

Précis de droit civil :  
contenant dans une  
première partie l'exposé  
des principes, et dans  
une deuxième les  
questions de [...]

Baudry-Lacantinerie, Gabriel (1837-1913). Précis de droit civil : contenant dans une première partie l'exposé des principes, et dans une deuxième les questions de détail et les controverses / par G. Baudry-Lacantinerie,.... 1882-1884.

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](mailto:reutilisation@bnf.fr).



LIBRARY  
UNIVERSITY OF TORONTO  
COMMUNICATED BY THE  
PARIS HERITAGE

# PRÉCIS

DE

# DROIT CIVIL

TOME I

contenant les matières exigées pour le premier examen de la  
licence en Droit.





20220

# PRÉCIS

DE

# DROIT CIVIL

CONTENANT

dans une première partie

L'EXPOSÉ DES PRINCIPES

et dans une deuxième

LES QUESTIONS DE DÉTAIL ET LES CONTROVERSESES

PAR

**G. BAUDRY-LACANTINERIE**

PROFESSEUR DE CODE CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

---

TOME PREMIER

contenant les matières exigées pour le premier examen de la  
licence en Droit.

---

PARIS

**L. LAROSE ET FORCEL**

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

---

1882





# PRÉFACE

---

Les ouvrages élémentaires de Droit civil, publiés jusqu'à ce jour, renferment un vice capital, surtout pour les étudiants que les circonstances empêchent de suivre les cours publics des Facultés. Obligés d'étudier seuls leurs examens, ils se trouvent dès les premiers pas aux prises avec des difficultés, dont l'intelligence suppose presque toujours la connaissance de principes qui n'ont pas encore été expliqués. Pour surmonter cet obstacle, ils ont besoin d'une patience de travail, d'une opiniâtreté, qui leur font trop souvent défaut. Et alors l'étude du Droit leur apparaît laborieuse à l'excès, rebutante même. En cette science comme en toute autre, il faut passer du simple au composé. L'enseignement oral n'a pas ces inconvénients, et c'est là le secret de sa supériorité. Le professeur, grâce à la flexibilité de la parole, a un moyen facile de proportionner les problèmes juridiques à l'inexpérience de ses auditeurs; il peut en avancer ou retarder l'explication au gré du besoin. L'allure plus correcte et plus sévère du livre ne se prête pas à ces transpositions, qui pourraient paraître des oublis ou des redites.

En publiant ce *Précis de Droit civil*, j'ai eu la pensée, ambitieuse peut-être, de communiquer à un commentaire imprimé quelques-uns des avantages de l'enseignement oral. Dans ce but, j'ai adopté une méthode nouvelle, ou qui du moins n'a pas encore été pratiquée par les jurisconsultes français. J'ai divisé mon ouvrage, au point de vue des matières, en deux parties, qui, quoique mêlées ensemble, se distinguent aisément l'une de l'autre par un signe matériel, une différence typographique. La première partie renferme l'exposition des règles générales et l'explication des textes; elle est imprimée en gros caractères. La seconde partie, plus

spécialement consacrée aux données historiques, aux controverses, aux questions de détail, est imprimée en caractères plus fins. Elle contient un certain nombre de numéros et d'alinéa marqués d'un astérisque; ces passages sont consacrés à l'examen des questions les plus difficiles.

Et maintenant voici la manière de mettre cette méthode en action. Une première fois, on peut se borner à lire la partie du livre imprimée en gros caractères, qui à elle seule forme un tout complet. La seconde lecture comprendra la totalité de l'ouvrage, à l'exception seulement des passages marqués d'un astérisque, qui sont plus spécialement écrits pour les aspirants au doctorat. Toutefois les élèves laborieux, qui préparent leur licence, feront bien de les comprendre dans une troisième lecture, dans laquelle il n'y aura plus rien à omettre (1); ils y puiseront une science plus profonde du Droit civil avec d'autant moins de peine qu'ils s'y seront graduellement élevés.

