accorder en commun avec le propriétaire ou l'usufruitier, tantôt enfin la lui accorder exclusivement. Tout ce qu'il faut, c'est que, d'une manière ou d'une autre, on lui procure la portion de fruits à laquelle il a droit et que cette portion ne soit, dans aucun cas, dépassée. C'est là, selon moi, ce qu'a voulu dire l'article 630, dont les termes ne sont restrictifs qu'à ce point de vue.

476 *bis*. II. L'attribution des fruits à l'usager dans la mesure de ses besoins ne doit s'entendre que du besoin relatif à chaque nature de produits. Les fruits qu'il prend en nature sont destinés à sa consommation, et non à lui procurer, en les vendant ou échangeant, le moyen de pourvoir d'ailleurs à sa subsistance. Ainsi, il ne prendra

de blé que ce qu'il peut consommer en blé et ne serait pas admis à en exiger davantage, sous prétexte qu'il a aussi besoin de vin ou de bois de chauffage, que le fonds ne produit pas ou qu'il ne produit pas en quantité suffisante. Sous ce rapport, il a donc toujours intérêt à surveiller la culture du fonds, de manière qu'on ne force pas à son préjudice une nature de produits, à l'exclusion d'autres non moins nécessaires pour sa consommation et dont le fonds serait également susceptible. Pareillement, si c'est lui qui cultive, il ne devra pas, pour étendre à la mesure de sa consommation telle ou telle nature de produits, en exclure d'autres plus avantageux, par ce seul motif qu'il n'en aurait pas besoin. Là s'appliquera pour lui l'obligation de jouir en bon père de famille (art. 627).

Tout cela sans doute pourra être une source de difficultés entre l'usager et le propriétaire, et, pour prévenir ces difficultés, il sera bon de faire à l'avance un règlement amiable ou judiciaire.

476 *bis*. III. La mesure variable des besoins, par suite surtout des changements qui peuvent survenir dans la famille de l'usager, pourra aussi donner lieu à de fréquentes contestations, qu'il serait sage de prévenir en déterminant, sinon définitivement, au moins jusqu'à règlement nouveau, la quantité fixe des produits de chaque espèce à prendre chaque année par l'usager.

Enfin, le but serait encore mieux atteint si, en calculant la moyenne des produits annuels et la probabilité des besoins, on déterminait, jusqu'à règlement nouveau, les droits de l'usager, à une quote-part des fruits du fonds sans distinction de leur nature. Cela offrirait surtout l'avantage d'asseoir facilement sur cette base la contribution aux charges prescrites par l'article 635, contribution qui autrement sera susceptible de varier chaque année. Sur tout cela la loi ne prescrit rien; mais je crois que, dans le silence du titre, le pouvoir des juges doit jouir d'une grande latitude.

477. Les fruits du fonds n'étant accordés à l'usager qu'autant qu'ils sont nécessaires à sa consommation, on conçoit qu'il ne puisse, par une cession ou location, donner à un autre le droit de les percevoir. V. art. 631.

477 *bis*. L'usage, ne pouvant être cédé, ne peut dès lors être saisi ni hypothéqué (v. art. 2118, 2204). Mais ce n'est pas à dire que les fruits auxquels a droit l'usager soient également insaisissables.

Toutefois, je les considérerais sans difficulté comme tels, si l'usage est constitué à titre gratuit, car là s'appliqueront les articles 581 et 582 du Code de procédure. D'où l'on devra conclure non-seulement que ces fruits pourront, comme toute chose donnée ou léguée, être déclarés insaisissables par le testateur ou donateur (art. 581-3°), mais qu'ils le seront de droit à titre de pensions pour aliments (art. 581-4°). Que si, au contraire, l'usage a été constitué à titre onéreux, on restera dans le droit commun ; et quoique par une raison particulière le droit d'usage lui-même ne puisse être saisi, les fruits du moins ne pourront échapper à l'action des créanciers.

478. L'habitation se réduit chez nous au droit d'occuper, avec sa famille, tout ou partie d'une maison. Ce droit s'applique à la famille de celui même qui n'était point marié à l'époque de la constitution. Son étendue se règle, comme celle de l'usage des fruits d'un fonds, par les besoins de la personne; ce qui ne permet pas davantage la cession ou location. V. art. 632, 633, 634.

478 *bis*. Chez les Romains, l'habitation, distincte, notamment sous ce rapport, de l'usage d'une maison, emportait la faculté de louer (v. *Just.*, § 5, *Inst.*, *De usu et hab.* conf. § 2, *eod.*). Il est même à remarquer que cette faculté, refusée en général à l'usager d'une maison, ne lui était pas aussi sévèrement interdite qu'à l'usager de toute autre chose; car il pouvait, pourvu qu'il occupât lui-même une partie de la maison, en louer une autre partie (*Ulp.* L. 2, § 1; L. 4, *ppio* ff. *De usu et hab.*). C'est qu'en effet le propriétaire, dont la jouissance était alors entièrement paralysée pendant la durée du droit d'usage, n'avait vraiment pas d'intérêt à ce qu'une partie de la maison restât inoccupée. Mais chez nous, où le droit d'habitation se réduit à la mesure des besoins, il y avait même raison que dans les autres cas d'usage pour interdire, comme on l'a fait, le droit de louer.

479. Les droits d'usage et d'habitation comprenant, comme on voit, une partie des avantages de l'usufruit, et pouvant même les absorber tous, le législateur a trouvé juste de les assujettir, dans la même proportion, aux charges usufructuaires. V. art. 635.

479 *bis*. I. Il est tout simple, quand l'usager absorbe l'utilité entière de la chose, qu'on lui fasse supporter toutes les charges de fruits (v. à ce sujet. *Paul,* L. 18, ff. *De usu et hab.*). Il serait naturel encore, si la portion de fruits qu'il laisse est insuffisante pour l'acquittement des charges, qu'on lui en imposât l'excédant. C'est, du reste, le résultat auquel on arriverait en prélevant sur la récolte brute le montant des charges, et en n'attribuant à l'usager que le surplus. Ce serait l'application pure et simple du principe : *fructus non intelliguntur nisi deductis impensis.* Mais telle n'est pas la pensée du législateur, qui l'oblige à *contribuer au prorata de ce dont il jouit.* Il en résulte clairement que, s'il prend une quote-part de fruits, il doit supporter une part correspondante dans les charges, quand même la quote-part, qu'il ne prend pas, suffirait pour l'acquittement intégral des charges. Contre cette disposition, on objecte qu'elle fait défaillir le principe essentiel de l'usage qui attribue les fruits à l'usager dans la mesure de ses besoins. Car, dit-on, s'il ne doit prendre et ne prend en effet sur la récolte que ce qui est nécessaire à sa consommation, une partie de ce nécessaire lui manquera, quand il lui faudra l'employer à l'acquit des charges. Cette objection, selon moi, est plus spécieuse que solide; car il n'est pas vrai, d'une manière absolue, que l'usage doive procurer à celui qui l'obtient tout ce qui est nécessaire à sa subsistance. Il n'a droit, dans tous les cas, qu'au genre de fruits que le fonds produit, et c'est dans d'autres ressources qu'il doit chercher les moyens de pourvoir à toutes les autres nécessités de la vie. Cela posé, il n'y a rien d'étrange à ce que la loi, en lui attribuant dans la mesure de ses besoins, c'est-à-dire de sa consommation, les fruits que l'héritage produit, lui impose en même temps des charges qu'il acquittera sur ses autres ressources. On aurait pu sans doute être plus généreux à son égard, et lui attribuer, sans charge, le droit de prendre sa provision sur le produit net de la récolte, mais il n'y a pas d'injustice à établir au contraire comme droit commun la contribution; sauf, bien entendu, la faculté de déroger à cette règle en s'en expliquant dans le titre constitutif.

479 *bis*. II. Quoi qu'il en soit, il me paraîtrait raisonnable, en appliquant la règle de contribution aux diverses charges énoncées dans l'article 635, de n'y pas comprendre celle des semences, qui, en général, se déduisent en nature sur la récolte de l'année. Si cette

déduction n'avait lieu qu'après le partage de la récolte brute entre l'usager et le propriétaire, et que l'usager fût tenu de la subir sur la part à lui attribuée dans la mesure de ses besoins, il serait vrai de dire alors que le but de la loi ne serait pas atteint; car l'usager ne recevrait pas réellement la provision nécessaire pour sa consommation. Selon moi donc, le prélèvement devra s'opérer, avant le partage, sur la récolte brute. Au reste, je fais remarquer qu'on peut le décider ainsi sans contrarier la disposition de l'article 635; car cet article s'explique bien sur les frais de culture, mais il ne dit rien sur les semences.

480. L'usage des bois et forêts est soumis à des principes tout particuliers, qui font l'objet d'une législation à part. V. art. 636. et Code forestier, art. 51-85, 88, 89, 111, 112. 113, 118, 120, 121.

480 *bis*. I. Le droit d'usage est de sa nature une servitude personnelle, dont la durée, comme celle de l'usufruit, est bornée à l'existence du titulaire (v. art. 625). Toutefois, comme il n'absorbe pas nécessairement toute l'utilité du fonds, la limitation de sa durée peut paraître moins essentielle. Ce qu'il y a de certain, c'est que la loi reconnaît dans les bois et forêts des droits d'usage perpétuels dont elle règle l'exercice et l'étendue. Ces droits participent, sous ce rapport, de la nature des servitudes proprement dites, en d'autres termes, des *services fonciers*, dont ils diffèrent d'ailleurs en ce qu'ils ne sont point établis pour l'utilité d'un héritage déterminé (v. à ce sujet art. 637 et 686); ils le sont, le plus souvent, en faveur des habitants d'une ou plusieurs communes ou sections de commune, mais cette application n'est pas même exclusive. Du reste, le caractère de perpétuité, qui leur est commun avec les services fonciers, ne leur appartient pas aussi complétement, et reçoit une grave modification par le droit accordé au propriétaire d'affranchir ses bois ou forêts, soit par le cantonnement, s'il s'agit d'usage en bois (C. f., art. 63, 88, 111, 118); soit, pour tous autres droits d'usage, par le rachat moyennant indemnité (C. f., art. 64, 88, 112, 120. Et toutefois, cette dernière faculté cesserait s'il s'agissait de l'*exercice d'un droit de pâturage devenu d'une absolue nécessité pour les habitants d'une ou de plusieurs communes* (C. f., art. 64, al. 2); en ce cas donc, le caractère de perpétuité serait absolu.

480 *bis*. II. Tels sont les moyens admis pour concilier autant que possible, avec le respect des droits acquis, les intérêts de la propriété, à laquelle l'existence des servitudes dont il s'agit porte toujours une funeste atteinte. Mais le législateur ne s'arrête pas là, et, pour protéger complétement à cet égard la propriété forestière de l'État, il défend absolument de la grever à l'avenir de droits d'usage quelconques (C. f., art. 62 ; v. aussi art. 60). La même protection est accordée, et aux bois du domaine de la couronne (art. 88), et aux bois reversibles à l'État (art. 89), et aux bois des communes ou établissements publics (art. 112). Mais il est à remarquer qu'aucun texte de loi n'appliquant cette protection à la propriété privée, l'établissement des droits d'usage dont il s'agit reste permis dans les bois des particuliers, sauf toujours, bien entendu, la faculté d'affranchissement par voie de cantonnement ou de rachat.

480 *bis*. III. C'est seulement pour les bois et forêts que l'article 636 annonce l'existence de droits d'usage réglés par une législation particulière. Pour tous autres biens, l'usage semble donc rester purement et simplement sous l'empire du droit commun, qui n'admet point en général sa perpétuité (v. art. 625 et, à ce sujet, art. 617 et 619). Toutefois, il n'en faudrait pas conclure absolument qu'il ne puisse exister en effet sur d'autres biens que sur les bois certains droits d'usage perpétuels, v. gr. droits de pâturage, de puisage, d'abreuvoir, qui, n'étant point établis pour l'utilité d'un héritage déterminé, ne sauraient passer non plus pour services fonciers. Dans cette catégorie pourraient certainement se ranger les droits de *parcours* et de *vaine pâture* dont la loi elle-même reconnaît l'existence dans l'article 648. Ma pensée à cet égard, c'est que les droits de ce genre qui existaient antérieurement à la publication du Code civil sont certainement maintenus, et qu'en l'absence d'une disposition particulière, ils n'admettent pas même la faculté de l'affranchissement par cantonnement ou rachat (1). Quant à la permission d'en établir pour l'avenir, peut-être faudrait-il encore l'accorder, au moins en faveur des communes dans l'intérêt de leurs habitants, car on pourrait voir là une sorte de service foncier dû au territoire de la commune ; ajoutons que les biens qui en seraient

(1) A moins pourtant qu'on ne prétendît que ces droits, quand ils ne constituent pas une copropriété, se résument réellement en une redevance à laquelle s'appliquerait la faculté de rachat en vertu de l'article 530.

grevés pourraient passer pour *communaux,* en ce sens que les habitants de la commune auraient ainsi droit, non à la propriété, mais à une partie du produit, hypothèse admise par l'article 542. Mais, si la concession était faite à des particuliers, j'aurais peine à croire, en présence de l'article 625, qu'elle pût avoir lieu autrement qu'à temps, ou à titre de service foncier, dans les termes de l'article 686.

TITRE QUATRIÈME.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

481. On a vu, dans le titre précédent, comment une chose peut être affectée, d'une manière plus ou moins étendue, au service ou à l'utilité d'une personne déterminée, autre que son propriétaire; mais une propriété foncière peut aussi être assujettie envers une autre propriété foncière, en ce sens que le maître de cette dernière ait, à ce seul titre, l'exercice de certains droits sur l'autre. Les services qui sont dus ainsi à un fonds par un autre fonds sont, avec raison, désignés sous le le nom de *services fonciers* (art. 543). Mais dans l'usage on se sert plutôt du mot *servitudes,* que notre Code a consacré ici, et qu'il a approprié aux servitudes *réelles* ou *prédiales.*

482. Chacun étant en général maître de disposer de sa chose de la manière la plus absolue (art. 537 et 544), on conçoit facilement qu'un propriétaire puisse, en usant de son droit, nuire, jusqu'à un certain point, à un propriétaire voisin. Celui-ci, dès lors, aurait grand intérêt à interdire à l'autre l'exercice de certains actes; comme aussi il pourrait trouver un grand avantage à partager avec lui l'exercice de certaines facultés, dont il se trouve privé par le droit d'exclusion, qui est un des caractères de la propriété. Telle a été l'origine des servitudes, que la loi définit avec une grande jus-

tesse : *charges imposées sur un héritage, pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.* V. art. 637.

483. Les servitudes, à raison de l'avantage ou de l'incommodité qu'elles procurent, augmentent ou diminuent la valeur de l'héritage, dont elles deviennent en quelque sorte des qualités (v. *Cels.* L. 86, ff. *De verb. signif.*). Mais il est évident qu'elles ne peuvent attribuer à l'un à l'égard de l'autre, une supériorité, une prééminence, dont les *choses* ne paraissent pas susceptibles. V. art. 638, qui a été inséré dans le Code pour écarter toute idée de retour aux droits féodaux supprimés.

484. La qualification de *charge* donnée par la loi à la servitude montre assez qu'elle ne doit pas être confondue avec la propriété superficiaire ou souterraine, qui, lorsqu'elle est établie conformément à l'article 553, a tous les caractères et les effets d'une propriété ordinaire. Il ne faut pas non plus confondre la servitude avec la propriété indivise, soit que l'indivision puisse cesser par l'effet d'un partage ou d'une licitation, que chacun des intéressés serait toujours maître de provoquer, soit que la nature des choses ou leur destination s'oppose à ce partage et rende l'indivision forcée. Dans ces divers cas, l'exercice de la propriété est toujours moins limité que celui d'une servitude, et le droit n'est pas assujetti aux mêmes règles pour son acquisition, sa conservation ou son extinction.

485. La servitude ne peut être établie que pour l'usage et l'utilité d'un héritage, par conséquent pour le service ou l'agrément du fonds (v. à ce sujet art. 686). Il est clair, dès lors, qu'elle ne peut exister qu'entre héritages voisins, mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait contiguïté.

486. La nature des charges qui peuvent être imposées n'est pas déterminée par la définition, mais les principes nous apprennent, et la raison nous démontre, qu'un fonds ne peut être obligé à faire, et que la servitude ne peut en général

consister qu'à souffrir ou à ne pas faire (v. *Pomp.* L. 15, § 1, ff. *De servit.*; C. civ., art. 686; voy. pourtant art. 698).

487. Il faut de plus, pour qu'il y ait servitude, que les deux héritages appartiennent à des maîtres différents; *nemini enim sua res servit* (art. 637 et 705).

488. Il résulte de ces développements, que toute restriction à la libre faculté de jouir et de disposer de sa chose, ne constitue pas une servitude. Ainsi l'on n'en peut évidemment voir une dans l'obligation d'aliéner, au cas prévu par l'article 545. Il n'est même pas possible de reconnaître le caractère de *servitudes* à certains droits, tels que celui de forcer le voisin au bornage, ou celui de se clore, que le Code a consacrés dans ce titre. Plus généralement ce caractère semblerait devoir être refusé à tous les droits qui consistent dans une obligation de faire, imposée à un voisin envers un autre à raison de leurs propriétés respectives. On pourrait encore aller plus loin, et exclure de cette classe toutes les charges légales de la propriété, parce que ces charges, une fois reconnues et établies par la loi, forment le droit commun, dont la servitude est précisément le contraire. Enfin, en admettant que des charges quelconques consacrées par le droit commun, pussent constituer une espèce de servitudes distinctes des servitudes proprement dites, qui ne s'établissent que par la volonté des propriétaires, il est assez difficile de saisir pour les servitudes de cette première espèce plusieurs origines différentes, et de faire dériver les unes de la situation des lieux, et les autres de la constitution de la loi.

Quoi qu'il en soit, le Code comprenant dans cette matière toutes les charges et obligations dont les propriétaires voisins peuvent être, en cette qualité, légalement tenus les uns envers les autres, reconnaît trois classes de servitudes : celles qui dérivent de la situation des lieux; celles qui sont établies par la loi; et celles qui le sont par le fait de l'homme, ordinairement par convention. V. art. 639.

488 *bis.* I. La plupart des charges ou obligations entre propriétaires voisins, qui sont classées dans ce titre sous le nom de *servitudes légales*, étaient considérées autrefois comme *obligations* résultant de ce que Pothier appelait *quasi-contrat de voisinage* (1). Cette dénomination, évidemment, ne cadrerait plus avec la définition du quasi-contrat, telle qu'elle est donnée par l'article 1371. Mais en rejetant l'idée de *quasi-contrat* parce que le voisinage n'est pas un *fait volontaire*, la loi elle-même semble s'être mise en contradiction avec la classification ici adoptée, en énonçant au nombre des engagements personnels, résultant de sa seule autorité, les engagements formés involontairement entre propriétaires voisins (v. art. 1370). Quoi qu'il en soit, la dénomination de *servitude*, sous laquelle le législateur traite et explique ici en détail les charges ou obligations dont il s'agit, manifestant mieux, je crois, sa pensée à cet égard que la simple énonciation qui, dans l'article 1370, semble les rattacher à une autre matière, je n'hésite point à reconnaître à tous les droits proclamés dans ce titre le caractère de *réalité*. Ces droits en effet sont les attributs actifs ou passifs de la propriété des héritages dont ils augmentent ou diminuent l'utilité; qui dit *attribut* dit qualité inséparable, durant autant que cette propriété, et se transmettant avec elle. Cela posé, l'action tendant à les réclamer devra évidemment être considérée comme réelle, et portée comme telle devant le tribunal de la situation de l'immeuble dont la possession soumet le défendeur à l'action (C. pr., art. 59). Maintenant que ces attributs de la propriété soient exactement qualifiés *servitudes*, je ne le crois pas, puisqu'ils forment le droit commun; c'est au contraire leur perte qui constituerait en état de servitude l'héritage qui en serait privé au profit de l'héritage voisin. Mais, servitudes ou non, ils restent toujours droits réels, puisqu'à mon point de vue ils se confondent avec la propriété telle qu'elle est constituée par la loi.

488 *bis.* II. Les explications qui précèdent se rapportent également et aux servitudes qui sont dites dériver *de la situation naturelle des lieux*, et à celles qui sont présentées comme dérivant *des obligations imposées par la loi*, ou, en d'autres termes, aux *servitudes établies par la loi.* A cet égard donc, la distinction entre ces deux classes de servitudes est sans intérêt; j'ajoute que je ne lui

(1) V. Pothier, 2e appendice au contrat de société, no 230.

vois d'ailleurs aucune utilité pratique. On conçoit en pure théorie qu'en proclamant les unes le législateur ait entendu seulement consacrer les effets du droit naturel, et que les autres lui aient paru émaner plus directement du droit positif. Mais cette idée même n'a peut-être pas été bien exactement suivie dans la classification des unes et des autres; car pourquoi, par exemple, ne rattacher qu'à la situation des lieux les droits respectifs des riverains sur les cours d'eau (art. 644), et ranger d'autre part parmi les servitudes établies par la loi le marchepied le long des rivières navigables ou flottables (art. 650)? Quoi qu'il en soit, il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette difficulté, si, comme je le pense, il n'y a pas de différence dans les résultats.

CHAPITRE PREMIER.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

489. Dans cette catégorie la loi comprend d'abord les charges et les droits divers que peut imposer ou attribuer aux héritages, en raison de leur situation, le cours naturel des eaux (art. 640-645).

Elle règle en conséquence : 1° d'une manière générale, et pour toutes les eaux naturelles, la charge d'en souffrir l'écoulement (art. 640);

2° En ce qui concerne les eaux vives, le droit du propriétaire de la source, et les modifications dont ce droit est susceptible (art. 641-643);

3° Enfin toujours pour les eaux vives, mais pour celles seulement qui ne dépendent pas du domaine public, les droits respectifs des propriétaires dont ces eaux bordent ou traversent l'héritage (art. 644, 645).

489 *bis*. I. Quant aux eaux pluviales, la charge de les recevoir est incontestablement comprise dans les termes généraux de l'article 640. Mais en ce qui concerne l'utilité qu'elles peuvent procurer, la loi n'établit ici aucune règle; nous aurons à voir comment,

à l'aide des principes, on peut arriver à combler cette lacune (v. ci-dessous, n° 495 *bis*. I).

489 *bis*. II. A l'égard des eaux qui dépendent du domaine public (v. art. 538), elles ne peuvent évidemment, à moins d'une concession de l'administration centrale, qui alors en réglerait l'usage, être pour les particuliers l'objet d'aucun droit (1). Dès lors la loi civile n'avait point à s'en occuper; et les règles qui les concernent ne rentrent point dans le plan de cet ouvrage.

490. C'est bien réellement la situation des lieux qui, indépendamment de toute disposition de la loi, soumet les fonds inférieurs à recevoir les eaux qui découlent des fonds plus élevés; mais l'assujettissement, ou, si l'on aime mieux, la restriction du droit absolu du propriétaire, consiste dans la prohibition d'élever aucune digue qui empêche cet écoulement. La loi, du reste, borne avec raison la charge aux eaux qui découlent *naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué;* sous ce rapport elle restreint aussi le droit absolu du propriétaire du fonds supérieur, qui, non-seulement ne peut faire verser sur un fonds inférieur des eaux que la nature n'y dirigeait pas, mais qui généralement ne peut rien faire qui aggrave la servitude de ce fonds. V. art. 640.

490 *bis*. Il ne faut pas prendre trop à la lettre la disposition qui borne la charge de recevoir les eaux à celles qui découlent naturellement, ni exclure absolument tout travail de la main de l'homme qui aurait pour effet d'aggraver jusqu'à un certain point la servitude du fonds inférieur. Il est certains travaux, tels qu'un tracé de sillons, qui sont nécessaires à la bonne culture d'un fonds, et qu'on ne peut interdire à son propriétaire sous prétexte que ces travaux rendraient un peu plus incommode pour le fonds inférieur la chute des eaux. Sur ces points on devrait prendre pour règle l'usage pratiqué dans le pays par les bons cultivateurs.

(1) Ce principe semblait méconnu par la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, qui autorisait les prises d'eau dans les rivières navigables ou flottables (d. L., tit. 1, sect. 1, art. 4). Du reste, cette loi même ne permettant pas de détourner le cours d'une manière nuisible à la navigation, la nécessité d'une concession préalable a été reconnue et proclamée par l'arrêté du Directoire du 19 ventôse an VI (II, B. 190, n° 1766), art. 10.

491. Tant que l'eau se trouve renfermée dans le sein de la terre, elle appartient au propriétaire du sol, qui l'est également du dessus et du dessous (art. 552). Il peut donc s'en emparer à la sortie, ou, pour mieux dire, il suffit qu'il ne s'en dessaisisse pas pour qu'elle continue à lui appartenir. Une fois, au contraire, que l'eau a pris son cours naturel, elle devient une chose commune (v. *Justin.*, Inst., § 1, *De rer. div.*), et les propriétaires du lit qu'elle couvre n'ayant jamais la propriété de cette eau, peuvent bien l'employer à son passage pour les besoins de leurs fonds, mais de manière à ne point en priver les autres propriétés auxquelles une situation pareille doit assurer un avantage égal.

492. De là le droit exclusif du propriétaire de la source, droit qui ne peut en général être perdu ou modifié que par un acte de sa volonté ou par prescription. V. art. 641.

492 *bis*. Le droit d'user de la source à sa volonté emporte non-seulement celui d'absorber l'eau sur son fonds, mais aussi celui d'en détourner le cours, et par conséquent d'en faire profiter un fonds inférieur au préjudice d'un autre fonds inférieur sur lequel son cours naturel l'aurait conduite. Mais il faut pour cela, comme au surplus cela arrivera presque toujours, que la chute de l'eau convienne au propriétaire sur le fonds duquel on la dirige. Car si au contraire il n'en veut pas, il pourra toujours y résister en invoquant le principe posé en l'article 640. En deux mots, le propriétaire de la source peut bien procurer à son voisin le bénéfice de l'eau que la nature ne lui destinait pas, mais il ne peut lui imposer la charge de la recevoir contre son gré.

493. L'acte de la volonté constituerait un titre de servitude en faveur du fonds inférieur. A cet égard il n'y a aucune difficulté. Quant à la prescription, elle doit reposer sur une possession légale (art. 2229), que ne peuvent jamais fonder les actes de pure faculté ni ceux de simple tolérance (art. 2232). Ainsi la jouissance du propriétaire du fonds inférieur ne constituera pas la possession qui doit le conduire à la prescription, à moins que des ouvrages faits par lui ne manifestent son

intention de posséder une servitude d'aqueduc. Les ouvrages doivent être apparents et destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau. La possession doit durer trente ans sans interruption à partir des ouvrages terminés. Voy. art. 642, V. à ce sujet art. 690.

493 *bis*. I. L'existence d'ouvrages apparents est nécessaire pour convertir en possession publique à titre de servitude la jouissance qui jusque-là n'est que la conséquence d'un acte de pure faculté (v. art. 2232).

Ces ouvrages, pour être significatifs, doivent tendre à faciliter la chute et le cours de l'eau dans le fonds inférieur. Ils doivent être faits par le propriétaire de ce fonds qui ne peut prendre possession sans son fait.

Enfin ils doivent être terminés, car jusqu'à cet achèvement, la prise de possession n'est pas complète.

Du reste, la loi ne s'explique pas sur la question de savoir sur lequel des deux fonds inférieur ou supérieur les ouvrages doivent être faits. Plusieurs prétendent, conformément à une ancienne doctrine, que ce doit être nécessairement sur le fonds supérieur, parce qu'autrement les travaux ne constituent pas une contradiction au droit du propriétaire de ce fonds, et que cette contradiction semble nécessaire pour purger le vice de précarité et lever l'équivoque de la possession (v. art. 2229, 2236, 2238). Ce sentiment, soutenu par M. Duranton (1), et consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation (v. C. C., cass., 25 août 1812 (2); C. C., rej., 6 juillet 1825 (3); C. C., rej., 5 juillet 1837) (4).

Pour moi, sans contester l'exactitude des principes invoqués, et tout en reconnaissant que les travaux faits sur le fonds inférieur seront rarement, en fait, jugés propres à faciliter la chute et le cours de l'eau; que le plus souvent ils seront insuffisants pour lever l'équivoque de la possession et lui imprimer le caractère légal de publicité, je crois qu'on ne peut, sans ajouter à la loi et sans aller contre l'intention manifeste du législateur, exiger impérieusement que les travaux soient faits sur le fonds supérieur.

(1) Tom. 5, n° 181.
(2) J. P., tom. 35, p. 407.
(3) *Ibid.*, tom. 74, pag. 139.
(4) *Ibid.*, tom. 2 de 1837, pag. 246.

Non-seulement, en effet, la loi sur ce point est muette; mais l'intention évidente des rédacteurs a été de proscrire la distinction proposée. C'est dans ce but que la section de législation du tribunat, après avoir examiné la question et décidé à la majorité que les travaux pouvaient être faits indifféremment *sur le fonds même de celui qui veut prescrire ou partout ailleurs que sur le fonds du propriétaire de la source*, a proposé de substituer aux mots *ouvrages extérieurs*, qui se trouvaient dans la rédaction communiquée, les mots *ouvrages apparents*, qui furent en effet adoptés dans la rédaction définitive (1). Maintenant, si telle est la volonté du législateur, toute critique doctrinale devient superflue; mais la loi d'ailleurs n'est-elle pas raisonnable?

La situation naturelle qui dirige l'eau dans un fonds ne rend-elle pas favorable l'acquisition du droit à cette eau par le propriétaire du fonds? Ne peut-on pas dès lors supposer facilement des arrangements pris à ce sujet avec le propriétaire de la source? Cela posé, quoique, de droit commun, la jouissance du propriétaire inférieur soit précaire parce qu'elle repose sur un acte de pure faculté, devait-on exiger ici pour purger le vice de précarité une contradiction formelle au droit du propriétaire de la source, comme s'il s'agissait d'intervertir un titre tirant de la volonté même des parties son caractère précaire? Ne convenait-il pas au contraire, en l'absence d'un titre semblable, de faire résulter du seul fait de confection d'ouvrages l'intention d'appropriation qui constitue la possession, et d'appliquer dès lors le principe qui fait acquérir par la possession de 30 ans les servitudes apparentes (art. 690)? Au reste, il n'y a point d'injustice pour le propriétaire de la source qui, averti pendant 30 ans par l'apparence des travaux, peut, s'il veut conserver son droit, intenter une action pour le faire reconnaître, après quoi le caractère précaire de la jouissance ne pourrait plus s'effacer sans une interversion du titre dans les termes de l'article 2238. Mon sentiment est, au surplus, conforme à celui de MM. Delvincourt (2) et Pardessus (3).

493 *bis*. II. Quoique, en principe, les ouvrages doivent être faits par le propriétaire du fonds inférieur, parce qu'autrement ils ne

(1) V. Observations du tribunat sur l'article 639 (Fenet, tom. 11, pag. 282-285).
(2) *Cours de Code civil*, tom. 1, pag. 163, note 1.
(3) *Servitudes*, 8e édit., tom. 1, n° 101 et la note c, tom. 2, pag. 363.

constitueraient pas de sa part prise de possession, on ne devrait peut-être pas dans la pratique exiger la preuve rigoureuse de ce fait, qui, après un long espace de temps, serait souvent difficile ou même impossible à rapporter. La nature des ouvrages pourra servir à déterminer s'ils ont été faits dans l'intérêt du terrain inférieur; car s'il en est ainsi, ils devront être réputés faits par le propriétaire de ce terrain. C'est à ce point de vue que paraît s'être attachée la Cour de cassation dans son arrêt du 6 juillet 1825 (1).

493 *bis*. III. La faculté d'acquérir par prescription le droit à l'eau de la source ne me paraît pas exclusivement bornée au propriétaire du fonds immédiatement inférieur; sauf à examiner en fait si, à raison de la distance qui sépare le fonds sur lequel existent les ouvrages du fonds où l'eau prend sa source, la possession ne perdrait pas le caractère de publicité nécessaire pour la prescription. Ma proposition, conforme au sentiment de M. Pardessus (2), n'a rien de contraire aux termes de l'article 642. Si on ne l'admettait pas, le sort de beaucoup d'usines établies depuis longues années pourrait être gravement compromis.

494. Au reste, l'utilité publique, qui est une cause suffisante pour forcer l'aliénation, peut à plus forte raison fonder l'établissement d'une simple servitude. Ainsi le droit de changer le cours de l'eau ne peut être exercé par le propriétaire au préjudice d'une communauté d'habitants, lorsque cette eau leur est nécessaire. Mais ce sacrifice commandé par la loi ne l'est, comme de raison, qu'à la charge d'une juste indemnité. A moins donc que les habitants n'aient d'ailleurs acquis l'usage de l'eau, par titre ou par prescription, l'indemnité pourra être réclamée et se réglera par experts. V. art. 643.

494 *bis*. Il semblerait résulter des termes de la loi que la prescription exigée pour affranchir la commune de l'indemnité serait la prescription *à l'effet d'acquérir* l'usage de l'eau, laquelle, aux termes de l'art. 642, ne devrait courir qu'à partir de la confection d'ouvrages apparents. Mais je crois au contraire que la commune n'a pas besoin d'acquérir cet usage, puisque la loi le lui accorde par

(1) J. P., tom. 74, pag. 139.
(2) *Servitudes*, n° 102.

cela seul qu'il lui est nécessaire. Ce dont elle a besoin, c'est d'être affranchie du payement de l'indemnité qui est la condition de cet usage. Or, pour cela, il ne faut qu'appliquer les principes ordinaires de la prescription à l'effet de se libérer, qui s'accomplit par le seul laps de temps, à compter du jour où l'obligation a commencé. Remarquons d'ailleurs que la possession de la commune qui exerce cet usage ne peut passer pour le résultat d'un acte de pure faculté, puisque la loi refuse ici précisément au propriétaire la faculté de changer le cours de l'eau. Lors même donc qu'on voudrait, pour satisfaire aux termes de la loi, exiger une prescription à l'effet d'acquérir, fondée sur la possession, cette possession, indépendamment de toute confection d'ouvrage, commencerait toujours utilement du moment où aurait commencé l'usage fondé sur la nécessité.

495. Il est facile, d'après les principes exposés, de se rendre raison de la distinction faite par l'article 644, entre le propriétaire d'un héritage bordé seulement par un cours d'eau, et le propriétaire de l'héritage traversé par cette eau courante. Les droits du premier, restreints à la fois dans l'intérêt du propriétaire de l'autre rive et dans celui des propriétaires inférieurs, ne consistent qu'à se servir de l'eau à son passage, et seulement pour l'irrigation. L'autre au contraire, n'ayant à ménager que les droits des propriétaires inférieurs, peut user de l'eau sur son fonds comme bon lui semble, sous la seule condition de la rendre à la sortie. V. art. 644.

495 *bis*. I. L'article 644 ne concerne que les eaux courantes, et celles-là seulement qui ne sont pas déclarées dépendances du domaine public. Il n'est donc question ici ni des rivières navigables ou flottables (v. ci-dessus n° 489 *bis*. II), ni des eaux pluviales. Ces dernières pourtant, étant, aussi bien que les eaux vives, auxquelles la loi s'applique, susceptibles d'usage privé, sont évidemment comme elles du ressort du droit civil. Mais ce n'était pas une raison pour les soumettre au même régime que les eaux vives. Celles-ci en effet, quand elles ne sont pas dépendances du domaine public, et dès lors non susceptibles d'usage privé, sont de leur nature communes; et si chacun peut en user, personne, autre toutefois

que le propriétaire de la source, ne peut se les approprier au préjudice du droit des autres. Quant aux eaux pluviales, dont la loi n'a pas parlé, elles sont de droit commun au premier occupant. Ainsi le propriétaire sur le fonds duquel elles tombent ou arrivent d'un fonds supérieur peut, si bon lui semble, les retenir et les absorber. Il en serait ainsi quand même les eaux réunies et dirigées dans un canal formeraient, par la pente du terrain, une espèce de cours d'eau; cela ne rendrait pas applicable la disposition de l'article 644, qui oblige de rendre l'eau à son cours ordinaire (1). Au reste, le droit qu'a le propriétaire sur le fonds duquel tombent ou arrivent les eaux pluviales de s'en emparer au préjudice des fonds inférieurs ou coriverains, me paraît de même nature que celui du propriétaire de la source sur les eaux vives qui jaillissent dans son fonds. Je crois en conséquence que ce droit ne peut s'exercer que sauf le droit contraire qui pourrait être acquis aux propriétaires inférieurs ou coriverains par titre (2) ou par prescription. A cet égard, je ne vois aucune difficulté à faire ici par analogie l'application de l'article 642, fondé lui-même sur la règle qui fait acquérir par prescription les servitudes continues et apparentes (v. art. 690). Mais je ne sais si la faveur de l'utilité publique et le principe qui permet l'expropriation pour cette cause (art. 545) suffiraient pour faire appliquer également la disposition, à certains égards exorbitante, de l'article 643.

495 *bis*. II. Lors même qu'il s'agirait d'eaux vives, l'article 644 ne serait pas applicable si ces eaux couraient dans un canal creusé de main d'homme, dont le lit appartiendrait, comme on doit naturellement le supposer, à celui qui l'a creusé. Dans ce cas, en effet, les fonds bordés ou traversés par le canal ne sont pas, à proprement parler, *riverains*, car les rives ne leur appartiennent pas; elles font partie du lit qui forme un fonds à part, ou plutôt qui ne forme qu'un seul et même fonds avec l'héritage inférieur, sur lequel le canal est destiné à conduire l'eau. C'est ce qui a été jugé plusieurs fois, notamment pour le bief d'un moulin (3).

495 *bis*. III. Ce n'est pas seulement à *la propriété* qui borde le cours d'eau, c'est à *ses propriétés* que le maître peut, aux termes

(1) V. *Aix*, 18 août 1820, C. C., rej., 14 janv. 1823 (J. P., tom. 67, p. 55).
(2) V. à ce sujet C. C., rej., ch. civ., 21 juillet 1845 (P. t. 1 de 1846, p. 446).
(3) C. C., rej., 28 nov. 1815 (P. t. 45, p. 179); cass., 9 déc. 1818 (P. t. 54, p. 57); rej., 14 août 1827 (P. t. 81, p. 220).

de la loi, appliquer l'irrigation. Ainsi l'eau prise au passage pourrait, si les propriétaires intermédiaires ne s'y opposent pas (v. à ce sujet art. 640), être envoyée du fonds riverain sur d'autres fonds appartenant au même propriétaire. Nous verrons, au reste, que, pour faciliter ce résultat, une loi postérieure au Code permet d'obtenir, moyennant indemnité, le passage de l'eau sur les fonds intermédiaires et son écoulement sur les fonds inférieurs (L. du 29 avril 1845 (1), art. 1 et 2).

495 *bis*. IV. La charge de rendre l'eau à son cours ordinaire n'est proclamée ici que pour le propriétaire dont l'eau traverse l'héritage, et qui peut en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt. Ainsi cette charge semblerait ne pas exister à l'égard de l'eau employée seulement pour l'irrigation. Il est possible, en effet, qu'elle soit entièrement absorbée par cet emploi. Mais si elle ne l'est pas, il me paraît juste que le résidu soit rendu au cours naturel; car le riverain qui l'a prise n'y avait droit que pour l'irrigation et par conséquent pour tout et autant seulement que l'exigeait le service de l'irrigation de ses propriétés. Il ne faudrait donc pas lui reconnaître le droit d'en faire concession pour l'usage de fonds voisins appartenant à d'autres propriétaires.

495 *bis*. V. Les divers usages autorisés par l'article 644, dans les deux cas qu'il prévoit, peuvent amener une déperdition telle que le cours d'eau ne suffise pas pour assurer à tous ceux que la loi y appelle l'exercice des mêmes droits. S'ils y sont appelés concurremment, comme les propriétaires des deux rives opposées, il est clair que l'un ne peut, en principe, détruire le droit de l'autre par l'exercice du sien. Là donc il y a nécessité de déterminer par un règlement la mesure dans laquelle chacun exercera son droit. Mais si la vocation est successive, comme elle l'est entre les propriétaires supérieurs et les propriétaires inférieurs, il semble que le droit éventuel des derniers ne devrait nullement faire obstacle à l'exercice entier du droit des premiers, et c'est bien en effet ce que je déciderais en principe. Et toutefois l'esprit manifeste du législateur est que, dans l'usage permis au fonds supérieur, on ne fasse pas complétement abstraction de l'intérêt des fonds inférieurs. C'est pour cela que, dans le second paragraphe de l'article 644, au lieu de dire,

(1) IX, B. 1197, n° 11951.

comme l'article 638 de la première rédaction, que le propriétaire peut user de l'eau *à sa volonté*, on s'est borné à dire qu'il peut en *user* (1). Tout, au surplus, pourra se concilier par l'application de l'article suivant.

495 *bis*. VI. On n'aurait pas même besoin de recourir à l'article 645, et de chercher un tempérament d'équité, si la prétention des propriétaires inférieurs était appuyée sur un titre ou sur la prescription. Évidemment, en effet, le droit conféré par l'article 644 aux propriétaires des fonds supérieurs, droit moins absolu que celui du propriétaire de la source, ne saurait, plus que celui-ci, prévaloir contre une constitution légale de servitude. Bien entendu, au reste, qu'ici comme là l'existence d'ouvrages apparents sera nécessaire pour fonder la possession qui conduirait à la prescription; il n'y a en effet que les servitudes apparentes qui soient susceptibles de s'acquérir de cette manière (art. 690, 691). Mais à ce moyen la possession produira tous ses effets légaux, et avant comme après la prescription acquise, elle pourra servir de base aux actions possessoires (2).

496. La concurrence des droits accordés aux divers riverains, selon la situation respective de leurs héritages, fera souvent naître entre eux des contestations qui ne seraient guère susceptibles d'être équitablement jugées d'après la rigueur du droit. La loi, en cette matière, laisse donc une grande latitude aux tribunaux. La règle qu'elle leur prescrit, c'est de concilier l'intérêt de l'*agriculture* avec le respect dû à la propriété. Sur cette base, il ne paraît pas douteux qu'ils ne puissent faire, à la demande des parties ou de l'une d'elles, un règlement obligatoire pour elles et leurs ayants cause. Mais s'il existe déjà des règlements particuliers et locaux, ces règlements doivent dans tous les cas être observés. V. art. 645.

496 *bis*. I. Les contestations des propriétaires peuvent s'élever, soit au sujet d'une tentative ou d'un fait accompli, dont l'un affirme et l'autre nie la légitimité; soit avant même toute tentative,

(1) V. Observation du consul *Cambacérès* sur l'article 638 de la 1re rédaction. Séance du 4 brumaire an XII (Fenet, tom. 11, p. 263).

(2) V. C. C., cass., 18 avril 1838 (P. t. 2 de 1838, p. 96); C. C., rej., 4 janv. 1841 (P. 1841-I, p. 544).

lorsque les parties, voulant se régler à l'avance sur l'exercice respectif de leurs droits, ne peuvent parvenir à s'entendre sur les conditions. Dans l'un comme dans l'autre cas, il y a lieu de recourir à l'autorité judiciaire. Dans le premier, le tribunal compétent jugera le point en litige, soit au possessoire, soit au pétitoire; et à cette occasion le juge du pétitoire pourra faire un règlement de jouissance tendant à prévenir entre les parties des contestations ultérieures. Dans le second, il pourra être saisi directement et principalement à cet effet. Il est d'ailleurs bien entendu que, soit dans le jugement à rendre sur le point en litige, soit dans le règlement à intervenir, les tribunaux devront se conformer à la règle prescrite par l'article 645. A cet égard, du reste, nous devons remarquer que c'est l'intérêt seulement de l'agriculture que la loi signale comme devant être concilié avec le respect dû à la propriété. Il est évident pourtant qu'on doit aussi prendre en considération l'intérêt de l'industrie. Si la loi n'en a pas parlé spécialement, c'est peut-être qu'elle a considéré la protection de l'industrie, par le maintien des établissements industriels, comme rentrant dans le respect dû à la propriété.

496 *bis*. II. Le pouvoir de réglementer que nous reconnaissons ici aux tribunaux n'a rien de contraire à la défense qui leur est faite par l'article 5. Il tend uniquement à déterminer l'étendue des droits respectifs des contendants en faisant entre eux le partage de l'usage des eaux, comme on partage une propriété indivise. C'est ce que les parties pourraient faire par un règlement amiable, et ce que, à défaut d'accord, elles ont respectivement le droit de demander à la justice. Du reste, le règlement amiable ou judiciaire se renferme évidemment dans son objet, et ne peut produire d'effet qu'entre les parties et leurs ayants cause (art. 1165, 1351).

496 *bis*. III. Le règlement une fois établi, judiciairement ou à l'amiable, tient lieu de loi entre les parties; et les juges ensuite sont tenus de l'observer. Mais les règlements de ce genre ne sont pas les seuls dont l'observation leur soit commandée. Ils doivent surtout respecter ceux qui peuvent émaner de l'autorité administrative, car cette autorité chargée de la police des eaux peut toujours, au point de vue de l'utilité générale, prescrire des mesures qui restreignent ou modifient l'exercice des droits attribués aux riverains

par l'article 644 (1). Ce n'est point alors un jugement qu'elle rend, c'est une règle qu'elle établit pour l'avenir. Cette règle ne concerne pas tel ou tel propriétaire déterminément, mais elle peut embrasser tel ou tel cours d'eau, ou telle ou telle partie de son parcours; c'est en ce sens que la loi parle de règlements *particuliers* et *locaux*. Quant aux motifs d'utilité générale qui donneront lieu à ces règlements, ils peuvent varier à l'infini. Ce peut être, par exemple, un intérêt de salubrité ou de protection des propriétés contre les inondations, ou un intérêt de bonne répartition entre les riverains, ou encore le besoin d'assurer à une rivière navigable ou flottable le tribut des eaux d'un de ses affluents.

Il va sans dire au reste que la conciliation des divers intérêts, permise ou plutôt prescrite aux tribunaux par l'article 645, doit être également prise pour règle dans les actes émanés de l'administration.

497. La faveur que réclame l'agriculture doit tendre surtout à faciliter l'irrigation. Aussi, dans le but d'en étendre le plus possible le bienfait, le législateur n'a pas craint d'apporter de notables dérogations au droit commun de la propriété. Tel est l'objet de deux lois spéciales intervenues sur cette matière, en date, l'une du 29 avril 1845 (2), l'autre du 11 juillet 1847 (3).

498. La première a pour but principal de procurer, en dehors des termes de l'article 644, à des fonds, que leur situation naturelle n'y appelait pas, le bénéfice de l'irrigation, en permettant sous certaines limitations aux propriétaires ayant droit aux eaux d'obtenir, moyennant indemnité, le passage de ces eaux à travers les fonds intermédiaires et leur écoulement sur les fonds inférieurs. V. art. 1 et 2 (4).

(1) V. ci-dessus, n° 374 *bis*. II.
(2) IX, B. 1197, n° 11951.
(3) IX, B. 1398, n° 13645.
(4) « Art. 1er. Tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité. — Sont exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations.

» Art. 2. Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due. »

Elle permet également d'accorder aux propriétaires de terrains submergés le passage par les fonds intermédiaires pour l'écoulement des eaux nuisibles. V. art. 3 (1).

Quant à l'établissement de la servitude, au règlement des indemnités et aux autres conditions de la concession relativement au lieu, au mode et à l'étendue de la conduite d'eau, la loi s'en remet aux tribunaux, auxquels elle confie ici, comme au cas prévu par l'article 645, le pouvoir de concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété. V. art. 4 (2).

Le tout, bien entendu, sans dérogation aux lois sur la police des eaux. V. art. 5 (3).