Ainsi, grâce à cette disposition, le *Précis de Droit civil* présente en quelque sorte trois ouvrages réunis en un seul, trois ouvrages parfaitement distincts et qu'on peut lire séparément suivant le degré de ses connaissances acquises ou de celles qu'on veut acquérir.

Ce procédé m'a permis de mesurer la difficulté du sujet sur les connaissances et les forces du lecteur, qui n'abordera les questions complexes qu'après avoir appris les notions simples dans une première lecture. Il offre aussi l'avantage de mieux graver dans la mémoire, de rendre plus familier par une double ou une triple lecture ce qui a besoin d'être mieux connu, ce qui forme la base de l'enseignement oral, c'est-à-dire les principes et le sens des textes. Enfin les étudiants, qui suivent les cours, pourront aisément, en lisant avant la

(1) Le commentaire du Titre préliminaire du Code civil présente un certain nombre de numéros et d'alinéa, qui sont marqués d'un astérisque, quoiqu'imprimés en gros caractères. Ils doivent être réservés pour la troisième lecture. Des difficultés typographiques m'ont seules empêché de les faire imprimer en fins caractères, conformément au plan général que j'ai adopté.

leçon du maître la partie générale, celle imprimée en gros caractères, prendre d'avance un aperçu des matières qu'il doit traiter.

Dans ces dernières années, notre législation civile a subi quelques réformes, a reçu quelques compléments. Est-il besoin de démontrer l'utilité, la nécessité même qu'il y a, à ce que des livres d'enseignement, qui s'adressent à des esprits encore inexpérimentés, soient autant que possible au courant de ces changements législatifs? Mon ouvrage doit à la date de sa publication le facile mais non moins précieux mérite de les indiquer : on y trouve, avec le commentaire du Code civil, l'explication de toutes les lois, même les plus récentes, qui s'y rattachent. Ainsi le premier volume expose la dernière législation sur l'acquisition de la qualité de Français, les lois de 1871 et de 1872 concernant les actes de l'état civil. Il contient aussi la théorie de la loi du 27 février 1880, sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits. Le premier, il indique enfin les modifications profondes que la loi des 29 juillet-25 août 1881 a apportées aux dispositions du Code civil relatives à la mitoyenneté des clôtures, aux plantations et aux droits de passage en cas d'enclave.

J'ai suivi le plan adopté par les rédacteurs du Code civil, sans m'astreindre toutefois à observer l'ordre des articles compris dans une division déterminée. Je n'ignore pas les critiques qu'on a adressées à la méthode de la loi ; mais j'ai pensé qu'il y aurait de graves inconvénients à la modifier trop profondément dans une œuvre principalement destinée aux étudiants.

Les articles du Code civil sont reproduits en caractères italiques, entre guillemets : notation peu usitée en imprimerie. Je l'ai employée pour mettre plus en relief les textes qui font l'objet de mes développements.

J'indique presque partout dans quel sens se sont fixées la doctrine et la jurisprudence. Mais, pour ne pas faire perdre à

mon ouvrage son caractère de *précis*, je me suis borné à citer les arrêts les plus nouveaux, ceux qui ne se trouvent pas signalés dans les traités de Droit civil publiés jusqu'à présent. J'ai rarement aussi rapporté les noms des auteurs. A ceux qui pourraient s'en étonner, je rappellerai que j'ai voulu composer avant tout un livre élémentaire ; la connaissance sur chaque controverse de la bibliographie juridique n'a pour des élèves qu'une utilité secondaire. Quant à ceux qui voudront approfondir une question, ils trouveront dans une des volumineuses publications dont le Code civil a fait l'objet toutes les indications nécessaires.

Le *Précis de Droit civil*, une fois terminé, comprendra trois volumes ; chacun d'eux correspond aux trois examens de la licence.

Dans la composition d'une œuvre de cette étendue, j'ai été dirigé par le désir et soutenu par l'espérance de rendre l'étude du Droit plus accessible à la jeunesse de nos Ecoles. Aussi est-ce à elle que je dédie mon ouvrage, *cupidæ legum juventuti* ! Mes efforts seront largement payés, si j'ai réussi à lui aplanir les voies d'une science, qui ne doit en très-grande partie d'être réputée aride et difficile qu'à la manière dont elle est présentée.

---

# INTRODUCTION

---

## CHAPITRE I

### DU DROIT EN GÉNÉRAL

#### § I. Définition du Droit et de la loi.

**1. Définition du Droit.** — Le mot *Droit* a divers sens.

a). Considéré comme objet d'étude, le Droit est la science des lois.

Les lois qui forment la matière de la science du Droit devant toujours être conformes à la justice, les jurisconsultes Romains ont pu dire avec exactitude que le Droit, *Jus*, est la science du juste et de l'injuste, *justi atque injusti scientia*.

Ceux qui, ayant fait du Droit une étude approfondie, sont passés maîtres en cette science, sont désignés sous le nom de Jurisconsultes (*jurisconsulti, jurisperiti*).

b). Dans un deuxième sens, le mot *Droit* est pris comme synonyme de loi, par exemple quand on dit : cette décision est conforme au Droit.

c). Enfin le mot *Droit* sert aussi à désigner les facultés ou avantages accordés par la loi. On dit en ce sens le droit de tester, le droit d'adopter, le droit de succéder.

**2. Définition de la loi.** — Dans le sens le plus large, on comprend sous le nom de *lois* toutes les règles qui gouvernent le monde ; la matière a ses lois comme les êtres animés. Dans un sens plus restreint, le mot *lois* ne comprend que les règles de conduite qui gouvernent l'homme, c'est-à-dire les lois morales particulières à l'homme ; ce sont les seules qui font l'objet de la science du Droit, les seules par conséquent qui intéressent le jurisconsulte. Et encore la science du Droit ne les comprend-elle pas toutes indistinctement. Les lois qui règlent la conduite intérieure de l'homme, c'est-à-dire sa conduite envers Dieu ou envers lui-même, échappent à son domaine pour tomber dans celui de la Morale ou de la Religion. Il reste les lois qui règlent la conduite extérieure de l'homme, c'est-à-dire sa conduite à l'égard de ses sembla-

bles. Seules elles appartiennent à la science du Droit et elles ne lui appartiennent pas toutes.

La loi a un caractère obligatoire. Ce caractère justifie l'étymologie que quelques-uns donnent au mot *loi* qu'ils font dériver du latin *ligare*, lier. D'autres pensent que le mot *loi* vient de *legere*, choisir, parce que le législateur choisit parmi les règles de conduite celles qu'il considère comme les meilleures.

La loi est obligatoire pour tous. *Lex est commune præceptum*. Elle diffère en cela de l'ordre ou du précepte qui n'est obligatoire que pour quelques-uns. Exemple : les ordres donnés par un chef d'administration à ses subordonnés.

Tels sont les caractères de la loi considérée comme matière de la science du Droit. On peut en donner la définition suivante : la loi est une règle de conduite extérieure obligatoire pour tous.

**3.** Le pouvoir de faire la loi ou pouvoir législatif est un des attributs de la souveraineté nationale. La souveraineté nationale, c'est la toute-puissance humaine. Elle comprend, outre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif ou pouvoir de faire exécuter la loi. Ce dernier se subdivise en pouvoir d'administrer et pouvoir de juger ou pouvoir judiciaire. L'acte, qui détermine à qui appartiennent ces trois pouvoirs, porte le nom de *Constitution*. La meilleure constitution est celle qui les répartit le mieux.

**4.** Il ne suffit pas de faire des lois, il faut en assurer l'exécution ; sans cela la loi resterait imparfaite, *minus quam perfecta*, dit Ulpien. Le moyen employé pour assurer l'exécution de la loi porte le nom de *sanction*. Les lois divines ont une sanction toute morale, l'espoir des récompenses divines, la crainte de châtiments dans une autre vie, le remords de la conscience, la satisfaction du devoir accompli. Il en est autrement des lois humaines. Leur sanction varie suivant la nature de la loi dont il s'agit d'assurer l'exécution ; elle consiste le plus ordinairement, soit dans une peine prononcée contre celui qui viole la loi, soit dans la nullité des actes faits en violation de la loi.