498 *bis*. I. La loi de 1845, quoiqu'elle ait pour objet principal, indiqué par son titre, les irrigations, a aussi, comme on voit, un autre objet, celui de procurer aux terrains submergés en tout ou en partie, l'écoulement des eaux nuisibles. A cette double fin, elle crée sur les fonds voisins une servitude analogue à la servitude de passage établie par l'article 682 en faveur des fonds enclavés; mais qui pourtant en diffère en un point important; car ce qui est absolu au cas d'enclave, n'est ici que *facultatif* pour le pouvoir judiciaire. Cette servitude, du reste, n'a rien de commun avec l'assujettissement des fonds inférieurs proclamés par l'article 640, puisqu'ici les eaux dont il faudra souffrir le passage ou l'écoulement arriveront par le fait de l'homme. Il importe de bien se fixer sur la nature et sur l'étendue de cette servitude en examinant successivement par application des termes de la loi : 1° en faveur de qui elle est établie; 2° en quoi précisément elle consiste; 3° à quelles limitations elle est soumise

(1) « Art. 3. La même faculté de passage sur les fonds intermédiaires pourra être accordée au propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie, à l'effet de procurer aux eaux nuisibles leur écoulement. »

(2) « Art. 4. Les contestations auxquelles pourront donner lieu l'établissement de la servitude, la fixation du parcours de la conduite d'eau, de ses dimensions et de sa forme, et les indemnités dues soit au propriétaire du fonds traversé, soit à celui du fonds qui recevra l'écoulement des eaux, seront portées devant les tribunaux, qui, en prononçant, devront concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété. »

(3) « Art. 5. Il n'est aucunement dérogé par les présentes dispositions aux lois qui règlent la police des eaux. »

498 *bis*. II. La servitude d'irrigation est établie en faveur de tout propriétaire qui, *ayant droit de disposer d'eaux naturelles ou artificielles*, veut s'en servir pour l'irrigation de ses propriétés. La loi ne recherche point ici d'où procède le droit de disposer des eaux, et ne fait aucune distinction entre la nature diverse de ces eaux; elle comprend formellement les eaux artificielles comme les eaux naturelles, et la généralité de ses termes s'applique aux eaux pluviales comme aux eaux vives. Quant au droit de disposer, il appartient sans difficulté à celui qui a une source dans son fonds (art. 641), ou à celui qui a le premier acquis par occupation les eaux pluviales (v. ci-dessus n° 495 *bis*. I). Mais là ne se borne pas l'application de la loi; et l'on doit, je pense, considérer aussi comme ayant, au point de vue qui nous occupe, *droit de disposer des eaux* les riverains auxquels l'article 644 en accorde l'usage. Non que j'entende par là augmenter l'étendue de cet usage, au préjudice des propriétaires de la rive opposée, ou des riverains inférieurs; ce que je veux dire, c'est que, si le riverain à qui compète l'usage s'entend avec les autres riverains, ou s'il n'absorbe que la quantité d'eau qui lui est assignée par les règlements existants, ou enfin si la prise d'eau qu'il fait n'est point contestée par les intéressés, il jouira de la servitude d'irrigation, telle qu'elle est établie par notre loi, à l'égard des propriétaires des fonds intermédiaires et des propriétaires des fonds inférieurs. J'entends encore que le même droit appartiendrait à celui qui aurait obtenu de l'administration centrale une prise d'eau dans une rivière navigable ou flottable (1). Enfin j'entends qu'un propriétaire non riverain qui se ferait concéder par le propriétaire de la source, ou même par un riverain à qui les autres intéressés ne contesteraient pas cette faculté, le droit de prendre l'eau, aurait par là même le droit d'en disposer et de se faire appliquer les articles 1 et 2 de notre loi.

498 *bis*. III. La servitude imposée aux propriétaires des fonds intermédiaires ne consiste pas à souffrir directement et de plein droit le passage des eaux; ce passage *peut* seulement être obtenu, c'est-à-dire que les tribunaux pourront l'accorder s'ils le jugent convenable, et à la charge seulement d'indemnité; l'indemnité, du reste, comme au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique,

(1) V. ci-dessus, n° 489 *bis*. II.

doit être juste et préalable (art. 1). Les mêmes principes sembleraient applicables à la servitude d'écoulement des eaux sur les fonds inférieurs. Toutefois, à cet égard la loi s'exprime différemment. Elle paraît directement imposer la charge de recevoir les eaux, et n'accorder même l'indemnité qu'hypothétiquement (art. 2). Il est permis d'en conclure : 1° que le fait d'écoulement sans accord ou jugement préalable pourrait, selon les circonstances, n'être pas considéré comme un trouble à la possession des propriétaires inférieurs, mais comme l'usage légitime d'un droit; 2° que l'indemnité même pourrait être refusée; si, par exemple, l'écoulement des eaux ne cause aucun préjudice, ou, à plus forte raison, s'il procure, au contraire, un avantage.

498 *bis*. IV. La considération d'inviolabilité du domicile, et l'intérêt de conservation des constructions et des travaux d'art, ont fait, avec raison, excepter de la servitude de passage ou d'écoulement des eaux, non-seulement les maisons, mais aussi les cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations. Du reste, des termes de la loi je suis disposé à conclure que la condition de clôture ne serait pas exigée pour comprendre dans l'exception les cours et jardins, mais que la condition d'attenance à l'habitation leur est applicable comme aux parcs et enclos.

498 *bis*. V. Le droit conféré par l'article 3 au propriétaire d'un terrain submergé consiste à se faire accorder, s'il y a lieu, pour l'écoulement des eaux nuisibles, une faculté de passage que la loi définit par assimilation à celle dont elle a parlé précédemment, et qu'elle applique aux fonds *intermédiaires*. Ces expressions, *la même faculté*, semblent se référer à la disposition de l'article 1^er^, et indiquent, selon moi, non pas la faculté pure et simple de faire écouler les eaux sur un fonds voisin, mais bien celle de les conduire dans un lieu où elles doivent se perdre, à travers les fonds qui séparent ce lieu du fonds submergé, et cela de la même manière et aux mêmes conditions que les eaux destinées à l'irrigation peuvent être conduites sur le fonds qu'on veut arroser. J'entends donc qu'ici comme là le passage ne peut être obtenu qu'à la charge d'une juste et préalable indemnité, et sauf les exceptions admises en faveur des maisons et autres dépendances des habitations.

498 *bis*. VI. La servitude ainsi établie en faveur des fonds submergés paraît indépendante et des causes de la submersion, et de

la qualité des eaux à faire écouler. Quant aux causes, en effet, la loi ne distingue pas, et quant à la qualité, tout ce qui est exigé, c'est que les eaux soient nuisibles, c'est-à-dire que leur séjour nuise au fonds qu'elles couvrent en tout ou en partie. J'en conclus que la faculté de passage pourrait être accordée même pour des eaux artificielles produites sur le fonds par le fait du propriétaire, *puta*, par le creusement d'un puits artésien. J'ajoute qu'elle pourrait l'être même pour des eaux plus ou moins corrompues par l'emploi qu'elles ont reçu dans un établissement industriel. Mais là évidemment s'applique le pouvoir discrétionnaire des tribunaux, soit pour proportionner l'indemnité à la gravité du dommage causé, soit pour prescrire les conditions propres à en préserver ou à l'amoindrir, soit même pour refuser entièrement le passage en faisant cesser les causes qui le rendent nécessaire, si ces causes proviennent du fait du propriétaire.

498 *bis*. VII. Le pouvoir conféré aux tribunaux par l'article 4 s'applique également et à la servitude d'irrigation, objet direct des articles 1 et 2, et à celle d'écoulement des eaux nuisibles établie par l'article 3. Ce pouvoir est plein et entier; il comprend, dans l'un comme dans l'autre cas, la faculté même de refuser l'établissement de la servitude. Cela résulte clairement des articles 1 et 3 conçus en termes purement facultatifs : *Tout propriétaire...* POURRA *obtenir* (art. 1); *la même faculté* POURRA *être accordée* (art. 3). C'est en ce sens que l'article 4 envisage distinctement comme objet des contestations à régler, non-seulement la fixation du parcours de la conduite d'eau et les conditions de dimension, de forme et d'indemnité, mais l'*établissement* même de la servitude.

Ce que les tribunaux doivent concilier avec le respect dû à la propriété, c'est l'*intérêt* de l'opération; il est évident dès lors qu'entre plusieurs intérêts en présence, il y a lieu de préférer le plus précieux.

Du reste, les contestations de ce genre, soit à raison de leur multiplicité, soit à raison de leur simplicité, réclameront toujours la solution la plus prompte et la moins dispendieuse. Aussi la loi prescrit-elle de procéder comme en matière sommaire (v. C. pr., art. 405-413), et autorise-t-elle, en cas d'expertise, à ne nommer qu'un seul expert (nonobst. C. pr., art. 303).

498 *bis*. VIII. En dérogeant, comme elle le fait, aux principes sur

la propriété privée, par l'établissement d'une nouvelle servitude, la loi n'entend nullement faire fléchir les règles d'ordre public et d'utilité générale qui constituent la police des eaux; c'est ce qu'elle prend soin d'exprimer dans l'article 5 par le renvoi pur et simple aux lois de la matière.

499. La seconde loi, celle du 11 juillet 1847, forme le complément de la première, en ajoutant une nouvelle facilité pour l'irrigation en faveur des propriétaires auxquels compète le bénéfice de la loi précédente. Cette facilité consiste à pouvoir obtenir, sur la propriété des riverains opposés, l'appui des ouvrages nécessaires à la prise d'eau; cela, bien entendu, à la même condition d'indemnité, et sous des exceptions du même genre, mais moins étendues que pour le passage sur les fonds intermédiaires. V. art. 1 (1).

Cette faculté, du reste, étant, comme de raison, réciproque, il est tout simple que chacun des riverains puisse demander l'usage commun du barrage en contribuant aux frais d'établissement et d'entretien; alors, bien entendu, il n'y a plus lieu de part ni d'autre à indemnité : ce qui obligerait à restitution celui qui l'aurait déjà reçue. Seulement si les travaux sont déjà achevés ou même simplement commencés dans l'intérêt d'un seul des deux riverains lorsque l'usage commun est réclamé par l'autre, il est juste que celui-ci supporte seul l'excédant de dépense auquel donnera lieu la nouvelle destination. V. art. 2 (2).

Quant aux contestations qui pourront naître pour l'applica-

(1) « L. 11 juillet 1847. Art. 1er. Tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir la faculté d'appuyer sur la propriété du riverain opposé les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau, à la charge d'une juste et préalable indemnité.—Sont exceptés de cette servitude les bâtiments, cours et jardins attenants aux habitations. »

(2) « Art. 2. Le riverain sur le fonds duquel l'appui sera réclamé pourra toujours demander l'usage commun du barrage, en contribuant pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien; aucune indemnité ne sera respectivement due dans ce cas, et celle qui aurait été payée devra être rendue. — Lorsque cet usage commun ne sera réclamé qu'après le commencement ou la confection des travaux, celui qui le demandera devra supporter seul l'excédant de dépense auquel donneront lieu les changements à faire au barrage pour le rendre propre à l'irrigation des deux rives.

tion de cette nouvelle servitude, la loi proclame, comme la précédente, la compétence des tribunaux, et prescrit le même mode de procéder. V. art. 3 (1). Ici, du reste, comme là, elle prend soin d'exclure formellement toute idée de dérogation aux lois sur la police des eaux. V. art. 4 (2).

499 *bis*. I. Conçue dans les mêmes vues et empruntant ses termes à la loi de 1845, la disposition constitutive de la servitude d'appui l'assimile évidemment, quant à sa nature et quant aux personnes qui peuvent en jouir, à la servitude de conduite d'eaux. Ici donc se placent naturellement toutes les explications ci-dessus données (nos 498 *bis*. II et III). Nous remarquons seulement que l'exception qui affranchit de la servitude de conduite d'eau les maisons et leurs attenants reçoit ici une application moins large : bornée aux maisons, cours et jardins, elle laisse soumis à la règle générale les parcs et enclos. On a pensé, en effet, que la servitude d'appui, affectant moins la propriété, pouvait être renfermée dans des limites moins étroites, et que le pouvoir laissé aux tribunaux d'accorder ou de refuser le droit d'appui, et d'en régler les conditions, suffisait pour protéger dans une juste mesure les propriétaires des parcs et enclos (3).

499 *bis*. II. Le droit de réclamer l'usage commun du barrage, tel qu'il est constitué par l'article 2, est fondé sur le même principe que la faculté accordée par le Code civil à tout propriétaire joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté (v. à ce sujet art. 660 et 661); sur l'un comme sur l'autre point, la loi s'est déterminée avec raison par l'intérêt bien entendu des deux parties.

499 *bis*. III. En proclamant comme elle le fait dans l'article 3 la compétence des tribunaux, la loi entend évidemment leur accorder toute la latitude qu'elle leur attribue par l'article 4 de la loi de 1845 (v. ci-dessus n° 498 *bis*. VII).

499 *bis*. IV. Quant au renvoi aux lois sur la police des eaux, il

(1) « Art. 3. Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des deux articles ci-dessus seront portées devant les tribunaux. — Il sera procédé comme en matière sommaire, et, s'il y a lieu à expertise, le tribunal pourra ne nommer qu'un seul expert. »

(2) « Art. 4. Il n'est aucunement dérogé par les précédentes dispositions aux lois qui règlent la police des eaux. »

(3) V. Rapport de M. Dalloz à la Chambre des députés, 8 avril 1847 (*Moniteur* du 19).

est conçu en mêmes termes dans les deux lois. A cet égard, nous nous bornons à observer qu'ici ces lois auront toujours une application spéciale, puisque, d'après les principes de la matière, aucun barrage ne devra jamais être établi sans une autorisation de l'administration publique (1).

500. La loi énonce ici parmi les servitudes qui dérivent de la situation des lieux l'obligation, entre voisins, de borner à frais communs leurs propriétés contiguës. Le principe est que tout propriétaire peut réclamer ce bornage. V. art. 646, et, à ce sujet, L. 25 mai 1838 (2), art. 6-2°.

500 *bis*. I. La loi ayant compris sous le nom de *servitude* les obligations qui, à raison du voisinage, s'attachent activement ou passivement à la propriété et se transmettent avec elle, le bornage trouvait ici naturellement sa place; car c'est bien la situation des héritages contigus qui produit respectivement entre les propriétaires l'obligation d'y faire procéder et d'y contribuer à frais communs.

500 *bis*. II. Le bornage proprement dit consiste uniquement à fixer par une plantation de bornes une limite non actuellement contestée, pour empêcher qu'elle ne le soit plus tard. Mais on comprend souvent sous le nom d'action en bornage celle qui tend à la délimitation préalable des héritages, en faisant statuer sur l'étendue respectivement contestée des deux propriétés. La connaissance de l'action en bornage, qu'il ne faut pas confondre avec l'action possessoire pour déplacement de bornes (v. C. pr., art. 3-2°), et qui, dans le silence de la loi, appartenait aux tribunaux ordinaires, a été justement, à raison de sa simplicité, attribuée aux juges de paix par la loi du 25 mai 1838. Mais cette compétence exceptionnelle se restreint à l'action en bornage proprement dite; car, s'il s'agit de délimitation, c'est alors une question de propriété; or, aux termes de la loi, il suffit, pour exclure la compétence du juge de paix, que la propriété ou les titres qui l'établissent soient contestés (v. d. L., art. 6-2°).

500 *bis*. III. Comme tous les attributs de la propriété désignés par la loi sous le nom de servitudes, le droit au bornage doit être considéré comme *réel* (v. ci-dessus, n° 488 *bis*. I). De même donc

(1) V. le rapport déjà cité de M. Dalloz.
(2) IX, B. 574, n° 7413.

que toutes les actions réelles, l'action en bornage doit être portée devant le juge de la situation des lieux. Cette règle, proclamée pour les tribunaux de première instance par l'article 59, al. 3 du Code de procédure, est appliquée par le même Code aux quelques actions réelles dont il attribue la connaissance aux juges de paix (v. C. pr., art. 3-2°), et il y aurait une véritable contradiction à ne pas l'appliquer à celle-ci. Quant à l'action en bornage improprement dite, ou action en délimitation, qui se porte devant les tribunaux de première instance, c'est une véritable revendication, à laquelle s'applique directement l'article 59, al. 3. Vainement pour exclure cette application invoquerait-on l'ancienne doctrine qui considérait l'action *finium regundorum*, sinon comme purement personnelle (v. *Paul*, L. 1, ff. *Fin. reg.*), au moins comme mixte (*Just.*, § 20, Inst. *De act.*). En effet, le caractère de personnalité disparaît devant le principe nouveau qui range parmi les servitudes l'obligation de bornage.

500 *bis*. IV. Quoique le droit au bornage ne soit proclamé ici qu'en faveur du propriétaire, on ne doit pourtant pas douter qu'il n'appartienne à l'usufruitier, ou à tous autres ayant en tout ou en partie le droit de jouir du fonds, *puta*, l'usager, l'antichrésiste (v. *Paul*, L. 4, § 9, ff. *Fin. reg.*). Mais nous ne l'accorderions pas au fermier, parce que nous ne lui reconnaissons pas de droit réel.

501. En plaçant sous cette même rubrique le droit accordé à tout propriétaire de se clore, la loi apparemment a voulu indiquer que cette faculté naturelle ne pouvait être restreinte, à raison de l'incommodité que son exercice ferait éprouver aux voisins; sauf, dans tous les cas, l'obligation de livrer passage au propriétaire d'un fonds enclavé. Voy. art. 647, et à ce sujet art. 682.

501 *bis*. L'article 682 ne fait exception à la faculté de se clore qu'en ce sens qu'il oblige à livrer passage au propriétaire du fonds enclavé. Pourvu donc qu'on procure à celui-ci, par une ouverture, le moyen de traverser le fonds, rien n'empêche d'ailleurs d'établir, dans ce cas même, la clôture à l'égard de tous autres, et particulièrement de se soustraire ainsi au droit de parcours ou de vaine pâture.

Il en faudrait dire autant à l'égard de toute servitude légale ou con-

ventionnelle emportant nécessité de procurer l'accès du fonds. Il est clair en effet qu'on ne pourrait s'y soustraire par la clôture, ce qui n'empêcherait pas de s'assurer tous les autres avantages de cette clôture, pourvu qu'on n'entrave pas le libre exercice de la servitude.

Il en serait autrement si la servitude consistait précisément dans la prohibition de clôture, prohibition qui me paraît rentrer dans la libre faculté accordée aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés telle servitude que bon leur semble (art. 686). En effet, la faculté proclamée pour tout propriétaire (art. 647) n'existe que comme droit commun, et l'on peut toujours, dans les limites tracées par l'article 686, déroger au droit commun de la propriété par l'établissement d'une servitude.

502. Notre article, au surplus, confirme pleinement l'abrogation de certains usages prohibitifs qui pouvaient notamment avoir leur fondement dans le droit de *parcours* ou de *vaine pâture* (1). Ces droits ne peuvent donc aujourd'hui faire obstacle à la faculté de se clore; mais il est juste que celui qui en affranchit, par la clôture, tout ou partie de son terrain, perde, dans la même proportion, la faculté de les réclamer sur le terrain des autres. V. art. 648, et, à ce sujet, L. 28 septembre-6 octobre 1791, tit. 1, sect. 4, art. 13 et 16.

502 *bis*. I. Le droit de vaine pâture consiste dans la faculté de faire paître ses troupeaux ou bestiaux sur les héritages non ensemencés et dépouillés de leurs fruits. Dans les communes où ce droit est établi, il s'exerce réciproquement entre les propriétaires ou fermiers exploitant dans la commune des terrains non clos, et même, dans une certaine mesure, par les habitants qui ne mettent rien dans la communauté (2). Lorsque la réciprocité existe de commune à commune pour leurs propriétaires, fermiers ou habitants respectifs, le droit prend le nom de *parcours*. Ces deux droits, provisoirement maintenus par la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 là où ils existaient légalement (3), ne font, comme on l'a vu, nul obstacle à

(1) Cette abrogation résultait déjà de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791. Voyez ladite loi, tit. 1, sect. 4, art. 4 et 11.

(2) V. L. 28 septembre-6 octobre 1791, tit. 1, sect. 4, art. 13 et 14.

(3) Soit en vertu d'un titre, soit par l'effet d'une longue possession. Mais, à cet

la faculté de se clore et d'y soustraire ainsi ses terrains tant qu'ils demeureront clos. Il en est ainsi quand même ils seraient établis par titre. Car c'est précisément une des suppositions admises par la loi pour qu'elle en reconnaisse l'existence, et c'est pour le cas où ils existent légalement qu'elle proclame le droit de s'en affranchir par la clôture (1).

Mais il en est autrement lorsque le droit de vaine pâture, réciproque ou non, existe entre particuliers. La clôture alors n'en affranchit qu'autant qu'il n'est pas fondé sur un titre (2). Dans le cas contraire, il est seulement rachetable (3). Du reste, quoique les articles 7 et 8, qui font prévaloir jusqu'à un certain point le titre sur le droit de se clore, ne disposent qu'entre particuliers, je crois que leur disposition devrait s'appliquer à tous les cas où le droit de vaine pâture fondé sur un titre est établi sur un héritage déterminé. Peu importerait alors que le titre appartînt à une commune ou à un particulier (4). C'est seulement dans le cas du droit de vaine pâture réciproque entre les habitants d'une commune que le droit de s'affranchir par la clôture existe aux termes des articles 4 et 5, sans distinguer s'il y a ou non titre.

502 *bis*. II. Il ne faut pas confondre avec le droit de vaine pâture la communauté des prairies accordée à tous les habitants d'une commune, soit immédiatement après la récolte de la première herbe, soit dans tout autre temps déterminé. Toutefois, si ce droit n'est établi que par l'usage, on peut également s'y soustraire par la clôture. Mais s'il est établi par titre, c'est une propriété qu'il faut respecter (5).

502 *bis*. III. Le droit des propriétaires ou fermiers à la vaine pâture devant, aux termes de la loi, être proportionnellement fixé, pour la quantité du bétail, à raison de tant de bêtes par mesure de

égard, il y a une différence entre les deux droits; car, pour le parcours, il faut une possession autorisée par les lois ou coutumes, ce qui borne l'application aux pays où les servitudes pouvaient s'acquérir par prescription (d. L., tit. 1, sect. 4, art. 2); au lieu que le droit simple de vaine pâture est maintenu partout où il était autorisé, non-seulement par la loi (add. ou coutume générale), mais par un usage local immémorial (art. 3).

(1) *Ib.*, art. 4 et 5.
(2) *Ib.*, art. 7.
(3) *Ib.*, art. 8.
(4) V. C. C., cass., 15 déc. 1808 (P., t. 25, p. 178).
(5) V. d. L., *ib.*, art. 11.

terre (1), il est clair que celui qui par la clôture y soustrait une partie de ses propriétés ne conserve plus son droit qu'eu égard à la contenance des terres non closes laissées par lui dans la communauté (2). C'est ce qu'exprime le Code en disant qu'*il perd son droit au parcours et vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait* (art. 648).

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

503. Le législateur a pu, sans s'éloigner du respect dû à la propriété, imposer aux propriétaires des sacrifices ou des obligations commandés par l'intérêt public ou communal; il a pu même en imposer dans le simple intérêt privé, lorsque l'avantage qui doit en résulter pour les uns est notablement supérieur au préjudice que les autres pourront en éprouver. De là deux classes de servitudes légales. V. art. 649.

504. Les premières sont du ressort du droit public. Elles sont régies par des lois et règlements particuliers; le Code se borne à indiquer les principales, qui ont pour objet le marchepied, ajoutons et le chemin de halage (v. à ce sujet art. 556, al. 2), et la construction ou réparation d'ouvrages publics ou communaux, particulièrement des chemins. V. art. 650.

504 *bis*. I. Le simple marchepied diffère du chemin de halage par sa destination et par son étendue. Et toutefois ces deux servitudes distinctes sont évidemment comprises ici sous la dénomination unique de marchepied; il n'est pas même bien sûr que cette confusion n'existe pas dans l'article 556, qui emploie, il est vrai, les deux dénominations, mais qui semble les prendre indifféremment l'une pour l'autre. Quoi qu'il en soit, il est incontestable que l'une et l'autre servitude sont applicables aux fonds riverains des fleuves ou rivières navigables, l'une sur une rive et l'autre sur la

(1) *Ib.*, art. 13.
(2) *Ib.*, art. 16.

rive opposée. Quant aux rivières simplement flottables, le marchepied seul est dû, mais il l'est, je crois, sur l'une et l'autre rive; car sur l'une comme sur l'autre il est utile pour faciliter le sauvetage des trains ou radeaux. V. à ce sujet ord. de 1669, tit. 28, art. 7; décret du 22 janvier 1808 (1); loi sur la pêche fluviale, 15 avril 1829 (2), art. 35. V. aussi ord. de 1672, ch. 17, art. 7, arrêté du 13 niv. an V, et av. du cons. d'Ét. du 21 fév. 1822.

Constatons ici par les termes mêmes de la loi que c'est seulement à titre de servitude que les riverains sont tenus de laisser le marchepied ou le chemin de halage. Ils restent donc propriétaires du sol sur lequel la voie est établie; seulement ils doivent souffrir que cette partie de leur fonds serve à l'usage public auquel la loi la destine, et ils sont en conséquence tenus de s'abstenir de bâtir ou planter à une certaine distance. Du reste ils conservent comme propriétaires les avantages attachés au titre de riverains, et profiteraient ainsi de l'alluvion (art. 556); ajoutons qu'ils recouvreraient le libre usage de leur fonds, si la servitude venait à cesser, comme cela pourrait arriver si, par exemple, le bras de rivière qui les borde cessait d'être navigable ou flottable.

504 *bis*. II. On peut citer comme servitude légale ayant pour objet la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux le droit accordé aux agents de l'administration de fouiller à cet effet dans un champ pour y chercher des pierres, de la terre ou du sable; ce droit, du reste, ne peut être exercé qu'après avertissement au propriétaire et à la charge de juste indemnité. V. l. 28 septembre-6 octobre 1791, tit. 1, sect. VI, art. 1, et à ce sujet l. 16 septembre 1807 (3), art. 55, C. for., art. 145; l. 21 mai 1836 (4), art. 17 et 18.

504 *bis*. III. Quoique la loi ne mentionne ici comme servitudes établies pour l'utilité publique ou communale que celles qui ont pour objet le marchepied et la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages, il est évident que cette énumération n'est pas limitative. Là en effet doivent se ranger notamment les servitudes imposées à la propriété pour la défense de l'État (L. 10 juillet 1791,

(1) IV, B. 176, n° 2954.
(2) VIII, B. 162, n° 2797.
(3) IV, B. 162, n° 2797.
(4) IX, B. 422, n° 6293.

L. 17 juillet 1819) (1). Là encore peuvent se rattacher diverses règles relatives à l'alignement de la voie publique (v. notamment L. 16 septembre 1807, art. 50). Enfin, bien d'autres applications peuvent émaner du principe qui subordonne le libre usage du propriétaire à la prohibition non-seulement des lois, mais des simples règlements (art. 544).

505. Celles de la seconde classe établissant respectivement entre les particuliers des droits du même genre que ceux qui se forment journellement par conventions, ont dû trouver place dans le Code civil. V. art. 651. Il en faut pourtant excepter celles qui, tenant plutôt à la police rurale, doivent faire l'objet d'un code particulier (voy. L. 28 septembre-6 octobre 1791; voy. notamment tit. 1, sect. 4, et tit. 2). Mais il est question ici de la mitoyenneté des murs, à l'occasion de laquelle la loi traite de l'obligation de se clore en commun (art. 633), et de l'indivision forcée de certaines parties d'une maison dont chaque étage forme une propriété distincte (art. 664); de la mitoyenneté des fossés, et aussi de celle des haies, ce qui amène naturellement quelques règles sur les arbres qui avoisinent l'héritage d'autrui : c'est l'objet de la première section, dont l'intitulé n'est point complet. Les cas où il y a lieu à contre-mur, les vues sur la propriété du voisin, l'égout des toits, et le droit de passage, sont traités séparément dans les quatre sections suivantes. V. art. 652.

505 *bis*. Dans cette catégorie se rangeraient naturellement les dispositions des deux lois sur les irrigations; mais il nous a paru préférable de les rattacher aux autres dispositions du Code civil sur les cours d'eau. V. ci-dessus n° 497-499.

SECTION I.

Du mur et du fossé mitoyens, ou, plus exactement, *de la mitoyenneté et des droits qui s'y rattachent.*

506. Le mot *mitoyenneté*, formé des deux mots *moi* et *toi*, sert à désigner la communauté des clôtures entre héritages

(1) VII, B. 296, n° 7024.

contigus, communauté qui n'est pas entièrement régie par les principes ordinaires de la copropriété; elle en diffère essentiellement, en ce qu'elle ne peut cesser, à la volonté d'une des parties, par la provocation d'un partage; elle est en outre soumise, quant à ses effets, à la manière de l'acquérir et de la prouver, aux règles particulières que l'intérêt commun et bien entendu des propriétaires a fait établir. Quelques-unes de ces règles constituent dans le sens du Code civil des servitudes légales.

§ I.

Mitoyenneté des murs.

507. Un mur ne doit en général être mitoyen que lorsqu'il a été bâti à frais communs sur la limite de deux héritages, ou lorsque la mitoyenneté en a été acquise par celui qui n'avait pas contribué à la construction. Mais, d'une part, l'existence de deux bâtiments soutenus par un même mur suppose un droit égal sur ce mur dans chacun des deux propriétaires : et, d'autre part, l'intérêt des propriétaires qui veulent être clos doit les porter le plus souvent, lors même que la loi ne les y oblige pas, à construire en commun le mur qui les sépare. Ainsi, non-seulement dans les villes, où l'obligation de se clore (art. 663) donne plus de force à la présomption, mais même dans les campagnes, la loi présume en général la mitoyenneté entre bâtiments et entre enclos, de quelque nature qu'ils soient, sauf, dans tous les cas, la preuve résultant d'un titre, ou la présomption résultant d'une marque du contraire. V. art. 653, et remarquez : 1° que la présomption de mitoyenneté entre bâtiments n'existe que jusqu'à l'*héberge*, c'est-à-dire *jusqu'au point où deux bâtiments de hauteur inégale peuvent profiter du mur commun* (1); 2° qu'en l'établissant *entre cours et jardins*, la loi indique clairement que cette pré-

(1) Explication donnée par M. Berlier lorsqu'il fit adopter au conseil d'État l'addition des mots *jusqu'à l'héberge* (séance du 4 brumaire an XII. — Fenet, tom. 11, pag. 265).

somption s'appliquerait aussi bien entre une cour et un jardin qu'entre deux cours ou entre deux jardins; 3° que la même présomption existe entre enclos de toute espèce. Il est, du reste, probable que l'intention a été de l'établir aussi entre une cour ou un jardin et un enclos quelconque. Mais elle n'existerait certainement pas entre deux terrains, autres que cours ou jardins, dont l'un seulement serait clos.

507 *bis*. I. L'*héberge* est le point où l'un des deux bâtiments cesse de s'appuyer sur le mur, c'est là certainement ce que la loi a voulu dire, quoique le vieux mot qu'elle emploie ne soit pas en lui-même bien significatif (1). Mais il est bien clair que la construction ne peut raisonnablement être supposée avoir été faite à frais communs que pour la partie du mur qui est utile aux deux propriétaires; et cela indique suffisamment où doit s'arrêter la présomption de mitoyenneté.

507 *bis*. II. La présomption de mitoyenneté qui, dans cette limite, existe entre bâtiments, ne paraît pas devoir s'appliquer entre un bâtiment et un terrain quelconque non bâti. Il est clair d'abord que les termes de la loi ne l'établissent pas. Ajoutons que les motifs de la loi résistent, selon moi, à l'extension qu'on voudrait lui donner. Car c'est le propriétaire du bâtiment qui a eu seul, ou du moins qui a eu principalement intérêt à la construction du mur, et qui doit dès lors être censé l'avoir construit à ses frais. Plusieurs cependant enseignent, d'après Pothier, que, dans les lieux où la clôture est forcée (v. art. 663), la mitoyenneté doit être présumée jusqu'à la hauteur de clôture (2). Delvincourt même va plus loin, et veut qu'indépendamment de cette distinction, la présomption s'applique jusqu'à la hauteur ordinaire d'un mur de clôture, toutes les fois que le jardin contigu au bâtiment est enclos de tous les côtés (3). Dans un cas, en effet, l'obligation de se clore, et dans l'autre l'intérêt qu'avait le voisin à compléter sa clôture, permettraient de supposer la contribution commune. Mais la nature d'un mur de sou-

(1) En effet, que l'on traduise le mot *héberge* par *logement* ou par *toit* ou *couverture*, l'expression *jusqu'à l'héberge* ne formera jamais un sens complet qu'au moyen d'un sous-entendu qui achève la phrase en la référant au bâtiment le moins élevé.

(2) V. Pothier, *Cout. d'Orléans*, art. 234; Toullier, tom. 3, n° 187; Pardessus, *Des servitudes*, tom. 1, n° 159.

(3) V. Delv., tom. 1, pag. 167, n. 4.

tènement, par son épaisseur et sa solidité, étant très-différente de celle d'un simple mur de clôture, je ne crois pas en définitive qu'il faille admettre en principe, pour le mur de soutènement, la présomption de contribution sur laquelle devrait reposer celle de mitoyenneté (1).

507 *bis*. III. A s'en tenir strictement aux termes de la loi, la présomption de mitoyenneté qui existe entre enclos ne serait pas également établie entre une cour ou un jardin et un enclos d'un autre genre. Quelques-uns même iraient jusqu'à prétendre qu'elle n'existerait pas entre une cour et un jardin. Mais comme dans tous ces cas l'intérêt à se procurer une clôture complète me paraît exister de part et d'autre, et que le mur dont la mitoyenneté est en question ne sera jamais ici qu'un mur de clôture, je ne puis croire que la loi ait eu intention de distinguer; et j'entends ces mots : *entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs,* comme s'il y avait : *entre cours, jardins, et même enclos dans les champs.*

507 *bis*. IV. La présomption de mitoyenneté entre cours, jardins ou enclos s'appliquerait également et pour toute la hauteur du mur, lors même que les deux terrains séparés par le mur auraient une élévation différente, sauf, bien entendu, pour le propriétaire du fonds supérieur, la charge de soutenir ses terres (v. ci-dessous, n° 517 *bis*. V et VI).

507 *bis*. V. La loi n'indique comme faisant cesser la présomption de mitoyenneté des murs que le titre ou la marque du contraire; elle ne s'explique pas, comme elle le fait pour la haie, sur l'effet que pourrait produire, indépendamment de tout titre ou de toute marque de non-mitoyenneté, la possession exclusive d'un des propriétaires voisins. Je crois en effet que cette possession avec ses caractères légaux existera rarement en fait, parce que presque toujours les actes du propriétaire prétendant à cette possession auront un caractère équivoque qui ne permettra guère de reconnaître s'il a fait seulement acte de mitoyenneté ou s'il a agi comme propriétaire exclusif. Ajoutons qu'au cas même où son acte excéderait les pouvoirs compris dans la mitoyenneté, v. gr. s'il avait pratiqué dans le mur des ouvertures, il resterait encore à savoir s'il a agi ainsi à titre de propriétaire exclusif du mur, ou à titre de servitude sur le

(1) Mon sentiment est conforme à celui de M. Duranton, tom. 5, n° 303. V. aussi M. Marcadé, art. 653-II.

mur mitoyen. Cela explique peut-être pourquoi la loi n'a pas fait ici mention de la possession, qu'elle suppose naturellement ne pas exister en dehors des marques de non-mitoyenneté. Quoi qu'il en soit, la rareté du fait ne le rend pas impossible, et l'on peut certainement supposer une réunion de circonstances telles qu'elles ne laissent subsister aucune équivoque sur la possession. Alors je ne vois pas pourquoi cette possession ne serait pas admise suivant le droit commun, soit comme base des actions possessoires (v. C. pr., art. 3-2°, 23), soit comme fondement de la prescription.

507 *bis*. VI. Ainsi le fait de possession annale suffira pour assurer le gain de la cause au possessoire; et plusieurs en concluent qu'elle constituera une présomption de propriété destructive de la présomption de mitoyenneté établie par l'article 653 (1). Mais c'est, je crois, donner trop d'effet au jugement rendu sur le possessoire. L'avantage de celui qui l'a obtenu consiste bien sans doute à jouer dans l'instance au pétitoire le rôle de défendeur, et à rejeter ainsi sur son adversaire le fardeau de la preuve; ce sera donc, dans l'hypothèse, à celui qui soutiendra contre le possesseur exclusif que le mur est mitoyen, et qui intentera à cet effet l'action pétitoire, à prouver la mitoyenneté. Mais cette preuve, qu'il pourrait certainement faire par un titre, il la fera également par la présomption que la loi a établie en sa faveur; car les présomptions légales sont des preuves tout aussi bien que les titres. Cette doctrine, qui, malgré la contradiction d'auteurs graves, semble constante en jurisprudence pour la mitoyenneté des haies (2), doit à plus forte raison s'appliquer ici, puisque les termes de l'article 655, muets sur l'effet de la possession, ne fournissent pas, comme ceux de l'article 670, un argument pour soutenir que la possession annale est destructive de la présomption de mitoyenneté.

508. La marque de non-mitoyenneté se tire de l'état matériel du mur, qui indique par sa construction que l'un des voisins est obligé de recevoir seul l'égout des eaux, ou qu'il a seul le droit de bâtir contre le mur : ce qui doit l'en faire supposer seul propriétaire. La charge de recevoir les eaux

(1) V. M. Duranton, tom. 5, n° 314; Du C., Bonn. et Roust., tom. 2, n° 287.
(2) V. ci-dessous, n° 524 *bis*.

est marquée par le plan incliné que présente d'un seul côté la sommité du mur, ou par le chaperon ou les filets également d'un seul côté. Le droit exclusif de bâtir se révèle par l'existence de corbeaux, toujours, bien entendu, quand il n'y en a que d'un seul côté. Du reste, l'existence des filets et des corbeaux n'est significative qu'autant qu'ils sont de pierre et qu'ils ont été mis en bâtissant le mur. V. art. 654.

508 *bis*. I. Le *chaperon* est la couverture ou, si l'on veut, le toit du mur; le filet ou larmier est la saillie qui règne le long du mur, au bas du chaperon, pour que les eaux qui en découlent se trouvent ainsi éloignées du corps du mur; le corbeau est une pierre en saillie destinée à asseoir des poutres.

Le plan incliné de la sommité du mur ou la même direction donnée au chaperon fait verser les eaux sur le fonds du côté duquel est l'inclinaison; les filets rejettent les eaux un peu plus loin dans ce fonds. Quant aux corbeaux, ils supposent le droit de bâtir contre le mur. La combinaison de ces diverses idées justifie parfaitement la présomption de propriété exclusive; car si le mur était mitoyen, il est probable que la charge de l'égout n'eût pas été prise par un seul, et aussi que chacun eût voulu s'assurer, soit dans le présent, soit dans l'avenir, la facilité d'appuyer son bâtiment sur le mur en se procurant le moyen d'y asseoir des poutres.

508 *bis*. II. Les filets doivent, comme les corbeaux, être de pierre; et il faut qu'ils aient été mis en bâtissant le mur; autrement il serait trop facile de se procurer furtivement une marque de non-mitoyenneté. Du reste, on supposera ordinairement que le corbeau a été placé dès l'origine lorsque la pierre qui fait saillie d'un côté sera assise dans toute l'épaisseur du mur.

508 *bis*. III. La situation respective des héritages produit la présomption légale de mitoyenneté; les marques de non-mitoyenneté constituent la présomption de propriété exclusive. L'une et l'autre présomption admettent la preuve contraire; mais il paraît, d'après les termes de la loi, que, sauf, bien entendu, l'effet de la prescription, la première ne peut être combattue que par un titre ou par une marque de non-mitoyenneté. Tandis que la seconde, dans le silence de la loi, a bien pour effet de dispenser de toute preuve celui au profit duquel elle existe (art. 1352, al. 1), mais

sans préjudice de la preuve contraire, qui, hors les cas déterminés par l'article 1352, al. dernier, est toujours de droit. Et comme ici la loi n'a rien dit sur le mode de preuve, il faut en conclure qu'un titre ne serait pas absolument nécessaire pour combattre la marque de non-mitoyenneté.

508 *bis*. IV. L'énumération des marques de non-mitoyenneté n'est pas conçue en termes limitatifs; je crois donc que, suivant les usages locaux, et eu égard aux divers modes de construction usités dans les divers pays, il serait permis aux juges d'en reconnaître d'autres, devant lesquelles pourrait céder, aux termes mêmes de l'article 655, la présomption de mitoyenneté. Seulement il est bien entendu que la marque de non-mitoyenneté ne peut jamais résulter que de l'état matériel du mur.

509. Toute communauté impose aux propriétaires la charge de contribuer aux dépenses nécessaires à la conservation de la chose. Cette règle s'applique naturellement à la mitoyenneté, et emporte obligation pour les copropriétaires de contribuer, chacun en proportion de son droit, à la réparation et à la reconstruction. V. art. 655.

509 *bis*. L'obligation de contribuer à la réparation ou reconstruction du mur mitoyen, constituant dans le système de la loi une servitude, doit être considérée comme charge réelle. On en conclut que celui qui en aurait seul fait les frais pourrait agir pour son remboursement, même contre un tiers acquéreur (v. C. C., rej. 21 mars 1843.) (1).

510. Mais l'effet cessant avec la cause, et chacun étant maître de renoncer à son droit, il est juste que l'on puisse se soustraire aux obligations, en abandonnant sa part de propriété, pourvu qu'on ne se réserve aucun des avantages qui y sont attachés. De là la faculté de se dispenser de contribution en abandonnant la mitoyenneté, faculté proclamée ici en général pour tout copropriétaire d'un mur mitoyen, mais sous cette restriction que le mur ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne. V. art. 656.

(1) P. 1843-1-637.

510 *bis*. I. La faculté de s'affranchir par l'abandon n'est ici refusée qu'à celui dont le bâtiment est soutenu par le mur. Il est clair pourtant qu'elle n'appartiendrait pas non plus à celui dont la faute aurait produit la nécessité de la réparation. Celui-ci en effet serait personnellement tenu *quasi ex delicto* (art. 1382), et son obligation devrait évidemment subsister indépendamment de sa qualité de propriétaire.

Quant au cas prévu par la loi, c'est uniquement l'existence du bâtiment qui met obstacle à la faculté d'abandon, parce qu'il n'est pas permis d'avoir son bâtiment appuyé sur le mur d'autrui. J'en conclus que le propriétaire du bâtiment, qui, lui, n'est tenu des réparations que par l'effet de la servitude légale, pourrait toujours s'en affranchir, soit par le simple abandon du mur en détruisant son bâtiment, soit en étendant son abandon au bâtiment lui-même.

Nous verrons au reste sur l'article 663 si la faculté d'affranchissement par abandon existe dans les lieux où la clôture est forcée (v. ci-dessous, n° 517 *bis*. I.).

510 *bis*. II. L'abandon du droit de mitoyenneté n'ayant lieu qu'en vue de la réparation ou reconstruction, et pour se dispenser d'y contribuer, cet abandon devrait être considéré comme sans cause si les travaux n'avaient pas lieu. Si donc le voisin auquel a été fait l'abandon laisse tomber le mur sans le rétablir, celui qui l'a fait devra évidemment conserver, ou, si l'on aime mieux, recouvrer par l'effet d'une condition résolutoire sa part du terrain et des matériaux.

511. C'est encore une règle de la communauté, que tout copropriétaire puisse user de la chose, mais qu'il ne puisse, sans le consentement des autres, y faire aucune innovation (v. *Papin.*, L. 28, ff. *comm. div.*). Cette restriction n'est pas en tout point applicable à la mitoyenneté : le principe en cette matière c'est de permettre au copropriétaire de tirer de la chose commune, même par des innovations, tous les avantages qu'elle peut procurer, sans nuire aux droits des autres, qui au surplus sont maîtres d'en faire autant de leur côté.

512. Expliquez ainsi la faculté accordée à tout coproprié-

taire de faire bâtir contre le mur, et d'y faire placer des poutres et solives, même en dépassant la moitié d'épaisseur assise sur le terrain qu'il a dû fournir ou payer. Il suffit au voisin que ces ouvrages s'arrêtent à 54 millimètres (deux pouces) du parement extérieur, ce qui exclut tout transpercement ; et, s'il avait besoin d'occuper au même lieu la moitié de l'épaisseur, qu'on lui réserve la faculté de faire réduire à l'ébauchoir, et par conséquent sans déplacement, les ouvrages de son voisin. V. art. 657.

513. Expliquez de la même manière la faculté accordée aussi à tout copropriétaire de faire exhausser le mur mitoyen. Bien entendu que ce propriétaire doit payer seul la dépense de l'exhaussement, et que la partie exhaussée ne devenant point mitoyenne, il demeure seul tenu de son entretien. Il est évident enfin qu'il doit indemniser son voisin pour la charge qu'il fait supporter à la partie qui reste mitoyenne. Cette indemnité se règle aux termes de la loi *en raison de l'exhaussement et suivant la valeur;* c'est-à-dire qu'on la fixe à une quote-part de la valeur de la partie exhaussée. V. art. 658.

513 *bis*. I. La coutume de Paris prenait pour base de l'indemnité la valeur de la partie exhaussée, et elle en fixait le montant au sixième de cette valeur (v. C. de Paris, art. 197); il paraît bien que le législateur a entendu adopter la base; tel est en effet le sens naturel de ces mots *suivant la valeur,* qui terminent l'article 658. Mais quant à la proportion du sixième, le législateur ne s'étant pas expliqué, l'autorité de la coutume ne suffit pas pour l'imposer, et l'on ne doit pas même, selon moi, admettre comme raison écrite cette fixation arbitraire, qui, selon les circonstances, peut dépasser ou ne pas atteindre la mesure du préjudice causé. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que c'est le poids des matériaux employés pour l'exhaussement qui produit la charge, et que leur prix, qui élève ou abaisse la valeur de l'exhaussement, n'est pas nécessairement en raison de ce poids.

513 *bis*. II. L'indemnité de la charge a pour cause le préjudice causé au copropriétaire par la nécessité de réparer plus fréquemment la partie de mur qui, demeurant mitoyenne, devra continuer à être

entretenue à frais communs (1). Cette cause devant se renouveler toutes les fois qu'il y aura lieu à reconstruire le mur dans les mêmes conditions, je pense qu'il y aura lieu, chaque fois, à payer la même indemnité.

513 *bis*. III. Au moyen de cette indemnité, la mitoyenneté subsiste avec toutes ses charges jusqu'à l'ancienne hauteur. Quant à la partie surélevée, quoiqu'elle repose sur la chose commune, elle appartient en propre à celui qui l'a construite; car l'autre a virtuellement renoncé à tout droit sur cette superficie en s'abstenant de contribuer à son établissement. C'est ainsi que les différents étages d'une maison pourraient appartenir à des propriétaires différents (v. art. 664). Cela posé, je ne vois aucune raison pour refuser à ce propriétaire de la partie surélevée aucun des droits qui appartiennent au propriétaire d'un mur non mitoyen. Je crois, en conséquence, quoiqu'on ait jugé le contraire (2), qu'il pourrait y pratiquer des jours de souffrance (v. art. 676) ci-dessous, n° 532 *bis*. II.

514. La faculté d'exhausser a lieu quand même le mur ne serait pas en état de supporter l'exhaussement. Il serait permis alors de l'abattre pour le faire reconstruire. Mais quoique le nouveau mur doive rester mitoyen jusqu'à l'ancienne hauteur, il est naturel que la reconstruction soit faite entièrement aux frais du constructeur; et s'il est nécessaire de donner au mur un excédant d'épaisseur, cet excédant doit se prendre de son côté. V. art. 659.

514 *bis*. I. Cette faculté d'abattre le mur mitoyen, pour en construire un nouveau qui soit en état de supporter l'exhaussement, peut produire pour l'autre propriétaire une grave incommodité. En principe cependant, il n'aura pas plus droit sous ce rapport à indemnité, qu'il n'en aurait pour le tort que lui causerait le fait même d'exhaussement. Car on n'est pas tenu à réparer le tort que l'on fait à autrui en usant de son droit (v. art. 1382). Seulement, on doit admettre, à cet égard, tous les tempéraments que l'équité peut prescrire, afin que le droit de l'un s'exerce avec le moins de dommage possible pour l'autre (v. à ce sujet art. 662, dont la disposition me paraît ici applicable *à fortiori*).

(1) V. Pothier, *Contrat de société*, n° 213.
(2) Douai, 17 février 1810. Cité et combattu par M. Duranton, tom. 5, n° 333.