**5.** Les lois sont dites :

*Impératives*, quand elles commandent quelque chose ; telles sont les lois qui obligent les citoyens au paiement des impôts ou au service militaire.

*Permissives*, quand elles permettent quelque chose ; telle est la loi qui permet sous certaines conditions de se marier ou d'adopter ou de faire un testament.

*Prohibitives*, quand elles défendent quelque chose. Toutes les lois pénales sont des lois prohibitives. Elles défendent, au moins implicitement, d'accomplir certains faits qualifiés *infractions*, et prononcent une

peine contre celui qui viole la défense. Cette peine n'est que la sanction de la prohibition contenue dans la loi. La loi qui prononce la peine fait ainsi corps avec celle qui contient la prohibition ; pour mieux dire, c'est une seule et même loi. Aussi on aurait tort de vouloir classer les lois qui prononcent des peines dans une catégorie distincte de celles qui définissent les infractions, comme paraît le faire la loi 7, Dig., *de Legibus*, I, 3, ainsi conçue : *Legis virtus hæc est imperare, vetare, permittere*, PUNIRE.

## § II. *Divisions du Droit et de la loi.*

**6. Première division : Droit naturel, Droit positif.** — Le Droit naturel est l'ensemble des lois naturelles, le Droit positif l'ensemble des lois positives.

La loi naturelle est celle qui est gravée dans nos consciences ; elle émane de Dieu. On l'appelle naturelle, parce qu'elle est conforme à la nature et à la destinée de l'homme. Le Droit naturel, ensemble des lois naturelles, est un droit parfait comme Dieu dont il émane, immuable comme lui. C'est en songeant au Droit naturel que Confucius a dit : « Le Droit ne saurait varier de l'épaisseur d'un cheveu. »

La loi positive est celle qui est l'œuvre d'un législateur humain. On l'appelle positive, parce que, à la différence de la loi naturelle qui est cachée dans nos consciences, elle se révèle à nos sens par des signes extérieurs et certains. Comme toutes les œuvres humaines, les lois positives sont imparfaites ; mais, comme toutes les œuvres humaines aussi, elles sont perfectibles. Pour les perfectionner, il faut les changer ou les compléter à mesure que de nouveaux besoins surgissent. C'est ce que doivent faire les législateurs, sauf à user de ce droit avec prudence, sous peine de jeter un trouble grave dans les relations sociales.

Les hommes possédant un droit parfait et immuable qui est déposé dans leur conscience, le Droit naturel, on peut se demander quel besoin ils avaient de créer le Droit positif, droit nécessairement imparfait et sujet à variations ? La réponse est facile. D'abord il est nécessaire au maintien de l'ordre social que les lois qui le régissent aient autant que possible le caractère de la certitude et de l'évidence, afin que personne ne puisse les contester. Or ce caractère n'appartient pas au Droit naturel, qui repose dans nos consciences et dont la notion est souvent obscurcie chez les hommes par leur intérêt personnel et leurs passions. D'autre part, il y a une foule de points que le Droit naturel ne règle pas et qu'il est cependant urgent de fixer. Ainsi la raison nous enseigne que, pendant les premières années de son existence, l'homme doit être incapable d'accomplir les actes de la vie civile, de contracter par

exemple, parce que son intelligence n'est pas encore suffisamment développée. Mais jusqu'à quel âge durera cette incapacité? A quelle époque l'homme sera-t-il considéré comme ayant acquis le développement complet de toutes ses facultés et comme étant par suite capable d'accomplir les actes civils? Le Droit naturel est muet sur ce point important. Il est nécessaire que le Droit positif intervienne pour le régler; il fixera par exemple la limite entre la capacité et l'incapacité à l'âge de 21 ans accomplis. Cet âge est chez nous celui de la majorité (art. 489). Enfin la sanction du Droit naturel, sanction toute morale, serait souvent insuffisante pour assurer l'observation de ses préceptes. A ce point de vue encore apparaît la nécessité du Droit positif, dont la sanction plus énergique est de nature à faire une impression plus vive sur ceux auxquels la loi s'adresse et par suite à en assurer l'observation.

Le Droit positif est donc nécessaire à côté du Droit naturel. Le Droit naturel doit nous apparaître comme un type proposé au législateur humain, type dont il doit chercher à se rapprocher le plus possible sans pouvoir jamais se flatter de l'atteindre. Les lois humaines ne doivent pas être des œuvres de fantaisie, mais des œuvres de justice et de nécessité. C'est ce que disait en substance l'article 1<sup>er</sup> du titre préliminaire, que le législateur se proposait de placer en tête du Code civil et qui n'a été supprimé que comme inutile dans une œuvre législative: « Il existe un Droit universel et immuable, source de toutes les lois positives; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne les hommes. »

**7. Deuxième division: Droit public, Droit privé, Droit international.** — Au point de vue des rapports dont il est l'expression, le Droit se divise en *Droit public*, *Droit privé* et *Droit international*.

a). *Droit public*. C'est celui qui règle les rapports entre l'Etat et les particuliers; ainsi les lois qui tendent à l'organisation de la puissance publique, les lois qui déterminent les conditions nécessaires pour être admis aux fonctions publiques font partie du Droit public.

b). *Droit privé*. C'est celui qui règle les rapports de particulier à particulier; « *quod ad singulorum utilitatem pertinet* », comme dit la loi romaine. Ainsi les lois relatives au mariage; à l'adoption, aux contrats, aux successions, aux testaments, etc., font partie du Droit privé.

Parmi les lois qui composent le Droit privé, il en est quelques-unes dont l'observation importe plus particulièrement à la conservation de l'ordre social: ce sont les lois relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Telles sont les lois qui prohibent le mariage entre personnes parentes à un degré trop rapproché (art. 161, 162), telles encore les lois qui règlent l'exercice de la puissance paternelle ou de la puissance maritale, telles enfin les lois pénales. On comprend que l'ordre social pourrait être gravement troublé, compromis même, par la violation de

semblables lois. On désigne quelquefois l'ensemble de ces lois sous la dénomination de *Droit public*. C'est là une deuxième signification des mots *Droit public* qu'il ne faut pas confondre avec la première. Les lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, lois dont l'ensemble constitue le Droit public *hoc sensu*, ont cela de particulier que la volonté des parties ne peut pas en empêcher ni en modifier l'application. C'est ce que dit l'article 6 du Code civil, qui reproduit l'ancienne maxime : *Jus publicum privatorum pactis nec lædi nec mutari potest*. Les particuliers peuvent au contraire déroger, par leurs conventions, aux lois dans lesquelles leur intérêt seul est en jeu sans que celui de la société y soit engagé. Ainsi rien n'empêche les parties de déroger à ce principe du contrat de vente que le vendeur doit la garantie à l'acheteur (art. 1626), en convenant par exemple que le vendeur ne devra aucune garantie (art. 1627).

c). *Droit international*. C'est celui qui régit les rapports de nation à nation. Ce droit a principalement sa source dans les traités de paix, d'alliance et de commerce. Il est public ou privé, suivant qu'il concerne les relations des états ou celles de leurs sujets. Le Droit international n'a pas, dans l'état actuel des choses, d'autre sanction que l'emploi de la force de la part de la nation qui se croit atteinte dans ses droits. « Entre particuliers, c'est un principe que nul ne se fait justice à soi-même ; entre nations, le principe est renversé. »

On désigne quelquefois le Droit international sous le nom de *Droit des gens*, *jus gentium* ou *inter gentes*. Il vaudrait mieux ne pas employer ici cette dénomination qui peut prêter à une confusion, le mot *Droit des gens* ayant une autre signification, ainsi qu'on va le voir.

**8. Troisième division : Droit civil, Droit des gens.** — Le *Droit civil* n'est pas, comme les mots pourraient le faire croire, le droit exclusivement propre aux citoyens ; c'est le droit propre aux nationaux, qu'ils aient ou non la qualité de citoyens. Ainsi, chez nous, les mineurs et les femmes ne sont pas citoyens, ce qui ne les empêche pas d'avoir la participation du Droit civil en leur seule qualité de Français.