514 *bis*. II. Il va sans dire que le mur ainsi reconstruit, quoiqu'il le soit exclusivement aux frais de celui qui a voulu l'exhaussement, sera mitoyen jusqu'à l'ancienne hauteur. Toutefois, ce cas ne doit pas absolument se confondre avec le précédent, où l'exhaussement s'est opéré sur l'ancien mur trouvé en état de le supporter. On sent bien, en effet, que si l'on a donné au nouveau mur, dans sa base, une solidité telle que son élévation ne doive pas rendre la partie mitoyenne plus fréquemment sujette à réparation que ne l'était l'ancien mur, il ne doit y avoir lieu à aucune indemnité de charge. C'est ce qui arriverait notamment si on avait donné au mur un excédant suffisant d'épaisseur. J'en dirais autant lors même que le mur n'aurait pas été reconstruit, si, au moyen de travaux confortatifs, celui qui l'a exhaussé avait évité l'inconvénient qui devait résulter de la charge.

Mais, dans tous les cas, j'entends que si plus tard il y a lieu à reconstruire à frais communs la partie mitoyenne, le propriétaire de la partie exhaussée devra supporter seul l'excédant des frais nécessaires pour procurer à la construction la solidité qu'exige son élévation.

514 *bis*. III. Quoique le mur reconstruit soit mitoyen jusqu'à l'ancienne hauteur, il n'en faudrait certainement pas conclure que l'excédant d'épaisseur qui lui a été donné par celui qui l'a exhaussé reporte au point milieu du nouveau mur la ligne séparative des deux héritages. Cette ligne reste évidemment fixée au point où elle existait auparavant. Est-ce à dire pour cela que le mur ne sera pas mitoyen dans toute son épaisseur, et que le droit d'y placer des poutres ne dépassera pas, pour celui qui n'a pas fourni l'excédant, l'épaisseur de l'ancien mur? Cela me paraîtrait bien rigoureux, car je ne vois pas quel intérêt aurait l'autre propriétaire à lui imposer cette gêne. Mais sous le rapport des charges qu'impose la mitoyenneté, je trouve juste, en effet, de ne pas les faire alors indistinctement supporter par moitié ; ainsi, en cas de reconstruction, il faudrait, comme je l'ai dit plus haut, laisser à la charge de celui qui a fait l'exhaussement l'excédant de frais auxquels donne lieu l'excédant d'épaisseur.

515. Il est certain, qu'en cas d'exhaussement par un seul des propriétaires, la partie du mur qui forme cet exhaussement lui demeure propre. Mais les avantages que présente la

mitoyenneté, et le défaut d'intérêt de celui qui refuserait de la concéder, ont paru au législateur un motif suffisant pour autoriser une exception à ce principe sacré, que *nul ne peut être contraint à céder sa propriété* (art. 545). Ainsi, non-seulement dans ce cas, où l'exhaussement repose sur la chose commune, mais toutes les fois qu'un mur joint immédiatement l'héritage d'autrui, le voisin peut acquérir la mitoyenneté en tout ou en partie, à la charge d'indemnité. On doit seulement remarquer que l'indemnité, qui comprend toujours la valeur de la moitié du terrain fourni pour l'épaisseur ou l'excédant d'épaisseur, et qui se borne d'ailleurs, dans les cas ordinaires, à la moitié de la valeur du mur, doit consister, au cas d'exhaussement, dans la moitié de la dépense qu'a coûté l'exhaussement. V. art. 660, 661.

515 *bis*. I. Il semble que dans la pensée du législateur, marquée par l'ordre de ses dispositions, le droit d'acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement précède celui d'acquérir la mitoyenneté de tout autre mur. Il y a, en effet, dans la mitoyenneté de la base une raison particulière de favoriser son extension à la superficie; car c'est la rentrée dans le droit commun (v. art. 552). Toutefois, il est à remarquer qu'en exigeant, dans le premier cas, comme condition d'acquisition, le remboursement de *la moitié de la dépense qu'a coûté* l'exhaussement, les termes de la loi imposent une charge plus lourde que pour l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur par le propriétaire qui le joint. Alors, en effet, le remboursement consisterait seulement dans *la moitié de la valeur* du mur, valeur qui, eu égard, notamment, à l'état de vétusté possible, sera souvent bien inférieure au montant de la dépense de construction. La loi a-t-elle donc entendu que dans le cas d'acquisition de l'exhaussement on n'aurait aucun égard à cette vétusté? J'ai peine à le croire, et je trouverais juste de faire, à cet égard, une déduction sur le montant de la dépense à rembourser. Il en devrait être ainsi surtout si le mauvais état du mur provenait du défaut de réparation d'entretien par le propriétaire qui jusque-là usait seul de cette partie du mur. Mais d'autre part, il serait souverainement injuste que celui qui acquiert après coup l'exhaussement, auquel dans le principe il n'a pas voulu

contribuer, en payât seulement la valeur, sans tenir compte des dépenses autres que celles d'édification de cette partie du mur, auxquelles son élévation a pu donner lieu. Évidemment, par exemple, s'il a fallu reconstruire le mur de fond en comble pour le mettre en état de supporter l'exhaussement, il y aurait iniquité si l'acquéreur n'était pas tenu de contribuer à cette dépense, sans laquelle l'exhaussement, dont il veut aujourd'hui profiter, eût été en tout temps impossible. Voilà, je crois, ce que la loi a surtout voulu dire quand elle a prescrit le remboursement de la moitié de la dépense. Quoi qu'il en soit, j'entends bien qu'il y aurait lieu de s'en tenir à ses termes, et d'imposer à l'acquéreur de l'exhaussement le remboursement intégral de la moitié de la dépense, s'il apparaissait par les circonstances, qu'en s'abstenant dans l'origine de contribuer à l'exhaussement, qu'il avait dès lors l'intention d'acquérir plus tard, il avait voulu seulement s'épargner des soins et des avances, et obtenir la chance d'un meilleur marché. Il faudrait alors le considérer comme ayant acquis dès le principe.

515 *bis*. II. La valeur à payer, aux termes de l'article 661, est la valeur réelle, valeur qui s'augmente eu égard aux qualités de solidité ou de bonne construction. Il en serait ainsi quand même la destination du mur aurait permis de lui donner moins de solidité, et par conséquent de le construire à moindres frais, comme si, par exemple, un simple mur de clôture avait été bâti en pierres de taille. Évidemment, en effet, le propriétaire qui l'a construit sur son sol était bien le maître de diriger à son gré sa construction, et lorsque, contrairement au droit commun, on permet au voisin de s'emparer de la chose d'autrui, il faut bien au moins qu'il la prenne telle qu'elle est et qu'il la paye en conséquence. C'est à lui de voir s'il lui convient ou non d'user à ces conditions de la faculté que la loi lui accorde. Mais lorsqu'il en use, ce n'est point l'avantage qu'il retirera de l'acquisition, c'est la valeur de la chose acquise qui doit déterminer le prix à payer. La seule facilité que la loi lui accorde, c'est, lorsqu'il n'a pas besoin du mur entier, de n'en acquérir la mitoyenneté que pour partie.

515 *bis*. III. La faculté d'acquérir pour partie est formellement proclamée par l'article 661; nul doute qu'elle ne soit également applicable au cas de l'article 660. Ainsi l'on peut ne rendre mitoyenne qu'une partie du mur ou de l'exhaussement, soit dans sa hauteur,

soit dans sa longueur. Mais je ne sais s'il serait également permis d'acquérir seulement une partie de l'épaisseur; car, à la différence de la hauteur ou de la longueur, l'épaisseur me paraît, comme la solidité et la bonne construction, constituer la substance même du mur; si bien qu'on ne pourrait la lui enlever qu'en le démolissant; tandis qu'on pourrait très-bien laisser une portion du mur debout, en réduisant d'ailleurs sa hauteur ou sa longueur (1). Remarquons, au reste, que s'il est permis de n'acquérir le mur que jusqu'à une certaine hauteur, l'acquisition doit toujours avoir lieu à partir des fondements ou de la partie déjà mitoyenne. Car on ne peut contraindre le voisin à supporter, sur une partie du mur qui lui resterait propre, la partie supérieure qui deviendrait mitoyenne. C'est pour cela, comme l'observe judicieusement M. Duranton (2), que, dans toutes les hypothèses, l'article 661 veut que la moitié du sol soit payée.

515 *bis*. IV. Le mur devant être acquis tel qu'il est, il faut en conclure qu'il doit l'être avec les servitudes actives ou passives qui en sont comme les qualités, et que ces servitudes devront en conséquence survivre à l'acquisition de la mitoyenneté.

Si donc on suppose, par exemple, une servitude de vue légalement établie par titre ou par prescription, et consistant en fenêtres ou ouvertures pratiquées dans le mur, lors non mitoyen, l'acquisition de la mitoyenneté ne portera aucune atteinte à la servitude, et n'autorisera le voisin ni à faire boucher les ouvertures, ni à bâtir contre, en vertu de l'article 657, ni à rien faire enfin qui puisse mettre obstacle à l'exercice de la servitude. Cela posé, on serait tenté d'en dire autant à l'égard des jours de souffrance établis dans le mur, avant l'acquisition de la mitoyenneté, par application de l'article 676; et cela même n'aurait rien de contraire aux termes de l'article 675, qui défend bien de pratiquer des ouvertures dans un mur mitoyen, mais qui ne s'explique nullement sur l'existence des ouvertures pratiquées avant l'acquisition de la mitoyenneté. Toutefois, on tient généralement que le droit aux jours de souffrance n'existe que comme conséquence légale de la propriété exclusive du mur, et que l'acquisition de la mitoyenneté doit dès lors le faire cesser. Ainsi, non-seulement on admet sans difficulté que

(1) V., au contraire, M. Marcadé sur l'article 661.
(2) *Cours de droit français*, tom. 5, n° 527.

l'acquéreur de la mitoyenneté peut supprimer les jours en bâtissant contre, ce qui s'explique facilement si l'on considère que c'est précisément dans la vue de bâtir que s'acquiert souvent la mitoyenneté, mais on décide que la suppression des jours peut être exigée par celui même qui ne bâtit pas, et qui peut, en effet, n'avoir eu d'autre but, en acquérant la mitoyenneté, que d'obtenir cette suppression (1).

515 *bis*. V. La faculté d'acquérir la mitoyenneté n'est accordée, par l'article 661, qu'au propriétaire *joignant* le mur. Si donc le mur n'est pas construit exactement à la limite des deux héritages, et que pour une cause quelconque celui qui l'a construit ait laissé en dehors une partie de son terrain, *puta*, pour avoir l'égout des deux côtés, ou pour se réserver, en vue des réparations à faire, le tour d'échelle, la mitoyenneté ne pourra être acquise qu'à l'amiable. Je le déciderais ainsi d'une manière absolue, et sans distinguer, avec quelques-uns, si la portion de terrain laissée en dehors du mur est ou non assez considérable pour pouvoir être de quelque utilité à son propriétaire. Utile ou non, il suffit que cette portion lui appartienne pour qu'on ne soit plus dans les termes de l'article 661, dont la disposition exorbitante ne peut être étendue (2).

516. En conférant à chaque propriétaire le droit de faire subir à la chose commune certaines innovations, il est bien évident que la loi dispense par là d'obtenir, à cet effet, le consentement du copropriétaire. Mais les raisons qui motivent cette dérogation, n'autorisent nullement à laisser chacun maître d'agir ainsi à l'insu de l'autre. C'est donc au contraire une règle générale, que pour tout enfoncement à pratiquer, pour tout ouvrage qu'on voudrait appliquer ou appuyer, le consentement du voisin doit être requis. Son refus, il est vrai, n'empêche point de passer outre; mais on doit alors faire régler par experts les moyens nécessaires pour ne pas lui nuire. V. art. 662.

516 *bis*. Par la généralité de ses termes, comme par son esprit

(1) V. C. C., rej., 1er décembre 1813 (P., t. 40, p. 254); C. C., rej., 25 décembre 1814 (P., t. 42, p. 510). V. aussi Toulouse, 28 décembre 1832; Paris, 18 juin 1836; Toulouse, 8 février 1844 (S., 1844-1-278).

(2) V. pourtant Bourges, 9 décembre 1837 (P., 1838-2-179). V. au surplus Douai, 7 août 1815 (S., 1846-2-620).

évident, la disposition de l'article 662 se réfère à l'exercice des divers droits ci-dessus proclamés, lorsque, pour en user, il y a lieu soit de pratiquer un enfoncement, soit d'appliquer ou appuyer un ouvrage. Vainement prétendrait-on que, le droit de faire bâtir contre le mur et d'y placer des poutres étant accordé purement et simplement par l'article 657, son exercice ne doit pas être soumis aux conditions ici prescrites (1). Cela serait bon si la nécessité d'observer ces conditions était destructive du droit conféré par l'article 657. Mais il n'en est pas ainsi, car l'obligation de requérir le consentement du voisin n'emporte pas celle de l'obtenir, et se concilie dès lors parfaitement avec le droit dont il s'agit. La règle de notre article doit également être suivie si l'un des deux propriétaires veut exhausser le mur; les termes mêmes sont applicables s'il s'agit d'exhaussement pur et simple; car cet exhaussement s'appuiera sur le mur actuel. Les termes manquent, il est vrai, si pour l'exhaussement il y a lieu de reconstruire le mur. Mais c'est *à fortiori* que l'esprit de la loi commande d'étendre à ce cas sa disposition.

517. La mitoyenneté impose, comme nous l'avons vu, à chaque propriétaire, l'obligation de contribuer à la réparation ou reconstruction; mais lorsqu'il n'existe pas encore de mur, l'intérêt que chacun peut avoir à se clore par un mur mitoyen, n'est pas en général un motif suffisant pour qu'un voisin puisse obliger l'autre à contribuer avec lui à la construction. Toutefois, dans les villes et faubourgs, l'intérêt de la sûreté publique a fait admettre cette dérogation au droit commun. Quant à la hauteur de la clôture, la loi s'en réfère aux règlements et usages locaux; à défaut d'usages et de règlements, elle la fixe elle-même diversement, eu égard à la population, à trente-deux décimètres (dix pieds), chaperon compris, dans les villes de cinquante mille âmes, et à vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres. V. art. 663.

517 *bis*. I. La clôture, dans les lieux où la population est agglomérée et où les habitations se touchent, intéresse jusqu'à un certain point l'ordre public. De là l'obligation imposée à cet égard dans

(1) V. M. Duranton, tom. 5, n° 335.

les *villes* et *faubourgs*. Toutefois il est bien à remarquer que la loi n'en fait point un précepte dont l'exécution serait confiée à l'autorité publique; elle se borne à créer entre les propriétaires voisins le droit respectif de s'y contraindre. Cette contrainte diffère de la charge imposée par l'article 655, de contribuer à la réparation et reconstruction du mur mitoyen; car, d'abord, elle s'applique à la construction première comme à la réparation ou reconstruction, et jusqu'à une hauteur déterminée; en outre, les expressions différentes employées dans les articles 655 et 663 ne permettent pas de considérer comme directement applicable au cas de ce dernier article la faculté de s'affranchir par l'abandon de la mitoyenneté. En effet, l'article 656, qui proclame cette faculté, n'entend évidemment l'établir qu'en vue de la charge imposée par l'article précédent. Toutefois la faculté étant expressément accordée *à tout propriétaire*, et ces expressions ayant été, à dessein sans doute, substituées à celles du projet du Code, qui refusait formellement ce droit *dans les villes* (1), il a pu sembler naturel d'en conclure que la dispense de contribuer à la réparation par l'abandon de la mitoyenneté devait s'appliquer au cas même de notre article 663. Et de là il n'y a plus qu'un pas à faire pour étendre hors des termes de l'article 656 la même faculté d'abandon, au cas même où il s'agirait de la première construction, dont on se dispenserait alors en renonçant *in futurum* à la mitoyenneté, et en cédant la moitié de la place sur laquelle le mur devrait être construit. C'est là en effet ce que proposait d'exprimer M. Berlier, en ajoutant que cette option était déférée en beaucoup de pays; et s'il ne fut pas fait droit à cette observation, c'est que M. Tronchet déclara sans être contredit que cette modification était exprimée dans l'article 650, devenu aujourd'hui l'article 656 (2).

Telles sont les principales raisons qui paraissent avoir fixé dans ce sens la jurisprudence de la Cour de cassation (3). Toutefois cette doctrine compte encore de nombreux contradicteurs, qui, répondant aux inductions tirées de la discussion au conseil d'État, et

(1) V. proj. de la comm. de gouvernement, liv. 2, tit. 4, art. 15 (Fenet, tom. 2, pag. 117.)

(2) Pr.-verb. du cons. d'État, séance du 4 brum. an XII (Fenet, t. 11, p. 266).

(3) V. C. cass., rej., ch. civ., 29 décembre 1819 (P., tom. 57, p. 328); C. C., cass., 5 mars 1828 (P., tom. 82, p. 57).

s'appuyant sur les termes précis de l'article 663, soutiennent que l'obligation de se clore ne doit pas plus admettre de modification qu'elle n'en admettait sous l'empire de la coutume de Paris, et que la disposition de l'article 656 doit, surtout quand il s'agit de la construction primitive du mur, être considérée comme tout à fait étrangère à ce cas (1).

517 *bis*. II. Quoiqu'il en soit, il est certain que l'article 663 établit, pour les villes et faubourgs, une obligation qui n'existe pas dans les autres lieux; il importerait donc d'avoir une règle fixe pour appliquer sûrement cette dénomination de *ville* ou de *faubourg*. Si elle est conférée par un acte exprès de l'autorité administrative, ou même si la qualification est seulement reconnue par son emploi dans quelque acte de cette nature, il faudra certainement s'y tenir. Mais, en l'absence d'actes de ce genre, les tribunaux auront à juger suivant les circonstances, et seulement pour la cause, si la qualité appartient ou non au lieu pour lequel on invoque devant eux la disposition de l'article 663; et ils devront, je pense, être disposés à étendre plutôt qu'à restreindre cette application, toutes les fois que la commune, comme presque toutes celles qui avoisinent les grandes villes, et particulièrement celles de la banlieue de Paris, sera bâtie à l'instar des villes et présentera de même une masse d'habitations qui se touchent. Car évidemment alors les motifs de la loi sont applicables.

517 *bis*. III. L'obligation de se clore existe, d'après les termes de la loi, entre *maisons, cours et jardins*. A cet égard, il est peu probable que la loi ait entendu faire une énumération limitative; car son motif s'applique en général à tous les terrains contigus appartenant à des propriétaires différents, quelle que soit d'ailleurs leur destination actuelle, pourvu que l'un comme l'autre soit situé dans l'enceinte de la ville ou des faubourgs (2).

517 *bis*. IV. La clôture exigée est un mur; à cet égard, la fin de l'article 663 lève l'équivoque qui aurait pu naître de la généralité de ses premiers termes. Quant à la hauteur du mur, la loi ne la fixe qu'à défaut de règlements particuliers, ou d'usages constants et reconnus. Dans aucun cas, elle n'oblige à exhausser les murs exis-

(1) V. M. Pardessus, *Servitudes*, tom. 1, nos 146, 168, et tom. 2, p. 371, n. D; M. Duranton, tom. 5, no 319; Dû C., Bonn. et Roust., tom. 2, no 297.

(2) V. Pardessus, tom. 1, no 148, et les arrêts qu'il cite.

tants au moment de sa publication; sa règle ne concerne que les constructions ou rétablissements ultérieurs.

517 *bis*. V. Entre terrains d'une élévation différente, la hauteur prescrite du mur doit partir du sol le plus élevé, c'est-à-dire que le propriétaire du fonds inférieur peut l'exiger ainsi; mais je ne pense point que lui-même puisse être contraint à élever le mur au delà de la hauteur légale à partir de son propre sol, car c'est principalement dans son intérêt qu'une plus grande élévation peut être exigée. Au reste, s'il l'exige, comme je lui en reconnais le droit, il devra contribuer aux frais de cette élévation, car il n'agira toujours qu'en vertu de l'article 663, et, nécessairement, aux conditions prescrites par cet article. La conséquence sera la mitoyenneté du mur dans toute sa hauteur réelle, partant du sol le moins élevé.

Remarquons cependant que la partie inférieure du mur qui soutient les terres du fonds supérieur devra bien être construite et réparée à frais communs; mais la contribution ne devra pas être pour parts égales; car celui dont le mur soutient les terres sera certainement tenu de lui donner un excédant d'épaisseur; ce qui l'obligera d'abord à prendre de son côté le terrain à ce nécessaire, et, par suite, à contribuer pour une plus forte part à la construction et à l'entretien.

517 *bis*. VI. Telle serait au surplus ma règle pour tous les murs de terrasse, dans les lieux même où la clôture n'est pas forcée. Réputés mitoyens dans leur sommité, aux termes de l'article 653, ils le sont nécessairement à partir de la base, puisque de droit commun un mur mitoyen ne peut reposer sur un mur non mitoyen (v. ci-dessus n° 515 *bis* III). Seulement, pour la partie du mur qui soutient les terres du fonds supérieur, le propriétaire de ce fonds devra une contribution plus forte dans les reconstructions et réparations. Et comme il sera censé avoir fourni de son côté un excédant d'épaisseur, il y aura lieu de déduire cet excédant pour la fixation ordinaire de la limite des deux héritages au point milieu de l'épaisseur du mur.

518. Les murs ne sont pas les seules constructions qui soient susceptibles de mitoyenneté; car on peut comprendre sous cette dénomination, la communauté de toute chose destinée à servir à l'usage, nécessairement indivis, de plusieurs

héritages appartenant à différents maîtres. Nul doute que dans ce cas on ne puisse appliquer les articles 655 et 656.

519. Il faut ranger dans cette classe certaines parties d'une maison dont les différents étages appartiennent à divers propriétaires. La manière dont ces copropriétaires doivent contribuer entre eux aux réparations et reconstructions est réglée par la loi, mais seulement dans le silence des titres.

A défaut donc de stipulations particulières, le principe à cet égard semblerait être de faire contribuer tous les propriétaires, chacun au prorata de son intérêt, aux dépenses qui sont dans l'intérêt de tous ; et de mettre à la charge de chacun en particulier les dépenses à faire dans son intérêt unique, ou celles qui sont occasionnées par son fait.

C'est en conformité de ce principe que les gros murs et le toit, également nécessaires à tous les étages, sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de son étage. La même règle devrait évidemment s'appliquer aux voûtes.

On peut voir encore l'application du principe dans l'obligation imposée à chacun de faire le plancher sur lequel il marche.

Quant aux escaliers, il est naturel que celui des étages supérieurs ne soit point à la charge des propriétaires inférieurs ; mais, quoique la réciproque ne paraisse pas équitable, la loi oblige chacun à faire exclusivement l'escalier qui conduit chez lui, et seulement à partir de l'étage immédiatement inférieur. V. art. 664.

520. La mitoyenneté donnant, dans plusieurs cas, le droit de forcer son voisin à la reconstruction, le législateur a cru utile de proclamer ici, pour la reconstruction d'un mur mitoyen ou d'une maison, la règle qui transporte, sans aggravation, au nouveau mur ou à la nouvelle maison, les servitudes actives ou passives qui existaient précédemment, pourvu toutefois que la reconstruction précède l'accomplissement de la prescription, qui les éteindrait. V. art. 665. Cette règle, au

surplus, n'est que l'application du principe plus général qui, lorsqu'une servitude a cessé par suite de changements survenus dans l'état des fonds, la fait revivre si les choses sont remises en temps utile dans l'état primitif (voy. art. 703 et 704). Elle régirait donc également le cas où le mur reconstruit ne serait pas mitoyen.

§ 2.

Mitoyenneté des fossés.

521. Une partie des motifs qui font présumer la mitoyenneté des murs font également présumer la mitoyenneté des fossés. Observons seulement que la présomption semble ici plus étendue, puisque la loi ne distingue pas si les héritages sont ou non en état de clôture. Du reste, cette présomption cédera toujours à un titre, ou même à une marque du contraire. V. art. 666.

521 *bis*. Ici, comme pour les murs auxquels s'applique la présomption de mitoyenneté, la loi n'indique comme moyen de la combattre que le titre ou la marque du contraire; ici, pas plus que là, elle ne s'explique sur l'effet que pourrait produire le fait rare, mais possible, de possession exclusive par celui qui n'a en sa faveur ni titre ni marque de non-mitoyenneté. Nul doute cependant que la possession d'un fossé ne puisse servir de base à une action possessoire; à cet égard, l'article 3 du Code de procédure est plus précis encore pour les fossés que pour les murs. Il n'est pas moins certain que cette possession continuée pourrait conduire à la prescription. Mais, pour les fossés pas plus que pour les murs, je n'admettrais que la possession annale pût, dans l'instance au pétitoire, prévaloir contre la présomption légale de mitoyenneté (v. ci-dessus n° 507 *bis*. VI).

522. La loi n'indique ici qu'une seule marque de non-mitoyenneté; elle se tire de ce que la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un seul côté. Cette circonstance, en effet, doit faire supposer que le propriétaire de l'autre côté n'avait point droit aux terres sorties du fossé, qu'il n'était point

obligé de les recevoir, par conséquent que l'emplacement ne lui appartenait pas. Il est juste, dès lors, que le fossé soit censé appartenir exclusivement à son voisin. Voy. art. 667, 668.

523. La mitoyenneté produit ici son effet ordinaire, l'obligation d'entretenir à frais communs. V. art. 669. Au reste de ce que la loi s'explique sur ce seul point, il n'en faut pas conclure qu'elle entende exclure les autres effets, tels que l'indivision forcée, et le droit d'abandonner la mitoyenneté pour se soustraire aux charges.

523 *bis*. Le droit de s'affranchir par abandon me paraît de l'essence des charges réelles, dans lesquelles la loi classe les obligations résultant de la mitoyenneté (art. 649, 651, 652). Il suffit donc qu'il ne soit pas formellement refusé pour que ce droit appartienne au copropriétaire du fossé mitoyen. Quant à l'indivision forcée, c'est le caractère propre de l'espèce de copropriété désignée sous le nom de mitoyenneté. Ainsi par cela seul que cette expression est appliquée aux fossés et aux haies, elle leur est évidemment appliquée avec ce caractère.

J'en dis tout autrement de la faculté accordée au voisin de rendre mitoyen le mur qui ne l'est pas (art. 660, 661). C'est là une disposition exorbitante qui a sa raison d'être pour les murs, et qui ne l'aurait ni pour les fossés ni pour les haies.

§ III.

Des haies et arbres plantés sur ou vers les confins de deux héritages.

524. La loi présume aussi la mitoyenneté de la haie, pourvu qu'elle soit entre deux enclos; elle n'indique aucune marque de non-mitoyenneté; mais la preuve contraire ne résulte pas seulement d'un titre, elle résulte aussi d'une *possession suffisante*. V. art. 670.

524 *bis*. La possession semble ici mise sur la même ligne que le titre pour l'exclusion de la présomption de mitoyenneté; et comme la loi ne s'explique pas sur les conditions qui pourraient la rendre à cet effet *suffisante*, plusieurs soutiennent avec quelque probabilité que cela doit s'entendre de la simple possession annale, qui, faisant triompher au possessoire, et rejetant ainsi sur l'adversaire la néces-

sité de prouver au pétitoire sa prétention à la mitoyenneté, ne lui laisserait pas, comme pour le mur ou le fossé, la ressource de tirer cette preuve de la présomption légale; car, dans l'interprétation proposée, la possession ici suffirait pour faire cesser cette présomption. Mais, quelque soutenable que paraisse cette doctrine, et quelle que soit l'autorité de ses partisans, elle n'est point admise par la jurisprudence, qui ne considère la possession comme *suffisante* pour détruire la présomption de mitoyenneté qu'autant qu'elle a duré pendant le temps requis pour la prescription, soit dix ou vingt ans (art. 2265), soit trente ans (art. 2262). Il est évident au reste que, dans l'équivoque présentée par le mot *suffisante*, les termes de la loi se prêtent aussi bien à l'une qu'à l'autre interprétation. Et comme la supposition de mitoyenneté est certainement la plus raisonnable pour une haie plantée sur la limite des deux héritages, puisqu'elle n'a pas dû être établie ainsi par l'un sans le consentement de l'autre (v. art. 671), il est permis de penser que le législateur s'est attaché pleinement à cette supposition, et qu'il n'a entendu la faire céder devant la possession qu'autant que cette possession serait, à l'égal d'un titre, constitutive du droit contraire; or ce caractère n'appartient qu'à la possession suffisante pour prescrire (1).

525. On n'a eu à s'occuper des murs que sous le rapport de la mitoyenneté; il n'était pas même besoin d'annoncer le droit qu'a tout propriétaire d'établir son mur sur la limite de son héritage : la loi garde le même silence pour les fossés.

Mais l'existence d'une haie vive, et en général celle des arbres plantés sur un héritage, pouvant, sous plusieurs rapports, être nuisible à l'héritage voisin, l'intérêt de l'agriculture commandait de poser à cet égard quelques règles pour déterminer les distances à observer, et de procurer au voisin les moyens de se garantir du préjudice.

526. La règle sur les distances doit naturellement varier suivant le genre de culture et l'espèce de plantations usités

(1) V. C. C., cass., 13 déc. 1836 (P. 1837-1-204); C. C., rej., 17 janv. 1838 (P., 1838-1-244). — V. au contraire M. Duranton, tom. 5, n° 370; Du C., Bonn. et Roust., tom. 2, n° 305.

dans chaque pays; il était sage, dès lors, de s'en rapporter sur ce point aux usages et règlements locaux. Ce n'est qu'à défaut de règlements particuliers, existants lors de la publication du Code, et à défaut d'usages constants ou reconnus, que la loi fixe elle-même la distance, à deux mètres pour les arbres de haute tige, et à un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives. Voy. art. 671.

527. L'inobservation de la distance donne au voisin le droit de faire arracher. Quant aux plantations faites à la distance requise, il doit les souffrir; mais, comme dans aucun cas il n'est forcé de tolérer les anticipations sur sa propriété, qui comprend le dessus et le dessous de son sol, il peut forcer à couper les branches, et couper lui-même les racines qui avancent sur son fonds. V. art. 672. (V. pourtant C. for., art. 150.)

527 *bis*. I. La suppression des arbres plantés trop près de l'héritage voisin ne pourrait plus être demandée s'ils subsistaient depuis 30 ans. On arrive à ce résultat soit que, dans leur existence, on voie, de la part du voisin, un non-usage de la servitude légale, entraînant son extinction (art. 706); soit qu'on y voie, pour le propriétaire des arbres, la possession d'une servitude continue et apparente, entraînant acquisition par prescription (art. 690); et, à ce sujet, art. 688, 689).

Ce dernier point de vue me paraît seul exact, car les servitudes légales sont des éléments formant ainsi partie intégrante du droit de propriété tel que la loi l'a constitué et organisé; or la propriété ne s'éteint pas par non-usage. De même donc que la propriété ne se perd par prescription qu'autant que la prescription la fait acquérir à un autre, de même il n'y a affranchissement par prescription d'une servitude légale qu'autant que la prescription constitue une servitude contraire.

Les principes ainsi fixés, je crois qu'il y a lieu d'appliquer ici la maxime *Tantum præscriptum quantum possessum;* et j'en conclus que la possession ayant individuellement pour objet les arbres qui ont subsisté pendant 30 ans, le droit acquis de les conserver n'entraînerait pas en général le droit d'en planter d'autres, ou de les remplacer. Toutefois, cette application, qui me paraît exacte lorsqu'il

s'agit d'arbres isolés, ne le serait pas, selon moi, s'il s'agissait au contraire d'une ligne d'arbres régulièrement plantés pour former avenue; je ne vois pas pourquoi l'on ne serait pas censé alors avoir possédé le droit d'avoir une avenue à cette place : et j'en conclurais que l'avenue pourrait être entretenue par le remplacement successif d'arbres de la même espèce.

527 *bis.* II. Le principe qui fait perdre le droit d'exiger la suppression des arbres plantés trop près, ne s'applique pas au droit de couper les racines ou de contraindre à couper les branches; car leur accroissement progressif et insensible ne permet guère de saisir et de fixer le moment où les branches ou racines ont commencé à dépasser la limite, ni par conséquent le point de départ de la prescription. Ajoutons que cette avance a pu d'abord ne causer aucun préjudice, et être pour cela tolérée; là doit donc s'appliquer la règle relative aux actes de simple tolérance, qui ne peuvent fonder ni possession ni prescription (art. 2232). L'exactitude de ce point de vue apparaît surtout si l'on considère qu'il n'y a pas dans l'accroissement naturel des branches et des racines un fait du voisin, et qu'un fait de sa part semblerait nécessaire pour le constituer en possession. Toutefois l'acte de tolérance perdrait son caractère et se convertirait en acte de possession si le voisin avait interverti son titre précaire conformément à l'article 2238; *puta,* par la contradiction qu'il aurait opposée à l'exercice du droit conféré par l'article 672. Concluons qu'à partir de ce moment la prescription pourrait courir en sa faveur.

527 *bis.* III. L'obligation d'ébrancher s'applique, en principe, même aux arbres ou bois de lisière, sans exception pour les forêts domaniales. Et toutefois cette application avait excité de graves réclamations de la part de l'administration forestière, à cause du préjudice qui peut résulter de l'ébranchage pour de vieux arbres, que l'opération pourrait, ou faire périr, ou gravement détériorer, et souvent rendre impropres aux usages auxquels ils sont destinés. C'est d'après ces vues que le Code forestier, sans distinguer d'ailleurs entre les bois et forêts de l'État et ceux des particuliers, a dispensé de l'élagage prescrit par l'article 672 les arbres de lisière ayant plus de trente ans (v. C. for., art. 150). Cette dispense, au reste, n'est applicable qu'aux arbres qui avaient plus de trente ans au moment de la promulgation de la loi; s'ils venaient à être abat-

tus, elle ne s'étendrait pas à ceux qui les remplaceraient. Il est d'ailleurs expressément statué, pour les nouveaux arbres de lisière, de les planter en arrière de la ligne de délimitation, en observant la distance prescrite par l'article 671 (Ord. du 1er août 1827, art. 176).

528. La règle sur les distances ne peut, on le sent bien, s'appliquer aux haies mitoyennes; mais, quoique les arbres qui se trouvent dans la haie soient mitoyens comme la haie, et qu'on ne puisse conséquemment en récolter les fruits qu'en commun, la faveur de l'agriculture fait accorder à chacun des deux propriétaires le droit de requérir qu'ils soient abattus. V. art. 673.

528 *bis*. C'est comme conséquence de la mitoyenneté des arbres que la loi paraît considérer le droit, pour chacun des propriétaires, de requérir qu'ils soient abattus. Il semble au contraire que l'effet ordinaire de la mitoyenneté eût été de faire refuser à chacun le droit d'abattre les arbres sans le consentement de l'autre. Quoi qu'il en soit, on s'explique facilement le motif d'utilité commune qui a dicté la règle spéciale de ce cas de mitoyenneté. Nul doute, au reste, que le droit dont il s'agit étant ici attaché par la loi au titre de mitoyenneté, son exercice est pour chacun des propriétaires un acte de pure faculté; ce qui exclut absolument toute idée de prescription. Peu importerait donc que les arbres existassent depuis plus de trente ans.

SECTION II.

De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

529. Il est des constructions, ajoutons ou amas, dont le voisinage immédiat pourrait nuire à la propriété voisine si l'on ne laissait une certaine distance, ou si l'on ne faisait certains ouvrages. A cet égard le Code proclame l'obligation de prendre les précautions nécessaires, sans distinguer si le mur de séparation est mitoyen ou non : il énumère les constructions ou amas auxquels sa disposition doit s'appliquer; mais, dans l'impossibilité d'établir une règle uniforme, il s'en réfère,

pour les mesures à prendre, aux usages locaux. V. art. 674, et, à ce sujet, *Cout. Paris*, art. 188-192.

529 *bis*. I. La distance à observer ou les ouvrages à faire tendent uniquement à protéger le mur contre lequel il s'agit de pratiquer les constructions ou d'établir le magasin ou amas. Car si le but était de protéger les autres parties de l'héritage voisin, la loi ne bornerait pas, comme elle le fait, sa disposition au cas d'existence d'un mur. Cela sert à fixer le sens des termes *mitoyen ou non* employés par l'article 674: c'est-à-dire évidemment *mur d'autrui ou mur mitoyen* (v. Cout. de Paris, art. 192). Quant au propre mur, il n'en peut être question : puisque le voisin n'a pas d'intérêt à sa conservation. Il est vrai que si le mur appartient exclusivement au voisin, l'article n'est pas applicable dans toutes ses parties: puisque le droit d'adosser contre ce mur n'existant pas, il ne peut y avoir aucune précaution à exiger en vue de cet adossement; mais il reste toujours la règle sur la distance requise pour les constructions ou amas, et même sur les travaux requis pour empêcher que les amas de matières corrosives ne dégradent le mur du voisin.

Ainsi l'article est applicable dans toutes ses parties au cas de mitoyenneté du mur, il l'est dans quelques-unes seulement au cas de propriété exclusive du voisin; il ne l'est aucunement au cas de propriété exclusive de celui qui veut construire ou établir un amas.

529 *bis*. II. La loi spécifie les cas dans lesquels sont requis la distance et les ouvrages intermédiaires; quant à la détermination de la distance et des ouvrages, elle s'en réfère purement et simplement aux règlements et usages particuliers. Mais deux hypothèses sont possibles :

1° Absence dans une localité de règlement ou usage relativement à l'un des cas spécifiés par la loi;

2° Au contraire, règlements et usages locaux applicables à des cas non spécifiés par l'article 674.

Dans la première hypothèse, les juges pourront, suivant les circonstances :

Tantôt, du fait même qu'il n'y a ni règlement ni usage, conclure que l'utilité des précautions usitées ailleurs n'est pas applicable à la localité;

Tantôt s'en référer aux usages ou règlements d'une localité voisine;

Tantôt, enfin, déterminer dans leur sagesse les mesures de précaution convenables.

Dans la seconde hypothèse, l'existence des règlements ou usages pouvant passer pour preuve d'un besoin au moins local, et l'esprit évident de la loi étant que le mur d'autrui ou le mur mitoyen soit préservé autant que possible de toute atteinte, je déciderais en général que les usages et règlements particuliers doivent être suivis.

529 *bis*. III. L'inobservation des règles prescrites pourrait, suivant les cas, donner lieu, soit à démolition des constructions, soit à reprise en sous-œuvre pour faire les ouvrages intermédiaires primitivement omis, soit au simple payement d'une indemnité. Le silence de la loi laisse à cet égard toute latitude aux juges.

Du reste, l'existence des constructions sans réclamation du voisin pourrait constituer la possession d'une servitude continue et apparente consistant dans le droit d'avoir les choses en cet état, et cette possession continuée pendant trente ans produirait la prescription (art. 690).

Mais bien entendu qu'aucune prescription ne pourrait affranchir de l'observation des règlements qui, dans plusieurs des cas cités, ont pour objet, non pas seulement la protection d'un intérêt privé, mais la sûreté ou la salubrité publique.

SECTION III.

Des vues sur la propriété de son voisin.

530. Un ancien a dit qu'il est presque égal de porter les pieds ou les yeux dans l'habitation de son voisin; c'est d'après cette idée que notre législateur a défendu, ou assujetti à des conditions plus ou moins rigoureuses, les vues sur la propriété du voisin.

531. Et d'abord, si les deux héritages sont séparés par un mur mitoyen, c'est uniquement rentrer dans le droit commun de la copropriété, que d'interdire à chacun des copropriétaires la faculté de le percer sans le consentement de l'autre. Il ne le peut en quelque manière que ce soit. V. art. 675.

532. Mais lors même que le mur construit sur la limite

appartient exclusivement à l'un des deux, la loi ne laisse pas à ce propriétaire le droit de pratiquer dans son mur telles ouvertures que bon lui semble. Elle lui permet seulement alors de le percer pour en tirer du jour; mais elle prescrit les conditions nécessaires pour la sûreté du voisin et pour diminuer au moins l'incommodité de ces ouvertures.

Ainsi : 1° afin qu'on ne puisse ni s'introduire ni rien jeter chez lui, les jours doivent être garnis d'un treillis de fer, dont les mailles ne peuvent avoir que l'ouverture déterminée (un décimètre), et d'un châssis à verre dormant. V. art. 676.

2° Pour que ces jours ne procurent pas sur lui une vue facile, ils doivent être élevés au-dessus du sol à une hauteur qui varie de vingt-six à dix-neuf décimètres, suivant que la pièce ainsi éclairée est à rez-de-chaussée, ou située aux étages supérieurs. V. art. 677.

532 *bis*. I. L'interdiction absolue de toute ouverture ne s'applique qu'au mur mitoyen; quant au mur non mitoyen, celui qui en est propriétaire aurait, de droit commun, la faculté de le transpercer, comme il aurait eu celle de ne pas le construire, et comme il a celle de l'abattre. Mais cette faculté naturelle est restreinte par la loi dans l'intérêt du voisin : les restrictions sont différentes suivant qu'il s'agit de simples jours de souffrance ou de vues droites ou obliques; ce sont ces restrictions qui constituent dans le langage du législateur une servitude légale.

Cela posé, il est évident que la servitude ne consiste pas dans la faculté de pratiquer des ouvertures dans son mur; elle consiste, pour les jours, à ne pouvoir les pratiquer autrement qu'à fer maillé et verre dormant, et, pour les vues droites ou obliques, à ne pouvoir les établir qu'à une certaine distance.

Ces principes doivent nous servir de guide dans l'interprétation de l'article 676, pour n'en point renfermer trop strictement l'application dans les termes qu'il emploie.

532 *bis*. II. Ainsi le droit de pratiquer des jours aux conditions indiquées par notre article, quoique proclamé uniquement pour le propriétaire d'un mur *joignant* l'héritage d'autrui, doit s'appliquer, selon moi, et au propriétaire qui, ayant surélevé le mur mitoyen,

voudrait les ouvrir dans la partie qui lui est propre (1), et à celui dont le mur, sans joindre immédiatement l'héritage d'autrui, n'en est pas cependant à une distance telle, qu'il lui soit loisible d'y ouvrir des vues droites ou obliques.

Pour l'un comme pour l'autre, la faculté de pratiquer des ouvertures autres que des vues droites ou obliques résulte suffisamment de l'absence de prohibition; car cette prohibition n'existe que pour les vues. Mais comme elle existe pour les vues toutes les fois que le mur n'est pas à la distance prescrite par les articles 678 et 679, il est clair que dans les deux cas les ouvertures ne peuvent être que des jours soumis aux conditions prescrites par les articles 676 et 677; en effet, ce sont uniquement ces conditions qui distinguent les simples jours des vues ou fenêtres d'aspect.

532 *bis*. III. La faculté d'ouvrir des jours ne constituant pas une servitude, et cette ouverture n'étant que l'exercice du droit de disposer de sa chose, sans aucune atteinte à l'intégrité de la propriété du voisin, celui-ci de son côté doit rester maître de faire sur sa chose ce que bon lui semble, et rien dès lors ne l'empêcherait de rendre inutiles les jours de souffrance en élevant auprès une construction, sans préjudice du droit qu'il aurait de les faire supprimer en acquérant la mitoyenneté (2). Mais, sur l'un comme sur l'autre point, il en serait autrement si les jours étaient dus à titre de servitude.

533. Quant aux vues par fenêtres ou balcons, elles ne peuvent être établies qu'à une certaine distance. Cette règle s'applique au cas même où l'héritage du voisin ne serait pas clos. La distance, du reste, varie avec raison selon qu'il s'agit de vues droites ou de vues obliques; elle est fixée par la loi à dix-neuf décimètres dans un cas, et six décimètres dans l'autre. V. art. 678, 679.

533 *bis*. I. La distance pour les vues doit être observée, lors même que l'héritage du voisin ne serait pas clos; la loi, sur ce point, est expresse, et la généralité de sa disposition ne permet pas à cet égard de distinguer entre les villes et les campagnes. Cependant, là où n'existe pas l'obligation de se clore, il semblerait que

(1) V. ci-dessus, n° 513 *bis*. III.
(2) V. ci-dessus, n° 515 *bis*. IV.

le propriétaire, qui pouvait se dispenser de faire un mur, et qui pourrait toujours, en l'abattant, se procurer pour la vue un espace entièrement libre, aurait par là même le droit d'y laisser ou d'y établir des intervalles à telle hauteur et dans tel espace que bon lui semblerait. De là, en effet, doit résulter, selon moi, la faculté d'établir au-dessus, dans l'intérieur, ou entre les parements du mur qui sépare un enclos d'un terrain non clos et non servant surtout à l'habitation, une claire-voie régnant dans tout ou partie de la longueur du mur. Mais il est à remarquer que, dans ce cas, l'espace demeuré libre ne procurera pas la vue sur l'héritage voisin sans que cette vue soit réciproque; tandis qu'il en serait autrement si l'on pratiquait une fenêtre pouvant s'ouvrir ou se fermer à volonté. C'est cette dernière faculté qui me paraît interdite dans la distance fixée par les articles 678 et 679, quelle que soit la situation des héritages séparés par le mur, et soit que l'un ou l'autre serve ou non à l'habitation.

Quant à l'autre faculté, je l'accorderais sans difficulté pour les cours, jardins ou enclos donnant sur la rase campagne, à la condition toutefois que la claire-voie du mur ne se fermerait pas à volonté au moyen de volets ou persiennes; car il ne faut pas qu'on puisse se procurer ainsi l'avantage de la vue sans subir les inconvénients attachés à cet état de choses. Mais si le mur est celui d'une maison ou s'il donne sur les dépendances d'une habitation, non-seulement il faudra, comme dans tous les cas, observer la distance pour les fenêtres d'aspect, mais aucune autre ouverture n'y pourra être pratiquée sans l'observation des conditions prescrites par les articles 676 et 677.

533 *bis.* II. L'existence d'un fonds intermédiaire sur lequel le propriétaire du mur aurait obtenu la permission de pratiquer des vues ne le dispensera pas d'observer la distance par rapport à l'héritage qui suit celui-là. Il suffit en effet que cette distance n'existe pas entre mon héritage et vos fenêtres pour que j'éprouve le même préjudice, soit que le terrain d'une largeur moindre vous appartienne ou qu'il appartienne à un tiers. Mais peut-être en faudrait-il dire autrement si l'espace intermédiaire était une voie publique. Car il y a un motif d'intérêt général à permettre à chacun d'ouvrir et éclairer sa maison sur la voie publique, et la sûreté même du passage

l'exige ainsi, quand surtout, comme il faut le supposer pour que la question naisse, la rue est très-étroite.

534. La loi d'ailleurs détermine exactement les deux points entre lesquels doit se calculer la distance : c'est d'une part le parement extérieur du mur dans lequel la vue est ouverte, ou la ligne extérieure de la saillie qui sert à en user; c'est de l'autre la ligne séparative des deux propriétés. Voy. art. 680; et remarquez que si les propriétés sont séparées par un mur mitoyen, son épaisseur doit nécessairement être comprise pour moitié dans la distance requise, et que l'épaisseur doit l'être en totalité, si le mur appartient en entier au propriétaire de la maison éclairée.

534 *bis*. Si, comme on le suppose, le propriétaire de la maison éclairée a pratiqué sa fenêtre exactement à la distance légale, en comprenant dans cette distance l'épaisseur entière du mur de clôture qui lui appartient, cette distance ne subsistera plus lorsque, le voisin venant ensuite à acquérir la mitoyenneté, la limite de son héritage se trouve ainsi avancée jusqu'à la moitié de l'épaisseur du mur. Mais je ne puis croire que cela lui donne le droit d'exiger la suppression des vues qui lors de leur établissement étaient à la distance requise. Il est vrai qu'on peut argumenter au contraire des termes de la loi, car elle ne se borne pas à défendre de *pratiquer* des jours à une distance trop rapprochée, elle défend précisément d'en *avoir*. Mais ce système d'argumentation me paraît trop rigoureux; il amènerait à une véritable iniquité par le grave préjudice qu'il causerait au propriétaire de la maison, qui, en réalité, n'a rien à se reprocher. Je pense donc que les fenêtres pourront subsister tant que subsistera la maison dans laquelle on les a pratiquées à bon droit. Mais si cette maison venait plus tard à être reconstruite, je crois que dans la reconstruction il faudrait observer la distance à partir de la nouvelle limite (1). Là, en effet, ne s'appliquerait pas l'article 665, car ce n'est pas à titre de servitude que l'état de choses antérieur à l'acquisition de la mitoyenneté aura été conservé. Par la même raison, je ne saurais admettre que la prolongation de cet

(1) Mon sentiment sur ces deux points est conforme à celui de M. Duranton (tom. 5, n° 411).

état de choses puisse jamais conduire à la prescription, et dispenser ainsi d'observer la distance lors de la reconstruction. Il faut toujours, en effet, pour constituer une possession utile en matière de prescription, un fait contraire au droit d'autrui.

535. Les ouvertures pratiquées contre le prescrit de la loi, soit dans le mur mitoyen sans le consentement du copropriétaire (art. 675), soit dans le propre mur hors des conditions requises par les articles 676-680, devront, sur la demande du voisin, être supprimées ou ramenées, s'il y a lieu, à l'état légal; mais sauf, bien entendu, le droit qui pourrait être acquis au contraire par titre ou par prescription.

535 *bis*. I. Il serait impossible de déterminer l'étendue des dérogations que pourrait apporter à la servitude légale dont il s'agit ici le titre émané de la volonté des parties. Seulement nous devons remarquer que celui qui permet une ouverture que la loi n'autorisait pas doit être, par là même, censé concéder le droit d'en faire l'usage que les prescriptions de la loi avaient pour objet de restreindre ou d'empêcher. Ainsi, permettre l'ouverture d'une fenêtre d'aspect, c'est nécessairement permettre de profiter de cette fenêtre pour voir à une certaine distance, et s'interdire conséquemment de rien faire sur son fonds qui puisse obstruer cette vue. C'est d'ailleurs par les circonstances que l'on pourra juger, quand le titre ne s'en expliquera pas, quel espace devra être ainsi maintenu ou réservé libre pour la vue. Du reste, à défaut de circonstances particulières, la disposition de la loi qui détermine la distance à observer entre les fenêtres d'un des voisins et l'héritage de l'autre (art. 678, 679) peut jusqu'à un certain point servir de règle, en faisant considérer cet espace comme celui sur lequel s'exerce principalement la vue, celui par conséquent qui devrait ici être réservé libre (1).

535 *bis*. II. L'existence pendant trente années de jours ou de fenêtres pratiqués contre le prescrit de la loi doit en assurer la conservation. Il en sera ainsi, soit qu'on dise, avec quelques-uns, que la servitude légale est alors éteinte par non-usage (art. 706), soit que, s'attachant à une doctrine plus exacte (2), on voie dans les

(1) C. C, cass., 24 juin 1823 (P., tom. 67, pag. 273); comp. C. C., rej., 26 juill. 1831 (S. 1831-1-346).

(2) V. ci-dessus, n° 527 *bis*. I.

jours ou fenêtres le signe d'une servitude du fait de l'homme, qui, étant continue et apparente, s'acquiert par trente ans de possession (art. 690). Mais, en tenant même pour constant qu'il y a ici non pas extinction de servitude légale, mais acquisition d'une servitude contraire, la véritable question est de savoir si la servitude acquise ne consiste pas uniquement dans le droit d'avoir dans son mur les jours ou fenêtres, sans que le voisin soit tenu alors d'en laisser l'usage libre en s'abstenant de construire ou de planter sur son fonds. En faveur de ce sentiment, on invoque la maxime *Quantum possessum tantum præscriptum*. Or, dit-on, le propriétaire du bâtiment a bien possédé les ouvertures qu'il a pratiquées contre le prescrit de la loi, mais il n'a pas possédé la liberté de l'espace sur lequel sa vue s'est pendant ce temps librement exercée; car cet état de choses n'était que le résultat d'un acte de pure faculté du propriétaire du sol, qui pouvait, à sa volonté, bâtir ou ne pas bâtir, planter ou ne pas planter.

Pour moi, je n'hésite pas à dire au contraire que le propriétaire du bâtiment a, par l'effet de sa fenêtre, possédé une servitude de vue, et que l'étendue de cette servitude doit se régler comme elle se réglerait s'il y avait un titre. Le décider autrement, ce serait réduire à rien l'effet de la prescription, et aller contre l'esprit évident du législateur : la loi, en effet, met sur la même ligne la prescription et le titre (art. 690); et cela avec raison, car la longue possession doit faire présumer le consentement des parties, et par conséquent l'existence d'un titre qui peut n'avoir pas été constaté par écrit ou avoir été perdu (1).

535 *bis*. III. Il va sans dire, au reste, que la servitude de vue une fois acquise, soit par titre, soit par prescription, survivrait à la démolition du mur ou de la maison, en ce sens qu'elle s'appliquerait au nouveau mur ou à la nouvelle maison, s'il y avait reconstruction en temps utile : c'est ici l'application directe de l'article 665.

535 *bis*. IV. Pareillement, la servitude acquise par titre ou par prescription en faveur du mur non mitoyen survivrait à l'acquisition de la mitoyenneté, à la différence des jours de souffrance, que l'acquéreur de la mitoyenneté aurait toujours le droit de faire boucher. V. ci-dessus n° 515 *bis* IV.

(1) V. C. C., rej., 1er décemb. 1835 (P., tom. 106, p. 538); C. C., rej., 21 juillet 1836 (P., t. 106, p. 287).

SECTION IV.

De l'égout des toits.

536. La règle qui assujettit les fonds inférieurs à recevoir les eaux qui découlent des fonds plus élevés (art. 640) ne s'applique pas aux eaux pluviales qui tombent d'un toit; car si c'est la nature qui les produit, c'est la main de l'homme qui les fait ainsi verser. Les toits donc doivent être établis de manière à diriger l'écoulement des eaux sur le terrain du propriétaire ou sur la voie publique; et la loi défend absolument de les faire verser sur le fonds de son voisin. V. art. 681, et remarquez qu'il n'était pas besoin de cette disposition spéciale pour interdire le droit de faire avancer son toit ou sa goutière sur le fonds du voisin, propriétaire du dessus de son sol (art. 552). Mais la loi évidemment prescrit quelque chose de plus, et ne permet pas d'avancer le toit jusqu'à la limite, car le toit ainsi avancé jetterait l'eau sur le fonds voisin.

536 *bis*. I. Ce que la loi défend, c'est de *faire verser* les eaux de son toit sur le fonds de son voisin. C'est en vue de cette prohibition qu'elle proclame d'abord l'obligation d'établir les toits de manière que les eaux s'écoulent sur le fonds même du propriétaire ou sur la voie publique. Mais cela ne veut pas dire que les eaux tombées du toit ne doivent jamais arriver sur le fonds voisin, si la pente naturelle du terrain les y conduit; il doit suffire qu'elles n'y arrivent pas d'une manière plus incommode qu'elles ne le feraient par l'effet de la situation des lieux, si aucun bâtiment n'avait été construit sur le fonds supérieur (1).

536 *bis*. II. Le principe de la loi paraît être que les eaux qui tombent du toit ne soient, pour le voisin, la cause d'aucun préjudice. Ce préjudice existerait si elles tombaient trop près d'un mur qui lui serait propre, ou dont il aurait seulement la mitoyenneté. Il conviendrait donc alors d'observer une certaine distance, et d'éviter par un pavage la dégradation des fondations (2). Pareillement on devrait faire paver le terrain sur lequel tombent les eaux du toit,

(1) V. Pardessus, tom. 1, n° 213.
(2) V. Desgodets, *Cout. de Paris*, art. 210, n° 14.

si sous ce terrain le voisin possédait une cave dont les voûtes pourraient être dégradées par l'infiltration des eaux (1).

SECTION V.

Du droit de passage.

537. Un terrain enclavé n'offrirait à son propriétaire aucune utilité réelle, s'il ne pouvait y aborder que sous le bon plaisir des propriétaires qui l'entourent. La loi l'autorise donc à réclamer d'eux un passage, à la charge d'indemnité. V. art. 682.

537 *bis*. I. La servitude légale de passage moyennant indemnité est proclamée ici sous la seule condition du fait d'enclave. Il est évident néanmoins qu'elle ne doit pas être indistinctement appliquée à tous les cas d'enclave, de quelque cause que provienne cet état de choses. Dans tous, sans doute, une issue sur la voie publique doit être accordée au fonds qui n'en a pas. Mais s'il est établi que l'enclave provient de la division d'un fonds qui, dans son intégrité, accédait à la voie publique, il ne faut pas que le partage ou l'aliénation partielle qui a opéré cette division soumette à une servitude les fonds voisins appartenant à des tiers. C'est évidemment alors, sur les portions qui formaient autrefois l'intégrité du fonds, que les autres portions demeurées sans issue doivent en obtenir une, et cela ordinairement sans charge d'indemnité; car la nécessité de ce passage, révélée aux parties par la situation des lieux, doit faire considérer comme tacitement contractée, par qui de droit, l'obligation de le fournir; et l'on a dû fixer en conséquence, soit l'estimation des lots respectifs, soit le prix d'aliénation. Toutefois, la question d'indemnité pourrait dépendre des circonstances, eu égard à la diverse qualité des parties. Mais, si c'est par un acheteur ou par un légataire que le passage est réclamé contre l'héritier ou le vendeur, je n'hésite pas à dire qu'il doit leur être fourni gratuitement, par application des articles 1018 et 1615.

Si, comme je le crois, ces principes sont incontestables, l'application de la servitude légale de passage, telle qu'elle est constituée par les articles 681, 682 et 683, n'aura lieu que lorsque l'origine de

(1) C. C., rej., 13 mars 1827 (S. 1827-1-360).

l'enclave sera inconnue, ou que le fait se produira par l'effet d'un cas fortuit ou d'une force majeure; v. gr., si, par suite d'une inondation ou par la suppression d'un chemin public, le fonds venait à être privé de l'issue dont il jouissait.

537 *bis*. II. Le droit de passage n'existe qu'autant que le fonds *n'a aucune issue sur la voie publique*. Si donc il en existe une, quelque longue ou difficile qu'elle soit, le passage peut être refusé. Car la nécessité seule, et non la simple utilité, peut justifier la dérogation ici admise au principe de la propriété (1). Mais la nécessité existe, quoique le fonds ne soit pas absolument sans issue, si l'issue actuelle n'est pas suffisante pour l'exploitation. Il est vrai de dire alors que le fonds n'a pas d'issue dans le sens dans lequel la loi a dû l'entendre, et notre article devient applicable (2).

Il en pourrait être ainsi quand même l'insuffisance de l'ancienne issue proviendrait d'une destination nouvelle donnée au fonds par son propriétaire, et d'un changement ainsi apporté à son exploitation (3). A cet égard, toutefois, il y aurait peut-être lieu d'examiner la convenance et l'opportunité de la nouvelle destination. Et l'on devrait surtout considérer si le propriétaire n'en agit pas ainsi par pure malice.

537 *bis*. III. L'indemnité se calculant uniquement sur le dommage occasionné par le passage, il paraît qu'il n'en serait dû aucune s'il n'y avait pas dommage; c'est ce qui arriverait, par exemple, si le fonds qui sépare de la voie publique était un *terrain vague* sur lequel le passage ne cause aucun tort. Mais bien entendu que le droit à l'indemnité naîtrait du moment où le propriétaire de ce terrain viendrait à lui donner une destination qui ne se concilierait pas sans dommage avec l'exercice du passage.

538. La dérogation ici apportée au droit de disposer exclusivement de sa chose doit se renfermer dans les bornes les plus étroites; il faut par conséquent la rendre le moins dommageable possible à ceux qui sont forcés de la souffrir. Ce principe et l'intérêt du propriétaire enclavé se réunissent ordinairement pour que le passage soit pris par le côté qui offre

(1) V. C. C., rej., 31 mai 1825 (P., tom. 74, p. 416).

(2) V. C. C., rej., 23 août 1827 (P., tom. 81, p. 48); C. C., cass., 16 févr. 1835 (P., tom. 103, p. 104). V. aussi C. C., rej., 31 juillet 1844 (P. 1844-2-561).

(3) V. C. C., rej., 8 juin 1836 (P., t. 105, p. 324).

le trajet le plus court. V. art. 683. Mais, s'il en est autrement, c'est toujours le principe qui doit prévaloir. V. art. 684.

538 *bis.* I. Quoique la loi semble prendre uniquement en considération l'intérêt de celui sur le fonds duquel le passage est accordé, je crois qu'on pourrait aussi, suivant les cas, avoir égard à l'intérêt de celui qui réclame le passage, lors surtout que l'avantage pour lui de la détermination qu'il demande l'emporte de beaucoup sur l'intérêt de son adversaire à la lui refuser. En effet, l'emploi du mot *régulièrement* dans l'article 683 montre assez que la disposition de cet article n'a rien d'absolu, et l'idée paraît s'étendre à la disposition de l'article 684 qui suit immédiatement.

538 *bis.* II. Les règles posées par les articles 683 et 684 serviraient à déterminer, entre plusieurs fonds formant l'enclave, celui sur lequel serait pris le passage. Sous ce rapport, elles n'auraient pas d'application, si l'origine connue de l'enclave faisait, comme on l'a précédemment supposé, peser déterminément la charge sur un ou quelques-uns des fonds circonvoisins, ayant appartenu autrefois à un même propriétaire (v. ci-dessus n° 537 *bis.* I). Mais, dans tous les cas, ces règles devront être suivies pour fixer la partie du fonds qui devra servir au passage.

538 *bis.* III. Indépendamment de ces règles, la détermination du fonds ou de la partie du fonds pourra résulter de la possession, qui, suivant sa durée, suffira, soit pour fonder l'action possessoire, soit même pour opérer la prescription. Là, en effet, ne s'applique pas le principe qui refuse l'acquisition par prescription des servitudes discontinues. Car le droit au passage étant ici conféré par la loi elle-même, l'exercice qui a eu lieu ne peut être réputé simple acte de tolérance; c'est bien une véritable possession produisant ses effets ordinaires, et pouvant dès lors servir à déterminer le mode de la servitude légale (1).

539. Le droit de réclamer le passage, fondé sur une impérieuse nécessité, est essentiellement imprescriptible. Mais il n'en est pas de même de l'action en indemnité à laquelle

(1) Cette doctrine est consacrée par de nombreux arrêts. V. notamment C. C., cass., 10 juillet 1821 (tom. 63, p. 60); rej., 16 mars 1830 (P., tom. 88, p. 321); cass., 19 nov. 1832 (P., tom. 96, p. 399); cass., 16 février 1835 (P., tom. 103, pag. 104).

le passage donne lieu ; il en est de celle-là comme de l'action en payement du prix d'une aliénation ordinaire. Si donc cette action est prescrite, le passage ne doit pas moins être continué. V. art. 685.

539 *bis*. I. Les termes de l'article 685 n'accordant que le droit de *réclamer* le passage moyennant indemnité, on aurait pu croire qu'une réclamation et le règlement qui devra la suivre seraient nécessaires pour réaliser le droit de servitude légale et faire naître l'obligation d'indemnité qui en est la condition. Dans ce système, la prescription de l'action ne courrait que du jour du règlement; mais on tient généralement, au contraire, que le droit au passage existe indépendamment du fait de la réclamation ; que le seul fait d'usage en est d'ailleurs la réclamation virtuelle, et suffit dès lors pour soumette à l'indemnité, et faire naître l'action tendant à l'obtenir. Si donc l'action a existé du jour où le propriétaire du fonds enclavé a commencé à passer, de ce moment aussi doit courir la prescription qui peut l'éteindre. Et cela, au surplus, est raisonnable, car celui qui a souffert sur son fonds pendant trente années un passage qu'il était tenu de concéder à condition d'indemnité doit être censé, ou avoir été indemnisé, ou avoir reconnu qu'il n'y avait pas lieu à indemnité, parce qu'il n'y avait peut-être aucun dommage. Mais bien entendu que tout cela n'est applicable qu'au cas supposé où le passage était nécessaire, et dû par conséquent à titre de servitude légale. Autrement le passage, quelque prolongé qu'il soit, devra être considéré comme un acte de tolérance, qui ne donnera lieu à aucune question d'indemnité, et ne pourra jamais faire acquérir par prescription un droit de servitude ; là, en effet, s'appliquera l'article 691.

539 *bis*. II. Lors même que le fait du passage avant le payement ou le règlement de l'indemnité n'aurait pas été considéré comme acte d'usage ou de possession de la servitude légale, il est évident que la prescription ne pouvait jamais être un moyen d'éteindre cette servitude. Car, tant que subsiste l'enclave qui rend le passage nécessaire, la loi contre laquelle on ne prescrit pas, ne cesse pas un instant de la constituer. Mais si le fait d'enclave venait à cesser, la nécessité cesserait par là même, et avec elle devrait cesser la servitude dont cette nécessité était le seul principe. Alors l'indemnité

reçue n'aurait plus de cause et devrait, en principe, être restituée. Du moins n'hésité-je pas à dire que s'il refuse le passage pour l'avenir, celui qui a reçu l'indemnité doit en offrir la restitution.

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

540. Quelles servitudes peuvent être établies par le fait de l'homme; comment elles peuvent être établies; quels sont leurs effets généraux; et comment elles s'éteignent : toutes ces questions sont résolues dans ce chapitre, divisé en quatre sections.

SECTION I.

Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.

541. On ne pouvait, sans gêner la liberté des conventions, et la faculté que chacun a de disposer de sa chose comme bon lui semble, borner à un certain nombre, et restreindre à un certain genre de droits, les servitudes qui peuvent être établies sur les propriétés et en faveur des propriétés. Mais la nature même des services fonciers nous montre qu'ils ne peuvent être imposés à la personne ni en faveur de la personne, c'est-à-dire qu'on ne peut ni imposer à la propriété d'un fonds la charge d'un service personnel, ni attacher à la propriété d'un fonds des prérogatives qui profiteraient au maître sans augmenter l'agrément ou l'utilité du fonds lui-même. Enfin il ne faut pas perdre de vue que la liberté des conventions et le droit absolu des propriétaires ne doivent jamais l'emporter sur l'intérêt de l'ordre public (v. art. 6 et 544). Ce principe restreint encore la faculté, d'ailleurs illimitée, d'établir des servitudes au gré des propriétaires. V. art. 686, al. 1.

541 *bis*. I. La défense d'imposer à la personne ou en faveur de la personne des services fonciers est en parfaite harmonie avec le droit romain, qui, n'admettant point en principe qu'une servitude pré-

diale pût consister *in faciendo* (v. *Pomp.*, L. 15, § 1, ff. *De servit.*), excluait par là même toute idée de service personnel, et qui d'autre part n'admettait pas davantage de servitudes prédiales en faveur de la personne (v. *Paul*, L. 6, ff. *De servit.*). Mais rien aujourd'hui plus qu'autrefois n'empêche une personne de s'imposer, en s'obligeant, certains services, qui pourtant ne constituent pas une servitude (v. art. 1101, 1134, 1142, 1710, 1780). Rien n'empêche non plus d'imposer à un fonds, en faveur d'une personne déterminée, une charge réelle, telle que passage ou puisage (v. art. 628), et de constituer dans ce sens de véritables servitudes personnelles.

541 *bis*. II. Le service de la personne ne peut être dû par un fonds. Ainsi un fonds ne peut être grevé d'une servitude consistant à labourer, fumer ou arroser le fonds d'autrui. Mais une personne peut contracter pour un temps déterminé une obligation semblable (v. art. 1780). Ce service de la personne ne peut pas non plus être précisément dû à un fonds; et toutefois rien n'empêche qu'une personne n'engage ses services envers une autre, en vue de l'utilité d'un fonds appartenant à celle-ci; *puta*, si quelqu'un s'est obligé à labourer, arroser ou fumer pendant un certain temps le fonds d'autrui. Et parce que le propriétaire du fonds, créancier des services, peut céder sa créance, il est clair que s'il aliénait le fonds, il pourrait la céder à l'acquéreur de ce fonds. Bien plus, comme cette intention est présumable, je pense qu'à moins de clause contraire, il serait censé l'avoir fait (v. au surplus art. 1122).

541 *bis*. III. Un fonds peut certainement être grevé d'une charge réelle en faveur d'une personne investie ainsi d'un droit de jouissance plus ou moins étendu (v. art. 543). Mais le droit de jouir de la chose d'autrui ne peut être attaché à la propriété d'un fonds que tout et autant que cette participation à la jouissance d'un autre propriétaire augmentera l'utilité du fonds. Ainsi on peut bien constituer, à titre de service foncier, un droit de vue, de puisage, de passage, mais non un droit de chasse ou de promenade; tandis que des droits de ce genre pourraient, à titre de droit d'usage, être concédés à une personne déterminée.

541 *bis*. IV. Quant à la défense d'établir des services contraires à l'ordre public, elle allait de soi; car évidemment les droits réels, pas plus que les obligations, ne peuvent être légalement constitués au préjudice de l'ordre public ou des bonnes mœurs (v. art. 6).

Ainsi, par exemple, on ne pourrait, à titre de servitude plus qu'à tout autre, dispenser son voisin d'observer dans ses constructions les précautions prescrites par les règlements de police à l'effet de prévenir, dans l'intérêt général, soit les incendies, soit les écroulements (v. ci-dessus n° 529 *bis*. III).

541 *bis*. V. C'est aux *propriétaires* sur leurs *propriétés* ou en faveur de leurs *propriétés* que la loi permet d'établir des servitudes. Si la propriété est seulement conditionnelle, ou résoluble, ou sujette à rescision, il n'y a évidemment aucune difficulté à permettre l'imposition ou l'acquisition d'une servitude soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision (v. art. 2125). Je n'en vois pas davantage, dans notre droit, à étendre cette faculté à un copropriétaire *pour sa part* (nonobst. Ulp., L. 2, Modest., L. 11, ff., *De servit.*); elle appartiendrait également à un nu propriétaire, sauf les droits de l'usufruitier; et je ne vois pas même qu'on doive la refuser à l'usufruitier pour le temps de la durée de son usufruit. A plus forte raison faut-il dire que la servitude active ou passive pourra toujours être établie par le propriétaire et l'usufruitier d'accord (1).

Mais celui qui n'a pas la propriété pleine, entière et incommutable ne peut, en principe, imposer ou acquérir de servitude que dans la mesure et pour la durée de son droit, sans que l'intégrité du droit des autres intéressés en reçoive atteinte ou modification. Ainsi la convention intervenue sans le consentement de ceux-ci ou de leurs représentants légaux ne pourra jamais leur être opposée. Mais ne pourraient-ils pas au contraire s'en appliquer le profit en se soumettant, s'il y a lieu, aux conditions du marché conclu? Non, évidemment, si les parties n'ont entendu traiter qu'en leur propre nom et pour leur propre compte. Mais c'est là, selon moi, une question de fait. Car, lors surtout qu'il s'agira d'acquisition, le propriétaire commutable, le copropriétaire, ou même le simple usufruitier, qui pouvaient améliorer la condition de la propriété (v. *Ulp.*, L. 13, § 4, ff., *De usufr. et quem.*), seraient facilement censés avoir entendu agir pour le fonds, par conséquent au nom

(1) V. au contraire Ulpien, L. 15, § 7, ff. *De usufr. et quem.* Le jurisconsulte romain non-seulement refuse à l'usufruitier le droit d'acquérir une servitude au fonds (à plus forte raison lui refuserait-il celui de l'imposer), mais il va jusqu'à refuser au propriétaire le droit d'imposer une servitude du consentement de l'usufruitier. Ces décisions tiennent évidemment à l'extrême subtilité de la doctrine romaine sur les servitudes, et je n'hésite pas à les rejeter.

du propriétaire actuel ou éventuel du fonds, et sauf alors pour celui-ci la faculté de ratifier. Cette supposition ici se justifiera d'autant mieux que le droit, objet de l'acquisition, est, de sa nature, perpétuel, comme le fonds dont il est destiné à devenir une qualité.

542. La faculté illimitée d'établir des servitudes, sous les seules restrictions indiquées, emporte nécessairement celle d'en régler l'usage et l'étendue. La loi s'est donc contentée de poser des principes généraux, qui, dans le silence du titre, doivent être appliqués aux servitudes, suivant les diverses classes dans lesquelles on les range. V. art. 686, al. dernier.

543. Les servitudes se divisent en *urbaines* et *rurales*. Cette division fort importante dans le Droit romain, et que notre législateur, en se conformant à la doctrine vulgaire, ne paraît pas avoir reproduite bien exactement (1) n'établit chez nous aucune différence dans le droit.

Quoi qu'il en soit, la distinction du Code se tire de la nature de l'héritage pour l'usage duquel la servitude est établie; cet héritage, quelque part qu'il soit situé, est réputé *urbain* ou *rural*, suivant que c'est un bâtiment ou un fonds de terre. V. art. 687.

544. A la suite de cette division sans intérêt, la loi en indique deux autres bien plus importantes, parce qu'elles servent de base à des différences essentielles dans la manière d'acquérir ou de perdre les servitudes.

Ainsi les servitudes se divisent en *continues* et *discontinues*, en *apparentes* et *non apparentes*.

La continuité de la servitude consiste dans la possibilité de son usage sans le fait actuel de l'homme. V. art 688, et à ce sujet art. 690, 691, 692, 707.

Quant à son apparence, elle consiste dans un signe extérieur qui en annonce l'existence. V. art. 689, et à ce sujet art. 690, 691, 692, 694.

544 *bis*. La loi classe parmi les servitudes continues le droit de

(1) V. Ducaurroy, *Institutes expliquées*, tom. 1, n° 409 et la note.

vue, et parmi les servitudes discontinues le droit de passage, parce que l'exercice du premier ne consiste pas dans le fait de voir, mais dans l'existence même de l'ouverture qui procure la vue. Cette ouverture n'est donc pas seulement le signe extérieur annonçant la servitude, comme une porte ou le tracé d'un chemin est ou pourrait être le signe d'une servitude de passage, et la rendre ainsi apparente; c'est à la fois, et le signe de la servitude, et le fait constitutif de l'état de servitude. Et cela est raisonnable, car l'ouverture en elle-même, quand on ne s'en approcherait jamais pour regarder, constitue une utilité pour le bâtiment auquel elle procure l'air et la lumière, tandis qu'il n'y a que le fait du passage qui produit l'accès au fonds.

SECTION II.

Comment s'établissent les servitudes.

545. Le principe naturel de l'établissement des servitudes est dans la volonté des propriétaires; mais cette volonté, bien certaine lorsqu'elle est exprimée par un titre, peut aussi être supposée, disons mieux, peut même être suppléée par une longue possession, pourvu que cette possession réunisse les caractères propres à opérer la prescription. Il y a plus, le mode d'exercice du droit de propriété par le maître commun de deux héritages, et l'application qu'il fait de l'un à l'usage et à l'utilité de l'autre, en d'autres termes, la destination du père de famille, peut en cas de séparation, mais sauf plusieurs distinctions, devenir le principe de véritables servitudes, qui, du reste, se rattacheront toujours plus ou moins directement à la volonté commune des propriétaires respectifs.

Ainsi, deux manières principales d'établir les servitudes : le titre et la prescription trentenaire; en troisième lieu la destination du père de famille, qui, à le bien prendre, n'a que l'effet de constituer tacitement un titre.

545 *bis*. Nous entendons ici par *titre* la convention intervenue entre les deux propriétaires, ou la donation soit entre-vifs, soit testamentaire, faite par l'un à l'autre. La donation et le testament supposent toujours un acte écrit et en due forme, car leur validité

en dépend (v. art. 893, 931, 969, 1001). Mais la convention à titre onéreux pourrait être purement verbale, et n'en constituerait pas moins un titre propre à établir une servitude quelconque. Seulement, si la convention verbale est niée, celui qui l'invoque et doit la prouver se trouvera souvent, par application des articles 1341 et 1353, dans l'impossibilité de faire cette preuve, et par événement alors il sera considéré comme n'ayant pas de titre. Mais cette impossibilité n'existera pas, s'il y a un commencement de preuve par écrit (v. art. 1347); et en l'absence même de ce commencement de preuve, il pourra rester la ressource de l'aveu et du serment. Quoi qu'il en soit, la difficulté de prouver sans écrit explique, comme je l'ai dit ailleurs (1), l'abus de mot qui souvent, dans la pratique, fait confondre avec le titre même l'acte écrit qui en prouve l'existence. Mais ici, pas plus que dans l'article 550, le mot titre ne peut être entendu dans ce sens abusif.

546. Toute servitude peut être établie par titre, mais la prescription ne pouvant s'acquérir que par une possession publique et non équivoque (art. 2229), c'est avec grande raison que notre Code ne veut point l'admettre pour les servitudes discontinues, ni pour les servitudes non apparentes; fidèle à son principe, il ne le fait pas fléchir, même devant une possession immémoriale. Du reste, la loi, qui ne dispose jamais que pour l'avenir (art. 2), a dû respecter les droits acquis avant sa promulgation. Remarquons seulement que ce n'est pas faire rétroagir la loi que de lui attribuer l'effet d'arrêter le cours de la prescription commencée. Aussi le Code ne maintient-il que les servitudes déjà acquises. Voy. art. 690, 691.

546 *bis*. I. L'acquisition par prescription s'applique aux servitudes qui sont à la fois continues et apparentes, et ne s'applique qu'à celles-là : sur ce point, la loi est bien expresse. Cette acquisition s'opère par une possession de trente ans; et comme aucune autre prescription n'a été déclarée applicable à l'acquisition des servitudes, j'en conclus qu'aucune autre ne peut leur être appliquée.

(1) V. ci-dessus, n° 385 *bis*. II.

Vainement donc, selon moi, argumenterait-on de la généralité des termes de l'article 2265, qui fait prescrire par dix ou vingt ans la propriété des immeubles possédés à juste titre et de bonne foi, pour en conclure que la servitude, déclarée *immeuble* par l'article 526, peut être ainsi acquise lorsqu'elle est constituée par un titre émané d'un auteur sans droit pour le conférer. Je soutiens au contraire que l'article 2265 est entièrement étranger à l'acquisition des servitudes, qui se trouve complétement et exclusivement réglée au siége de la matière. En effet, quand il s'agit surtout du temps requis pour prescrire, c'est dans les titres propres à chaque matière et non au titre de la prescription qu'il faut chercher les règles à suivre (art. 2264).

Il est vrai qu'en ce qui concerne l'acquisition de l'usufruit, j'ai admis, suivant la doctrine générale, l'application des règles établies au titre de la prescription, et notamment pour l'usufruit des immeubles, celle de l'article 2265 (1). Mais il est évident que l'usufruit offre avec la propriété bien plus d'analogie que n'en offrent les servitudes, notamment en ce qui concerne la manifestation et par conséquent la publicité de la possession. C'était là une raison suffisante pour lui appliquer, *dans le silence de la loi*, les règles ordinaires de la prescription à l'effet d'acquérir; mais en matière de servitude, où la possession présente toujours, pour tout autre que l'auteur du titre, un caractère plus ou moins équivoque, et n'apparaît jamais aussi manifestement que la possession à titre de propriétaire ou d'usufruitier, il faut un texte pour rendre applicable la prescription, et ce texte, nous ne le trouvons que dans l'article 690 qui exige une possession de trente ans. Peu importe, après cela, que dans l'ancien droit, sous l'empire des coutumes qui n'admettaient aucune servitude sans titre, la doctrine des auteurs étendît à leur acquisition la prescription de dix ou vingt ans fondée sur un titre émané d'un auteur sans droit. C'était là un tempérament conciliable avec les termes des coutumes, et que leur rigueur dans l'exigence du titre pouvait rendre désirable; mais aujourd'hui que le législateur accorde à la possession des servitudes l'effet dont cette possession lui a paru susceptible, nous devons nous garder de rien ajouter à sa disposition (2).

(1) V. ci dessus, n°. 418 *bis*. IV et V.
(2) V. au surplus C. C., cass., 10 décembre 1834 (P., tom. 101, p. 164).

546 *bis*. II. En m'en tenant, comme je le fais, pour la prescription des servitudes, aux termes des deux articles 690 et 691, j'écarte complétement le système de ceux qui donnent au titre émané *a non domino* un effet quelconque pour rendre la prescription applicable aux servitudes discontinues ou non apparentes : soit que, se fondant sur l'article 2265, ils veuillent appliquer alors la prescription de dix ou vingt ans ; soit qu'en reconnaissant avec moi que cet article est étranger à la matière, et ne voyant dans le titre qu'un moyen de faire cesser l'équivoque de la possession ; ils exigent, suivant le droit commun consacré par l'article 2262, une possession de trente ans (1). L'une ou l'autre doctrine pouvait bien être exacte sous l'empire de la coutume de Paris, qui disait seulement qu'une servitude ne s'acquiert pas par longue jouissance, *sans titre* (Cout. de Paris, art. 186). Mais elle est inconciliable avec les termes de notre Code, qui dit formellement que les servitudes dont il s'agit *ne peuvent s'*ÉTABLIR *que par titre.*

546 *bis*. III. Toutefois, je n'entends pas dire que le titre émané d'une personne sans qualité pour établir le droit soit sans valeur pour constituer une possession légale des servitudes, même discontinues ou non apparentes ; car le titre enlevant à la jouissance le caractère de précarité, cela doit suffire pour fonder, aux termes de l'article 23 du Code de procédure, l'exercice de l'action possessoire (2). Mais le bénéfice du possessoire ne dispensera pas le possesseur annal, s'il est attaqué ensuite au pétitoire, de prouver son droit à la servitude. Cette preuve, en effet, sera nécessaire pour détruire la présomption de liberté des fonds invoquée par le propriétaire qui intentera l'action négatoire. Le titre évidemment ne fournira pas au défendeur la preuve de son droit, si, comme nous l'avons supposé, il n'émane pas du propriétaire du fonds prétendu survenu. Pareillement, s'il s'agissait d'une servitude susceptible d'être acquise par prescription, le possesseur annal, maintenu au possessoire, n'en aurait pas moins à prouver que sa possession remonte à trente ans (3).

546 *bis*. IV. Le titre que je considère comme suffisant pour faire

(1) V. dans ce sens Maleville sur l'article 691 ; Toullier, n° 629.

(2) V. C. C., cass., 24 juillet 1839 (P., tom. 2 de 1839, p. 180, et les nombreux arrêts cités à la note) ; rej., 7 juin 1847 (P., tom. 2 de 1848. p. 105).

(3) V. à ce sujet ce que j'ai dit ci-dessus, n° 507 *bis*. VI.

cesser le vice de précarité, et pour fonder en conséquence l'exercice de l'action possessoire, pourrait émaner soit du possesseur du fonds prétendu servant, qui aurait vendu ou donné une servitude sur ce fonds, soit du vendeur ou donateur du fonds prétendu dominant, qui, dans l'aliénation de ce fonds, aurait annoncé l'existence de la servitude active. Dans l'un comme dans l'autre cas, selon moi, il y a eu vente ou donation de la servitude, qui dès lors aura été possédée *ex justa causa ;* ce qui donnerait lieu à la prescription de dix ou vingt ans, si, contre mon sentiment, l'on devait admettre, avec quelques-uns, que cette prescription est applicable à la matière ; car, dans l'un comme dans l'autre cas, le titre devrait suffire pour faire présumer la bonne foi jusqu'à preuve contraire. Quoi qu'il en soit, je ne vois aucune raison pour refuser à l'un ou à l'autre des titres que je suppose l'effet de fonder une possession légale au point de vue de l'exercice des actions possessoires.

546 *bis*. V. Il paraît qu'autrefois, dans les pays où la prescription était admise pour l'acquisition des servitudes, on distinguait entre les servitudes continues et les servitudes discontinues, et que pour ces dernières on exigeait une possession immémoriale (1). Quelle que soit au reste l'espèce de prescription admise par l'ancien droit, son effet doit être respecté, si elle était accomplie avant la publication du Code. Tout cela s'est trouvé d'une application facile dans les premières années de cette publication. Mais, là surtout où l'on exigeait une possession immémoriale, l'application devient de jour en jour plus difficile ; car, de ce que la possession serait aujourd'hui immémoriale, il ne s'ensuit pas qu'elle le fût déjà au temps où se réfère l'article 691. Quoi qu'il en soit, c'est un point de fait, sur lequel les tribunaux auront à statuer suivant les circonstances, sans être absolument astreints à n'admettre dans les enquêtes que des témoins ayant, au moment de la publication du Code, déjà dépassé un certain âge (2).

546 *bis*. VI. Du principe de non-rétroactivité qui fait maintenir l'effet de la prescription acquise pour des servitudes qui n'en sont plus susceptibles, on doit également conclure à l'inverse que, dans les pays où nulle servitude ne s'acquérait par prescription, on ne

(1) V. M. Maleville sur l'article 691, et les auteurs qu'il cite.
(2) V. C. C., rej., 9 novembre 1826 (P., tom. 77, p. 459); *id.*, 20 nov. 1837 (P., 1839-2-190); *id.*, 1er juillet 1839 (P., 1839-2-192).

pourrait compter pour l'acquisition des servitudes, qui en sont aujourd'hui susceptibles, que la possession postérieure à la promulgation du Code.

547. Nul doute que la destination du père de famille ne puisse soumettre, l'un envers l'autre, à toute espèce de services, des fonds réunis dans la même main; mais il n'y a pas là servitude. Toutefois, s'il existe sur les fonds ainsi réunis des ouvrages apparents de nature à constituer, par eux-mêmes et sans aucun fait de l'homme, en état de servitude des héritages qui appartiendraient à des maîtres différents, alors la servitude naîtra au moment de la division, par cela même que les choses devront rester dans le même état. C'est en ce sens qu'on dit que destination du père de famille vaut titre (art. 692).

548. Cela bien entendu, on conçoit facilement que pour invoquer en faveur de l'existence légale d'une servitude la destination du père de famille, il faut qu'il s'agisse d'une servitude continue et apparente, et qu'en outre il faut prouver : 1° qu'à une époque quelconque les fonds aujourd'hui divisés ont appartenu simultanément à un même maître; 2° que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état actuel. V. art. 692, 693.

548 *bis*. I. L'état des lieux d'où résulterait la servitude ne saurait à cet égard être significatif, s'il n'est pas antérieur à la division des deux fonds; il faut donc prouver cette antériorité, c'est là, je crois, tout ce que la loi a voulu dire quand elle exige la mise en cet état par le propriétaire auquel les deux fonds ont appartenu. Peu devrait, du reste, importer que cet état eût précédé la réunion, et qu'il provînt du fait des anciens propriétaires, ou qu'il provînt même du fait d'un tiers, pourvu qu'il eût été maintenu par le propriétaire des fonds réunis.

548 *bis*. II. La loi ne dit pas, comme autrefois la coutume de Paris, que la destination du père de famille doive, pour valoir titre, *être ou avoir été par écrit* (Cout. de Paris, art. 216). Quel que fût le sens exact de cette règle, il suffit qu'elle ne soit pas reproduite pour qu'on n'ait pas à s'en préoccuper. Ainsi la question du mode

de preuve sur les deux faits qui doivent être établis doit se décider uniquement par les principes généraux. Cela posé, il est évident que si le fait de réunion n'est pas contesté, le fait d'existence de l'état de choses pendant la réunion peut être prouvé par tous les moyens possibles; car, pour la confection des travaux qui ont produit l'état de choses, il n'y a jamais eu pour personne obligation de faire un écrit (conf. art. 1341 et 1348).

Quant au fait de réunion, comme le tiers qui l'allègue n'a pas précisément à prouver la cause qui l'a produit, et que c'est cette cause qui seule eût été de nature à être constatée par écrit; comme, d'ailleurs, l'écrit, s'il en a été dressé un, peut très-bien, sans qu'il y ait faute de sa part, ne pas être entre ses mains, je ne vois pas davantage comment on appliquerait à ce tiers la règle de l'article 1341 : et, dès lors, la loi n'ayant rien dit, j'en conclus que, pour ce fait comme pour le précédent, la preuve pourra être faite par tous les moyens possibles. Sur ce point, au surplus, le silence de la loi est significatif, car le législateur avait sous les yeux la disposition de la coutume de Paris, qui exigeait la preuve par écrit, et ce n'est probablement pas sans dessein qu'il s'est abstenu de répéter cette disposition.

549. Le même principe qui, aux conditions indiquées, fait valoir titre à la destination du père de famille, pour les servitudes continues et apparentes, dispense de réserver expressément dans le titre par lequel s'opère la séparation de deux héritages réunis, les servitudes, continues ou non, dont il existe un signe apparent : ce signe, combiné avec le silence du titre, suffit naturellement pour faire supposer l'intention commune de constituer en servitude la destination du père de famille ainsi manifestée (v. à ce sujet art. 1638). Mais la preuve légale ne résultant ici que de cette combinaison, il paraît que la production du titre est nécessaire pour qu'on puisse appliquer la présomption. V. art. 694.

549. *bis.* Évidemment l'article 694, comme les deux articles précédents, s'applique au cas de division de deux héritages précédemment réunis dans la même main; et ici comme là c'est la destination du père de famille pendant la réunion qui, par l'effet du consentement

tacite des parties au moment où la séparation s'est opérée, se convertit en servitude. Mais la différence consiste en ce que l'article 694 n'exige pas, comme l'article 692, que la servitude soit continue; il suffit qu'elle soit apparente. Il reste à bien déterminer dans quels cas la disposition spéciale de l'article 694 devra prévaloir sur la disposition générale de l'article 692, pour donner à la destination du père de famille l'effet de produire une servitude, sous la seule condition qu'il en existe un signe apparent. A cet égard, quelques-uns, supposant probablement que jamais la destination du père de famille ne pourra être utilement invoquée sans la production du titre qui a établi la division, ont proposé de distinguer entre les divers titres, et, laissant sous l'empire de la règle générale de l'article 692 le cas de partage, n'ont voulu d'abord appliquer l'article 694 qu'au cas d'aliénation par donation, vente ou échange. Mais cette opinion paraît aujourd'hui abandonnée. D'autres, s'en tenant d'ailleurs strictement aux termes de l'article 692, ne veulent appliquer l'article 694 qu'autant que la servitude dont il existe un signe apparent a précédé la réunion des deux héritages : c'est celle-là seulement qui, éteinte temporairement par confusion (art. 705), doit, selon eux, revivre par la séparation postérieure aux conditions prescrites par l'article 694, à savoir, le signe apparent et le silence du titre. A l'appui de ce système, on insiste sur ces termes de l'article : *la servitude continue d'exister;* d'où l'on induit qu'il ne s'agit pas d'une servitude nouvelle, mais d'une servitude qui a déjà existé. Pour moi, je ne vois pas, je l'avoue, de raison suffisante pour distinguer entre une servitude précédemment établie, dont la destination du père de famille aurait maintenu l'usage, et celle dont l'usage au contraire aurait commencé par la destination du père de famille. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, en effet, on ne peut dire exactement que la servitude continue d'exister, car le principe *Nemini res sua servit* ne permet aucunement de reconnaître son existence pendant la réunion; dans les deux cas donc elle ne peut que naître ou renaître par la division. Et si je saisis bien la pensée du législateur, c'est dans le silence du titre combiné avec le signe apparent créé ou conservé par le précédent propriétaire qu'il faut uniquement chercher la cause de l'établissement de la servitude. Cela, au surplus, est en parfaite harmonie avec la disposition de l'article 1638 qui, considérant sans doute qu'un signe apparent de

servitude doit faire supposer entre les parties l'existence légale de la servitude, dispense virtuellement le vendeur de toute garantie pour les servitudes apparentes même non déclarées. Mais évidemment pour que l'induction se produise en faveur de celui qui prétend à la servitude, il faut qu'il représente le titre quelconque en vertu duquel s'est opérée la division des deux héritages précédemment réunis. Et c'est là, selon moi, ce qui constitue la différence entre l'application de l'article 694 et celle des articles 692 et 693. Ainsi quand en l'absence de titres on offrira de prouver par tous les moyens possibles les deux faits prévus par l'article 693, on ne sera pas admis à s'en appuyer pour prétendre à une servitude, si elle n'est pas à la fois continue et apparente (art. 692). Mais si le titre par lequel s'est opérée la division est produit, et qu'on soit ainsi à même de vérifier qu'il ne contient rien de contraire à la prétention, le signe apparent combiné avec son silence suffira pour faire proclamer l'existence de la servitude (1).

550. Certaines servitudes ne pouvant, comme nous l'avons vu, s'établir que par titre, il s'ensuit que celui qui les réclame doit être en général assujetti à représenter l'acte écrit qui constate la donation, le legs, ou le contrat quelconque qui les a créées, sauf seulement la faculté de remplacer cet acte par un titre récognitif émané du propriétaire. Voy. art. 695.

550 *bis*. I. Quand il s'agit d'une servitude qui peut s'établir par prescription, l'absence de l'acte écrit constatant le titre ne cause aucun préjudice à celui qui a en sa faveur une possession trentenaire qu'il est admis à prouver par tous les moyens possibles. Mais dans les autres cas, il faut justifier de l'existence du titre, et, comme le plus ordinairement un acte est pour cela nécessaire (v. art. 1341), la loi, raisonnant dans cette hypothèse, ne permet de remplacer le titre (c'est-à-dire ici l'*acte*) primordial que par un titre (ou acte) récognitif. Mais j'entends que c'est sans préjudice de l'application des articles 1347 et 1348, qui, suivant les cas, pourraient permettre de prouver le titre proprement dit par témoins, et conséquemment aussi par présomptions (art. 1353).

550 *bis*. II. L'acte récognitif d'une servitude ne peut guère être

(1) V. au surplus *Thémis*, tom. 6, pag. 473.

supposé avoir été dressé à d'autres intentions qu'à celle de remplacer le titre primordial. Ce n'est pas ici comme en matière de rente, où l'obtention d'un titre nouveau peut avoir et a souvent pour but unique d'interrompre la prescription (v. art. 2263). Ici donc ne me paraît pas applicable la disposition de l'article 1337 qui, ne considérant l'acte récognitif comme destiné à remplacer le titre primordial qu'autant qu'il en relate la teneur, prescrit en général cette condition pour qu'il dispense de le représenter (1).

551. L'établissement d'une servitude comprend naturellement tout ce qui est nécessaire pour en user; il s'ensuit qu'une servitude quelconque peut quelquefois s'établir tacitement comme accessoire d'une autre. La loi s'en explique formellement pour le passage, qui serait une conséquence nécessaire d'un droit de puisage. V. art. 696.

551 *bis*. En principe l'étendue de la charge accessoire a pour mesure la nécessité. Et toutefois cette idée elle-même paraît susceptible d'une application plus ou moins stricte, eu égard à la volonté présumée des parties. Je crois donc qu'il faut ici, comme pour la charge principale, s'attacher à la nature du titre pour l'interpréter plus ou moins largement, et à défaut de titre, s'il y a lieu à prescription, appliquer la règle *Quantum possessum, tantum præscriptum*. En un mot, j'entends qu'il y a lieu de s'en référer aux principes posés dans les deux numéros suivants. Du reste, la constitution tacite d'une servitude accessoire ne l'étant évidemment qu'en vue de la servitude principale et pour en procurer l'exercice, je n'hésite pas à en subordonner la durée à l'existence de celle-ci. Lors donc, par exemple, que le droit de passage n'existera que comme conséquence du droit de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, on devrait perdre le droit de passer si la fontaine venait à tarir. *Secùs*, si les deux servitudes étaient chacune principalement établies, car alors l'extinction ou cessation de l'une laisserait subsister l'autre.

(1) C. C., rej., 16 nov. 1829 (P., tom. 86, p. 375). *Id.*, 2 mars 1836 (P., tom. 105, p. 9).

SECTION III.

Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

552. L'étendue de ces droits est, comme on l'a vu, réglée par le titre constitutif (art. 686); ce titre doit être interprété suivant la commune intention des parties (art. 1156), en ayant surtout égard à la possession actuelle et au but de la servitude; mais, dans le doute, on doit se décider en faveur de la liberté, et conséquemment restreindre la servitude plutôt que l'étendre. Voyez, au surplus, les règles sur l'interprétation des conventions (art. 1156-1164).

553. Si la servitude est acquise par prescription, c'est à la possession seule qu'il faut s'attacher, suivant la maxime : *Tantum præscriptum, quantum possessum*. De même la servitude acquise par destination du père de famille nous paraît devoir se borner aux droits qui sont la conséquence nécessaire de l'état des lieux, sauf, bien entendu, l'application de l'article 694.

554. L'étendue de la servitude une fois déterminée, le propriétaire du fonds auquel elle est due peut non-seulement l'exercer tant que l'état des lieux en permet l'usage; mais il peut même, pour en user ou pour la conserver, faire sur l'un ou l'autre fonds tous les ouvrages qui peuvent être nécessaires dans le principe, ou le devenir par la suite. V. art. 697.