Le *Droit des gens*, qu'on oppose au *Droit civil*, est celui qui est applicable aux étrangers comme aux nationaux. Ainsi les dispositions de notre loi qui accordent la faculté de contracter mariage sont du Droit gens, ce qui signifie que le mariage est permis en France non-seulement aux Français mais aussi aux étrangers.

En résumé la partie de notre Droit, qui est exclusivement propre aux Français, porte le nom de *Droit civil* ; celle qui peut s'appliquer même aux étrangers constitue le *Droit des gens*.

**9. Quatrième division : Droit écrit, Droit coutumier ou non écrit.** — On désigne sous le nom de *Droit écrit* celui qui a été expres-

sément formulé par le législateur. A une époque très-reculée, le législateur a pu formuler sa volonté par des paroles seulement, sans employer l'écriture qui était alors inconnue ou peu usitée. On conçoit même qu'il puisse encore se servir accidentellement de ce moyen primitif dans les temps de bouleversements politiques. Mais depuis longtemps quand il veut manifester expressément sa volonté, il se sert régulièrement de l'écriture, d'où la dénomination de *Droit écrit* pour désigner le droit expressément formulé par le législateur.

Le *Droit coutumier* est celui qui s'est introduit par l'usage ou coutume (*diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*), et qui doit son autorité au consentement tacite du législateur manifesté par son silence. Peu importe d'ailleurs qu'il ait été ou non constaté plus tard par l'écriture. Ainsi le droit, introduit par l'usage dans les différentes provinces de notre ancienne France, n'a pas cessé d'être un droit coutumier le jour où les dispositions des différentes coutumes ont été rédigées par écrit en exécution de l'Ordonnance de 1453. De même, pour emprunter un exemple tout récent, la loi des 13-20 juin 1866, sur les usages commerciaux, n'a pas, en constatant l'existence de certains usages en matière de vente commerciale, transformé leur nature législative.

Par où l'on voit que l'expression *Droit non écrit*, que l'on emploie quelquefois comme synonyme de *Droit coutumier* pour faire antithèse au *Droit écrit*, est aussi mal choisie. En somme, le Droit coutumier ou non écrit doit, comme le Droit écrit, son autorité à la volonté du législateur; mais cette volonté est expressément manifestée pour le Droit écrit, tandis qu'elle n'est manifestée que tacitement en ce qui concerne le Droit coutumier ou non écrit. On eût peut-être mieux traduit cette différence en employant les expressions : *Droit promulgué*, *Droit non promulgué*, ou encore celles-ci : *Droit exprès*, *Droit tacite*.

**10. Définition de la jurisprudence.** — Le mot *jurisprudence* a plusieurs sens. Il désigne d'abord l'ensemble des lois, et est alors synonyme du mot *Droit*. Ainsi on dit indifféremment étudier le Droit, ou étudier la jurisprudence.

Dans une deuxième acception, le mot *jurisprudence* désigne les décisions émanées des tribunaux chargés d'appliquer la loi. On dit en ce sens *un recueil de jurisprudence*, *une collection de jurisprudence*.

Enfin ce même mot désigne l'habitude prise par un tribunal ou par une série de tribunaux de juger dans un certain sens les questions de même nature qui leur sont soumises, et le résultat même de cette habitude. L'application de la loi n'est pas toujours chose facile. Les tribunaux chargés de cette application se trouvent souvent dans l'embarras, soit parce que la loi n'a pas prévu le cas qui leur est soumis, soit parce

qu'elle ne présente pas un sens clair. Il y a alors plusieurs solutions possibles. Si un même tribunal ou une série de tribunaux, ayant eu plusieurs fois à faire l'application de la loi à des cas identiques, l'ont appliquée tantôt dans un sens tantôt dans l'autre, de sorte qu'il n'y ait pas d'harmonie dans les diverses décisions, on dira que sur le point de droit dont il s'agit la jurisprudence de ce tribunal ou de cette série de tribunaux est incertaine, hésitante, flottante. Si au contraire il y a uniformité dans les diverses décisions, si l'application de la loi a toujours été faite de la même manière, on dira que sur ce point de droit la jurisprudence est fixée dans tel sens. Les décisions judiciaires ainsi accumulées, *series rerum perpetuo similiter judicatarum* (L. 8, D., de *Justitia et Jure*, I, 1) peuvent acquérir une grande autorité de raison et prennent une place importante parmi les matériaux de la science du Droit. Le premier rang appartient à celles de la Cour de cassation.