555. La nature des servitudes, qui consiste uniquement à souffrir ou à s'abstenir, met en général les travaux et ouvrages aux frais du propriétaire du fonds dominant; et cependant, comme l'obligation de payer ne constitue pas proprement un service personnel, la loi permet d'imposer accessoirement cette nouvelle charge au fonds servant. Voy. art. 698.

Il est, du reste, évident que la charge étant alors imposée au fonds, on peut s'en affranchir par l'abandon du fonds. V. art. 699.

555 *bis*. I. Un propriétaire pourrait bien toujours, en consentant l'établissement d'une servitude sur son fonds, prendre à ce sujet tel engagement personnel que bon lui semblerait. Alors évidemment cet engagement produirait l'effet ordinaire des obligations; il ne se transmettrait donc pas de plein droit avec la propriété du fonds assujetti, et subsisterait au contraire, après comme avant l'aliénation, dans la personne de celui qui l'aurait contracté. Mais telle n'est pas l'hypothèse des articles 698 et 699; il s'agit d'une charge imposée au fonds accessoirement à la servitude, et la preuve en est précisément dans la faculté accordée par la loi de s'affranchir par abandon. Une charge semblable n'était admise à Rome que dans le seul cas de la servitude *oneris ferendi* (1). Mais notre Code, sans l'imposer dans aucun cas, permet à la convention de l'établir pour toute espèce de servitude. Du reste, comme c'est une dérogation aux principes (v. art. 686), il ne serait pas permis d'étendre cette dérogation, et d'imposer au propriétaire du fonds assujetti la charge d'un fait quelconque autre que celle de supporter les frais des ouvrages nécessaires pour user de la servitude et pour la conserver (conf. art. 697 et 698).

555 *bis*. II. La charge pesant exclusivement mais entièrement et indivisiblement sur le fonds assujetti, il doit suffire au propriétaire pour s'en affranchir d'abandonner son fonds, mais l'abandon doit être complet. Seulement nous devons remarquer que lorsqu'une servitude a une assiette fixe et déterminée, comme un droit de passage par tel chemin ou de puisage à telle fontaine, il n'y a vraiment d'assujetti que le chemin qui sert au passage ou la fontaine qui fournit l'eau. C'est là donc évidemment ce qu'il faudrait, mais aussi ce qu'il suffirait, d'abandonner. Et quand même la servitude, soit de passage, soit de puisage, serait établie sur un fonds sans détermination préalablement fixée, il serait toujours loisible au propriétaire de faire procéder à cette détermination, et de s'affranchir de la charge en abandonnant la partie de son fonds qui, par l'effet de l'opération, deviendrait seule assujettie. Mais il y a des servitudes qui pèsent sur l'héritage entier, tel serait, par exemple, un droit de pâturage sur un pré que le propriétaire du fonds assujetti serait, d'après le titre, tenu de fumer ou ensemencer à ses

(1) V. *Ulp.*, L. 6, § 2 et 3, ff. *Si serv. vind.*

frais. Il est clair qu'en pareil cas, c'est le pré tout entier qu'il faudrait abandonner pour le soustraire à la charge. V. à ce sujet *Paul*, L. 6, ff. *De serv.*, *Javol.*, L. 13, § 1, ff. *De serv. præd. rust.*

556. La servitude, étant une qualité du fonds, est due à toutes ses parties. Si donc l'héritage dominant vient à être divisé, chacun des copropriétaires a droit à la servitude, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée. V. art. 700.

556 *bis*. I. Pour le fonds dominant comme pour le fonds servant, l'indivisibilité de la servitude ne la rend applicable à toutes les parties de l'héritage qu'autant qu'elle n'est pas déterminée, par le titre ou par son objet, à une certaine partie ou région. Évidemment, par exemple, une servitude d'appui se borne par la nature des choses aux bâtiments dont l'un sert d'appui à l'autre, et peut même ne pas s'appliquer à toutes les parties de l'un ou de l'autre bâtiment. C'est dans la supposition d'une servitude applicable à toutes les parties de l'héritage dominant, comme *pourrait* l'être, par exemple, un droit de passage, de puisage ou d'aqueduc, que la loi a réglé comme elle l'a fait le cas de division de cet héritage, et déclaré la servitude due à chaque lot. Il est d'ailleurs bien entendu que si la servitude est déterminée à une certaine région, la règle de notre article s'appliquerait à la division de cette région.

556 *bis*. II. Après la division du fonds dominant, ou de la partie du fonds seule dominante, chaque lot forme un héritage distinct, et il y a alors autant de servitudes qu'il y a de lots ayant droit. C'est là un point important en ce qui concerne notamment l'extinction par non-usage (v. art. 706; v. à ce sujet *Cels.*, L. 6, § 1, ff. *Quem. serv. amitt.*). Mais il n'en doit résulter aucun préjudice pour le fonds servant; telle est la règle formellement proclamée par la loi, et dont elle fait elle-même l'application au droit de passage. Dans le cas particulier de cette application, et généralement dans tous les cas où l'exercice de la servitude consiste dans un fait indivisible, chaque lot évidemment conservera l'exercice du droit entier; tout ce qu'il faut, c'est que cet exercice par tous et chacun n'amène point envahissement d'une plus grande partie de l'héritage servant. Mais si le fait formant l'objet de la servitude est susceptible de division, comme la prise d'une certaine quantité d'eau, de sable, de caillou,

je ne vois pas pourquoi le droit à cette quantité ne se diviserait pas entre chaque lot, et je crois que cette division s'opérerait de plein droit, proportionnellement à la part attribuée à chacun dans l'héritage entier, sans préjudice du droit qu'auraient les copartageants de diviser dans une autre proportion, même d'attribuer à un seul lot l'exercice entier et exclusif du droit; car il suffit que la position du fonds servant ne soit pas aggravée (1).

556 *bis*. III. La division devrait également s'opérer entre les divers lots si la quantité à prendre n'était pas limitée à un chiffre fixe, auquel cas elle devrait se mesurer sur les besoins du fonds dominant. Alors chaque lot, devenu par le partage un fonds distinct, aurait droit, en principe, à une quantité mesurée sur les besoins particuliers de son fonds. Seulement comme la somme réunie des besoins particuliers excéderait peut-être par le fait la mesure des besoins du fonds unique tel qu'il était avant le partage, et comme la position du fonds servant ne doit pas être aggravée, il pourrait y avoir lieu à faire régler judiciairement, si l'on ne peut le faire à l'amiable, une certaine quantité, basée sur la mesure applicable à l'état antérieur, et à répartir ensuite cette quantité entre les divers lots, au prorata du besoin particulier de chacun.

556 *bis*. IV. La division de l'héritage assujetti, dont la loi ne s'est pas occupée, pourrait, on le sent bien, multiplier le nombre des fonds servants, comme la division de l'héritage pour lequel la servitude a été établie multiplie celui des fonds dominants. Cette division, du reste, ne peut modifier en rien l'étendue du droit afférent au fonds dominant, lequel droit continuera à s'exercer, suivant les cas, soit sur chaque lot, si le fonds entier était assujetti, soit sur le lot ou les lots comprenant la partie assujettie (v. ci-dessus n° 555 *bis*. II. et 556 *bis*. I.). Mais évidemment si la charge consiste dans un fait divisible, comme de fournir une certaine quantité d'eau, il y aura lieu d'appliquer, pour la répartition de cette charge entre les divers lots servants, les mêmes principes que pour la répartition du profit entre divers lots dominants. Seulement il est clair qu'ici la convention des copartageants ne pourrait pas, en faisant peser toute la charge sur l'un des lots, affranchir, au préjudice du

(1) V. à ce sujet C. C., cass., 20 juin 1827 (P., tom. 80, p. 178); Amiens (sur renvoi), 17 avril 1828 (P., t. 81, p. 568).

fonds dominant, les autres lots auxquels cette charge incombait.

556 *bis*. V. Ce n'est que le partage qui convertit, comme on l'a dit, en plusieurs fonds distincts l'héritage dominant ou servant. Mais, dès avant cette opération, la transmission de l'un ou de l'autre fonds à plusieurs propriétaires multiplie le nombre des intéressés. Cette multiplication ne modifie en rien l'exercice du droit, quand c'est le fonds servant qui se trouve appartenir aussi par indivis à plusieurs propriétaires. Mais si c'est le fonds dominant, et qu'il s'agisse d'une servitude qui ne s'exerce que par le fait de l'homme, en d'autres termes d'une servitude discontinue, la question est de savoir si chacun des copropriétaires peut l'exercer en totalité sans le concours des autres. Cela me paraît sans difficulté, quand il s'agit d'un fait indivisible, comme un passage. Mais lors même que l'objet de la servitude serait divisible, comme une prise d'eau ou de sable dans une certaine mesure, je crois qu'il en serait de même, en ce sens, qu'à moins d'opposition de la part de ses copropriétaires, chacun pourrait, l'un à défaut de l'autre, obtenir la prestation entière; car l'exercice d'une servitude n'est qu'un acte d'administration. Or je crois qu'il en est des communistes comme des associés, qui sont censés, jusqu'à opposition, s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer les uns pour les autres (v. art. 1859). C'est bien au surplus ce que suppose la loi, lorsque, sans distinguer entre les diverses espèces de servitudes, elle donne à la jouissance de l'un des copropriétaires par indivis l'effet d'empêcher la prescription à l'égard de tous (art. 709).

557. Nous avons vu que le propriétaire du fonds dominant peut faire pour l'usage et la conservation de son droit tout ce qui est nécessaire; à plus forte raison peut-il exiger qu'il ne soit rien fait en sens contraire par le propriétaire du fonds assujetti. Celui-ci, par exemple, ne doit pas être maître de transférer arbitrairement l'exercice de la servitude d'un endroit à l'autre. A la rigueur, il ne le pourrait jamais; et toutefois, il est raisonnable de faire fléchir cette rigueur devant le principe d'équité, lorsque le changement proposé doit, sans nuire à l'un, procurer à l'autre un notable avantage. La loi applique ce tempérament au cas où l'assignation primitive

est devenue plus onéreuse, et à celui où elle empêcherait des réparations avantageuses. Voy. art. 701.

558. Si le propriétaire du fonds servant doit s'abstenir de tout ce qui porterait atteinte à l'exercice de la servitude, s'il doit souffrir même tout ce qui tend à en assurer l'usage ou la conservation, il est juste que de son côté le propriétaire du fonds dominant se renferme strictement dans son droit, et qu'il ne puisse faire, même sur son fonds, aucun changement de nature à aggraver la condition de l'autre. V. art. 702.

SECTION IV.

Comment les servitudes s'éteignent.

559. Les servitudes prédiales ont en général, comme les fonds entre lesquels elles subsistent, une durée indéfinie. Cependant il n'est pas douteux dans notre droit qu'elles ne puissent être établies à terme ou sous condition; elles s'éteignent alors au temps ou au cas prévu.

560. Pareillement, si le propriétaire qui les a constituées passivement sur son fonds n'avait qu'un droit résoluble dans certain cas, ou sujet à rescision, elles seraient nécessairement soumises à la même condition ou à la même rescision.

560 *bis*. Il en devrait être de même en principe, si c'est par un propriétaire commutable que la servitude a été acquise au fonds. Et il en sera certainement ainsi lorsque le propriétaire commutable n'aura entendu stipuler l'établissement de la servitude que pour lui-même, et en tant que le fonds lui demeurerait propre. Mais j'ai déjà dit les raisons qui me porteraient, en général, à supposer le contraire, et à permettre en conséquence au propriétaire qui succède par l'effet de la condition résolutoire de s'attribuer le profit de la stipulation, en se soumettant, s'il y a lieu, aux conditions sous lesquelles a eu lieu la concession, c'est-à-dire en les remplissant envers le concédant, s'il n'est pas déjà désintéressé, ou autrement, en indemnisant le propriétaire commutable qui les aurait remplies avant l'événement de la condition résolutoire (v. ci-dessus, n° 541 *bis*. V.).

561. Au reste, les servitudes même dont la durée est illimitée, peuvent accidentellement cesser ou s'éteindre entièrement.

562. Et d'abord, il est évident que le changement des lieux, lorsqu'il est tel que l'exercice de la servitude ne soit plus possible ou ne présente plus aucune utilité, doit la faire cesser. V. art. 703.

Mais cette cessation fondée sur une nécessité de fait qui ne détruit pas le droit, ne doit pas survivre à sa cause. La servitude revivra donc lorsque par le rétablissement des lieux l'usage en redeviendra possible. Toutefois il est évident que ce rétablissement ne pourrait sans nouvelle constitution faire renaître une servitude qui d'ailleurs serait déjà éteinte. Or, le non-usage pendant un certain temps étant lui-même une manière d'éteindre les servitudes (art. 706), et le non-usage étant forcé jusqu'au rétablissement des lieux, l'effet accordé ici au rétablissement doit lui être refusé s'il ne s'opère qu'après l'expiration du temps, tel qu'il est ci-dessous réglé (v. art. 707). Cependant il est bien à remarquer que la loi semble ici ne voir dans l'expiration du temps qu'une *présomption* d'extinction. V. art. 704, et à ce sujet art. 665 (1).

562 *bis*. 1. Suivant ma théorie, comme on voit, le changement survenu dans l'état des lieux, en rendant impossible l'exercice de la servitude, produit en fait la cessation de cet exercice, et peut amener ensuite, par la prolongation de cet état de choses, l'extinction de la servitude. Mais cette extinction ne résultera que du non-usage, ou, en d'autres termes, de la prescription. A cet égard, j'attache peu d'importance à l'induction qu'on pourrait tirer en faveur de mon sentiment de l'emploi du mot *cessent* dans l'article 703 ; et je n'en attache pas davantage à l'induction contraire qu'on tirerait du mot *revivent* employé par l'article 704. Je conviens que le mot *cessent* est équivoque, et qu'il pourrait s'entendre dans le sens d'une

(1) V., sur les articles 703, 704 et 665, l'explication critique insérée dans la *Revue de droit français et étranger*, par M. Gabriel Demante (*Revue*, tom. 7, p. 559). Je puis, sans que mon amour-propre en souffre, déclarer que j'y ai puisé une bonne partie des documens qui me servent, plus bas, à justifier ma théorie.

véritable extinction, telle que paraît en effet la supposer l'article suivant par l'emploi du mot *revivent*. Mais la pensée du législateur me paraît clairement manifestée dans l'article 665, où la loi, appliquant elle-même la théorie de nos deux articles au cas de reconstruction d'un mur ou d'une maison, déclare que les servitudes actives ou passives *se continuent* à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, et n'accordent qu'à la prescription acquise l'effet d'empêcher cette continuation. C'est bien aussi cet effet de la prescription qu'entend consacrer d'une manière générale l'article 704, quoique, pour désigner ce mode d'extinction, il se serve de termes ambigus, mais dont le sens se trouve fixé par le renvoi à l'article 707.

562 *bis*. II. Quelque sens qu'on veuille d'ailleurs attacher à ces termes, selon moi, impropres, *espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction*, le renvoi à l'article 707 fixe cet espace de temps à trente ans. Mais, suivant les uns, lorsque l'impossibilité d'user provient d'une force majeure, *puta*, d'une inondation ou du tarissement d'une fontaine, les trente ans ne doivent pas courir tant que subsiste l'obstacle. Telle était en effet la doctrine de Domat (1), conforme, sinon en purs principes, au moins en résultat, à celle des lois romaines (2). A l'appui on invoque la maxime d'équité *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, et l'on insiste surtout sur les termes de l'article 704, qui, ne semblant voir dans l'expiration du temps qu'une présomption d'extinction, c'est-à-dire sans doute une présomption de remise, ne peuvent pas, dit-on, attacher cette présomption au fait de non-usage, tant que l'usage a été empêché par une force majeure (3).

D'autres, au contraire, remontant à l'origine historique de notre article 704, qu'ils cherchent dans l'article correspondant du projet de Code civil (4), remarquent que le projet ne faisait revivre les servitudes au cas qui nous occupe qu'autant que les choses seraient rétablies dans les *dix* ans, lors pourtant que le même projet exigeait, comme le Code, pour l'extinction par non-usage, un laps de trente

(1) *Lois civiles*, liv. 1, tit. 12, sect. 6, n° 1.
(2) *Javol.*, L. 14, ff. *Quem. servit. am* ; *Papin.*, L. 3 ; *Paul*, L. 35, ff. *De serv. præd. rust.*
(3) V. Toullier, tom. 3, n° 691 et suiv.; M. Marcadé, sur l'article 607-II.
(4) Projet de la comm. de gouvernement, liv. II, tit. 4, art. 55 (Fenet, tom. 2, pag. 123).

ans (1) ; et quoique cette anomalie se trouve réparée dans la loi par le renvoi à l'article 707, ils n'en concluent pas moins du rapprochement, qu'il ne s'agit pas ici d'une prescription à l'effet d'éteindre la servitude déjà éteinte par le changement survenu dans l'état des lieux, mais d'un délai préfixe au delà duquel le rétablissement des choses dans l'état primitif ne pourrait la faire revivre. En conséquence, ils refusent d'appliquer ici les causes de suspension de la prescription (2).

562 *bis*. III. Pour moi, je ne puis admettre ni l'un ni l'autre de ces systèmes. Le premier me paraît inconciliable avec les termes de l'article 704 sainement interprétés. La loi, en effet, sans distinguer d'où procède la cause qui rend impossible l'usage de la servitude, et comprenant dès lors le cas de force majeure comme celui de fait imputable à l'une des parties, ne fait revivre la servitude, ou, si l'on aime mieux, n'en autorise de nouveau l'exercice qu'autant qu'au moment du rétablissement des lieux il ne s'est pas *déjà* écoulé le temps déterminé par l'article 707. Ce mot *déjà* comprend tout l'intervalle écoulé depuis que la servitude a cessé, aux termes de l'article 703. C'est donc bien de ce moment que court en effet le délai après lequel, comme le dit l'article 665, la prescription serait acquise. C'est bien dans cette pensée que, sur l'observation du tribunal d'appel de Grenoble, le délai de trente ans fut substitué à celui de dix ans que fixait le projet. En effet, tout ce que la cour demandait, c'est que celui que la force majeure avait empêché d'user ne fût pas plus maltraité que celui qui volontairement se serait abstenu d'user, et qu'on appliquât à ce cas, le plus favorable de tous, le plus long terme fixé pour la prescription (3). Quant à la maxime *Contra non valentem agere*, etc., elle est certainement le principe d'un grand nombre de causes de suspension, consacrées au titre de la prescription, mais elle ne constitue pas en elle-même une règle législative. C'est vainement, d'ailleurs, que, pour réclamer ici spécialement son application, on insiste sur la périphrase qui remplace dans la loi le mot prescription; vainement à ce moyen argumente-t-on de ce que la force majeure est exclusive de la *présomption* d'extinction. C'est

(1) *Ibid.*, art. 57.
(2) MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, tom. 2, nos 363, 364.
(3) V. Observ. du tribunal d'appel de Grenoble sur l'article 55 du projet (Fenet, tom. III, p. 551).

bien la prescription qui est dans la pensée du législateur, puisqu'il renvoie à l'article 707, et c'est en effet l'expression qu'il emploie dans l'article 665. Quant à l'idée de présomption qui s'est introduite ici dans les termes de la loi, elle tient uniquement, selon moi, à la confusion que l'on fait trop souvent entre la base doctrinale de la prescription et son effet légal. Quelques-uns, en effet, parce que la prescription ne se justifie en morale que par une présomption de libération, ne veulent considérer la prescription elle-même que comme une présomption (v., au contraire, art. 2219). Cette inexactitude s'était glissée dans la rédaction de la loi au conseil d'État, si bien que, dans l'article correspondant à notre article 706, on ne disait pas que la servitude *est éteinte* par non-usage, mais qu'elle est *censée* éteinte (1) : ce qui se trouvait en parfaite harmonie avec la rédaction de notre article 704. Mais, sur l'observation du tribunat, l'inexactitude fut corrigée, et cette correction aurait dû également amener dans l'article 704 le remplacement des mots *faire présumer* par le mot *opérer* ou *produire*. C'est probablement par inadvertance que le tribunat n'en fit pas l'observation, et que la rédaction primitive subsista.

562 *bis*. IV. Si c'est de la prescription qu'il s'agit dans l'article 704, il y a lieu d'appliquer à cette prescription les règles ordinaires sur l'interruption ou la suspension, et par là se trouve réfuté le système qui, tout en reconnaissant que la relation à l'article 707 fixe à trente ans l'espace de temps indiqué par notre article, ne veut voir dans cet espace de temps qu'un délai préfixe. Dans ce cas donc pas plus que dans tout autre, la prescription ne courra contre les mineurs ou autres personnes privilégiées ; et si l'on objecte que la suspension pour incapacité n'a pas ici de raison d'être, puisque ce n'est pas l'incapacité des personnes qui les empêche de faire de la servitude un usage également impossible pour tous, je répondrai que cette impossibilité n'empêche pas l'interruption civile de la prescription, soit par une demande en déclaration de la servitude, soit par une reconnaissance qu'on obtiendrait du propriétaire du fonds servant ; et c'est parce que ces diligences, au moyen desquelles le droit se conserverait, pourraient être omises par les incapables ou leurs représentants, qu'il importe de réserver à ceux-ci les avantages de leur position privilégiée.

(1) Rédaction communiquée au tribunat, art. 703 (Fenet, tom. XI, p. 280).

562 *bis*. V. L'article 707 règle seulement l'application du principe posé par l'article 706, il peut donc paraître étrange que ce soit à la disposition réglementaire plutôt qu'à la disposition principale que s'applique le renvoi qui termine l'article 704. Il est évident, du reste, que dans le renvoi exprès à l'article 707, il y a renvoi virtuel à l'article 706 ; mais comme c'est la disposition réglementaire, fixant le point de départ de la prescription, qui est spécialement rappelée, il est naturel d'en conclure qu'ici, comme dans tout autre cas, le point de départ doit être observé. Toutefois, j'ai peine à tirer de là cette conséquence, qu'à moins d'un acte contraire, devenu le plus souvent impossible après le changement des lieux qui a fait cesser la servitude, on doive suspendre indéfiniment à l'égard des servitudes continues le cours de la prescription. Il en résulterait que l'impossibilité de force majeure, qui n'empêcherait pas la prescription à l'égard des servitudes discontinues, l'empêcherait en réalité pour les servitudes continues : or je ne vois aucune bonne raison pour qu'il en soit ainsi. J'aime donc mieux dire que le fait même qui produit l'impossibilité d'user doit être assimilé à l'acte contraire exigé par l'article 707. Dans ce système, il est vrai, le point de départ de la prescription sera le même pour les servitudes continues et pour les servitudes discontinues, et l'on n'apercevra guère l'utilité du renvoi spécial à l'article 707. Mais comme il est possible que le non-usage de la servitude ait commencé avant l'événement de force majeure qui rend l'usage impossible, et que c'est alors l'article 707 qui fixera diversement pour les servitudes continues et pour les servitudes discontinues le point de départ de la prescription, cette hypothèse suffit pour justifier le renvoi fait à cet article.

563. La réunion dans la même main, du fonds servant et du fonds dominant, doit encore éteindre la servitude. *Nemini enim res sua servit.* V. art. 705.

L'extinction qui résulte de la confusion est en général irrévocable. Voyez cependant art. 693, 694; voyez aussi article 2177, qui paraît devoir s'appliquer à tous les cas où la réunion cesse en vertu d'une cause antérieure à l'acquisition qui l'avait produite.

564. Les servitudes, comme tout autre droit, peuvent aussi

nécessairement s'éteindre par la remise, ou renonciation; et l'on ne voit pas même pourquoi on n'admettrait pas la possibilité d'une renonciation tacite; quoique, en dehors du cas de prescription, on ne doive pas facilement la supposer.

565. Tout droit qui porte atteinte à la propriété ou à la liberté d'autrui en grevant sa chose ou en obligeant sa personne se prescrit par le défaut d'exercice. La servitude peut donc aussi se perdre par le non-usage, mais la loi veut que le non-usage ait duré trente ans. V. art. 706.

565 *bis*. Pour les servitudes comme pour l'usufruit, le non-usage en lui-même ne produit l'extinction qu'autant qu'il a duré trente ans. Mais les motifs qui m'ont fait admettre, pour l'usufruit, l'extinction par voie de conséquence, en vertu d'une prescription acquisitive opérée par un temps moins long en faveur d'un tiers acquéreur (1); ces mêmes motifs, dis-je, me paraissent ici également applicables. Je dois ajouter que je ne comprends guère la distinction faite à cet égard par quelques-uns entre le cas où le titre de propriété franche sur lequel s'appuie le tiers acquéreur émane *a non domino*, et celui où il émane du véritable maître (2). Quoi qu'il en soit de cette distinction, la question de savoir si, au cas qui nous occupe, la disposition de l'article 2265 doit prévaloir sur celle de l'article 706 est fort controversée. Et je dois avouer que la jurisprudence des arrêts est, en général, contraire à mon sentiment (3). Au reste, je reviendrai sur ce point lorsque j'expliquerai l'article 2265.

566. Les servitudes même, qu'on ne peut acquérir par prescription, se perdent par le non-usage, mais il y a une différence essentielle entre les servitudes continues et les servitudes discontinues : à l'égard de celles-ci, on cesse d'en user dès l'instant qu'on s'abstient du fait par lequel elles s'exercent, la prescription court donc immédiatement; les premières, au contraire, s'exerçant sans le fait actuel de l'homme, celui auquel elles sont dues est toujours censé en user tant

(1) V. ci-dessus, nº 463 *bis*. II.
(2) V. M. Marcadé sur les art. 606 et 607-III.
(3) V. notamment C. C., rej., 20 déc. 1836 (P., 1837-1-46); *id.* 16 avril 1838 (P., 1838-2-241).

qu'il n'est pas fait d'acte contraire à leur existence. Conséquemment la prescription ne peut courir qu'à partir de cet acte contraire. V. art. 707.

566 *bis.* C'est le seul fait de non-usage qui, par sa prolongation, produit l'extinction de la servitude et l'affranchissement du fonds servant. Ce principe, proclamé sans distinction par l'article 706, comprend également les servitudes continues et les servitudes discontinues. Si donc à l'égard des premières la loi, pour faire courir la prescription, exige qu'il ait été fait un acte contraire, c'est parce que jusque-là l'état même des lieux constitue l'exercice de la servitude. Mais l'acte contraire, de quelque personne qu'il émane, fait certainement cesser cet exercice et doit conséquemment faire courir la prescription. A la vérité il en était autrement à Rome pour les servitudes urbaines, qui ne s'éteignaient pas proprement par non-usage, mais par l'effet d'une sorte d'usucapion fondée sur la possession de liberté; évidemment, en effet, cette possession ne pouvait s'établir que par un acte émané du propriétaire du fonds servant (v. *Gaius*, L. 6, ff. *De serv. præd. urb.*). Mais telle ne peut être la pensée du législateur, qui exige seulement qu'il *ait été fait* un acte.

Maintenant, si, selon ma doctrine, l'acte n'est exigé que comme moyen de faire cesser l'exercice de la servitude, cet acte même ne sera pas nécessaire pour faire courir la prescription, quand un événement de force majeure aura rendu impossible l'usage de la servitude. (V. ci-dessus n° 562 *bis.* V.)

567. La prescription, qui peut éteindre les servitudes, peut, à plus forte raison, les modifier. V. art. 708. Mais le principe qui rend prescriptible le mode de la servitude, comme la servitude elle-même, a besoin de quelques explications.

D'abord il faut bien s'attacher à discerner les divers modes d'une même servitude, d'avec une servitude différente. Celui qui, au lieu d'un droit, en exerce un autre, perd le premier par non-usage (*Paul*, L. 18, ff. *Quem. serv. amitt.*), et n'acquiert celui dont il a joui, qu'autant qu'il est lui-même susceptible de s'établir par prescription. Il n'y a pas lieu alors de distin-

guer si le droit dont on a joui est plus ou moins avantageux que celui auquel on l'a substitué. Au contraire, celui qui a joui d'une manière autre que celle qui avait été expressément ou tacitement autorisée par le titre, peut bien perdre son droit au mode plus avantageux, suivant le prescrit formel de l'article 708 (voyez, au contraire, *Paul*, L. 2, L. 8, § 1; *Javol.*, L. 9, ff. *Quem. serv. amitt.*); mais comme il est toujours vrai de dire qu'il use jusqu'à un certain point de la servitude, il la conserve avec les restrictions qu'il s'est lui-même imposées par le mode prolongé de sa jouissance. Que s'il a joui d'une manière plus avantageuse, il est évident qu'il conserve son droit entier, car il en a joui, *minus majori inest* (v. *Marcell.*, L. 11, *Quem. serv. amitt.*; *Paul*, L. 9, § 1, ff. *Si serv. vind.*). Quant à l'avantage du nouveau mode, les lois romaines le lui refusaient, et il faudrait incontestablement le lui refuser si la servitude dont il s'agit n'est pas susceptible de s'acquérir par prescription; j'ajoute qu'il ne me paraît pas même bien certain qu'on dût la lui accorder dans le cas contraire.

567 *bis*. I. Des lois ci-dessus citées il résulte que dans le droit romain on n'admettait pas la prescription du mode de la servitude; plus ou moins avantageux, peu importe, ce mode constituait toujours l'usage de la servitude, et cet usage la conservait sans diminution comme sans augmentation d'étendue. Aujourd'hui, en présence de l'article 708, on doit sans difficulté rejeter la décision des Lois 2; 8, § 1; 9, *Quem. serv. amitt.*, et réduire la servitude à l'usage restreint qui en a été fait pendant le temps réglé pour la prescription. Mais je vois plus de difficulté à augmenter par l'effet du mode plus avantageux qui a été pratiqué l'étendue d'une servitude constituée par titre. Car on ne peut, en principe, prescrire contre son titre (art. 2240); cette règle est fondamentale en matière de prescription à l'effet d'acquérir; et pour argumenter au contraire des termes de l'article 708, il faudrait être bien sûr que cet article a en vue le cas en question. Or la place qu'il occupe, sous la rubrique de l'extinction des servitudes, semble plutôt indiquer qu'il a pour objet unique la prescription libératoire à laquelle, en

effet, ne s'applique pas la règle qui défend de prescrire contre son titre (v. art. 2241). Peut-être donc doit-on s'en tenir purement et simplement à la décision des lois 11, *Quem. serv. amitt.*, et 9, § 1, *Si serv. vind.* Je dois dire pourtant qu'en s'appuyant sur l'article 690, on enseigne assez généralement que le mode d'usage plus avantageux peut, si la servitude est continue et apparente, s'acquérir par prescription (1). Mais je ne vois pas que ceux qui enseignent cette doctrine se soient aucunement préoccupés du principe qui défend de prescrire contre son titre.

567 *bis*. II. Dans la rigueur des principes on pourrait considérer comme n'ayant pas usé de la servitude qui lui était due celui qui aurait usé seulement d'un droit qui lui appartenait comme accessoire de cette servitude (v. art. 696). Telle est en effet la doctrine de Pomponius dans la loi 17 ff. *Quem. serv. am.* Il décide en conséquence l'extinction du droit accessoire comme celle du droit principal. Mais ne vaudrait-il pas mieux considérer le droit accessoire comme faisant partie de la servitude principale, dont on serait alors censé avoir fait un usage restreint? De cette manière, par application de l'article 708, on conserverait le droit ainsi restreint.

568. Il n'est pas nécessaire de jouir par soi-même : il suffit qu'un autre jouisse en notre nom. Ce principe s'applique naturellement au cas où l'un des copropriétaires par indivis du fonds dominant a joui de la servitude; car alors il a exercé le droit au nom de tous. V. art. 709.

Pareillement, le principe que la servitude est due à toutes les parties du fonds dominant, combiné avec le principe de l'indivision, ne permet pas que la servitude soit éteinte par le non-usage, lorsqu'il se trouve un des copropriétaires contre lequel la prescription n'a pu courir. V. art. 710.

568 *bis*. I. Il est clair que celui des copropriétaires qui a usé, ou contre lequel la prescription n'a pu courir, doit conserver tout le profit que ce droit lui procurerait s'il était conservé par tous; il doit donc nécessairement conserver pour lui l'exercice du droit entier si la servitude consiste dans un fait indivisible, comme un passage.

(1) V. M. Duranton, tom. 5, nos 605 et 606, Ducaurr., Bonn. et Roust., tom. 2, no 369; M. Marcadé, sur l'art. 708-I.

Mais, comme il n'a pas d'intérêt à la conservation du droit des autres, on pourrait croire, quand la servitude consiste au contraire dans un fait divisible, comme une prise d'eau, que la conservation n'aurait lieu que pour sa part; et, dans les deux cas, que cette conservation ne profiterait en définitive qu'au lot qui plus tard lui sera assigné par le partage. Mais telle n'est pas évidemment la pensée du législateur, qui veut au contraire que la diligence ou l'incapacité de l'un profite à tous les autres. Cela du reste s'explique facilement quand il y a eu diligence de l'un, car si durant l'indivision chacun a pouvoir d'user au nom de tous (v. ci-dessus, n° 556 *bis*. V.), on doit favorablement supposer que l'usage, en effet, a eu lieu ainsi, c'est-à-dire au nom de tous. Mais ce raisonnement ne s'applique pas quand personne n'a usé, et que la prescription n'est empêchée que par l'incapacité d'un des communistes; cependant la loi applique la même décision. C'est qu'apparemment elle considère que la servitude étant due à toutes les parties *intellectuelles* du fonds, et chaque communiste ayant son droit dans chacune de ces parties comme dans le fonds entier, la conservation ne peut avoir lieu pour l'un sans s'appliquer à tous. A cette raison subtile on pourrait, quand la servitude est vraiment indivisible, comme un passage, ajouter cette considération d'équité, que le droit étant nécessairement conservé tout entier à celui contre lequel la prescription n'a pu courir, le propriétaire du fonds servant n'a vraiment pas d'intérêt à en refuser l'exercice aux autres, soit pendant l'indivision, soit même après le partage ultérieur du fonds dominant, puisque dans aucun cas la circonstance que le droit appartient à plusieurs ne doit aggraver sa position (art. 700). Cette considération, il est vrai, n'a pas d'application au cas d'une servitude divisible, comme une prise d'eau, et c'eût été peut-être une raison pour ne pas comprendre ce cas dans la disposition de l'article 710. Mais la loi n'ayant pas fait la distinction, nous pouvons la suppléer.

568 *bis*. II. Tout cela, il faut en convenir, et plus particulièrement la disposition de l'article 710, n'est peut-être pas en parfaite harmonie avec la disposition de l'article 883, suivant laquelle chacun des communistes, après le partage, est censé avoir été dès l'origine seul et exclusivement propriétaire des biens tombés dans son lot. Mais, comme ce n'est là, en définitive, qu'une fiction qui a

pour but unique d'empêcher que les copartageants ne soient tenus du fait les uns des autres, on comprend qu'on ne l'ait pas étendue à l'inverse pour les empêcher de profiter du fait ou de la position privilégiée de l'un d'eux. Aussi n'hésité-je point à dire, dans les cas prévus par les articles 709 et 710, non-seulement que la prescription ne pourra être invoquée contre les communistes pendant l'indivision, mais que, même après le partage, chacun pourra faire valoir, pour tout le temps qu'a duré l'indivision, la disposition de nos deux articles (1).

568 *bis*. III. Quoique les articles 709 et 710 n'aient trait qu'à la prescription libératoire en vue du cas d'indivision du fonds dominant, je crois qu'ils devraient être également appliqués pour préserver de la prescription acquisitive d'une servitude les copropriétaires par indivis du fonds sur lequel on prétendrait l'établir ainsi. Il y aurait contradiction de principes si l'on n'admettait alors que la prescription a pu être interrompue pour tous par le fait d'un seul, et que l'incapacité d'un seul en a suspendu le cours en faveur de tous (2).

568 *bis*. IV. C'est uniquement au cas d'indivision que se réfèrent les dispositions des articles 709 et 710. Après le partage, en effet, chaque lot, comme nous l'avons déjà dit, devient un fonds distinct, et, si la servitude reste applicable en tout ou en partie à chaque lot (v. ci-dessus n° 556 *bis*. II.), il est vrai de dire qu'il y a alors autant de servitudes que de lots.

(1) V. pourtant C. C. cass., 2 déc. 1843 (P., 1846-1, p. 53); mais v. Nancy, 29 nov. 1851 (P., 1853-1, p. 360).

(2) V. arrêt ci-dessus cité, Nancy, 29 nov. 1851.

BIBLIOTECA IMPRIMATA LMPR.

ADDITION

AU N° 370 *bis*, CI-DESSUS PAGE 436.

Les articles 131 et 137 du décret du 17 mars 1808 ont été abrogés par la loi du 7 août 1850 (article 14-al. 1) et remplacés par les dispositions contenues à l'article 14-al. 2 et 3 et à l'article 15 de ladite loi (1).

(1) X, B. 303, n° 2357.

FIN DU TOME DEUXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

TITRE SIXIÈME.

Du divorce. 1
CHAP. I. Causes de la séparation. 6
CHAP. II. Formes de la séparation. 13
CHAP. III. Mesures provisoires auxquelles pouvait donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée. — Leur application à la séparation de corps. 17
CHAP. IV. Des fins de non-recevoir contre l'action en séparation. 21
CHAP. V. Du jugement et de ses effets. 24

TITRE SEPTIÈME.

De la paternité et de la filiation. 43
CHAP. I. De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage (ou mieux) de la filiation légitime des enfants conçus ou nés dans le mariage. 44
CHAP. II. Des preuves de la filiation des enfants légitimes. 77
CHAP. III. Des enfants naturels. 103
SECT. I. De la légitimation des enfants naturels. . . . . *ib.*
SECT. II. De la reconnaissance des enfants naturels. . . . 109
§ 1. De la reconnaissance volontaire. 110
§ 2. De la déclaration judiciaire soit de paternité, soit de maternité. 127

TITRE HUITIÈME.

De l'adoption et de la tutelle officieuse. 140
CHAP. I. De l'adoption. . . . . *ib.*
SECT. I. De l'adoption et de ses effets. . . . . *ib.*
SECT. II. Des formes de l'adoption. 158
CHAP. II. De la tutelle officieuse. 164

TITRE NEUVIÈME.

De la puissance paternelle. 174

TITRE DIXIÈME.

De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation. 208
CHAP. I. De la minorité. . . . . *ib.*
CHAP. II. De la tutelle. 209
SECT. I. De la tutelle des père et mère. 210
SECT. II. De la tutelle déférée par le père ou la mère. . . 223
SECT. III. De la tutelle des ascendants. 226
SECT. IV. De la tutelle déférée par le conseil de famille. . . 229
SECT. V. Du subrogé tuteur. 247
SECT. VI. Des causes qui dispensent de la tutelle. 253
SECT. VII. De l'incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle. 260
SECT. VIII. De l'administration du tuteur. 269
§ 1. Obligations du tuteur. 274
§ 2. Actes qui excèdent les pouvoirs ordinaires du tuteur. . 284
SECT. IX. Des comptes de tutelle. 301
CHAP. III. De l'émancipation. 310

TITRE ONZIÈME.

De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire. 330
CHAP. I. De la majorité. . . . . *ib.*
CHAP. II. De l'interdiction. 331
CHAP. III. Du conseil judiciaire. 356

APPENDICE AU TITRE DE L'INTERDICTION.

Loi sur les aliénés. 363
§ 1. Du placement et de la sortie. . . . . *ib.*
§ 2. Effets du placement quant à la capacité de la personne et à l'exercice de ses droits. . . 369

APPENDICE
AU TITRE DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

Lois des 22 mars 1849, 3 décembre 1849, 7 février 1851. 376
§ 1. 377
§ 2. 383

APPENDICE AU TITRE DU MARIAGE.

Loi du 10 juillet 1850. 390

LIVRE DEUXIÈME.

Des biens et des différentes modifications de la propriété. 393

TITRE PREMIER.

De la distinction des biens. . . . . *ib.*
CHAP. I. Des immeubles. 394
CHAP. II. Des meubles. 416
CHAP. III. Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent. . . . 433

TITRE DEUXIÈME.

De la propriété. 449
CHAP. I. Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose. . . . 451
CHAP. II. Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose. . 463
SECT. I. Du droit d'accession relativement aux choses immobilières. . . . . *ib.*
SECT. II. Du droit d'accession relativement aux choses mobilières. 484

TITRE TROISIÈME.

De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. 492
CHAP. I. De l'usufruit. 495
SECT. I. Des droits de l'usufruitier. 500
SECT. II. Des obligations de l'usufruitier. 520
SECT. III. De l'extinction de l'usufruit. 543
CHAP. II. De l'usage et de l'habitation. 559

TITRE QUATRIÈME.

Des servitudes ou services fonciers. 568
CHAP. I. Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux. 572
CHAP. II. Des servitudes établies par la loi. 594
SECT. I. Du mur et du fossé mitoyens, *ou, plus exactement*, de la mitoyenneté et des droits qui s'y rattachent. . 596
§ 1. Mitoyenneté des murs. 597
§ 2. Mitoyenneté des fossés. 616
§ 3. Des haies et arbres plantés sur ou vers les confins de deux héritages. 617
SECT. II. De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions. 621
SECT. III. Des vues sur la propriété de son voisin. 623
SECT. IV. De l'égout des toits. 630
SECT. V. Du droit de passage. 631
CHAP. III. Des servitudes établies par le fait de l'homme. 635
SECT. I. Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens. . . . . *ib.*
SECT. II. Comment s'établissent les servitudes. 639
SECT. III. Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due. 649
SECT. IV. Comment les servitudes s'éteignent. 654

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE
IMPR.

SOMMAIRES.

TITRE SIXIEME. DU DIVORCE.

1. Historique. Page

2. Loi du 8 mai 1816.

2 *bis.* I et II. Sens des articles 2 et 3 de cette loi.

3. Considérations morales sur lesquelles est fondée l'abolition du divorce.

4, 5. Division.

CHAPITRE PREMIER. CAUSES DE LA SEPARATION.

6. **Art. 229, 230.**

6 *bis.* I. Dérogations aux règles ordinaires du droit criminel dans la répression du délit d'adultère.

6 *bis.* II. Que faut-il entendre par *maison commune* ou *maison conjugale?*

6 *bis.* III. Quelle est, en cette matière, l'influence du criminel sur le civil, et réciproquement.

6 *bis.* IV. Combinaison des articles 308 C. c., 336, 337 et 339 C. pén.

6 *bis.* V. La femme coupable d'adultère est recevable à porter plainte, à raison de l'adultère de son mari (nonobstant article 336 C. pén.).

7. **Art. 231, 232.**

7 *bis.* I. Sens des mots *excès, sévices, injures graves.*

7 *bis.* II. Cas où l'adultère de l'un ou l'autre époux ne peut constituer cause de séparation que comme injure grave, abandonnée à l'appréciation des tribunaux.

7 *bis.* III-IV. La réciprocité des torts ne produit pas, en général, une fin de non-recevoir contre la demande en séparation (sauf le cas de l'article 336 C. pén., et même celui de l'article 232 C. civ).

7 *bis.* V-VII. Développements sur le cas de l'art. 232.

8. **Art. 307.**

8 *bis.* I-II. La séparation ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des époux. Portée de ce principe.

CHAPITRE II. FORMES DE LA SEPARATION.

9. **Art. 307.** C. c., 875-879 C. pr.

9 *bis.* I. Compétence exclusive du tribunal d'arrondissement (article 234).

9 *bis.* II. Application de la règle générale: Le criminel tient le civil en état (art. 235 C. c., art. 3, instr. cr.).

9 *bis.* III-IV. Ces principes s'appliquent sans difficulté à la juridiction correctionnelle.

9 *bis.* V-VII. En quel sens il est dit que la demande en séparation de corps *sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile.* Outre les articles 875-880 C. pr., il y a lieu d'appliquer les articles 261 et 251 C. c.

CHAPITRE III. MESURES PROVISOIRES AUXQUELLES POUVAIT DONNER LIEU LA DEMANDE EN DIVORCE POUR CAUSE DETERMINEE, LEUR APPLICATION A LA SEPARATION DE CORPS.

10. **Art. 672.**

11, 12. **Art. 268, 269.**

12 *bis.* I-II. L'article 269 est applicable à la demande en séparation.

12 *bis.* III. Détermination des pouvoirs du président.

13. **Art. 270, 271.**

13 *bis.* I-III. Ces articles sont applicables à la demande en séparation.

CHAPITRE IV. DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN SEPARATION.

14. **Art. 272, 273.**

14 *bis.* I. Ce chapitre traite uniquement de la réconciliation des époux.

14 *bis.* II. La réconciliation peut être opposée, même au cas de l'article 232.

14 *bis.* III. Utilité de l'article 273.

14 *bis.* IV. L'appréciation des faits constitutifs de la réconciliation alléguée est abandonnée à la prudence des juges; spécialement le demandeur peut invoquer les faits anciens, sans qu'on puisse lui opposer la prescription, fondée sur les articles 637 et 638 C. instr. cr. (Cf. n° 19 *bis,* II).

15. **Art. 274.**

CHAPITRE V. DU JUGEMENT ET DE SES EFFETS.

16. **Art. 307.**

16 *bis.* Les articles 259 et 260 ne sont pas applicables.

17. **Art. 308.**

17 *bis.* Quel motif peut-on donner de cette dérogation aux principes ordinaires de la juridiction?

18, 19. **Art. 309,** Cf. art. 336, 337 C. pén.

19 *bis.* I. Le désistement du mari, pendant l'instance, arrête la poursuite du ministère public.

19 *bis.* II. La prescription de trois ans (art. 638 C. instr. crim.) est opposable, quant à l'application de la peine seulement.

20. **Art. 338** C. pén.

20 *bis.* I. Dans quel cas le ministère public peut-il agir d'office contre le complice de la femme?

20 *bis.* II. Le pardon du mari, après la condamnation, ne profite pas au complice.

21. **Art. 339** C. pén.

21 *bis.* Le tribunal civil ne peut condamner ni le mari, au cas de l'article 339 C. pén., ni le complice de la femme.

22. **Art. 310.**

23. **Art. 311.**

23 *bis.* I. La séparation de biens, conséquence de la séparation de corps, a lieu seulement à partir du jugement (nonobstant article 1445).

23 *bis.* II. Mais la femme peut joindre à sa demande en séparation de corps une demande spéciale en séparation de biens.

23 *bis.* III-VI. Observations sur les articles 872, 880 C. pr., 66 C. com.

24-26. Des effets de la séparation de corps. Les articles 295-305 ne doivent être appliqués qu'avec la plus grande réserve.

26 *bis.* L'article 298 n'est pas applicable.

27, 28. Controverse sur l'application des articles 299, 300, 301, 302, 303, 304.

29. **Art. 299, 300.**

29 *bis.* I. Ces articles sont-ils applicables à la séparation de corps? Trois systèmes sur la question.

29 *bis.* II. Objections contre le système de la révocation de plein droit, et solution dans le sens de la révocabilité (art. 953, 955).

29 *bis.* III. Les donations faites pendant le mariage demeurent toujours révocables (art. 1096), même de la part de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée.

29 *bis.* IV. Pourquoi la faculté de révoquer s'applique même aux donations stipulées réciproques.

29 *bis.* V. *Quid* si la séparation a été prononcée à la requête de chacun des époux?

30. **Art. 301.**

31. **Art. 302, 303.**

31 *bis.* Le mari contre lequel la séparation a été prononcée n'est pas dépouillé, de plein droit, de la garde de ses enfants.

32. **Art. 304.**

33 et 33 *bis.* Les articles 386 et 767 ne doivent pas être étendus à la séparation.

34 et 34 *bis.* I. La réconciliation des époux détruit les effets du jugement (sauf art. 1451).

34 *bis.* II. Mais la réconciliation suppose le consentement mutuel des époux (nonobstant art. 309).

TITRE SEPTIEME. DE LA PATERNITE ET DE LA FILIATION.

35, 36. Division.

CHAPITRE PREMIER. DE LA FILIATION DES ENFANTS LEGITIMES OU NES DANS LE MARIAGE, (ou mieux) DE LA FILIATION LEGITIME DES ENFANTS CONCUS OU NES PENDANT LE MARIAGE.

37. De l'enfant conçu avant le mariage, mais né depuis.

37 *bis.* I. Cet enfant n'est pas légitime, mais seulement légitimé tacitement. Conséquence.

37 *bis.* II. Cette légitimation tacite ne peut avoir lieu si, à l'époque de la conception, le commerce des parents était incestueux ou adultérin. Controverse.

37 *bis.* III. Mais dans ce cas la présomption de paternité n'aura pas lieu. (Cf. art. 335, 342.)

38. Des présomptions légales tendant à fixer l'époque de la conception.

38 *bis.* I-III. La gestation la plus courte est fixée à 179 jours pleins, et la plus longue à 299 jours pleins.

39. **Art. 312, 313.**

39 *bis.* I-III. Première cause de désaveu: impossibilité physique *accidentelle.*

39 *bis.* IV-V. Deuxième cause de désaveu. Le recel de la naissance est le seul fait dont la preuve doive être faite *préalablement* à tous autres. Il n'est pas nécessaire d'y joindre la preuve spéciale et préalable du fait d'adultère.

39 *bis.* VI. *Quid* si la non-paternité du mari est prouvée par la différence de couleur de l'enfant?

39 *bis.* VII. Même en cas de recel de la naissance, le mari n'est pas reçu à invoquer son impuissance naturelle.

39 *bis.* VIII. Le recel de la grossesse équivaut au recel de la naissance.

39 *bis.* IX. *Quid* si l'enfant a été inscrit à l'état civil sans indication du mari comme père?

39 *bis.* X. Qui doit faire preuve du recel de la naissance?

39 *bis.* XI. *Quid* si la mère témoigne expressément de l'illégitimité de l'enfant?

40. Troisième cause de désaveu. Loi du 6 décembre 1850.

40 *bis.* I-III. Effet attribué par cette loi à la séparation de corps.

41. **Art. 314.**

41 *bis.* I. Dans le cas de l'art. 314, le seul fait du désaveu du mari fait tomber la présomption de paternité. (Désaveu péremptoire.)

41 *bis.* II. L'enfant peut-il proposer contre le désaveu d'autres fins de non-recevoir que celles qu'indique l'art. 314?

41 *bis.* III. Peut-il contester *au fond* le désaveu recevable?

41 *bis.* IV. Le mari qui ne conteste pas les faits qui servent de base aux fins de non-recevoir de l'art. 314 peut-il désavouer dans les termes des art. 312 et 313?

41 *bis.* V. L'assistance du mari à l'acte de naissance ne vaut que comme preuve de son approbation du contenu en l'acte.

41 *bis.* VI. De la non-viabilité. - Application aux cas des art. 312 et 313.

42. **Art. 315.**

42 *bis.* I. L'enfant dont la légitimité est contestée dans le cas de l'art. 315 peut-il être admis à établir cette légitimité. - Controverse.

42 *bis.* II. Même question pour l'enfant désavoué pour impossibilité physique de cohabitation à l'époque que la loi présume être celle de la conception.

42 *bis.* III. A qui attribuer la paternité par rapport à l'enfant d'une veuve remariée avant le délai légal et accouchée 180 jours après la célébration du deuxième mariage et moins de 300 jours après la dissolution du premier?

42 *bis.* IV. *Quid* dans la même hypothèse si l'enfant naît avant le 180e jour du deuxième mariage?

42 *bis.* V. L'enfant né plus de 180 jours et moins de 300 jours après la mort du mari peut-il être déclaré ou reconnu enfant naturel d'un autre?

43. **Art. 316 et 317.**

43 *bis.* I. Indication de diverses contestations de légitimité qu'il faut distinguer d'un désaveu.

43 *bis.* II. Les créanciers du mari ne peuvent pas exercer l'action de désaveu. Le tuteur d'un interdit le peut-il?
43 *bis.* III. Les héritiers du mari le peuvent par transmission du droit de leur auteur.
43 *bis.* IV. Identité du droit du mari et de celui des héritiers. Applications.
43 *bis.* V. Le droit de désavouer est transmissible à tous les successeurs universels ou à titre universel.
43 *bis.* VI. *Quid* à l'égard des envoyés en possession provisoire ou définitive?
43 *bis.* VII. *Quid* à l'égard des successibles du mari s'ils renoncent? - *Quid* des héritiers de la femme? - *Quid* s'ils sont à la fois héritiers du mari?
43 *bis.* VIII. Les intéressés qui n'ont pas qualité pour désavouer profitent-ils du désaveu fait par les ayant droit?
43 *bis.* IX. Distinguer si tous les intéressés ont ou n'ont pas été représentés dans l'action de désaveu.
43 *bis.* X. Déchéances du droit de désavouer. Délais de rigueur.
43 *bis.* XI. Point de départ du délai pour le mari. - A lui de prouver son absence ou le recel de la naissance.
43 *bis.* XII. Délai pour les héritiers. - C'est à l'enfant de prouver leur déchéance.
43 *bis.* XIII. Le mari ou ses héritiers peuvent agir avant que le délai de déchéance ait commencé à courir.
43 *bis.* XIV. Le désaveu doit être exprès. - Sa forme.
44. **Art. 318.** Désaveu par acte extrajudiciaire.
44 *bis.* I. Si le délai primitif du désaveu n'est pas écoulé à l'expiration du mois qui suit l'acte extrajudiciaire, le bénéfice du premier délai subsiste.
44 *bis.* II. L'acte extrajudiciaire doit être suivi dans le mois d'une assignation et non d'une simple citation en conciliation.
44 *bis.* III. Cette assignation doit être adressée dans le mois, à peine de déchéance, et à la mère vivante et à un tuteur *ad hoc* si l'enfant est mineur.
44 *bis.* IV. La nomination d'un tuteur ad hoc est également nécessaire si l'enfant désavoué est interdit.
44 *bis.* V. Par qui et à la diligence de qui doit être nommé le tuteur *ad hoc.*
CHAPITRE II. DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LEGITIMES.
45. Objet de ce chapitre; un mariage étant constant, prouver qu'on est issu de ce mariage.
45 *bis.* Pour faire cette preuve, il ne suffit pas d'établir qu'on est fils d'une telle femme mariée, sans prouver qu'on est fils du mari. - La paternité dans cette hypothèse ne serait prouvée que jusqu'à preuve contraire. - Conséquences diverses de cette règle.
46. **Art. 319.**
46 *bis.* I. Fondement de la foi accordée à l'acte de naissance.
46 *bis.* II. Fait-il foi jusqu'à inscription de faux ou simplement jusqu'à preuve contraire? Distinction.
46 *bis.* III. L'acte de naissance prouve la filiation, si elle est légitime, mais non la légitimité.
46 *bis.* IV. *Quid* pour l'identité?
46 *bis.* V. Quelle valeur aurait l'acte de naissance inscrit sur une feuille volante?
46 *bis.* VI. - Ou un acte de naissance inscrit sur les registres, mais irrégulier et, par exemple, en violation des articles 55, 56 ou 57?
46 *bis.* VII. Quelle preuve fait l'acte de naissance contenant l'indication de la mère femme mariée sans indication du père ou avec indication d'un autre père que le mari?
47. **Art. 320 et 321.**
47 *bis.* I. Pour qu'il y ait possession d'état, il n'est pas indispensable que toutes les circonstances indiquées par la loi se trouvent réunies.
47 *bis.* II. Effet de la possession d'état par rapport à la mère, quand la paternité du mari n'est pas prouvée d'ailleurs.
47 *bis.* III. La possession d'état doit commencer à la naissance. - Mais la possession actuelle dispense de prouver la possession antérieure.
47 *bis.* IV. En l'absence d'acte de naissance, doit-on admettre pour prouver la possession d'état tous les moyens possibles?
48. **Art. 322.**
48 *bis.* I. L'acte de naissance conforme à la possession d'état ne rend inattaquable la position de l'enfant qu'autant que cet acte est bien celui qui a été dressé pour cet enfant.
48 *bis.* II. *Quid* si on a assigné à un enfant, en déclarant sa naissance, un état qui n'est pas le sien, et qu'il ait possession d'état conforme?
48 *bis.* III. *Quid* si cette fraude a été commise dans l'acte de naissance non par les déclarants, mais par l'officier de l'état civil? - *Quid* si elle est le fruit d'une altération postérieure?
48 *bis.* IV. La conformité de l'acte de naissance et de la possession d'état n'est pas une fin de non-recevoir contre la contestation de légitimité ou le désaveu.
49. **Art. 323,** al. 1.
49 *bis.* I. La preuve testimoniale ouverte par l'article 323 l'est non-seulement à celui qui n'a ni titre ni possession d'état, mais à celui qui, ayant l'un ou l'autre, prétend à un état différent de celui qui lui est ainsi attribué.
49 *bis.* II. De l'absence de titre et de l'inscription sous de faux noms. - Dans ce dernier cas, la possession d'état conforme au titre exclut toute réclamation.
50. **Art. 323,** al. dernier.
50 *bis.* En matière de filiation, la preuve testimoniale est admissible dans le cas de non-existence ou de perte des registres, si ce fait est dès lors constant.
51. **Art. 324.**
51 *bis.* I. Explications sur le commencement de preuve par écrit.
51 *bis.* II. En matière de filiation, les registres et papiers des père et mère décédés ne peuvent servir que de commencement de preuve.
51 *bis.* III. Sens du mot acte dans les articles 324 et 1347.
51 *bis.* IV. Le commencement de preuve pour être admissible doit se référer ici à une filiation légitime.
52. **Art. 325.**
52 *bis.* I. Il suffit d'établir la maternité pour établir la paternité jusqu'à preuve contraire. - Ne pas confondre cette preuve contraire avec un désaveu.
52 *bis.* II. Quelle est la véritable portée de la disposition qui permet, après la maternité prouvée, d'établir que le mari n'est pas le père.
52 *bis.* III. Y aura-t-il lieu à deux jugements successifs, l'un sur le fait de la maternité, l'autre sur celui de la paternité? - Controverse. - Solution dans le sens de la négative.
52 *bis.* IV. De la preuve contraire quand la filiation est prouvée par témoins. - De la preuve contraire à l'égard de la filiation prouvée soit par titre, soit par la possession d'état. - Distinction entre la paternité et la maternité.
53. **Art. 326, 327.**
53 *bis.* I. En matière de réclamation ou contestation d'état, la loi fait exception à la règle d'après laquelle les tribunaux criminels peuvent connaître accessoirement d'une action civile. - Motifs de cette exception.
53 *bis.* II. Ici, toujours par exception, le civil tient le criminel en état. - Portée exacte et motif de cette règle.
53 *bis.* III. Quels sont les différents crimes ou délits compris par l'article 327 du Code civil sous le nom de délit de suppression d'état?
53 *bis.* IV. Si, en fait, ces crimes ou délits n'ont compromis l'état de personne, la justice criminelle suivra son cours.
53 *bis.* V. Distinction pour l'application de la suspension des poursuites entre les différents crimes ou délits de suppression d'état.
53 *bis.* VI. Les règles exorbitantes des articles 326 et 327 ne sont relatives qu'à la filiation.
54. **Art. 328.**
54 *bis.* I. L'imprescriptibilité de l'état ne s'applique pas aux droits subordonnés à cet état.
54 *bis.* II. On ne peut transiger sur une question d'état ni renoncer au droit d'agir en réclamation d'état. - Mais on rentre dans le droit commun pour la péremption ou le désistement.
55. **Art. 329 et 330.**
[...] 5 *bis.* I. La péremption a-t-elle lieu de plein droit contre les héritiers du réclamant?
[...] 5 *bis.* II. Le désistement ou la péremption n'empêchent pas les héritiers de recommencer l'action si leur auteur est mort moins de cinq ans après sa majorité.
[...] 5 *bis.* III. Prescription de l'action en réclamation d'état à l'égard des héritiers.
[...] 5 *bis.* IV. Que faut-il entendre ici par héritiers?
[...] 5 *bis.* V. Distinction importante entre les enfants ou descendants du défunt et les autres classes de successeurs.
[...] 5 *bis.* VI. La réclamation de l'état d'un défunt n'appartient à ses descendants que par transmission et sous les conditions déterminées par les articles 329 et 330.
55 *bis.* VII. Les créanciers peuvent-ils exercer l'action en réclamation d'état de leur débiteur? - Distinction entre l'action directe et l'action transmise aux héritiers.
55 *bis.* VIII. On peut toujours contester l'état d'un défunt tant que subsiste l'intérêt qui sert de base à cette action.
CHAPITRE III. DES ENFANTS NATURELS.
56. Distinction des enfants simplement naturels et des enfants incestueux ou adultérins.
SECTION I. De la légitimation des enfants naturels.
57. **Art. 331.**
57 *bis.* I. Il n'est pas nécessaire, en général, pour la légitimation, que le mariage des parents fût possible au moment de la conception.
57 *bis.* II. Mais les enfants incestueux ou adultérins ne peuvent être légitimés, quand même les parents ou l'un d'eux auraient ignoré au temps de la conception le vice constitutif de l'inceste ou de l'adultère.
57 *bis.* III. Lorsque la naissance n'est pas vicieuse, les enfants peuvent-ils être légitimés par un mariage nul, mais contracté de bonne foi?
57 *bis.* IV. Dans le cas où une dispense peut être accordée, l'enfant conçu depuis l'obtention de la dispense peut-il être légitimé? - *Quid* de l'enfant conçu avant la dispense?
57 *bis.* V. L'enfant conçu avant la dispense sera-t-il légitime s'il naît pendant le mariage?
57 *bis.* VI. *Quid* de l'enfant conçu sous l'empire d'une loi qui n'autorisait pas la dispense?
57 *bis.* VII. La déclaration judiciaire de maternité ou de paternité dans le cas d'enlèvement, survenue postérieurement au mariage, produit-elle la légitimation? - Solution dans le sens de l'affirmative.
57 *bis.* VIII. Si on repousse cette solution, il faudra du moins admettre que la mère déclarée telle dans la reconnaissance du père reconnaît virtuellement, lorsque, connaissant ce fait, elle épouse le père sans protester.
58. **Art. 332.**
59. **Art. 333.**
59 *bis.* I. Révocation des donations par la légitimation d'un enfant naturel.
59 *bis.* II. Renvoi au n° 37 *bis* I.
SECTION II. De la reconnaissance des enfants naturels.
60. Exposé de la matière.
§ 1. De la reconnaissance volontaire.
61, 62. **Art. 334.**
62 *bis.* I. La reconnaissance peut être faite dans un acte ayant un autre objet, pourvu que cet acte soit authentique.
62 *bis.* II. Application au procès-verbal d'un juge procédant à un interrogatoire ou au procès-verbal de conciliation.
62 *bis.* III. Si la reconnaissance n'est pas reçue par l'officier de l'état civil, il n'est pas nécessaire qu'elle soit inscrite sur les registres.
62 *bis.* IV. L'acte notarié de reconnaissance doit être passé en minute.
62 *bis.* V. L'authenticité de l'acte ne peut être suppléée par l'aveu ou la vérification en justice de la signature apposée à un acte privé.
62 *bis.* VI. La reconnaissance non authentique ne peut servir de fondement même à une demande d'aliments, à moins que l'acte ne contienne promesse d'en fournir.
62 *bis.* VII. La reconnaissance sous seing privé émanée de la mère servira de commencement de preuve par écrit.
62 *bis.* VIII. Si la reconnaissance est faite par procureur, il faudra une procuration spéciale et authentique.
62 *bis.* IX. Tous les notaires, pourvu qu'ils instrumentent sur leur territoire, sont compétents pour recevoir une reconnaissance. - Il en est de même des officiers de l'état civil.

62 *bis.* X. Un enfant peut être reconnu avant sa naissance.
62 *bis.* XI. Il peut l'être après sa mort s'il a laissé des enfants vivants. - Cette dernière restriction n'est pas applicable à la déclaration judiciaire de maternité.
62 *bis.* XII. L'erreur, le dol et la violence sont des causes de nullité de la reconnaissance.
62 *bis.* XIII. Mais aucune condition de capacité légale ne paraît devoir être exigée.
62 *bis.* XIV. Cependant les juges devront apprécier en fait l'état mental de l'auteur de la reconnaissance ou l'imperfection de son intelligence résultant d'une extrême jeunesse.
63. **Art. 335.**
63 *bis.* I. La reconnaissance d'un enfant incestueux ou adultérin faite au mépris de l'article 335 est complétement dépourvue d'effet soit pour, soit contre l'enfant.
63 *bis.* II. L'enfant adultérin peut être reconnu par celui des parents qui est libre, l'enfant incestueux par un des deux parents.
63 *bis.* III. *Quid* si l'enfant incestueux ou adultérin a été reconnu par les deux parents séparément?
63 *bis.* IV. *Quid* s'il l'a été par le même acte?
64. **Art. 336.**
64 *bis.* I. L'indication de maternité faite par le père doit former preuve si elle est confirmée par l'aveu exprès ou tacite de la mère.
64 *bis.* II. L'indication de maternité faite par un déclarant autre que le père, s'il est confirmé par l'aveu même tacite de la mère, semble également devoir faire preuve.
65. Art. 337.
65 *bis.* I. La reconnaissance, après la dissolution du mariage, de l'enfant né avant le mariage d'un autre que le conjoint, produit les mêmes effets que si elle avait eu lieu avant ce mariage.
65 *bis.* II. La reconnaissance faite pendant le mariage ne nuira pas au conjoint, quand même il ne resterait pas d'enfants issus de ce mariage.
65 *bis.* III. Application de cette règle au droit de succession irrégulière et aux donations entre époux.
65 *bis.* IV. *Quid* de la reconnaissance faite pendant le mariage par un seul des deux époux de l'enfant issu de leur commerce avant le mariage.
66. **Art. 338.**
67. **Art. 339.**
67 *bis.* I. Quelles personnes peuvent contester la reconnaissance et pour quels motifs?
67 *bis.* II. L'autre parent ne le peut-il pas?
67 *bis.* III. La possession d'état conforme au titre n'établit pas ici de fin de non-recevoir.
67 *bis.* IV. La possession d'état prouve-t-elle la filiation naturelle jusqu'à preuve contraire?
67 *bis.* V. Quelle est la valeur de la possession d'état employée comme élément dans la recherche soit de la paternité en cas d'enlèvement, soit de la maternité?
67 *bis.* VI. Des faits isolés de possession d'état peuvent entrer comme élément dans la recherche judiciaire; mais la preuve testimoniale n'en sera admise que sur un commencement de preuve par écrit.
67 *bis.* VII. Diverses utilités de la possession d'état en matière de filiation naturelle.
§ 2. De la déclaration judiciaire soit de paternité, soit de maternité.
68. Objet de ce paragraphe.
69. **Art. 340.**
69 *bis.* I. Hors le cas d'enlèvement, la reconnaissance est le seul moyen de constater la paternité naturelle. Conséquences.
69 *bis.* II. Historique de la rédaction de l'article 340.
69 *bis.* III. Le viol est compris dans le mot d'enlèvement?
69 *bis.* IV. Ce qu'il faut entendre par enlèvement.
69 *bis.* V. Le rapt de séduction y est-il compris? Faut-il distinguer si la fille séduite est majeure ou mineure?
69 *bis.* VI. Quelle juridiction est compétente pour la question d'enlèvement? Pour la question de dommages et intérêts? Pour la question d'état?
69 *bis.* VII. Pour statuer sur la question d'enlèvement, ou de paternité du ravisseur, les juges civils peuvent admettre toute espèce de preuves.
69 *bis.* VIII. Lorsqu'il s'agit de déclarer la paternité du ravisseur, pour apprécier si l'époque de l'enlèvement coïncide avec celle de la conception, les juges ne sont pas liés par la présomption des articles 314 et 315.
70. **Art. 341.**
70 *bis.* I. Le commencement de preuve par écrit est-il nécessaire pour rechercher la maternité, ou seulement pour être admis à prouver cette maternité par témoins?
70 *bis.* II. Le commencement de preuve par écrit doit rendre probable l'identité du réclamant avec l'enfant dont est accouchée la femme contre qui la recherche est dirigée. Il ne suffirait pas qu'il rendît probable l'accouchement seul. Pourquoi?
70 *bis.* III. En quoi doit consister ici le commencement de preuve par écrit.
70 *bis.* IV. Il faut étendre à la recherche de la maternité naturelle les articles 326-330.
71. **Art. 342.**
71 *bis.* I. L'enfant dont la filiation est établie à l'égard d'un de ses parents et qui voudrait ensuite rechercher l'autre serait repoussé par fin de non-recevoir si cette recherche devait amener la preuve d'une filiation adultérine ou incestueuse. Exemples.
71 *bis.* II. La loi attribuant des effets à la filiation adultérine ou incestueuse, ces effets ne seront produits que si cette filiation vicieuse est légalement constante sans reconnaissance ni recherche.
71 *bis.* III-IV et V. Cas où la filiation adultérine ou incestueuse se trouve ainsi constante.
72. La déclaration judiciaire produit les mêmes effets que la reconnaissance.
72 *bis.* I. Objection tirée de l'article 756. Réfutation.
72 *bis.* II. Il n'est pas nécessaire que la recherche ait précédé l'ouverture de la succession.
72 *bis.* III. Effet de la déclaration judiciaire quant à la légitimation. Renvoi au n° 57 *bis.* VII.
72 *bis.* IV. La déclaration judiciaire provoquée et obtenue pendant le mariage produit-elle ses effets à l'égard du conjoint et des enfants issus du mariage?
73. Dans les cas où la recherche ne serait point admise de la part de l'enfant, elle ne le serait pas davantage contre lui.
73 *bis.* Réciproquement, toutes les fois que la recherche est admise en faveur de l'enfant, elle l'est également contre lui. - Démonstration de cette proposition.
TITRE HUITIEME. DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.
74. Lien de cette matière et de la précédente.
CHAPITRE PREMIER. DE L'ADOPTION.
SECTION I. De l'adoption et de ses effets.
75. Origine et motifs généraux de cette institution.
76. **Art. 343.**
76 *bis.* I. L'existence d'enfants naturels ou d'enfants adoptifs n'empêche pas l'adoption.
76 *bis.* II. C'est à l'époque de l'adoption que l'adoptant doit n'avoir point d'enfants légitimes. - Déductions.
76 *bis.* III. L'enfant simplement conçu empêche l'adoption. - *Quid* de l'enfant né dans l'intervalle du 180e au 300e jour depuis l'adoption?
77. **Art. 344.**
78. **Art. 345.**
78 *bis.* La règle qui défend l'adoption d'une personne par plusieurs est applicable à l'adoption rémunératoire.
79. **Art. 346.**
79 *bis.* I. En cas de dissentiment des père et mère, le consentement du père ne suffirait pas.
79 *bis.* II. Mais on peut procéder à l'adoption sans le consentement du parent qui est dans l'impossibilité de manifester sa volonté.
80. L'adoption est soumise aux conditions générales de validité des contrats, consentement, capacité.
80 *bis.* I. L'interdit peut-il adopter ou être adopté?
80 *bis.* II. Les étrangers le peuvent-ils?
80 *bis.* III. L'enfant naturel peut-il être adopté? - Controverse. - Jurisprudence.
80 *bis.* IV. Le prêtre catholique peut-il adopter?
80 *bis.* V. Les empêchements à l'adoption sont généralement dirimants. - Nullités absolues et relatives. - *Quid* des défauts de consentement ou de conseil des père et mère?
81. Effets de l'adoption.
82. **Art. 347.**
82 *bis.* Les enfants de l'adopté nés avant l'adoption ne prennent pas le nom de l'adoptant.
83. **Art. 348.**
83 *bis.* I. Y a-t-il prohibition de mariage entre l'adoptant et les conjoints des descendants de l'adopté?
83 *bis.* II. On peut adopter deux époux.
83 *bis.* III. Les prohibitions de mariage résultant de l'adoption constituent des empêchements dirimants.
84. **Art. 349.**
85. **Art. 350.**
85 *bis.* I. Réserve de l'adopté. Il peut faire réduire même les libéralités antérieures à l'adoption.
85 *bis.* II. L'adoption n'est point considérée comme une survenance d'enfant pour la révocation des donations. - Elle n'empêche pas le droit de retour stipulé pour le cas de prédécès du donataire sans postérité. - Mais elle met obstacle au droit de retour légal de l'ascendant donateur ou de l'adoptant et de ses descendants légitimes.
85 *bis.* III. Quel droit ont les descendants de l'adopté sur la succession de l'adoptant.
86. **Art. 351.**
86 *bis.* I. Le droit de retour de l'adoptant et de ses descendants laisse subsister les droits réels constitués par l'adopté et les legs par lui faits.
86 *bis.* II. Ce droit de retour comprend-il l'action en payement du prix des biens aliénés, ou l'action résolutoire pour défaut de payement du prix? - Comprend-il l'action en reprise contre le mari de la dot mobilière constituée par l'adoptant à sa fille adoptive?
87. **Art. 352.**
87 *bis.* L'exercice du droit de retour de l'adoptant sur les biens transmis par l'adopté à ses enfants, lorsque ceux-ci meurent sans enfants, sera-t-il suspendu jusqu'au décès du dernier mourant?
SECTION II. Des formes de l'adoption.
88. Objet de cette section.
89. **Art. 353.**
90. Double homologation du contrat d'adoption. - Compétence.
90 *bis.* Action de la partie la plus diligente; elle n'exclut pas l'action de l'autre partie dans la suite de la procédure.
91. **Art. 354, 355, 356.**
92. **Art. 357.**
92 *bis.* Manière de saisir la cour d'appel.
93. **Art. 358.**
94. **Art. 359.**

94 *bis.* Sanction de l'observation des délais des art. 354, 357 et 359.
95. **Art. 360.**
95 *bis.* I. A quel moment est requise la capacité d'adopter et d'être adopté.
95 *bis.* II. Est-elle exigée au moment de l'inscription sur les registres de l'état civil?
95 *bis.* III. En résumé, il faut distinguer entre la capacité de consentir et la capacité de droit.
96. Si l'adoption est nulle par suite de l'inaccomplissement des conditions auxquelles elle est astreinte, comment pourra-t-elle être attaquée?
CHAPITRE II. DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.
97. But de cette institution.
97 *bis.* Cas où une personne se charge d'un enfant nouveau-né par simple déclaration devant l'autorité municipale.
98. **Art. 361.**
98 *bis.* Consentement des parents. - En cas de dissentiment, le consentement du père ne suffirait pas. - *Quid* si le père ou la mère est dans l'impossibilité légale de manifester sa volonté?
99. **Art. 362.**
99 *bis.* Il faut étendre à la tutelle officieuse la disposition qui prohibe l'adoption par plusieurs et l'exception à cette règle dans le cas d'adoption par deux époux.
100. **Art. 363.**
100 *bis.* Le juge de paix doit se faire justifier de l'accomplissement des conditions requises. Droit des intéressés en l'absence de ces conditions.
101. **Art. 364,** al. 1.
102. Application à la tutelle officieuse des conditions de validité communes à tous les contrats, et des principes relatifs à la capacité d'adopter et d'être adopté. (Renvoi au n° 80.)
102 *bis.* Effet de l'absence des conditions légales. (Nullités absolues ou relatives.)
103. **Art. 364,** al. 2.
104. **Art. 365.**
104 *bis.* A qui appartient l'administration des biens et de la personne du mineur placé en tutelle officieuse s'il a ses parents ou l'un d'eux.
105. **Art. 366.**
105 *bis.* I. A quel moment doivent être réalisées les diverses conditions de validité de l'adoption testamentaire.
105 *bis.* II. L'adoption testamentaire peut-elle subsister si le testateur a survécu à la majorité du pupille?
105 *bis.* III. L'adoption testamentaire peut être répudiée; quand et comment.
105 *bis.* IV. Pourquoi l'adoption testamentaire n'est pas soumise à l'homologation des tribunaux.
105 *bis.* V. Doit-elle être inscrite sur les registres de l'état civil, et comment?
106. **Art. 367.**
106 *bis.* A défaut d'adoption, le tuteur officieux et ses héritiers doivent au pupille les frais de nourriture et les frais d'éducation professionnelle.
107. **Art. 368.**
107 *bis.* A la majorité du pupille, si le tuteur officieux l'adopte entre vifs, toutes les conditions de l'adoption ordinaire sont applicables à cette adoption.
108. **Art. 369.** Adoption requise par le pupille et refusée par le tuteur.
108 *bis.* I. Cas où l'adoption offerte par le tuteur est refusée par le pupille. - Cas où elle est impossible.
108 *bis.* II. Le tuteur officieux requis avant la majorité du pupille a trois mois à partir de la majorité pour prendre parti.
108 *bis.* III. Dans le cas où l'adoption est impossible, le pupille peut immédiatement obtenir une indemnité.
108 *bis.* IV. La réquisition du pupille n'est pas limitée aux trois mois qui suivent sa majorité. - Durée de son action.
109. **Art. 370.**
TITRE NEUVIEME. DE LA PUISSANCE PATERNELLE.
110. Idée générale de la puissance paternelle.
111. En quoi consiste, chez nous, la puissance paternelle proprement dite.
111 *bis.* Historique.
112. Applications diverses du principe de puissance paternelle. - Sujet spécial de ce titre.
113. **Art. 371.**
113 *bis.* Application dans le for extérieur du principe de morale proclamé par l'article 371. - Limites de cette application.
114. Autorité des parents sur les mineurs non émancipés.
114 *bis.* I. Restrictions établies par la loi elle-même. - Restrictions commandées par la doctrine. - Pouvoir discrétionnaire des tribunaux.
114 *bis.* II. Explication de l'article 335 du Code pénal. - L'interdiction temporaire de tutelle est générale; mais la privation de puissance paternelle ne s'applique qu'à l'enfant objet du délit et aux droits accordés dans ce titre.
115. **Art. 372, 373.**
115 *bis.* Quand et comment la mère peut exercer le droit qui lui est commun avec le père.
116. Effets de l'autorité paternelle. - Trois seulement sont spécialement définis.
117. **Art. 374.**
117 *bis.* I. Après la dissolution du mariage, le droit de fixer la résidence de l'enfant appartient au survivant des père et mère. - Quand même le survivant ne serait pas tuteur. - Sauf le pouvoir discrétionnaire des tribunaux.
117 *bis.* II. L'enfant pourrait être autorisé à quitter la maison paternelle.
118. **Art. 375.**
119. Théorie du droit de correction (art. 376-382).
119 *bis.* Où doit être subie la peine de discipline domestique improprement appelée détention ou réclusion.
120. Distinctions à faire quant au mode d'exercice du droit.
121. **Art. 376, 377.**
121 *bis.* Au cas de l'article 376, le président ne peut-il absolument refuser l'ordre d'arrestation?
122. **Art. 378,** al. 1.
122 *bis.* I. Enonciations nécessaires dans l'ordre d'arrestation non motivé.
122 *bis.* II. Ecritures nécessaires à la suite de cet ordre. - Procès-verbal d'arrestation. - Registre d'écrou.
123. **Art. 378,** al. 2.
123 *bis.* I. Pour quelle raison le requérant doit-il souscrire une soumission?
123 *bis.* II. Cette soumission a pour objet et les frais et les aliments.
124. **Art. 379.**
124 *bis.* I. Le droit de renouveler la correction n'est pas borné au cas où la peine précédente a été abrégée.
124 *bis.* II. Le père n'aura pas toujours besoin de justifier des nouveaux écarts.
125. **Art. 380.**
125 *bis.* Le second mariage du père ne change que le mode d'application de la peine, dont l'âge de l'enfant règle toujours le maximum.
126. **Art. 381.**
126 *bis.* I. Sauf les restrictions indiquées par cet article, l'exercice du droit de correction est le même pour la mère que pour le père. - Elle a comme lui le libre exercice du droit de pardonner.
126 *bis.* II. Le droit accordé à la mère survivante appartiendrait à la mère, du vivant du père incapable. - Mais sous les mêmes restrictions qu'en cas de survie.
126 *bis.* III. Les deux parents paternels doivent adhérer à la mesure. A défaut de parents, il faudrait le concours de deux amis.
126 *bis.* IV. Pour le père comme pour la mère, les effets du second mariage ne cesseraient pas par sa dissolution.
127. **Art. 382.**
127 *bis.* Le droit d'appel est borné au cas spécial de l'article 382. Cette disposition peut être critiquée.
128. **Art. 383.**
128 *bis.* I. L'article 383 suppose l'application aux pères et mères naturels des articles 372 et 374. - L'article 374 s'appliquerait même aux enfants adultérins ou incestueux. - Mais les parents naturels n'ont droit ni à la jouissance ni même à l'administration des biens.
128 *bis.* II. Le père et la mère naturels ont un titre égal à l'exercice du droit de garde (nonobst. art. 158). - Le droit s'exerce par l'un sous la surveillance de l'autre. - Le gardien pourra être déterminé par justice; autrement il le sera par la possession.
128 *bis.* III. Le droit de correction sera exercé par les deux parents en commun. - S'il n'en existe qu'un, il appartiendra à celui-là.
128 *bis.* IV. Doit-on appliquer aux père et mère naturels les restrictions établies par les articles 380, 381, 382?
128 *bis.* V. Affirmative, quant à l'article 382.
128 *bis.* VI. Quant aux articles 380 et 381, la question est plus délicate.
128 *bis.* VII. Les effets attribués au second mariage du père ou de la mère légitimes ne sont pas applicables au mariage contracté par le père ou la mère naturels.
128 *bis.* VIII. La mère, agissant à défaut du père, peut sans inconvénient être considérée comme dispensée de tout concours.
128 *bis.* IX. Mais la mère agissant seule ne peut jamais agir que par voie de réquisition.
128 *bis.* X. Résumé.
129. **Art. 384.**
129 *bis.* I. La jouissance légale diffère dans son principe de l'usufruit du pécule adventice; elle rappelle plutôt le droit de garde des pays coutumiers.
129 *bis.* II. La jouissance légale est un véritable usufruit; mais c'est un usufruit sui generis, dont le caractère propre est l'inhérence à la puissance paternelle. - Conséquences.
129 *bis.* III. Comparaison avec les droits de garde noble ou bourgeoise. Différences quant à l'époque de l'ouverture du droit, - quant aux personnes auxquelles il est accordé, - quant aux biens qui y sont soumis.
129 *bis.* IV. Le droit accordé au père pendant le mariage ne peut passer à la mère qu'en cas de survie; - exception pour le cas de déclaration d'absence. - An pour le cas de divorce, quand il était admis? Renvoi.
129 *bis.* V. A la différence du droit de garde, la jouissance légale s'établit de plein droit, sauf renonciation, et avec dispense de caution. Mais il y a obligation de faire inventaire.
129 *bis.* VI. Pourquoi, indépendamment même de l'émancipation, la loi fait-elle cesser la jouissance avant la majorité?
129 *bis.* VII. La jouissance cesserait par la mort de l'enfant, nonobstant art. 620.
129 *bis* VIII. L'émancipation est une renonciation virtuelle, dont l'effet subsisterait nonobstant la révocation de l'émancipation.
129 *bis.* IX. A la différence d'une renonciation directe, la renonciation par émancipation ne pourrait être attaquée par les créanciers.
130. **Art. 385.**
130 *bis.* I. Les frais de nourriture, entretien et éducation des enfants sont-ils exclusivement à la charge du parent usufruitier, quand même l'enfant aurait des biens non soumis à la jouissance? Controverse. - Solution négative - applicable à toutes les charges imposées par l'article 385.
130 *bis.* II. La charge des arrérages et intérêts s'applique aux prestations arriérées qui se trouvaient dues à l'ouverture de l'usufruit.
130 *bis.* III. Les frais funéraires et de dernière maladie sont ceux des personnes auxquelles l'enfant a succédé.
131. **Art. 386.**
131 *bis.* I. La jouissance refusée à l'époux contre lequel le divorce était prononcé devait-elle commencer immédiatement en faveur de l'autre époux? L'affirmative paraît probable.

131 *bis.* II. La séparation de corps, quoique obtenue pour les mêmes causes que le divorce, n'entraînerait pas la même déchéance. - Renvoi au n° 33 *bis.* I.
131 *bis.* III. Pourquoi la loi n'a-t-elle pas appliqué au second mariage du père la déchéance qu'elle attache à celui de la mère? Différence avec la coutume de Paris.
131 *bis.* IV. L'inconduite de la mère n'entraînerait pas comme le second mariage déchéance de l'usufruit.
131 *bis.* V. Mais la déchéance résulterait d'un mariage nul, sans distinguer s'il a ou non été contracté de bonne foi; - exception pour le cas de violence.
131 *bis.* VI. La mère qui a perdu sa jouissance par son second mariage ne la recouvre pas quand elle devient veuve.
132. Divers autres cas où l'usufruit est refusé à titre de peine: art. 730, 1442; Cod. pén., art. 335.
132 *bis.* I. L'usufruit refusé au père sur la succession dont il est indigne pourra s'ouvrir au profit de la mère, mais seulement à la dissolution du mariage, si elle survit.
132 *bis.* II. Peu importe que cette suspension de jouissance nuise à la femme par le préjudice qu'elle cause à la communauté. - A l'inverse, la femme indigne pourra profiter comme commune de la jouissance accordée à son mari pendant le mariage.
132 *bis.* III. Utilité de l'inventaire après la dissolution de la communauté. - Faute du survivant qui n'y fait pas procéder; - la privation de l'usufruit est la peine de cette faute.
132 *bis.* IV. Le délai pour faire cet inventaire est le délai ordinaire de trois mois, sauf prolongation. Après ce délai la peine peut être encourue; mais elle ne l'est pas nécessairement.
132 *bis.* V. Dans tout autre cas que celui de dissolution de communauté, le défaut d'inventaire pourrait bien faire suspendre l'entrée en jouissance, - mais il ne ferait pas encourir la déchéance.
132 *bis.* VI. La déchéance prononcée par l'article 442 est générale et s'applique à tous les biens présents et à venir des enfants.
132 *bis.* VII. L'usufruit légal pourrait, comme tout autre, se perdre pour abus de jouissance.
133. **Art. 387.**
133 *bis.* I. Les biens affranchis de l'usufruit ne sont pas seulement ceux qui, à Rome, composaient les pécules castrense et quasicastrense; - il suffit qu'ils proviennent d'un travail ou d'une industrie quelconque, pourvu que l'enfant ait agi ou travaillé pour son compte séparé.
133 *bis.* II. Si l'enfant donataire est héritier à réserve du donateur ou testateur, la condition que les père et mère ne jouiront pas peut-elle s'appliquer aux biens même qui devaient former sa réserve? Affirmative soutenue contre le sentiment commun.
133 *bis.* III. La condition qui refuserait aux père et mère l'administration des biens donnés serait réputée non écrite, comme contraire aux lois.
TITRE DIXIÈME. DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.
134. Introduction. - Division de la matière.
CHAPITRE PREMIER. DE LA MINORITE.
135. **Art. 388.**
135 *bis.* Les vingt et un ans ne sont accomplis qu'à la fin du jour anniversaire de la naissance. - Rejet de la règle de droit romain qui comptait la durée de la minorité de momento ad momentum.
CHAPITRE II. DE LA TUTELLE.
136. Définition de la tutelle; - ses diverses espèces.
SECTION I. De la tutelle des père et mère.
137. **Art. 389.**
137 *bis.* I. L'administration du père, pendant le mariage, n'est pas proprement une tutelle; - motifs; - conséquences.
137 *bis.* II. En cas d'opposition d'intérêt entre le père et les enfants, on nommerait un tuteur *ad hoc.*
137 *bis.* III. Un grand nombre des règles de la tutelle doivent être appliquées par analogie à l'administration du père. - Distinction entre celles qui tiennent à la nature de l'administration comptable, et celles qui peuvent passer pour particulières à l'administration du tuteur. - Diverses applications. - Assimilation en ce qui touche la limitation des pouvoirs.
138. **Art. 390.**
138 *bis.* L'administration du père et la tutelle légitime du survivant des père et mère ne s'appliquent qu'aux parents légitimes. - Les enfants naturels, s'ils ont des biens, doivent être en tutelle du vivant même de leurs parents; mais pour eux la tutelle est toujours dative. - Il en faut dire autant des enfants légitimes dont les deux parents vivent, si le père est empêché, autrement que par absence, d'administrer aux termes de l'article 389.
139. Différences entre le père et la mère quant à la tutelle déférée au survivant.
140. **Art. 391.**
140 *bis.* I. La mère à laquelle le père a nommé un conseil ne peut agir contre l'avis de ce conseil.
140 *bis.* II. L'assistance du conseil n'empêche pas la mère de répondre de ses actes. - *Quid* si le refus d'assistance la force à s'abstenir?
140 *bis.* III. Le conseil n'est pas en général responsable.
141. **Art. 392.**
142. **Art. 393.** Curateur au ventre. - Ses fonctions. - La mère ne peut concourir à sa nomination.
142 *bis.* La création d'un curateur au ventre n'a pas d'utilité lorsqu'il y a d'autres enfants mineurs dont la mère est tutrice. - Mais on peut donner ce titre au subrogé tuteur.
143. **Art. 394.**
143 *bis.* I. Le droit de refuser la tutelle n'emporte pas pour la mère celui de s'en faire décharger après acceptation. - Mais on doit être enclin à lui accorder cette décharge si elle la demande.
143 *bis.* II. Quand la mère sera-t-elle réputée avoir accepté la tutelle?
144. **Art. 395.**
144 *bis.* I. En quel sens la mère qui se remarie sans convocation préalable du conseil de famille perd-elle la tutelle de plein droit? - Elle reste néanmoins tutrice de fait jusqu'à remplacement. - Conséquence quant à l'hypothèque légale.
144 *bis.* II. La mère qui perd ainsi la tutelle n'est pas considérée comme *exclue* ou *destituée.* - Elle peut être renommée. De quand datera alors l'hypothèque légale?
144 *bis.* III. Mais la mère a perdu son droit à la tutelle légitime, et ne le recouvrerait pas par son veuvage.
144 *bis.* IV. La responsabilité du second mari s'applique-t-elle aux actes antérieurs au mariage? - L'affirmative appuyée sur l'ancien droit - combattue fortement par MM. Ducaurroy et Demolombe - paraît cependant devoir être maintenue.
144 *bis.* V. Les biens du second mari sont-ils frappés d'hypothèque légale? Peut-être faut-il l'admettre en le considérant comme *tuteur* de fait, - mais en ne faisant remonter l'hypothèque qu'au jour du mariage.
144 *bis.* VI. Autres conséquences du système qui considère le mari comme tuteur de fait, - tempérament dont ce système paraît susceptible.
145. **Art. 396.**
145 *bis.* I. La mère maintenue conserve la tutelle légitime, et l'exercerait seule si elle devenait veuve. Secùs si elle n'a pas été maintenue. - Son veuvage alors ne la lui ferait pas recouvrer.
145 *bis.* II. La cotutelle du mari est essentielle à la tutelle d'une femme mariée. - Conséquences. - Les articles 395 et 396 s'appliqueraient à l'aïeule tutrice qui se remarierait.
145 *bis.* III. Le cotuteur est un véritable tuteur exerçant collectivement avec sa femme tutrice. - La tutelle et la cotutelle ne subsistent pas, en général, l'une sans l'autre.
145 *bis.* IV. Deux cas où la tutelle de la femme pourrait subsister sans la cotutelle du mari.
SECTION II. De la tutelle déférée par le père ou la mère.
146. **Art. 397.**
146 *bis.* I. L'époux premier mourant ne peut choisir un tuteur, même pour le cas de refus, excuse, exclusion ou incapacité du survivant. - Le survivant refusant ou excusé ne peut choisir son remplaçant pendant sa vie.
146 *bis.* II. Mais s'il n'est pas dans un des cas qui font priver même du droit de vote au conseil de famille, le dernier mourant, quoiqu'il ne soit pas tuteur, peut en nommer un, à l'exclusion même du tuteur établi.
147. **Art. 398.**
148. **Art. 399 et 460.**
148 *bis.* I. L'article 399 est applicable, soit que la mère ait perdu la tutelle faute de convocation du conseil de famille, soit que ce conseil convoqué ne la lui ait pas conservée. *Quid* si la mère n'était pas tutrice au moment de son second mariage?
148 *bis.* II. Effet réservé au choix de la mère lors même qu'il est sujet à confirmation. - Exclusion de la tutelle légitime.
148 *bis.* III. Les articles 399 et 400 restent applicables, quand même la mère remariée serait devenue veuve.
149. **Art. 401.**
SECTION III. De la tutelle des ascendants.
150. **Art. 402, 403, 404.**
150 *bis.* I. La tutelle légitime des ascendants doit être strictement renfermée dans son cas; - elle n'a pas lieu du vivant du père ou de la mère, ni lorsqu'il a été choisi un tuteur par le dernier mourant; quand même, pour une cause quelconque, le survivant ou le tuteur testamentaire serait écarté de la tutelle.
150 *bis.* II. La règle s'applique même au cas de mort du tuteur testamentaire.
150 *bis.* III. *Secus* si le choix du tuteur testamentaire n'était pas valable. - L'incapacité du tuteur n'empêche pas la validité du choix.
150 *bis.* IV. La tutelle légitime ne doit s'appliquer qu'au cas où la mort du survivant des père et mère fait vaquer la tutelle.
150 *bis.* V. Il peut y avoir succession de tutelle légitime, mais seulement pour le cas de décès de l'ascendant plus proche.
SECTION IV. De la tutelle déférée par le conseil de famille.
151. **Art. 405.**
152. Les règles sur la constitution du conseil ne s'appliquent pas exclusivement au cas de nomination de tuteur.
153. **Art. 406.**
153 *bis.* I. La qualité pour requérir la convocation, telle qu'elle est ici réglée, ne s'applique pas indistinctement à tous les cas qui peuvent donner lieu à cette convocation. - Principe sur la convocation d'office.
153 *bis.* II. Le pouvoir accordé aux parents doit être considéré comme commun aux alliés.
153 *bis.* III. C'est le domicile du mineur qui détermine la compétence du juge de paix, et même la composition de l'assemblée. - Renvoi au n° 158.
154. **Art. 407.**
154 *bis.* Nonobstant l'avis précédemment émis par l'auteur, les alliés ne doivent plus être appelés, à ce titre, au conseil de famille, si le mariage qui produisait l'alliance est dissous sans qu'il en reste d'enfants.
155. **Art. 408.**
155 *bis.* I. La vocation des ascendants doit s'appliquer à tous les ascendants capables. - Pourquoi la loi n'a-t-elle parlé que des ascendants excusés?
155 *bis.* II. Les ascendants ou leurs veuves sont placés sur la même ligne que les frères et beaux-frères. - Réfutation du système qui les considère seulement comme membres honoraires. - La prérogative des ascendants est la même, soit qu'il existe ou non des frères ou beaux-frères.
155 *bis.* III. Par veuve d'ascendant il faut entendre l'ascendante dont le mari, ascendant lui-même, est mort.
135 *bis.* IV. Un second mariage ne ferait pas obstacle à la vocation de l'ascendante. - Sa présence au conseil de famille en exclurait son second mari.
155 *bis.* V. La prérogative accordée aux ascendants et ascendantes s'applique aux père et mère.
156. **Art. 409.**
156 *bis.* A défaut absolu de parents ou alliés, le conseil ne se composerait que d'amis. - Application à l'égard des enfants naturels.
157. **Art. 410.**
157 *bis.* Le parent ou allié domicilié hors de la distance ne peut être appelé s'il est plus jeune que le parent ou allié du même degré qui demeure sur les lieux.
158. En principe, le domicile de tutelle, constitué une fois pour toutes au lieu de l'ouverture de la tutelle, ne change pas par la translation du domicile du tuteur.
158 *bis.* I. Développements. - Motifs. - La règle admise en jurisprudence, c'est que le siége et, par suite, la composition du conseil de famille sont déterminés, pour toute la durée de la tutelle, par le domicile qu'avait le mineur au moment de la première convocation.

158 *bis.* II. Dissentiment avec M. Marcadé, qui s'attache au lieu d'ouverture de la première tutelle dative.
158 *bis.* III. Raisons pour préférer la doctrine qui déterminerait le domicile de tutelle par celui non du premier, mais du dernier mourant des père et mère.
159. Organisation du conseil de famille; objet des articles 411-416. - **Art. 411.**
159 *bis.* I. Si toutes les citations ne sont pas données en même temps, il suffit que chacun obtienne le délai auquel il avait droit.
159 *bis.* II. Le délai n'est établi que dans l'intérêt des membres convoqués.
160. **Art. 412.**
161. **Art. 413.**
161 *bis.* Le juge de paix peut relever de l'amende qu'il a prononcée sans appel.
162. **Art. 414.**
163. **Art. 415.**
164. **Art. 416.**
164 *bis.* I. Les délibérations du conseil doivent être prises à la majorité absolue. - Manière de ramener à deux les avis, quel que soit leur nombre.
164 *bis.* II. Application.
165. Les infractions aux règles prescrites pour l'organisation du conseil de famille et le mode de ses délibérations peuvent, suivant les circonstances, entraîner la nullité de ses actes.
165 *bis.* I. La nullité peut toujours être prononcée sans excès de pouvoir. - Mais elle ne doit pas l'être si la règle omise n'est pas substantielle. - Quelles règles peuvent passer pour telles?
165 *bis.* II. Les règles sur la composition de l'assemblée ne doivent pas elles-mêmes être considérées indistinctement comme substantielles.
166. Certaines délibérations sont sujettes à homologation; toutes peuvent être attaquées par les membres dissidents (C. pr., art. 883-889).
167. Transition. - **Art. 417.**
167 *bis.* I. Historique.
167 *bis.* II. La mesure n'est prescrite que pour le cas de tutelle dative; et c'est en général au conseil de famille qu'appartient la nomination du protuteur. - *Quid* si la tutelle est légitime ou testamentaire?
167 *bis.* III. En principe, la nomination du protuteur doit être faite au domicile.
167 *bis.* IV. Le protuteur est un véritable tuteur. - Conséquences. - Ses rapports avec le tuteur du domicile. - Division de leurs fonctions.
167 *bis.* V. N'y aurait-il pas lieu à protutelle si une partie des biens du mineur était située en pays étranger?
168. **Art. 418.**
168 *bis.* I. *Quid* si la nomination n'a pas été notifiée par exploit?
168 *bis.* II. *Quid* à l'égard du tuteur légitime ou testamentaire?
169. **Art. 419.**
169 *bis.* En quoi consiste précisément l'obligation, pour les héritiers du tuteur, de constituer la gestion. - Pouvoir et responsabilité attachés à cette obligation.
SECTION V. Du subrogé tuteur.
170. **Art. 420.**
170 *bis.* Il doit y avoir un subrogé tuteur, même dans la tutelle officieuse.
171. **Art. 421.**
171 *bis.* I. Le tuteur, tant qu'il n'a pas fait nommer de subrogé tuteur, a-t-il qualité pour représenter le mineur en justice ou dans les actes?
171 *bis.* II. Le retrait de la tutelle autorisé par l'article 421 ne doit pas se confondre avec une destitution.
172. **Art. 422.**
173. **Art. 423.**
173 *bis.* I. Hors les cas prévus par les articles 423 et 426, le tuteur a-t-il droit de voter au conseil de famille?
173 *bis.* II. *Quid* à l'égard du subrogé tuteur?
173 *bis.* III. Le subrogé tuteur n'est pas nécessairement pris dans une des deux lignes de parenté ou d'alliance.
173 *bis.* IV. L'exception relative aux frères germains permet, en attribuant une des deux fonctions au frère, d'attribuer l'autre à un parent quelconque.
173 *bis.* V. La même exception s'applique aux maris des soeurs germaines.
173 *bis.* VI. Elle ne s'appliquerait pas à tout parent ou allié appartenant aux deux lignes. - *Quid* s'il était plus proche dans l'une que dans l'autre?
174. **Art. 424.**
174 *bis.* Responsabilité du subrogé tuteur.
175. **Art. 425.**
175 *bis.* C'est la fin de la tutelle et non sa vacance qui fait cesser les fonctions du subrogé tuteur.
176. **Art. 426.**
SECTION VI. Des causes qui dispensent de la tutelle.
177. Théorie des excuses.
178. Première cause d'excuse: fonctions, services ou missions. **Art. 427-431.**
178 *bis.* C'est seulement quand les fonctions, services ou missions avaient été conférés pendant la gestion que leur expiration autorise à la rendre au tuteur excusé pour cette cause.
179. Deuxième cause: absence de lien de famille. **Art. 432.**
180. Troisième cause: âge avancé. **Art. 433.**
180 *bis.* I. Il est rigoureux de refuser à celui qui accepte la tutelle après l'âge de soixante-cinq ans le droit de s'en faire décharger à soixante-dix ans.
180 *bis.* II. Les soixante-dix ans ne sont cause de décharge qu'autant qu'ils sont accomplis.
181. Quatrième cause: infirmité. **Art. 434.**
181. *bis.* La loi, avec raison, ne fixe aucun délai pour proposer l'excuse de l'âge atteint, ou de l'infirmité survenue, pendant la tutelle.
182. Cinquième cause: nombre de tutelles. **Art. 435.**
182 *bis.* I. Ce n'est pas le nombre des pupilles qui constitue celui des tutelles.
182 *bis.* II. Doit-on invariablement s'attacher au nombre de deux tutelles? Les tutelles actuellement existantes servent seules d'excuse.
182 *bis.* III. La tutelle de ses enfants ne dispense pas le père d'en accepter une seconde.
182 *bis.* IV. Deux tutelles préexistantes au mariage ne dispenseront pas le père d'accepter la tutelle de ses enfants tout en conservant les deux autres.
182 *bis.* V. La prérogative attachée au titr de père ne s'applique qu'à la paternité légitime. 25
183. Sixième cause: nombre d'enfants. **Art. 436.** 25
183 *bis.* I. L'enfant seulement conçu ne compte pas. 25
183 *bis.* II. Comparaison avec le droit romain en ce qui concerne les enfants morts. 25
184. **Art. 437.** 25
185. **Art. 438, 439.** 25
185 *bis.* Comment la déchéance peut-elle être appliquée aux tuteurs légitimes ou testamentaires? - Dans tous les cas la déchéance n'est que comminatoire. 25
186. **Art. 440.** 25
186 *bis.* I. Le tuteur dont l'excuse a été rejetée pourrait seul se pourvoir devant les tribunaux. 25
186 *bis.* II. Pouvoir discrétionnaire des tribunaux de première instance et d'appel. - Cas unique qui pourrait donner lieu à cassation. 25
187. **Art. 441.** 25
187 *bis.* I. Les parents qui se sont pourvus sans succès contre la délibération qui admettait l'excuse peuvent ne pas être condamnés aux dépens. 25
187 *bis.* II. Si le tuteur succombe, la qualité même des parties n'autoriserait pas à compenser les dépens. 25
187 *bis.* III. Quand les parents qui succombent sont affranchis des dépens, la charge en doit être supportée par le mineur.
SECTION VII. De l'incapacité, des exclusions ou destitutions de la tutelle.
188. Distinction entre l'incapacité, l'exclusion et la destitution.
189. Causes d'incapacité. **Art. 442.**
190. Première cause d'incapacité: minorité. **Art. 442** 1°.
190 *bis.* I. L'exception établie en faveur du père et de la mère s'appliquerait-elle aux père et mère naturels?
190 *bis.* II. Le tuteur mineur ne peut faire seul pour le compte de ses mineurs les actes qu'il n'aurait pas le droit de faire pour son propre compte. - Comment devra-t-il être assisté?
191. Deuxième cause: interdiction. **Art. 442** 2°.
191 *bis.* I. L'incapacité attachée à l'interdiction légale ne fait pas double emploi avec l'exclusion qui résulte de la condamnation à une peine infamante.
191 *bis.* II. La personne pourvue d'un conseil judiciaire n'est pas comprise dans l'incapacité attachée à l'interdiction. *Quid* juris à son égard?
192. Troisième cause: le sexe. **Art. 442** 3°.
192 *bis.* I. Le second mariage de la mère ne l'empêcherait pas de faire partie du conseil de famille. - L'ascendante ne peut être tutrice ni membre du conseil de famille du vivant de l'ascendant son mari. - *Quid* en cas de second mariage?
192 *bis.* II. La mère ni l'ascendante ne sont jamais tenues d'accepter la tutelle.
193. Quatrième cause: opposition d'intérêt. **Art. 442** 4°.
193 *bis.* I. L'opposition d'intérêt n'est cause d'incapacité que dans le cas spécial d'un procès engagé entre les personnes et sur les objets que la loi détermine. - Motifs de cette incapacité.
193 *bis.* II. Il ne suffirait pas que le tuteur fût héritier présomptif de l'adversaire du mineur. - Dans ce cas et autres semblables, on pourrait seulement faire représenter le mineur dans l'instance par le subrogé tuteur.
193 *bis.* III. *Quid* si le procès existe entre le tuteur et les père et mère du mineur?
193 *bis.* IV. *Quid* si c'est l'état ou la fortune du tuteur qui se trouve compromis dans le procès?
194. **Art. 443.**
195. **Art. 444.**
195 *bis.* I. La notoriété de l'inconduite n'a pas besoin de précéder l'invocation de cette cause d'exclusion ou destitution.
195 *bis.* II. La gestion qui doit attester l'infidélité ou l'incapacité n'est pas nécessairement celle de la tutelle actuelle. - Développements.
196. **Art. 445.**
196 *bis.* I. C'est au fait d'exclusion ou de destitution de la tutelle, et non aux causes qui peuvent y donner lieu, qu'est attachée l'exclusion du conseil de famille. - Secus pour l'incapacité.
196 *bis.* II. La règle ci-dessus ne s'applique pas au cas de condamnation à une peine infamante.
196 *bis.* III. L'effet attribué à l'exclusion ou à la destitution ne s'applique pas indistinctement à tous les cas où la tutelle est retirée à titre de peine.
196 *bis.* IV. L'exclusion ou destitution d'une tutelle antérieure n'emporte pas nécessairement exclusion d'une nouvelle tutelle.
197. Interdiction temporaire de tutelle, etc.; accessoire d'une peine correctionnelle (C. pén., art. 335); ou constituant elle-même une peine correctionnelle. (C. pén., art. 9, 42, 43).
198. **Art. 446.**
199. **Art. 447.**
200. **Art. 448, 449.**
200 *bis.* I-IV. Combinaison des articles 448 et 449 avec les articles 883 - 888 du Code de procédure. - Les règles spéciales ici tracées doivent prévaloir, mais pas indistinctement.

201. Dans tous les cas l'affaire s'instruit et se juge comme affaire argente. - Le jugement est susceptible d'appel.
201 *bis.* Qui administrera pendant le litige?
SECTION VIII. De l'administration du tuteur.
202. **Art. 450,** al. 1 et 2.
203. Développement du principe qui charge le tuteur du soin de la personne.
203 *bis.* La garde de la personne n'est pas un attribut essentiel de la tutelle. - Secùs la surveillance.
204. Pouvoirs généraux attachés au titre de représentant légal.
205. Obligation d'administrer. - Responsabilité.
206. **Art. 450,** al. dernier.
206 *bis.* I. Motif spécial de la prohibition d'acheter.
206 *bis.* II. Exception pour le tuteur créancier, en cas de saisie, et pour le tuteur colicitant. - Par qui le mineur sera-t-il alors représenté?
206 *bis.* III. Double motif pour prohiber l'acceptation d'une cession de droits contre le pupille.
206 *bis.* IV. Sanction de la prohibition. - Systèmes divers.
206 *bis.* V. La prohibition comprend même la cession à titre gratuit. Mais ne cesserait-elle pas dans les cas prévus par l'art. 1704?
206 *bis.* VI. La transmission pourrait s'opérer par succession ou legs.
206 *bis.* VII. La prohibition n'exclut pas la faculté pour le tuteur de payer avec subrogation un créancier du mineur. - Précaution à prendre dans ce cas.
207. Division de la matière.
§ 1. Obligations du tuteur.
208. **Art. 451,** al. 1.
208 *bis.* I. Le délai pour faire lever le scellé et commencer l'inventaire ne s'applique pas seulement au tuteur nommé.
208 *bis.* II. L'inventaire devrait être en général commencé dans ce délai, quand même il n'y aurait pas eu d'apposition de scellé. - Ce délai n'est pas de rigueur.
208 *bis.* III. Formalité de l'inventaire particulièrement prescrite au cas de l'article 1442. - Conséquences du défaut d'inventaire dans ce cas. - Le délai alors est de trois mois et n'est pas non plus de rigueur. - Renvoi.
208 *bis.* IV. Hors même du cas spécial de l'article 1442, le défaut d'inventaire autoriserait la preuve par commune renommée et donnerait lieu à la responsabilité du subrogé tuteur.
208 *bis.* V. Le tuteur ne peut être dispensé de l'inventaire.
209. **Art. 451,** al. dernier.
209 *bis.* I. Motif de la déchéance établie contre le tuteur qui ne déclare pas sa créance.
209 *bis.* II. La réquisition de l'officier public est la condition sine quâ non de cette déchéance.
209 *bis.* III. La déchéance est absolue, - sauf la ressource du serment ou de l'aveu.
209 *bis.* IV. La déchéance ne serait pas encourue si le tuteur avait eu juste sujet d'ignorer l'existence de la créance non déclarée.
210. **Art. 452.**
210 *bis.* L'obligation de vendre s'applique généralement et exclusivement au mobilier corporel.
211. **Art. 453.**
211 *bis.* I. L'estimation ici prescrite n'est pas nécessairement distincte de celle qui de droit commun a lieu dans l'inventaire. - Combinaison de l'article 453 avec les articles 943-3° et 935 du Code de procédure.
211 *bis.* II. A quoi bon dire expressément que l'estimation aura lieu à juste valeur?
211 *bis.* III. Pourquoi le père usufruitier doit-il l'estimation primitive des meubles qu'il ne représente pas en nature? *Quid* si ces meubles ont péri par cas fortuit?
211 *bis.* IV. Devoir et responsabilité du tuteur non usufruitier autorisé à conserver les meubles en nature. - *Quid* s'il les a conservés sans autorisation?
212. **Art. 454.**
212 *bis.* I. Le pouvoir de régler la dépense annuelle emporte celui de déterminer le genre d'éducation.
212 *bis.* II. En quel sens le tuteur a-t-il besoin d'autorisation pour établir sous sa responsabilité des agents salariés?
212 *bis.* III. A quoi s'exposerait le tuteur s'il ne faisait pas fixer la dépense annuelle?
212 *bis.* IV. Usufruitiers ou non, les pères et mères sont dispensés de faire fixer la dépense annuelle.
212 *bis.* V. Quel avantage en résultera-t-il pour eux?
213. **Art. 455, 456.** La loi qui règle ici l'emploi des revenus prescrit à plus forte raison l'emploi des capitaux.
213 *bis.* I. Quel serait le délai pour l'emploi des capitaux?
213 *bis.* II. Qui déterminera le mode d'emploi?
213 *bis.* III. Le tuteur doit les intérêts des sommes employées à son usage, - à dater de cet emploi.
213 *bis.* IV. Le tuteur qui ne fait pas l'emploi dans les six mois ne doit les intérêts qu'à partir des six mois.
213 *bis.* V. Il doit les intérêts des sommes qu'il manque à recouvrer. - A partir de quand?
213 *bis.* VI. *Quid* s'il était lui-même débiteur?
213 *bis.* VII. Les articles 455 et 456 s'appliquent même aux pères et mères, s'ils ne sont pas usufruitiers.
§ 2. Actes qui excèdent les pouvoirs ordinaires du tuteur.
214. **Art. 457.** Remarques quant à l'hypothèque et à l'échange.
215. **Art. 458.**
215 *bis.* Ici et dans les autres cas auxquels s'applique l'article 885 du Code de procédure le rapport du juge ne se fait pas à l'audience.
216. **Art. 459.** Remarques quant à la présence du subrogé tuteur et quant au mode de publication.
217. **Art. 460.**
217 *bis.* Le tuteur ne peut, sans autorisation, provoquer la licitation. - L'autorisation, dans ce cas, est-elle sujette à homologation?
218. La saisie immobilière se poursuit contre le tuteur dans la forme ordinaire - après discussion du mobilier, s'il y a lieu. - Mais le tuteur ne peut, sans autorisation, former la demande en conversion ou s'y adjoindre.
219. Cas spécial où le tuteur peut consentir amiablement à l'aliénation. L. 3 mai 1841, art. 13 et 25.
220. Principe général sur les ventes mobilières - non applicable aux rentes sur l'Etat et aux actions de la Banque de France.
220 *bis.* I. Les formes prescrites pour la vente du mobilier s'appliquent-elles au mobilier incorporel?
220 *bis.* II. Règles spéciales pour l'aliénation des rentes sur l'Etat. L. 24 mars 1806. - Comment doit s'en faire l'application si les inscriptions ne sont pas de cinq pour cent? - Application aux actions de la Banque de France. D. 25 septembre 1813.
220 *bis.* III. Pour tout autre mobilier incorporel, la loi ne prescrit rien. - Formes et conditions diverses dont la prudence doit conseiller l'emploi.
220 *bis.* IV. Leur omission n'entraînerait jamais une nullité de forme. Les tiers mêmes cependant sont intéressés à leur observation.
220 *bis.* V. Les meubles dont le conseil de famille a autorisé la conservation ne doivent pas être vendus sans nouvelle autorisation.
220 *bis.* VI. La vente des récoltes, et généralement de tout ce qui peut passer pour fruit, peut toujours se faire à l'amiable. - *Quid* s'il s'agissait d'une coupe extraordinaire de bois, ou d'une carrière à ouvrir?
221 et 221 *bis.* I et II. Application au tuteur des articles 1429 et 1430, quant à la durée des baux et aux époques de leur renouvellement. - Différences d'application, fondées sur ce que le tuteur n'a pas la jouissance.
222. **Art. 461.**
222 *bis.* I. Pourquoi la loi, qui interdit l'acceptation pure et simple, n'interdit-elle pas également la renonciation?
222 *bis.* II. L'autorisation d'accepter ou de répudier n'est pas sujette à homologation. - Règle générale à ce sujet.
223. **Art. 462.**
223 *bis.* La faveur accordée ici au mineur a été depuis généralisée. - Le mineur cependant ne jouit-il pas à cet égard de quelque prérogative? - Renvoi.
224. **Art. 463.**
224 *bis.* I. Double objet de l'intervention de la famille dans l'acceptation d'une donation. - L'acceptation faite par l'ascendant aux termes de l'article 935 n'obligerait pas le mineur à l'exécution des charges.
224 *bis.* II. L'autorisation semble nécessaire pour l'acceptation d'un legs. - *Quid* si la délivrance était demandée par le tuteur non autorisé?
225. **Art. 464.** - Conséquences indiquées: Le tuteur doit défendre aux actions immobilières; il peut acquiescer en matière mobilière.
225 *bis.* I. Le tuteur peut sans autorisation intenter les actions possessoires.
225 *bis.* II. En toute matière le tuteur peut sans autorisation interjeter appel.
225 *bis.* III. *Quid* si le tuteur intente sans autorisation une action immobilière?
225 *bis.* IV. L'acquiescement, lors même qu'il n'est pas permis au tuteur, n'est jamais soumis aux mêmes conditions que la transaction. - Nature différente des deux actes.
226. **Art. 465.** - *Quid* si plusieurs mineurs ayant le même tuteur ont, dans le partage, des intérêts opposés. - **Art. 466,** modifié par les articles 970 et 975 du Code de procédure.
226 *bis.* I. En quel sens l'absence de forme rend-elle le partage provisionnel?
226 *bis.* II. Formes du partage applicables en général, quelles que soient la cause de l'indivision et la nature des biens.
227. **Art. 467.**
227 *bis.* Formes de la transaction requises, quel que soit l'objet.
228. Compromis toujours et absolument défendu.
229. **Art. 468.**
229 *bis.* I. Combinaison du droit de correction accordé ici au tuteur avec le même droit accordé au père ou à la mère, quand les deux qualités sont réunies dans la même personne.
229 *bis.* II. *Quid* si elles sont séparées?
229 *bis.* III. Le tuteur pourrait sans autorisation abréger la durée de l'emprisonnement.
SECTION IX. Des comptes de tutelle.
230. **Art. 469.**
230 *bis.* Le tuteur ne peut être dispensé de rendre compte.
231. **Art. 470.**
231 *bis.* Les père et mère pourraient être astreints à fournir des états de situation s'ils ne tenaient la tutelle que de la nomination ou confirmation du conseil de famille.
232. **Art. 471,** al. 1er.
232 *bis.* I. En principe, les frais du compte doivent être à la charge du mineur, quelle que soit la cause qui met fin à la gestion. - *Quid* au cas de destitution?
232 *bis.* II. Quels sont les frais dont il s'agit?
233. **Art. 471,** al. dernier.
233 *bis.* I. La justification des dépenses peut se faire autrement que par écrit.
233 *bis.* II. Le tuteur doit porter en recette les sommes dont il était débiteur. - Conséquences du principe *debuit à semetipso exigere.*
234. A qui est rendu le compte de tutelle? - Cas divers.
235. Le compte se rend judiciairement ou à l'amiable.
235 *bis.* Il peut être rendu à l'amiable, quand même l'oyant serait mineur.
236. **Art. 472.**

236 *bis.* I. Le récépissé qui doit constater la remise des pièces peut être sous seing privé. - Ce récépissé pourrait même se trouver dans le traité lui-même.
236 *bis.* II. La nullité établie par l'article 472 ne s'applique pas indistinctement à tout contrat. - Dans quel sens doit se prendre ici le mot *traité?*
236 *bis.* III. L'article 472 dispose uniquement pour le cas de compte à rendre par le *tuteur au mineur devenu majeur.* Jusqu'à quel point sa disposition pourrait-elle s'étendre à d'autres cas?
236 *bis.* IV. La nullité est purement relative. - Par qui et dans quel délai doit-elle être demandée?
237. **Art. 473.**
238. Fixation du reliquat. - **Art. 474** (Différence entre le tuteur et le mineur quant au cours des intérêts). - Autres faveurs dont jouit le mineur.
238 *bis.* I. Cas où le tuteur devrait les intérêts dès avant la clôture du compte.
238 *bis.* II. Cas, au contraire, où le tuteur reliquataire garderait les fonds sans intérêts.
239. **Art. 475.**
239 *bis.* I. Motifs de la prescription spéciale dont il s'agit; elle s'applique à l'action en reddition de compte et à toute autre action relative aux faits de la tutelle.
239 *bis.* II. Mais non à l'action en payement du reliquat. - *Quid* à l'égard des actions autorisées par l'article 541 du Code de procédure?
239 *bis.* III. S'applique-t-elle à l'action en nullité fondée sur l'article 472? - Distinctions.
239 *bis.* IV. Les dix ans courront-ils toujours à partir de la majorité?
239 *bis.* V. Cette prescription ne s'appliquerait pas à l'action *contraire* du tuteur contre le mineur.
CHAPITRE III. DE L'EMANCIPATION.
240. But de l'émancipation.
241. Emancipation par mariage. **Art. 476.**
242. Emancipation directe. - Conditions différentes suivant les cas.
243. **Art. 477.**
243 *bis.* I. Le pouvoir d'émanciper doit appartenir aux père et mère naturels; mais l'ordre ici prescrit pour son exercice ne leur paraît pas applicable. - Quelle règle faut-il suivre à cet égard?
243 *bis.* II. De droit commun, le pouvoir du père ou de la mère, indépendant de la qualité de tuteur, survit à la perte de ce titre. - Inconvénient. - Moyen d'y remédier.
243 *bis.* III. *Quid* au cas de l'article 335 du Code pénal?
243 *bis.* IV. La mère ne peut-elle émanciper qu'au cas de prédécès du père?
244. **Art. 478.**
244 *bis.* Le droit du conseil de famille est-il absolument subordonné au décès du père et de la mère?
245. **Art. 479.**
245 *bis.* Le droit de requérir la convocation n'appartient qu'aux parents ou alliés ici désignés. - Mais le juge de paix peut convoquer d'office.
246. Le mineur émancipé reste sous un régime de protection.
247. Effets de l'émancipation quant à l'indépendance de la personne.
248. **Art. 480.**
248 *bis.* I. Le curateur est établi pour toute la durée de la minorité. - Il est toujours nommé par le conseil de famille.
248 *bis.* II. Si l'on veut appeler à la curatelle l'ancien tuteur, on peut nommer pour l'audition du compte un curateur spécial.
248 *bis.* III. En général, le mari tient lieu à sa femme de curateur. - Quelques cas où la femme devrait être pourvue d'un curateur spécial.
249. **Art. 481.**
249 *bis.* I. Même pour les actes de pure administration, le mineur émancipé n'est pas absolument réputé majeur; - seulement, il n'est pas restituable pour lésion.
249 *bis.* II. Modification au principe, résultant de l'article 484. - Renvoi.
249 *bis.* III. La vente du mobilier pourrait, suivant les cas, passer pour acte d'administration. - Formes à suivre dans le cas contraire. - Renvoi.
250. Actes qui excèdent la capacité du mineur, divisés en trois catégories.
251. Actes pour lesquels l'assistance du curateur est requise.
251 *bis.* Le mineur n'a besoin d'aucune assistance pour plaider en matière mobilière. - Dissentiment avec M. Duranton.
252. Responsabilité du curateur.
252 *bis.* Ses biens ne sont pas grevés d'hypothèque légale.
253. **Art. 483, 484,** al. 1.
253 *bis.* I. Aux cas réglés par les articles 482, 840 et 935, le mineur émancipé, assisté de son curateur, n'aurait pas, comme le tuteur, besoin d'être autorisé par le conseil de famille.
253 *bis.* II. Il ne pourrait, sans cette autorisation, acquiescer à une demande relative à des droits immobiliers.
253 *bis.* III. Il ne peut, sans l'accomplissement des formes prescrites, faire aucun emprunt, quelque modique qu'il soit.
253 *bis.* IV. Il ne peut hypothéquer, même pour sûreté, des obligations qu'il a pouvoir de contracter. - Dissentiment avec M. Duranton.
253 *bis.* V. Il ne peut transiger même sur ses revenus.
253 *bis.* VI. Dans tous les actes soumis à des formes spéciales le mineur doit être assisté de son curateur.
254. L'émancipation laisse subsister l'incapacité de donner et celle de compromettre.
254 *bis.* L'incapacité de donner emporte celle de faire remise d'une dette. - Tempérament dont cette règle paraît susceptible.
255. **Art. 484,** al. 2.
255 *bis.* I. Historique, - préparant la solution suivante.
255 *bis.* II. Caractère spécial des engagements dont l'article 484 autorise la réduction.
255 *bis.* III. Actes qui, ne rentrant dans aucune des catégories ci-dessus, peuvent être faits par le mineur sans assistance, et sans l'emploi d'aucune forme, mais sauf restitution pour lésion.
256. **Art. 485.**
256 *bis.* I. Historique.
256 *bis.* II. Le retrait de l'émancipation n'est jamais que facultatif; mais la faculté est subordonnée par la loi au fait de réduction. - Inconvénients de ce système. - Remède indiqué.
256 *bis.* III. L'émancipation ne peut être retirée au mineur marié, ou veuf avec enfants. - Secùs s'il est veuf sans enfants.
256 *bis.* IV. La forme à suivre pour retirer l'émancipation est celle qu'il faudrait suivre pour la conférer.
257. **Art. 486.**
257 *bis.* I. Le retrait de l'émancipation fait rentrer le mineur sous l'autorité paternelle; - mais ne fait pas renaître l'usufruit légal.
257 *bis.* II. L'ancien tuteur, autre que le père ou la mère, ne recouvre pas de plein droit la tutelle.
257 *bis.* III. Le mineur rentré en tutelle peut en sortir par le mariage.
258. **Art. 487,** C. comm., art. 2, 3, 6. - Capacité du mineur commerçant. - Conditions exigées pour lui conférer cette capacité.
258 *bis.* I. Le pouvoir d'autoriser le mineur émancipé à faire le commerce ou à faire certains actes de commerce, passe du père à la mère, ou des père et mère au conseil de famille, plus facilement que le pouvoir d'émanciper. - Pourquoi?
258 *bis.* II. Le mineur autorisé est *réputé majeur.* - Conséquences de cette fiction.
258 *bis.* III. En cas d'abus, les tribunaux, mais les tribunaux seuls, pourraient retirer au mineur, soit l'émancipation, soit simplement l'autorisation.
258 *bis.* IV. Tout engagement du mineur commerçant n'est pas présumé relatif à son commerce. - *Secùs* les billets par lui souscrits.
TITRE ONZIEME. DE LA MAJORITE, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE.
259. Division.
CHAPITRE PREMIER. DE LA MAJORITE.
260. **Art. 488.**
CHAPITRE II. DE L'INTERDICTION.
261. Ce qu'on entend par interdiction.
262. **Art. 489.**
262 *bis.* I. Sens des mots *imbécillité, démence et fureur.*
262 *bis.* II. La loi française diffère doublement de la loi romaine en soumettant à l'interdiction les fous, et n'y soumettant pas les prodigues. - Motifs des deux théories.
262 *bis.* III. Le mineur même non émancipé *peut* être interdit.
263. **Art. 490 et 491.**
263 *bis.* I. La personne dont la raison est altérée peut elle-même provoquer sa propre interdiction.
263 *bis.* II. Les alliés ne peuvent provoquer l'interdiction. Les parents naturels, successeurs irréguliers, le peuvent-ils?
264. **Art. 492.**
265. **Art. 493.**
266. **Art. 494.**
266 *bis.* L'interdiction ne peut être prononcée, mais elle peut être refusée, sans que le conseil de famille ait été consulté.
267. **Art. 495.**
267 *bis.* Les enfants et le conjoint, s'ils n'ont point provoqué l'interdiction, ont-ils voix délibérative?
268. **Art. 496.**
269. **Art. 497**
269 *bis.* Fonctions de l'administrateur provisoire.
270. **Art. 498.**
271. **Art. 499.**
271 *bis.* I. La nomination d'un conseil peut avoir lieu, soit sur une demande en interdiction, soit sur une demande formelle à fin de nomination de conseil.
271 *bis.* II. Pour l'application des art. 130 et 131 du C. proc., on ne doit pas considérer comme ayant succombé le demandeur en interdiction qui n'obtient que la nomination d'un conseil.
271 *bis.* III. Une infirmité sans rapport avec la folie peut motiver la nomination d'un conseil, mais non l'interdiction. - Critique de la loi.
272 et 272 *bis.* **Art. 500.**
273. **Art. 501.**
273 *bis.* I. Le jugement qui prononce l'interdiction doit être publié nonobstant l'appel.
273 *bis.* II. Mode de cette publication.
273 *bis.* III. La sanction des dommages-intérêts s'applique contre tout contrevenant aux obligations imposées par l'art. 501.
274. **Art. 502.**
274 *bis.* I. En quel sens les actes de l'interdit sont-ils nuls de droit?
274 *bis.* II. En quel sens les effets datent-ils du jour du jugement?
274 *bis.* III. Le défaut de publication du jugement n'empêche pas la nullité des actes, - sauf le recours des tiers contre qui de droit.
274 *bis.* IV. Quels actes sont rendus nuls par suite du jugement d'interdiction ou par celui qui nomme un conseil.
274 *bis.* V. S'il faut y comprendre les quasi-contrats, les délits et quasi-délits.
274 *bis.* VI. Les effets de l'interdiction judiciaire s'appliquent à l'interdiction légale.
275. **Art. 503.**
275 *bis.* Utilité de cette disposition.

276. **Art. 504.**
276 *bis.* I. Les héritiers qui ont provoqué l'interdiction sans l'avoir obtenue doivent prouver la démence, mais il n'est pas nécessaire que cette preuve résulte de l'acte attaqué.
276 *bis.* II. La fin de non-recevoir établie par l'art. 504 peut-elle être opposée aux successeurs testamentaires qui n'auraient pas eu qualité pour provoquer l'interdiction?
276 *bis.* III. L'art. 504 s'applique-t-il aux donations et testaments? - Renvoi à la matière des donations et testaments.
277. **Art. 505.**
277 *bis.* I. Effet de l'appel quant à la nomination du tuteur, ou son entrée en fonctions, et quant à la cessation des fonctions de l'administrateur provisoire.
277 *bis.* II. Le jugement qui prononce l'interdiction ne peut être déclaré exécutoire par provision.
278. **Art. 506.**
279. **Art. 507.**
279 *bis.* I. Le conseil de famille n'est pas forcé de nommer la femme tutrice de son mari interdit, ni de motiver la préférence qu'il donne à un autre. - La femme qui n'est pas tutrice conserve la garde des enfants, mais un tuteur doit leur être donné.
279 *bis.* II. Motif du devoir imposé au conseil de famille de régler la forme et les conditions de l'administration de la femme tutrice. - Développements et applications.
279 *bis.* III. Recours devant les tribunaux de la femme nommée ou non tutrice.
279 *bis.* IV. Etendue des pouvoirs et de la capacité de la femme tutrice.
280. **Art. 508.**
281. **Art. 509.**
281 *bis.* Jusqu'à quel point les règles sur la tutelle des mineurs s'appliquent-elles à la tutelle des interdits?
282. **Art. 510.**
282 *bis.* Combinaison de l'article 510 avec les articles 8, 14 et 29 de la loi des aliénés. - Renvoi au n°290 bis, II.
283. **Art. 511.**
283 *bis.* I. L'établissement par *mariage* n'est pas le seul pour lequel l'avancement d'hoirie puisse être autorisé.
283 *bis.* II. Le conseil de famille ne pourrait autoriser un don avec dispense de rapport.
283 *bis.* III. En quel sens le conseil de famille du parent interdit est-il appelé à régler les conventions matrimoniales de l'enfant? - Assistance particulière dont l'enfant aura d'ailleurs besoin s'il est mineur.
284. **Art. 512.**
284 *bis.* I. La demande en mainlevée doit être formée par l'interdit lui-même.
284 *bis.* II. Il n'a en général besoin de mettre en cause aucun contradicteur. - Sa demande, pourtant, peut être combattue. - Par qui, et comment?
284 *bis.* III. La loi ne prescrit pas la publication du jugement de mainlevée. - Mais la personne dont l'interdiction a cessé peut la faire faire dans son intérêt, pourvu qu'il y ait chose irrévocablement jugée.
CHAPITRE III. Du conseil judiciaire.
285. **Art. 513.**
285 *bis.* I, II. En quoi consiste l'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire. - Le conseil est un véritable *curateur.* - Comparaison de son ministère avec celui du curateur à l'émancipation. - Conséquences.
285 *bis.* III. L'assistance du conseil est nécessaire pour les actes de disposition; - elle ne l'est pas pour les actes d'administration. - Conséquences quant aux baux et aux ventes mobilières. 35
285 *bis.* IV. L'assistance est requise pour les donations, mais non pour les dispositions testamentaires. 35
285 *bis.* V. Elle ne l'est pas pour le mariage. *Quid* à l'égard des effets du mariage relativement aux biens: hypothèque légale de la femme; communauté légale ou conventionnelle?
285 *bis.* VI. La nomination de conseil n'enlève ni l'exercice de la puissance maritale ou paternelle, ni la capacité d'être tuteur. - Les pouvoirs sur la personne de la femme ou du mineur restententiers. - *Quid* à l'égard des pouvoirs relatifs aux biens? 3
285 *bis.* VII. Le conseil ne peut agir au nom de la personne placée sous sa protection. - En quoi consiste l'assistance en justice? 3
285 *bis.* VIII. *Quid* s'il y a dissentiment entre la personne et son conseil sur l'opportunité d'une action à intenter?
285 *bis.* IX. La nullité même des actes faits sans l'assistance requise ne peut être demandée par le conseil seul.
285 *bis.* X. La nullité de droit prononcée par l'article 502 s'applique au cas de prodigalité comme au cas de faiblesse d'esprit; - ni dans l'un ni dans l'autre cas les actes antérieurs au jugement ne peuvent être annulés. 3
286. **Art. 514.** - Rappel des articles 501, et C. pr. 897.
286 *bis.* I. A défaut de parents et de conjoint, le ministère public pourrait provoquer la nomination de conseil.
286 *bis.* II. Pourquoi l'article 897 du Code de procédure applique-t-il seulement au cas de nomination de conseil le renvoi qu'il fait à l'article 501?
287. **Art. 515.**
APPENDICE AU TITRE DE L'INTERDICTION. Loi sur les aliénés.
288. Lacune comblée par cette loi. - Sous quel point de vue l'on doit ici s'en occuper.
§ 1. Du placement et de la sortie.
289. Deux espèces de placement.
290. Placement volontaire, art. 8.
290 *bis.* I. Pièces à produire. - Enonciations que la demande doit contenir.
290 *bis.* II. Le tuteur de l'interdit peut requérir le placement sans justifier de l'autorisation du conseil de famille. - Conciliation avec l'article 510 du Code civil.
291. Placement d'office, art. 18 et 19.
291 *bis.* Fonctionnaires qui ont droit de l'ordonner.
292. Double but en vue duquel la loi règle les conditions de la sortie et prescrit diverses mesures.
292 *bis.* Principales mesures tendant à prévenir les abus.
293. Conditions de la sortie, différentes suivant la nature du placement.
294. En cas de placement volontaire, la sortie a lieu de trois manières, art. 13, 14 et 21, 16.
294 *bis.* I. Quelles personnes peuvent requérir la sortie avant guérison lorsque l'aliéné n'est pas interdit. - Distinction de ces personnes en quatre catégories. - Qui peut s'opposer à la sortie.
294 *bis.* II. *Quid* en cas de minorité ou d'interdiction?
295. Mode unique de sortie pour le cas de placement d'office. - Ordre de l'autorité.
295 *bis.* Les médecins déclarent seulement que la sortie peut être ordonnée (art. 23).
296. Dans tous les cas, la sortie peut, sur la demande de qui de droit, être ordonnée par justice. Art. 29.
296 *bis.* Droit exclusif du tuteur de l'interdit applicable au cas de minorité. - Procédure simple, prompte et économique. - Peines contre ceux qui supprimeraient ou retiendraient les requêtes.
297. A qui doit être remise la personne mineure ou interdite. Art. 17.
297 *bis.* Distinction à faire entre les mineurs.
§ 2. Effets du placement quant à la capacité de la personne et à l'exercice de ses droits.
298. Régime de protection spéciale (art. 31-40).
299. Administration provisoire des biens confiée aux commissions administratives ou de surveillance des hospices ou établissements publics. Art. 31, al. 1-3.
300. Administrateur provisoire nommé par jugement. Art. 31, al. dernier, 32.
301. Pouvoirs de l'administrateur provisoire. - Ils ne comprennent pas celui de représenter en justice. - Mandat spécial à cet effet. Art. 33.
302. Administrateur provisoire assimilé, sous certains rapports, au tuteur. - Hypothèque facultative sur ses biens. Art. 34.
303. Administrateur nommé par jugement reçoit les significations. Art. 35.
303 *bis.* Où doivent être faites les significations lorsque l'aliéné est dans un hospice, ou établissement public?
304. Mode spécial de représenter l'aliéné dans les inventaires, etc. - Applicable seulement à défaut d'administrateur. Art. 36. 37
304 *bis.* Il n'y a pas défaut d'administrateur lorsque la personne est dans un établissement public. 37
305. Tous les pouvoirs ci-dessus cessent à la sortie. - Ceux de l'administrateur nommé par jugement cessent au bout de trois ans. - Exception. Art. 37. 37
305 *bis.* Motifs de l'exception. 37
306. Nomination d'un curateur à la personne; - par qui provoquée; - sa mission; - exclusion des héritiers présomptifs. Art. 38.
307. Les actes faits pendant la durée du placement peuvent être attaqués pour cause de démence. - Dans quel délai. Art. 39.
307 *bis.* I. Dérogation à l'article 504 du Code civil. - Le fait du placement dispensera de prouver l'état habituel de démence. - La nullité toutefois n'est pas de droit.
307 *bis.* II. Point de départ du délai pour intenter l'action. - Motifs de la nouvelle règle. - Pourquoi ne l'a-t-on pas étendue à la nullité pour interdiction? *Quid* à l'égard des actes faits par l'interdit placé dans un établissement d'aliénés? - *Quid,* dans tous les cas, si l'ignorance de l'acte au moment de la mainlevée était établie en fait?
307 *bis.* III. Quand le délai a commencé à courir contre le défunt, il continue à courir contre les héritiers sans nouvelle signification.
308. Les affaires qui intéressent les aliénés sont communiquées au ministère public. Art. 40.
309. Tous les effets légaux du placement cessent par la sortie.
APPENDICE AU TITRE DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS. Lois des 22 mars 1849, 3 décembre 1849, 7 février 1851.
310. Division de la matière.
§ 1.
311. Théorie de l'article 9 du Code civil.
312. Motifs et texte de la loi du 22 mars 1849.
313. La loi ne déroge à l'article 9 qu'en ce qui concerne le délai pour faire la déclaration. - Sens précis des deux exceptions qu'elle consacre.
313 *bis. Quid* si la personne qui avait d'abord excipé de son extranéité pour se soustraire à la loi du recrutement et laissé passer ensuite le délai de l'article 9, venait pourtant à servir dans les armées?
314. Loi du 7 février 1851 applicable à deux catégories de personnes.
315. Première catégorie: personnes nées en France d'un étranger qui lui-même y est né; - sont déclarées Françaises, si elles ne réclament pas la qualité d'étrangères. Art. 1.
315 *bis.* I. Double but de la loi. - Elle s'applique aux personnes nées avant sa publication.
315 *bis.* II. Mais non aux personnes qui, au moment de sa publication, avaient déjà laissé passer le délai fixé par l'article 9.
315 *bis.* III. Le service militaire ne peut être exigé tant que la qualité de Français n'est pas irrévocablement acquise.
315 *bis.* IV. Mais la jouissance des droits civils doit être provisoirement accordée à partir de la naissance.
316. Deuxième catégorie: enfants d'un étranger naturalisé. - L'article 9 leur devient applicable diversement, suivant qu'ils étaient majeurs ou mineurs lors de la naturalisation. Art. 2.
316 *bis.* Développement. - L'année accordée aux majeurs devrait partir du jour de la naturalisation; mais les termes de la loi accordent une année en sus. - Il faut s'y tenir.
§ 2.
317. Loi du 3 décembre 1849, - applicable aux étrangers en général. - Elle a deux objets bien distincts.
318. Utilité d'une loi d'ensemble sur la naturalisation. - Opportunité de son émission.

319. La loi régularise, plutôt qu'elle ne change, la législation antérieure. - Elle ne touche pas au Code civil.
320. Principe fondamental sur la naturalisation des étrangers. - Analyse de l'article 1er. - Conditions pour la naturalisation ordinaire. - Condition particulière pour l'acquisition du droit d'éligibilité.
320 *bis.* I, II, III. Comparaison avec la législation antérieure.
321. Cas favorables où la durée du stage politique peut être réduite à un an. Art. 2.
322. L'autorisation de domicile peut être retirée, et le stage politique ainsi interrompu. - Forme du retrait. Art. 3.
323. Abrogation de la loi du 14 octobre 1814. Art. 4.
323 *bis.* Conséquences de cette abrogation.
324. Effet des naturalisations antérieures maintenu notamment quant à l'éligibilité. Art. 5.
324 *bis.* Motif de cette disposition.
325. Continuation du stage politique commencé avant la loi. Art. 6.
325 *bis.* La loi suppose que l'avis du conseil d'Etat du 20 prairial an XI n'était pas obligatoire.
326. Deuxième partie de la loi. - Son caractère. - Principes du droit des gens quant au séjour sur le territoire. - Analyse de l'article 7: droit d'expulsion confié au ministre de l'intérieur, - et dans certains cas aux préfets.
326 *bis.* Substitution du ministre de la police au ministre de l'intérieur.
327. La désobéissance constitue un délit. Art. 8.
328. Faculté d'appliquer l'article 463 du Code pénal. Art. 9.
APPENDICE AU TITRE DU MARIAGE. Loi du 10 juillet 1850.
329. Comment cette loi se rattache à la matière.
330. But de la loi.
331. Interpellation à faire par l'officier de l'état civil. § add. à l'article 75 du Code civil.
332. Constatation dans l'acte. - Sanction pénale. - Rectification s'il y a lieu. § add. à l'article 76.
333. Pour le surplus, renvoi au titre du Contrat de mariage.
LIVRE II. DES BIENS ET DES DIFFERENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIETE.
334. Division.
TITRE PREMIER. DE LA DISTINCTION DES BIENS.
335-337. **Art. 516.**
337 *bis.* Utilité de la distinction des biens en meubles et immeubles. Exemples.
CHAPITRE PREMIER. DES IMMEUBLES.
338. **Art. 517.**
339. Des immeubles par leur nature.
339 *bis.* I. Des immeubles *par destination* ou *par accession.*
339 *bis.* II. Différence entre l'accession par destination et l'accession réelle.
340. **Art. 518.**
340 *bis.* I, II. Développements sur la nature immobilière des bâtiments.
341. **Art. 519.**
341 *bis.* I. Rectification du texte de l'article 519.
341 *bis.* II. Renvoi à l'article 524.
342. **Art. 520, 521.**
343. Le droit d'un acheteur de fruits ou bois sur pied est mobilier.
343 *bis.* I-IV. Déductions de ce principe.
343 *bis.* V. Loi du 5 juin 1851.
344. **Art. 522.**
345. **Art. 523.**
345 *bis.* Distinctions rejetées.
346. **Art. 524.**
346 *bis.* I. L'énumération de l'article 524 n'est pas limitative.
346 *bis.* II. Des animaux attachés à la culture ou à l'exploitation d'un établissement industriel.
346 *bis.* III. Des échalas.
346 *bis.* IV. Des semences.
346 *bis.* V, VI. Des pigeons, lapins et poissons. Réponse à une objection tirée de l'article 564.
346 *bis.* VII. *Quid* des moulins non fixés sur pilier (v. art. 534)?
346 *bis.* VIII. Des mines (L. 21 avril 1810, art. 8).
346 *bis.* IX. Des pailles et engrais.
347. **Art. 525.**
347 *bis.* I. Objet précis de l'article 525.
347 *bis.* II. *Quid* des plantes de serre ou d'orangerie placées par le propriétaire dans un fonds d'agrément?
347 *bis.* III. *Quid* des statues placées sur un piédestal en maçonnerie?
347 *bis.* IV. Latitude d'appréciation laissée aux juges du fait.
348. Conclusion.
349, 350. **Art. 526.**
350 *bis.* I, II. *Quid* de l'hypothèque?
350 *bis.* III. *Quid* du droit du fermier et du locataire d'immeubles?
350 *bis.* IV. Pourquoi le droit de propriété n'est pas mentionné dans l'article 526.
351. Des actions tendant à revendiquer un immeuble.
351 *bis.* I-III. Explication et rectification de cette formule.
352. Quatrième clause d'immeubles.
352 *bis.* I-V. Développements.
CHAPITRE II. DES MEUBLES.
353, 354. **Art. 527, 528.**
355, 356. **Art. 529,** al. 1, part. 1.
356 *bis.* I, II. *Quid* de l'obligation de construire un immeuble?
356 *bis.* III. De l'obligation alternative.
356 *bis.* IV. De l'obligation facultative.
356 *bis.* V. De l'action en rescision d'une vente d'immeuble pour vilité du prix.
356 *bis.* VI. De l'action en résolution d'une vente immobilière pour défaut de payement du prix.
356 *bis.* VII. Des différents chefs de l'action de l'acheteur.
356 *bis.* VIII. Conclusion.
357. **Art. 529,** al. 1, in fine.
357 *bis.* I. Différence entre l'intérêt et l'action.
357 *bis.* II. "... A l'égard de chaque associé seulement," qu'est-ce à dire?
357 *bis.* III. Il n'y a pas lieu d'ériger en personne civile toute espèce de société.
357 *bis.* IV. *Quid* des associations commerciales en participation et des sociétés civiles? Distinction quant aux sociétés civiles.
358. **Art. 529,** al. dernier.
359. **Art. 530.**
359 *bis.* I. Des anciennes rentes foncières.
359 *bis.* II. L'article 530 les a complétement abolies.
359 *bis.* III. Caractères distinctifs des conventions qui tombent sous l'application de l'article 530. *Quid* des redevances stipulées pour une concession de *jouissance?* Distinction.
359 *bis.* IV. Des *champarts,* de la *locatairie perpétuelle,* des baux *à domaine congéable,* des baux à *complant.*
359 *bis.* V. De l'effet de ces conventions sous l'empire du Code civil. Renvoi à l'article 543 (*infra* n° 378).
359 *bis.* VI. Déductions du caractère mobilier, attribué aux rentes établies pour l'aliénation d'un immeuble. *Quid* des rentes établies avant la publication du Code? Observation sur un arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1813.
359 *bis.* VII. Le débiteur peut se réserver, par une convention expresse, la faculté de s'affranchir par le déguerpissement. Cette faculté même existe de droit dans toutes les rentes constituées avant la loi du 11 brumaire an VII.
359 *bis.* VIII. Jusqu'à quel point "il est permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat."
359 *bis.* IX. *Quid* s'il n'y a dans la convention ni expression du capital ni fixation du prix du rachat? *Quid* spécialement des rentes en grains ou denrées?
359 *bis.* X. Quand peut-on dire qu'une rente est établie *pour le prix de la vente* d'un immeuble?
360, 361. **Art. 531.**
362. **Art. 532.**
362 *bis.* Les matériaux détachés temporairement d'un immeuble pour cause de réparation demeurent immeubles nonobstant la disposition de l'article 532.
363, 364. **Art. 533.**
364 *bis.* Les articles 533-536 doivent être appliqués avec discernement.
365. **Art. 534.**
366. **Art. 535.**
367. **Art. 536.**
CHAPITRE III. DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSEDENT.
368. Préambule.
369. **Art. 537.**
370. Outre l'Etat et les communes, certains établissements publics sont capables de devenir propriétaires. Quels sont ces établissements publics?
370 *bis.* Démonstration.
371. De la propriété départementale.
371 *bis. Quid* à l'égard des arrondissements?
372. Des biens de la couronne. Des majorats.
373. Des biens qui composent le domaine public lato sensu.
373 *bis.* Distinction du domaine public proprement dit et du domaine de l'Etat.
374. **Art. 538.**

374 *bis.* I. Des lais et relais de la mer.
374 *bis.* II. Des cours d'eau non navigables ni flottables. La propriété en appartient aux particuliers, sans préjudice du pouvoir réglementaire de l'administration.
374 *bis.* III. Des biens communaux affectés à un service public. Renvoi.
375. **Art. 539.**
375 *bis.* Du droit d'occupation. Renvoi.
376. **Art. 540, 541.**
377. **Art. 542.**
377 *bis.* I, II. Distinctions à faire quant aux biens des communes.
377 *bis.* III. Et quant aux biens des départements.
378. **Art. 543.**
378 *bis.* I. Les droits de jouissance et de servitude sont les seules modifications possibles de la propriété. Conséquence.
378 *bis.* II. Le droit du fermier ou du locataire ne constitue aucune modification de la propriété.
378 *bis.* III. Le simple droit de jouissance est essentiellement temporaire.
378 *bis.* IV. Abrogation du bail à rente perpétuel, de l'emphytéose perpétuelle, des *champarts* et des baux à *locatairie perpétuelle.* - Mais l'emphytéose temporaire constitue encore aujourd'hui un droit réel immobilier, susceptible d'hypothèque.
378 *bis.* V. Distinction.
378 *bis.* VI. La durée de l'emphytéose temporaire est réglée par la loi du 18 décembre 1790. *Quid* si les parties sont convenues d'une plus longue durée?
378 *bis.* VII. De la tenure convenancière ou à domaine congéable. - Des baux à complant.
78 *bis.* VIII, IX. De la possession.
TITRE DEUXIEME. DE LA PROPRIETE.
379. **Art. 544.**
379 *bis.* Des restrictions apportées au droit de propriété.
380. **Art. 545.**
381. **Art. 546.**
381 *bis.* Du droit d'accession.
CHAPITRE PREMIER. DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE.
382. **Art. 547.**
382 *bis.* Distinction des produits et des fruits. - Différentes espèces de fruits. - Renvoi.
383. **Art. 548.**
383 *bis.* I. Droit de celui (improprement appelé tiers) qui a fait des *frais de labours, travaux et semences* sur la chose d'autrui.
383 *bis.* II. Il peut réclamer l'indemnité soit par voie d'action, soit par voie d'exception.
383 *bis.* III. S'il est en possession, il peut retenir les fruits jusqu'au payement de cette indemnité. - Dans tous les cas, il est privilégié aux termes de l'article 2102 1°, al. 4.
383 *bis.* IV. Les règles ci-dessus sont applicables à toute personne qui, à un titre quelconque, aurait le droit de s'approprier les fruits. - Mais elles reçoivent exception au cas prévu par l'article 585.
383 *bis.* V. Et encore entre l'auteur et son ayant cause, lorsque le fonds aura été aliéné après les travaux de culture et avant la récolte. - Le privilége établi sur les fruits ne les suivrait pas dans les mains du tiers acquéreur de bonne foi.
384. **Art. 549.**
384 *bis.* I. Du possesseur de mauvaise foi. - Il ne peut invoquer d'autre prescription que la prescription de trente ans.
384 *bis.* II. Il peut être tenu à raison des fruits qu'il a manqué de percevoir.
384 *bis.* III. Du possesseur de bonne foi. - Abrogation définitive de la maxime *Fructus augent hereditatem.* - Renvoi à l'article 138.
384 *bis.* IV. Le possesseur de bonne foi acquiert *définitivement* les fruits par la perception.
384 *bis.* V. Mais il n'acquiert pas les fruits civils jour par jour.
385. **Art. 330.**
385 *bis.* I. De la bonne foi et du juste titre.
385 *bis.* II. Sens précis du mot *titre.*
385 *bis.* III. Du principe *En fait de meubles possession vaut titre.*
385 *bis.* IV. Du titre *putatif.* - Du titre irrégulier en la forme.
385 *bis.* V. A quel moment cesse le bénéfice d'acquisition des fruits?
385 *bis.* VI, VII. Après la demande formée contre lui, le possesseur ne doit pas être assimilé, *sous tous les rapports,* au possesseur de mauvaise foi.
385 *bis.* VIII. La bonne foi, en cette matière, s'apprécie *in singula momenta.* Conséquence de ce principe, spécialement à l'égard de l'héritier du possesseur originaire.
386. De l'usufruitier, du fermier et du preneur à antichrèse.
CHAPITRE II. DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE.
387. **Art. 551.**
SECTION I. Du droit d'accession relativement aux choses immobilières.
388. Division.
389. **Art. 552, 553.**
389 *bis.* Pourquoi l'article 553 fait-il mention expresse de la prescription comme moyen d'acquérir la propriété d'un souterrain.
390. Examen de deux cas principaux d'accession.
390 *bis.* A quel moment précis s'opère l'accession? - *Quid* spécialement à l'égard des *plantations?*
391. **Art. 554.**
391 *bis.* I. Le propriétaire des matériaux peut les revendiquer après la démolition de l'édifice.
391 *bis.* II. Le maître de l'édifice a la faculté de rendre les matériaux en nature dans leur état primitif.
391 *bis.* III. *Quid* à l'égard des arbres ou plantes?
391 *bis.* IV. Effet du principe *En fait de meubles possession vaut titre.*
392. **Art. 555.**
392 *bis.* I. Cas précis de l'article 555.
392 *bis.* II. Le possesseur évincé n'est pas la seule personne comprise par la loi sous le nom de *tiers.* Renvoi, quant à l'usufruitier, à l'article 599.
392 *bis.* III. Faveur accordée au possesseur de bonne foi. Cas où cette faveur paraît tourner contre lui.
392 *bis.* IV. Définition de la bonne foi en cette matière. Renvoi pur et simple aux principes exposés ci-dessus sur l'article 550 (n° 385 *bis.* I-VII).
392 *bis.* V. Le possesseur de bonne foi a droit cumulativement aux bénéfices d'acquisition des fruits et à l'indemnité de ses dépenses. *Quid* à l'égard des dépenses d'entretien?
392 *bis.* VI. Le pouvoir d'appréciation des juges en cette matière est beaucoup plus restreint qu'en droit romain.
392 *bis.* VII. *Quid* à l'égard du droit de rétention?
392 *bis.* VIII. *Quid* si les ouvrages faits sur le fonds d'autrui l'ont été avec les matériaux d'une tierce personne?
392 *bis.* IX. *Quid* si les ouvrages ne sont pas susceptibles d'enlèvement?
392 *bis.* X. Des travaux de conservation et des travaux de simple amélioration.
392 *bis.* XI. Des réparations d'entretien.
392 *bis.* XII. Comment apprécier la plus-value?
393. **Art. 556, 557.**
393 *bis.* I. De l'alluvion. - De la formation d'une île.
393 *bis.* II. Du marchepied et du chemin de halage.
394. **Art. 558.**
395. **Art. 559.**
395 *bis.* I. L'article 559 prévoit le cas de juxtaposition et non le cas de *superposition.*
395 *bis.* II. Caractère particulier du mode d'acquérir consacré par cet article.
395 *bis.* III. La réclamation dont il s'agit est une véritable revendication.
395 *bis.* IV. Du cas de *superposition.*
396. **Art. 560, 561.**
396 *bis.* I. Retour sur la propriété des cours d'eau (v. cidessus, n° 374 *bis.* II).
396 *bis.* II. De la propriété du lit.
397. **Art. 562.**
398. **Art. 563.**
398 *bis.* I. Comment concilier l'article 563 avec la doctrine exposée (n° 374 *bis.* II.) sur la propriété des cours d'eau?
398 *bis.* II. L'article 563 n'apporte nul changement dans la propriété des îles antérieurement formées.
399. **Art. 564.**
399 *bis.* I. En cas de fraude, la restitution en nature doit être ordonnée.
399 *bis.* II. Quels animaux sont compris dans la disposition de notre article?
399 *bis.* III. Conciliation de l'article 564 avec l'article 524.
SECTION II. Du droit d'accession relativement aux choses mobilières.
400. **Art. 565.**
400 *bis.* Les règles tracées par les articles 565 à 577 demeurent, pour les cas prévus, des dispositions vraiment législatives.
401. Division.
402. **Art. 566.**
402 *bis.* I. Comparaison du cas d'adjonction et du cas de mélange.
402 *bis.* II. En quel sens la loi exige-t-elle que les choses unies soient néanmoins séparables?
403. **Art. 567.**
404. **Art. 568.**
404 *bis.* Cas précis de l'article 568.
405. **Art. 569.**
405 *bis. Quid* s'il est impossible de distinguer l'accessoire du principal?
406. **Art. 570, 571.**
407. **Art. 572.**
407 *bis.* I, II. Combinaison de l'article 572 avec les précédents.
408. **Art. 573, 574.**
409. **Art. 575.**

410. **Art. 576.**
410 *bis.* En cas d'adjonction, quel moyen le propriétaire de la chose principale a-t-il pour se soustraire à l'indemnité?
411. **Art. 577.**
411 *bis.* I. "... Par voie extraordinaire..." Qu'est-ce à dire?
411 *bis.* II. Outre la sanction criminelle, quelle autre sanction peut encourir celui qui emploie sciemment à son usage la chose d'autrui?
412. De la maxime *En fait de meubles la possession vaut titre.*
412 *bis.* Sa combinaison avec les règles ci-dessus.
TITRE TROISIEME. DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.
413. Retour sur l'article 543.
414. L'usufruit est une *servitude personnelle.*
414 *bis.* Pourquoi les rédacteurs du Code civil ont-ils évité cette locution?
415. Caractère propre des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation.
415 *bis.* Différence avec le droit du preneur à ferme ou à loyer (renvoi au n° 350 *bis.* III.), - avec le droit du commodataire, - avec l'antichrèse.
416. Transition.
CHAPITRE PREMIER. DE L'USUFRUIT.
417. **Art. 578.**
417 *bis.* I. L'usufruit est le droit de jouir .... comme le propriétaire lui-même. Qu'est-ce à dire?
417 *bis.* II. De la définition de l'usufruit d'après les textes du droit romain.
418. **Art. 579.**
418 *bis.* I. De l'usufruit établi par la loi. - Différence de l'usufruit proprement dit avec 1° le droit de jouissance accordé au père ou à la mère; 2° le droit du mari sur les biens propres de sa femme ou sur les biens de la communauté.
318 *bis.* II. De l'usufruit établi par la volonté de l'homme.
418 *bis.* III. L'usufruit ne peut plus aujourd'hui être établi par la sentence du juge.
418 *bis.* IV. De l'établissement de l'usufruit par accession, - par prescription.
418 *bis.* V. De la prescription de dix ou vingt ans. - De la prescription trentenaire. - De la prescription instantanée de l'article 2279.
419. **Art. 580.**
420. **Art. 581.**
420 *bis.* Observation sur le quasi-usufruit.
SECTION I. Des droits de l'usufruitier.
421. **Art. 582.**
422. **Art. 583, 584.**
422 *bis.* Observation sur les *prix des baux à ferme.*
423. **Art. 585.**
423 *bis.* I. Comment se justifie la disposition de la loi quant à la récolte de la dernière année.
423 *bis.* II. *Quid* si les frais de labour ont été faits par un tiers (art. 548)?
423 *bis.* III. Pourquoi une disposition expresse quant au colon partiaire?
423 *bis.* IV. De la vente de fruits sur pied. Renvoi à l'article 595.
424. **Art. 586.**
424 *bis.* I. Anciens principes quant au prix du bail à ferme. Innovation du Code civil.
424 *bis.* II. *Quid* si le prix du bail à ferme est payable dans le cours de l'année postérieure à la récolte dont ce prix est la représentation?
425. Transition.
426. **Art. 587.**
426 *bis.* I. Dans quel cas l'usufruitier doit-il rendre *pareille quantité et qualité?* Dans quel cas doit-il rendre *l'estimation?*
426 *bis.* II. Observation sur les mots pareille quantité, qualité ET VALEUR. Renvoi au titre *Du prêt.*
426 *bis.* III. De l'argent comptant, des billets au porteur, des capitaux placés au moment de l'ouverture de l'usufruit.
426 *bis.* IV. A quelles choses s'applique soit l'usufruit proprement dit, soit le quasi-usufruit?
426 *bis.* V. De l'usufruit établi sur un fonds de commerce. L'usufruitier peut-il vendre le fonds?
427. **Art. 588.**
428. **Art. 589.**
428 *bis.* I. Des droits de l'usufruitier sur les choses qui se détériorent par l'usage.
428 *bis.* II. *Quid* à l'égard des choses de cette nature dont la représentation ne pourrait être faite?
429. De l'usufruit des bois.
430. **Art. 590,** al. 1er.
430 *bis.* I. De l'aménagement et des moyens de suppléer à un aménagement exprès.
430 *bis.* II. *Quid* si l'usufruitier ne se conforme pas à l'aménagement.
431. **Art. 590,** al. 2. **Art. 591.**
432. **Art. 592, 593.**
433. **Art. 594.**
433 *bis.* Observation sur les arbres fruitiers.
434. **Art. 595.**
434 *bis.* I. L'usufruitier peut passer des *baux à loyer* aussi bien que des *baux à ferme.*
434 *bis.* II. Dans tous les cas, l'usufruitier est tenu des baux par lui consentis, quelle qu'en soit la durée.
434 *bis.* III. Le propriétaire ne peut invoquer contre le fermier l'exécution du bail hors des limites légales (nonobst. art. 1121).
434 *bis.* IV. En général, le propriétaire doit respecter les ventes de récoltes sur pied consenties par l'usufruitier.
434 *bis.* V. Mais le propriétaire a droit au prix de la vente dans tous les cas où il aurait eu droit à la récolte en nature. *Quid* si le prix a été payé d'avance à l'usufruitier?
434 *bis.* VI. A fortiori l'usufruitier doit respecter les ventes de récoltes faites par le propriétaire.
435. **Art. 596.**
435 *bis.* I. L'usufruitier d'un fonds riverain n'a aucun droit sur l'île née dans la fleuve. - *Quid* de l'acquisition prévue par l'article 559? - *Quid* du lit attribué à titre d'indemnité (art. 563)?
435 *bis.* II. *Quid* à l'égard des ouvrages faits par un tiers (art. 555)?
435 *bis.* III. *Quid* en cas de dissentiment entre le propriétaire et l'usufruitier sur le fait de l'enlèvement?
436. **Art. 597.**
436 *bis.* Observation sur le sens attribué au mot servitudes dans l'article 597.
437. **Art. 598,** al. 1er.
438. **Art. 598,** al. 2.
438 *bis.* I. Combinaison des dispositions du Code avec la loi du 21 avril 1810.
438 *bis.* II. L'usufruitier peut exiger l'extraction des matériaux nécessaires aux réparations d'entretien.
439. **Art. 599.**
439 *bis.* L'article 599 prévoit un cas différent du cas réglé par l'article 555.
SECTION II. Des obligations de l'usufruitier.
440. Principe général.
441. **Art. 600.**
441 *bis.* I. L'*inventaire* des meubles et l'*état* des immeubles sont aux frais de l'usufruitier.
441 *bis.* II. A défaut d'inventaire ou d'état, l'usufruitier *ne peut entrer en jouissance,* mais il ne perd pas son droit aux fruits (Arg., art. 604).
441 *bis.* III. *Quid* si, de fait, l'usufruitier est entré en jouissance sans inventaire ni état.
441 *bis.* IV. L'usufruitier peut être dispensé de l'obligation de dresser inventaire. Effet de cette clause en général.
441 *bis.* V. Cette clause conserve-t-elle quelque effet si le disposant a des héritiers à réserve (v. art. 917, 1094)?
442. **Art. 601.**
442 *bis.* I, II. En principe, le quasi-usufruitier est tenu ou dispensé de fournir caution dans les mêmes cas que l'usufruitier ordinaire. Exception à ce principe dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (L. 3 mai 1841, art. 39).
442 *bis.* III. L'usufruitier peut être dispensé de fournir caution, même au cas de l'article 1094.
443. **Art. 602.**
444. **Art. 603.**
445. **Art. 604.**
445 *bis.* I. L'usufruitier peut réclamer les fruits perçus, même avant d'avoir fourni caution. Secùs au cas de retard dans la confection de l'inventaire.
445 *bis.* II. Combinaison de l'article 604 avec l'article 1014.
446. Transition.
447. **Art. 605.**
448. **Art. 606.**
449. **Art. 607.**
449 *bis.* I. Des réparations d'entretien.
449 *bis.* II, III. L'usufruitier peut se décharger de l'obligation d'entretenir en abandonnant son droit. - De quels fruits doit-il compte, en ce cas?
449 *bis.* IV. En principe, le propriétaire n'est pas tenu aux grosses réparations. Combinaison des articles 605 et 607.
449 *bis.* V. *Quid* des reconstructions?
449 *bis.* VI, VII. Des grosses réparations et reconstructions, exécutées soit par l'usufruitier, soit par le propriétaire.
450. **Art. 608.**
450 *bis.* Si le fonds soumis à l'usufruit a été acquis moyennant une rente, à la charge de qui est le service des arrérages?
451. **Art. 609.**
451 *bis.* I. L'article 609 n'embrasse pas le cas de grosses réparations.
451 *bis.* Exemples de charges imposées sur la propriété.
451 *bis.* III. Outre les deux moyens indiqués dans l'article 609, les juges peuvent, en connaissance de cause, ordonner la vente d'une partie du fonds soumis à l'usufruit (v. art. 612).
452. Transition aux articles 610-612.
453. **Art. 610.**
453 *bis.* Observation sur ces mots de l'article 610: "Le legs, *fait par "un testateur,* d'une rente viagère... doit être *acquitté* par le "légataire universel de l'usufruit," etc.

454. **Art. 611.**
464 *bis.* I. C'est avec raison que l'article 611 accorde dans tous les cas recours à l'usufruitier contre le propriétaire. Ce recours a lieu quand même le propriétaire du fonds n'est pas tenu personnellement de la dette.
454 *bis.* II, III. Observation sur le recours admis entre le propriétaire et l'usufruitier. Renvoi à l'article 1251-3°.
455. **Art. 612.**
455 *bis.* I. Dans quel cas y a-t-il lieu d'estimer le fonds sujet à l'usufruit. Observation critique.
455 *bis.* II. L'usufruitier universel ou à titre universel doit être considéré comme tenu des dettes et charges de la succession, et, comme tel, doit être soumis à l'action directe des créanciers.
456. **Art. 613.**
456 *bis.* I. L'usufruitier n'est tenu des frais de justice que s'il a été partie au procès.
456 *bis.* II. Quels sont les procès concernant la jouissance?
456 *bis.* Exemples.
456 *bis.* IV. La règle de l'article 613 trouve son application, alors même que le procès a été gagné.
456 *bis.* V. *Quid* si le procès a eu pour résultat la perte de l'usufruit?
457. **Art. 614.**
457 *bis.* I. Dans quel délai la dénonciation doit-elle être faite (voir art. 1768)?
457 *bis.* II. Des actions intentées par l'usufruitier, en son nom personnel. Effet de l'exercice de ces actions, par rapport au propriétaire.
458. **Art. 615, 616.**
458 *bis.* I. L'obligation de rendre compte du cuir des animaux morts s'applique au cas de l'article 615, comme au cas de l'article 616.
458 *bis.* II. L'obligation de remplacer jusqu'à concurrence du croît ne s'applique pas au croît antérieur à l'accident.

SECTION III. De l'extinction de l'usufruit.

459. Principes généraux.
460. **Art. 617,** al. 1er.
460 *bis.* Peut-il arriver que les héritiers de l'usufruitier succèdent à son droit?
460 *bis.* II. De l'usufruit établi sur plusieurs têtes.
460 *bis.* III. De l'extinction de l'usufruit par la mort civile.
461. **Art. 617,** al. 2.
461 *bis.* I. De l'usufruit constitué pour un certain temps. Il peut, dans certains cas, survivre à l'usufruitier primitif.
461 *bis.* Toutefois, le terme ne peut dépasser trente ans.
462. **Art. 617,** al. 3.
462 *bis.* De la *consolidation.* Sens général de ce mot.
462 *bis.* II. L'extinction par consolidation laisse subsister sur la jouissance réunie à la propriété les droits réels qui existaient sur l'usufruit.
462 *bis.* III. *Quid* en cas de rescision ou de résolution du titre qui avait opéré la consolidation.
463. **Art. 617,** al. 4.
463 *bis.* I. De l'extinction de l'usufruit par le non-usage pendant trente ans.
463 *bis.* II. L'usufruit peut se trouver éteint indirectement par l'effet de la prescription acquisitive de dix ou vingt ans.
463 *bis.* III. Il n'est pas nécessaire pour la conservation du droit de l'usufruitier qu'il use par lui-même. *Quid* en cas d'inaction de son ayant cause? Doctrine des jurisconsultes romains.
463 *bis.* IV. La doctrine romaine doit être suivie, sauf en un point.
463 *bis.* V. De l'usufruit constitué *in singulos annos.*
464. **Art. 617,** al. dernier.
465. **Art. 618.**
465 *bis.* De l'intervention des créanciers. Elle n'ôte ou n'ajoute rien au pouvoir discrétionnaire du juge.
466. Art. 619.
466 *bis.* Le délai de trente ans ne peut être excédé par le titre constitutif de l'usufruit.
467. De la renonciation de l'usufruitier.
467 *bis.* Différence de ce cas avec celui de la cession, opérant la consolidation.
468. De la résolution du droit du constituant.
469. **Art. 620.**
469 *bis.* Utilité de la présomption légale, établie par l'article 620. Retour sur l'article 384.
470. **Art. 621.**
471. **Art. 622.**
471 *bis.* I. Le simple préjudice suffit pour fonder l'action révocatoire des créanciers. Renvoi à l'article 1167.
471 *bis.* II. Différence du cas de renonciation avec celui de cession onéreuse ou gratuite.
472. **Art. 623, 624.**
472 *bis.* I. Observation sur la jouissance des matériaux, laissée à l'usufruitier au cas de l'article 624.
472 *bis.* II. Différents cas d'extinction de l'usufruit par destruction de la substance de la chose. - Des constructions élevées sur le fonds, soit pendant la durée de l'usufruit, soit par le propriétaire, soit par un tiers, soit par l'usufruitier.
472 *bis.* III. Du troupeau réduit à un certain nombre de têtes.
472 *bis.* IV. Des cas où l'usufruit peut renaître par le retour de la chose à son premier état.
472 *bis.* V. Du legs d'usufruit.

CHAPITRE II. DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

473. Notion générale du droit d'usage.
473 *bis.* Jurisprudence romaine sur ce point.
474. **Art. 625, 626, 627.**
474 *bis.* I. Le droit d'usage n'est jamais établi par la loi.
474 *bis.* II. En principe, l'usager a droit à la possession des choses dont il a l'usage. - Renvoi quant à l'*usage des fruits d'un fonds* (v. art. 630 et 635, ci-dessous n° 476 *bis.* I.)
475. **Art. 628, 629.**
476. **Art. 630.**
476 *bis.* I-III. Règlement de l'usage des fruits d'un fonds.
477. **Art. 631.**
477 *bis.* Les fruits auxquels a droit l'usager sont-ils insaisissables?
478. **Art. 632, 633, 634.**
478 *bis.* Du droit d'habitation suivant la jurisprudence romaine.
479. **Art. 635.**
479 *bis.* I. De la contribution de l'usager aux charges du fonds.
479 *bis.* II. Des semences.
480. **Art. 636.**
480 *bis.* I. Nature particulière des droits d'usage dans les bois et forêts. - Du cantonnement. - De la faculté de rachat.
480 *bis.* II. Protection particulière accordée aux bois de l'Etat, de la couronne, des communes et des établissements publics.
480 *bis.* III. Des droits d'usage perpétuels, établis sur d'autres biens que les bois et forêts.

TITRE QUATRIEME. DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

481. Notions générales.
482. **Art. 637.**
483. **Art. 638.**
484-487. Caractères propres du droit de servitude.
488. **Art. 639.** Observation sur la classification adoptée par la loi.
488 *bis.* I. Les droits improprement qualifiés du nom de *servitudes légales* sont des droits réels (nonobst. art. 1370).
488 *bis.* II. Inutilité de la distinction des servitudes en *naturelles* et *légales.*

CHAPITRE PREMIER. DES SERVITUDES QUI DERIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

489. Division.
489 *bis.* I. Des eaux pluviales. Renvoi au n° 495 *bis.* I.
489 *bis.* II. Des eaux qui dépendent du domaine public.
490. **Art. 640.**
490 *bis.* Cet article ne doit pas être pris à la lettre.
491, 492. **Art. 641.**
492 *bis.* Observation sur le droit qu'a le propriétaire de détourner le cours de la source née dans son fonds.
493. **Art. 642.**
493 *bis.* I. Des conditions requises pour l'accomplissement de la prescription, dans le cas prévu par l'art. 642. Il n'est pas nécessaire, en droit, que les ouvrages *apparents* soient établis sur le fonds supérieur.
493 *bis.* II. Les travaux faits dans l'intérêt du fonds inférieur doivent être réputés faits par le propriétaire de ce fonds.
493 *bis.* III. Il n'est pas nécessaire que les ouvrages aient été faits par le propriétaire du fonds immédiatement inférieur.
494. **Art. 643.**
494 *bis.* Il ne s'agit plus ici de la prescription *acquisitive,* réglée par l'art. 642, mais de la prescription *libératoire* de l'action en indemnité. - Conséquence.
495. **Art. 644.**
495 *bis.* I. Les eaux pluviales sont en dehors des règles tracées par l'art. 644; elles appartiennent, de droit commun, au premier occupant. *Quid* si elles sont réunies et dirigées dans un canal?
495 *bis.* II. L'article 644 est même inapplicable aux eaux vives, si ces eaux courent dans un canal creusé de main d'homme. - Du bief d'un moulin.
495 *bis.* III. Faveur accordée à l'irrigation. Loi du 29 avril 1845. - Renvoi aux nos 497 et suivants.
495 *bis.* IV. *Quid* si l'eau est entièrement absorbée par l'irrigation d'un des fonds riverains?
495 *bis.* V. Des règelements d'eau.
495 *bis.* VI. Du titre et de la possession en cette matière.
496. **Art. 645.**
496 *bis.* I. Pouvoir réglementaire des tribunaux civils.
496 *bis.* II. Comment concilier ce pouvoir avec le principe proclamé par l'article 5 C. civ.?
496 *bis.* III. Des règlements d'eau émanés du pouvoir administratif.

497. Dérogations au droit commun de la propriété, introduites en faveur de l'agriculture.
498. Texte et analyse de la loi du 29 avril 1845.
498 *bis.* I. Double objet de cette loi. Nature et étendue de la servitude créée par elle.
498 *bis.* II. En faveur de quelles personnes est établie cette servitude?
498 *bis.* III. En quoi consiste-t-elle précisément?
498 *bis.* IV. A quelles limites est-elle soumise?
498 *bis.* V, VI. Droit conféré par la loi de 1845 (art. 3) au propriétaire d'un terrain submergé.
498 *bis.* VII. Le pouvoir des tribunaux s'applique également et à la servitude d'irrigation et à la servitude d'écoulement des eaux.
498 *bis.* VIII. Maintien des règles générales sur la police des eaux.
499. Texte et analyse de la loi du 11 juillet 1847.
499 *bis.* I. La servitude d'*appui,* constituée par la loi de 1847, est assimilée, en général, à la servitude d'*écoulement des eaux,* établie par la loi du 29 avril 1845. - Exception.
499 *bis.* II-IV. Rapprochement des dispositions de la loi de 1847 avec les dispositions du Code civil et celles de la loi de 1845.
500. **Art. 646.** Loi du 25 mai 1838, article 6-2°.
500 *bis.* I. De l'obligation du bornage.
500 *bis.* II. De l'action en bornage proprement dite, et de l'action tendant à la délimitation de fonds voisins.
500 *bis.* III. L'action en bornage est une action réelle. - Quant à l'*action en délimitation,* c'est une véritable revendication.
500 *bis.* IV. Quelles personnes ont qualité pour intenter l'action en bornage?
501. **Art. 647.**
501 *bis.* Combinaison de l'article 647 et de l'article 682. Un propriétaire pourrait établir sur son fonds une servitude ayant pour objet la prohibition de se clore.
502. **Art. 648.**
502 *bis.* I. Du droit de *vaine pâture.* - Du droit de *parcours* (L. 28 septembre-6 octobre 1791). - *Quid* si le droit de vaine pâture, réciproque ou non, existe entre particuliers? - *Quid* s'il appartient à une commune sur un fonds déterminé?
502 *bis.* II. De la communauté des prairies.
502 *bis.* III. "Le propriétaire.... perd son droit au parcours ou vaine pâture *en proportion du terrain qu'il y soustrait.*" Comment calculer cette proportion?

CHAPITRE II. DES SERVITUDES ETABLIES PAR LA LOI.

503. **Art. 649.**
504. **Art. 650.**
504 *bis.* I. Différence du *marchepied* et du chemin de halage. - Des rivières simplement flottables. - Les riverains demeurent propriétaires du sol sur lequel est établi le marchepied ou le chemin de halage.
504 *bis.* II. De l'extraction des matériaux nécessaires aux travaux publics.
504 *bis.* III. L'énumération faite par le Code n'est pas limitative. - Des servitudes militaires. - De l'alignement, etc., etc.
505. **Art. 651, 652.**
505 *bis.* De l'irrigation. - Renvoi aux nos 497-499.

SECTION I. Du mur et du fossé mitoyens, ou, plus exactement, de la mitoyenneté et des droits qui s'y rattachent.

506. Différence de la mitoyenneté et de la copropriété ordinaire.
507. **Art. 653.**
507 *bis.* I... *"Jusqu'à l'héberge."* Qu'est-ce à dire?
507 *bis.* II. La présomption de mitoyenneté n'existe pas entre un bâtiment et un terrain quelconque non bâti. - *Quid* dans les lieux où la clôture est forcée (voir article 663)? Distinction rejetée.
507 *bis.* III. Au contraire, la présomption de mitoyenneté existe *entre cours, jardins, et même enclos dans les champs.*
507 *bis.* IV. *Quid* si les deux terrains ont une élévation différente? Renvoi au n° 517 *bis.* V et VI.
507 *bis.* V. Des effets de la possession en cette matière.
507 *bis.* VI. Des effets du jugement rendu au possessoire.
508. **Art. 654.**
508 *bis.* I, II. Du *chaperon.* - Des *filets* ou *larmiers.* - Des *corbeaux.*
508 *bis.* III. De la preuve contraire, soit à la présomption légale de mitoyenneté, soit à la présomption légale de propriété exclusive. Différence entre les effets de ces deux présomptions.
508 *bis.* IV. L'énumération des marques de non-mitoyenneté peut être étendue suivant les usages locaux; mais ces marques doivent toujours résulter de l'état matériel du mur.
509. **Art. 655.**
509 *bis.* Le remboursement des sommes dues à raison de la mitoyenneté, peut être poursuivi contre un tiers acquéreur.
510. **Art. 656.**
510 *bis.* I. De l'abandon du droit de mitoyenneté. - Renvoi à l'article 663 (n° 517 *bis.* I.).
510 *bis.* II. Cas où l'abandon doit être considéré comme non avenu.
511-512. **Art. 657.**
513. **Art. 658.**
513 *bis* I. Comment fixer aujourd'hui la valeur de la partie exhaussée?
513 *bis.* II. L'indemnité de la charge doit être payée toutes les fois qu'il y a lieu de reconstruire le mur mitoyen.
513 *bis.* III. Le propriétaire de la partie surélevée peut y pratiquer des jours de souffrance.
514. **Art. 659.**
514 *bis.* I. Du préjudice causé à l'un des propriétaires par la reconstruction du mur mitoyen. En principe, il n'est pas dû d'indemnité à raison de ce préjudice.
514 *bis.* II. Différence du cas de reconstruction en entier du mur mitoyen avec le cas d'exhaussement.
514 *bis.* III. L'excédant d'épaisseur donnée au mur ne change pas l'ancienne limite des deux fonds.
515. **Art. 660, 661.**
515 *bis.* I. Comment entendre cette disposition de l'article 660.... *"la moitié de la dépense que le mur a coûté"?*
515 *bis.* II. Quelle est la valeur à payer dans le cas de l'article 661?
515 *bis.* III. De la faculté d'acquérir la mitoyenneté pour partie. La division peut s'appliquer à la hauteur comme à la largeur, mais non à l'épaisseur du mur.
515 *bis.* IV. Des servitudes actives ou passives existant à l'égard du mur avant l'acquisition de la mitoyenneté. - Des jours de souffrance établis en vertu de l'article 676.
515 *bis.* V. La faculté d'acquérir la mitoyenneté n'est accordée qu'au propriétaire *joignant* le mur.
516. **Art. 662.**
516 *bis.* La disposition de l'article 662 se réfère à l'exercice des divers droits proclamés ci-dessus. - *Quid* en cas de reconstruction totale (v. art. 659)?
517. **Art. 663.**
517 *bis.* I. De la clôture *forcée.* Peut-on s'affranchir de cette charge par l'abandon du droit de mitoyenneté (v. art. 656)?
517 *bis.* II. Comment déterminer le caractère des *villes et faubourgs?*
517 *bis.* III. L'énumération de la loi *"maisons, cours et jardins,"* n'est pas limitative.
517 *bis.* IV. De la hauteur du mur de clôture.
517 *bis.* V. *Quid* si les terrains contigus sont d'une élévation différente?
517 *bis.* VI. Des murs de terrasse.
518, 519. **Art. 664.**
520. **Art. 665.**

§ 2. Du fossé mitoyen.

521. **Art. 666.**
521 *bis.* De la mitoyenneté des fossés. - Des effets de la possession annale en cette matière (v. n° 507 *bis.* VI).
522. **Art. 667, 668.**
523. **Art. 669.**
523 *bis.* Quelles sont les règles de la mitoyenneté des murs applicables à la mitoyenneté des fossés et des haies?

§ 3. Des haies et arbres plantés sur les confins de deux héritages.

524. **Art. 670.**
524 *bis.* Quelle est la possession *suffisante* aux termes de cet article?
525, 526. **Art. 671.**
527. **Art. 672.**
527 *bis.* I. La suppression des arbres plantés trop près de l'héritage voisin ne pourrait être demandée, s'ils subsistaient depuis trente ans. Mais ces arbres pourraient-ils être remplacés?
527 *bis.* II. *Quid* à l'égard des racines et des branches qui avancent sur le voisin.
527 *bis.* III. De l'exception introduite par l'article 150 du Code forestier.
528. **Art. 673.**
528 *bis.* Aucune prescription ne peut être invoquée contre la faculté consacrée par l'article 673.

SECTION 2. De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions.

529. **Art. 674.**
529 *bis.* I. L'article 674 n'est pas applicable au cas où le constructeur est seul propriétaire du mur.
529 *bis.* II. *Quid* 1° s'il n'existe dans une localité aucun règlement ou usage applicable à l'un des cas spécifiés par la loi; - 2° s'il existe, au contraire, des règlements ou usages locaux applicables à des cas non spécifiés par l'article 674?
529 *bis.* III. Sanction des règles tracées par l'article 674. *Quid* s'il y a eu possession contraire, continuée pendant trente ans?

SECTION 3. Des vues sur la propriété de son voisin.

530, 531. **Art. 675.**
532. **Art. 676, 677.**
532 *bis.* I. La *servitude légale* ne consiste pas dans la faculté de pratiquer les ouvertures dont il s'agit, mais, au contraire, dans l'obligation de ne pratiquer ces ouvertures que suivant certaines conditions déterminées.
532 *bis.* II. Déduction de ce principe: 1° quant au mur mitoyen dans sa base, mais exhaussé par l'un des voisins; 2° quant au mur qui ne joint pas *immédiatement* l'héritage d'autrui.
532 *bis.* III. Le voisin peut rendre inutiles les jours de *souffrance* en élevant auprès une construction.
533. **Art. 678, 679.**
533 *bis.* I. La distance pour les vues doit être observée, lors même que l'héritage du voisin ne serait pas clos.
533 *bis.* II. Et alors même que les deux héritages seraient séparés par un fonds intermédiaire n'ayant pas la largeur fixée. *Quid* si ce fonds intermédiaire est un chemin public?

534. **Art. 680.**
534 *bis. Quid* si, par l'acquisition de la mitoyenneté, la limite des deux héritages se trouve avancée jusqu'à moitié de l'épaisseur du mur?
535. Sanction des règles précédentes. Du titre ou de la possession contraire.
535 *bis.* I. Si une servitude de vue est constituée par un titre, quel espace devra être maintenu ou réservé libre pour la vue?
535 *bis.* II. *Quid* si les jours ou vues ont subsisté pendant trente ans hors les distances ou sans les conditions tracées par les articles 676-679?
535 *bis.* III. *Quid* en cas de démolition du mur ou de la maison (v. art. 665)?
535 *bis.* IV. *Quid* en cas d'acquisition de la mitoyenneté (v. ci-dessus n° 515 *bis.* IV.)?
SECTION IV. De l'égout des toits.
536. **Art. 681.**
536 *bis.* I. Ce que la loi défend, c'est de *faire verser* les eaux de son toit.
536 *bis.* II. Précautions qui peuvent être ordonnées contre l'infiltration des eaux.
SECTION V. Du droit de passage.
537. **Art. 682.**
537 *bis.* I. La servitude légale de passage ne doit pas être appliquée indistinctement à tous les cas d'enclave. *Quid* si l'enclave provient d'un partage, d'une vente, d'un testament, etc.?
537 *bis.* II. Le droit de passage n'existe qu'autant que le fonds n'a *aucune issue sur la voie publique. Quid* si l'issue n'est pas suffisante pour l'exploitation?
537 *bis.* III. *Quid* si le passage ne cause aucun dommage au fonds voisin?
538. **Art. 683, 684.**
538 *bis.* I. Le juge peut avoir égard à l'intérêt de celui qui réclame le passage.
538 *bis.* II. *Quid* si l'origine de l'enclave est connue (v. ci-dessus n° 537 *bis.* I.)?
538 *bis.* III. Des effets de la possession en cette matière.
539. **Art. 685.**
539 *bis.* I. Point de départ de la prescription de l'action en indemnité.
539 *bis.* II. La servitude légale d'enclave ne peut s'éteindre par la prescription. *Quid* si le fait d'enclave vient à cesser?
CHAPITRE III. DES SERVITUDES ETABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.
540. Plan.
SECTION I. Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.
541. **Art. 686,** al. 1.
541 *bis.* I-III. Développement sur ce principe: les servitudes ne peuvent être imposées ni à la p*ersonne ni en faveur de la personne.*
541 *bis.* IV. De la défense d'établir des servitudes contraires à l'ordre public.
541 *bis.* V. Qui peut établir une servitude? - Effet du titre émanant de celui qui n'a pas la propriété pleine, entière, incommutable.
542. **Art. 686,** al. 2.
543. **Art. 687.**
544. **Art. 688.**
544 *bis.* Du droit de vue et du droit de passage.
SECTION II. Comment s'établissent les servitudes.
545. Principes généraux.
545 *bis.* Sens précis du mot *titre.*
546. **Art. 690, 691.**
546 *bis.* I. Les servitudes continues et apparentes ne peuvent être acquises par la prescription de dix ou vingt ans.
546 *bis.* II. Quant aux servitudes discontinues, un titre émané à *non domino* ne peut les faire acquérir par prescription.
546 *bis.* III. Mais un titre de cette nature autorise l'exercice de l'action possessoire. - Jurisprudence constante.
546 *bis.* IV. Le titre, en ce cas, pourrait émaner soit du possesseur du fonds prétendu servant, soit du possesseur du fonds prétendu dominant.
546 *bis.* V. Des prescriptions acquises antérieurement à la promulgation du Code.
546 *bis.* VI. Des pays où nulle prescription n'était admise.
547. **Art. 692.**
548. **Art. 692, 693.**
548 *bis.* I. De la *destination du père de famille.* En quel sens la loi exige que les choses aient été mises *par le propriétaire* dans l'état duquel résulte la servitude.
548 *bis.* II. Comment se fera la preuve des deux faits qui constituent la *destination du père de famille?*
549. **Art. 694.**
549 *bis.* Différence du cas prévu par l'article 694 avec le cas des deux articles précédents.
550. **Art. 695.**
550 *bis.* I. L'article 695 ne déroge pas aux articles 4347 et 1348.
550 *bis.* II. Mais là n'est pas applicable la disposition de l'art. 1337.
551. **Art. 696.**
551 *bis.* Etendue des charges accessoires à une servitude.
SECTION III. Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due.
552, 553. Principes généraux.
554. **Art. 697.**
555. **Art. 698, 699.**
555 *bis.* I. Cas précis de ces articles.
555 *bis.* II. Etendue de l'abandon autorisé par l'article 699.
556. **Art. 700.**
556 *bis.* I. La servitude peut être déterminée, par le titre ou par son objet, à une certaine partie de l'héritage.
556 *bis.* II. Après la division du fonds dominant, chaque lot constitue un fonds distinct. *Quid* si l'objet formant l'objet de la servitude est susceptible de division?
556 *bis.* III. *Quid* si la servitude ainsi divisible n'a d'autre limite que les besoins du fonds?
556 *bis.* IV. *Quid* en cas de division du fonds servant?
556 *bis.* V. Quel serait l'effet de la possession indivise entre plusieurs copropriétaires soit du fonds servant, soit du fonds dominant?
557. **Art. 701.**
558. **Art. 702.**
SECTION IV. Comment les servitudes s'éteignent.
559. Du terme et de la condition.
560. De la résolution du droit de celui qui a constitué la servitude.
560 *bis. Quid,* à l'inverse, si c'est par un propriétaire commutable que la servitude a été acquise?
562. 562. **Art. 703, 704.**
562 *bis.* I. Le changement survenu dans l'état des lieux n'opère pas *par lui-même* l'extinction de la servitude.
562 *bis.* II. *Quid* si l'impossibilité d'user provient d'une force majeure? Controverse.
562 *bis.* III. La prescription court nonobstant le cas de force majeure.
562 *bis.* IV. Sauf les causes générales de suspension ou d'interruption.
562 *bis.* V. Du renvoi à l'article 707.
563. **Art. 705.**
564. De la renonciation.
565. **Art. 706.**
565 *bis.* Le tiers acquéreur peut-il prescrire la liberté de sa propriété par une possession de dix ou vingt ans?
566. **Art. 707.**
566 *bis.* L'acte contraire à l'exercice de la servitude continue, de quelque personne qu'il émane, fait courir la prescription.
567. **Art. 708.**
567 *bis.* I. *Quid* si le propriétaire du fonds servant a joui de la servitude d'une manière plus avantageuse que la manière réglée par son titre?
567 *bis.* II. *Quid* si l'on a usé d'une servitude accessoire sans user de la principale?
568. **Art. 709, 710.**
568 *bis.* I. *Quid* si, la servitude consistant en un fait divisible, chacun des communistes n'a aucun intérêt à la conservation du droit des autres?
568 *bis.* II. De l'application du principe de l'article 883.
568 *bis.* III. Les articles 709 et 710 sont applicables à la prescription acquisitive.
568 *bis.* IV. Ces articles se réfèrent uniquement au cas d'indivision. *Quid* après le partage?
FIN DES SOMMAIRES.
TABLE DES MATIERES CONTENUES DANS CE VOLUME.
TITRE SIXIEME.
Du divorce
CHAP. I. Causes de la séparation
CHAP. II. Formes de la séparation
CHAP. III. Mesures provisoires auxquelles pouvait donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée. - Leur application à la séparation de corps
CHAP. IV. Des fins de non-recevoir contre l'action en séparation
CHAP. V. Du jugement et de ses effets
TITRE SEPTIEME.
De la paternité et de la filiation
CHAP. I. De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage (ou mieux) de la filiation légitime des enfants conçus ou nés dans le mariage
CHAP. II. Des preuves de la filiation des enfants légitimes
CHAP. III. Des enfants naturels
SECT. I. De la légitimation des enfants naturels
SECT. II. De la reconnaissance des enfants naturels
§ 1. De la reconnaissance volontaire
§ 2. De la déclaration judiciaire soit de paternité, soit de maternité
TITRE HUITIEME.
De l'adoption et de la tutelle officieuse
CHAP. I. De l'adoption
SECT. I. De l'adoption et de ses effets
SECT. II. Des formes de l'adoption

CHAP. II. De la tutelle officieuse
TITRE NEUVIEME.
De la puissance paternelle
TITRE DIXIEME.
De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation
CHAP. I. De la minorité
CHAP. II. De la tutelle
SECT. I. De la tutelle des père et mère
SECT. II. De la tutelle déférée par le père ou la mère
SECT. III. De la tutelle des ascendants
SECT. IV. De la tutelle déférée par le conseil de famille
SECT. V. Du subrogé tuteur
SECT. VI. Des causes qui dispensent de la tutelle
SECT. VII. De l'incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle
SECT. VIII. De l'administration du tuteur
§ 1. Obligations du tuteur
§ 2. Actes qui excèdent les pouvoirs ordinaires du tuteur
SECT. IX. Des comptes de tutelle
CHAP. III. De l'émancipation
TITRE ONZIEME.
De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire
CHAP. I. De la majorité
CHAP. II. De l'interdiction
CHAP. III. Du conseil judiciaire
APPENDICE AU TITRE DE L'INTERDICTION.
Loi sur les aliénés
§ 1. Du placement et de la sortie
§ 2. Effets du placement quant à la capacité de la personne et à l'exercice de ses droits
APPENDICE AU TITRE DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.
Lois des 22 mars 1849, 3 décembre 1849, 7 février 1851
§ 1
§ 2
APPENDICE AU TITRE DU MARIAGE.
Loi du 10 juillet 1850
LIVRE DEUXIEME.
Des biens et des différentes modifications de la propriété
TITRE PREMIER.
De la distinction des biens
CHAP. I. Des immeubles
CHAP. II. Des meubles
CHAP. III. Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent
TITRE DEUXIEME.
De la propriété
CHAP. I. Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose
CHAP. II. Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose
SECT. I. Du droit d'accession relativement aux choses immobilières
SECT. II. Du droit d'accession relativement aux choses mobilières
TITRE TROISIEME.
De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation
CHAP. I. De l'usufruit
SECT. I. Des droits de l'usufruitier
SECT. II. Des obligations de l'usufruitier
SECT. III. De l'extinction de l'usufruit
CHAP. II. De l'usage et de l'habitation
TITRE QUATRIEME.
Des servitudes ou services fonciers
CHAP. I. Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux
CHAP. II. Des servitudes établies par la loi
SECT. I. Du mur et du fossé mitoyens, ou, *plus exactement,* de la mitoyenneté et des droits qui s'y rattachent
§ 1. Mitoyenneté des murs
§ 2. Mitoyenneté des fossés
§ 3. Des haies et arbres plantés sur ou vers les confins de deux héritages
SECT. II. De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions
SECT. III. Des vues sur la propriété de son voisin
SECT. IV. De l'égout des toits
SECT. V. Du droit de passage
CHAP. III. Des servitudes établies par le fait de l'homme
SECT. I. Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens
SECT. II. Comment s'établissent les servitudes
SECT. III. Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due
SECT. IV. Comment les servitudes s'éteignent
FIN DE LA TABLE DES MATIERES.