**11. But du Droit.** — Pascal a dit : « Une société ne peut vivre sans lois. » Les lois sont en effet nécessaires au maintien de l'ordre social. On les fait uniquement dans ce but. Sans elles, la paix publique serait souvent troublée, car il n'y aurait pas d'autre moyen de résoudre les questions que l'emploi de la force brutale. Mais les lois n'ont pas pour but de rendre les hommes vertueux ; c'est là l'affaire de la Morale et de la Religion. L'homme qui respecte scrupuleusement les lois de son pays peut donc être un bon citoyen, mais il ne sera pas nécessairement un homme vertueux. Il peut même n'être pas un homme honnête, car la loi civile tolère bien des actes que l'honnêteté réprouve. *Non omne quod licet honestum est.* Elle les tolère, soit parce que le profit que procurerait la répression de ces actes serait plus que compensé par le scandale que causerait leur constatation (c'est pour ce motif que nos lois ne punissent pas l'inceste qui cependant au point de vue moral est un crime épouvantable), soit parce que l'accomplissement de ces actes n'est pas de nature à troubler l'ordre social. C'est pour ce dernier motif que la loi ne formule aucune règle de conduite intérieure, mais seulement des règles de conduite extérieure.

*elle est punie  
à mort  
d'après la  
loi romaine  
à l'égard de  
la femme  
à l'égard de  
l'homme*

## CHAPITRE II

### DU DROIT FRANÇAIS

#### Étude historique de ses différentes sources.

**12.** Au point de vue historique notre Droit français se divise en trois parties, savoir : 1° *le Droit ancien* qui comprend tous les monuments législatifs antérieurs à la déclaration de l'Assemblée constituante

(27 juin 1789); 2° le *Droit intermédiaire* qui comprend toutes les lois rendues depuis le 17 juin 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil (30 ventôse an XII ou 21 mars 1804); 3° le *Droit nouveau* qui se compose du Code civil et de toutes les lois postérieures.

*ce n'est pas le Droit civil* § I. *Droit ancien.*

13. Au point de vue législatif notre ancienne France était divisée en deux zones bien distinctes, savoir: les pays de coutume formés par la plupart des provinces situées au Nord de la France, et les pays de Droit écrit comprenant celles situées au Midi.

14. I. *Pays de coutume.* Les pays de coutume ou pays de Droit coutumier étaient ainsi appelés, parce qu'ils étaient régis par le droit de la coutume ou Droit coutumier, c'est-à-dire par un droit fondé sur des usages constants et prolongés. Les usages étant essentiellement variables d'une localité à l'autre, il y avait une prodigieuse variété dans les coutumes et par suite un défaut complet d'uniformité dans la législation des pays coutumiers. Ferrière évalue à plus de trois cent soixante le nombre des coutumes de notre ancienne France, sur lesquelles on en comptait environ soixante générales et trois cents spéciales. Les coutumes générales étaient celles qui régissaient une portion considérable du territoire, telle qu'une province ou une grande partie d'une province. Celles dont le domaine était moins étendu étaient dites spéciales; il y en avait qui se restreignaient à une ville, à un village, ou même à un hameau.

L'incertitude du Droit coutumier était peut-être un mal plus grand encore que sa variété. On s'en aperçut à l'époque surtout où les *appellations* devinrent fréquentes. Les juges d'appel, qui étaient peu nombreux et qui par suite exerçaient leur juridiction sur un vaste territoire, étaient obligés d'appliquer un grand nombre de coutumes, et ils ne pouvaient pas les connaître toutes. Comment faire quand le juge ignorait la coutume dont les dispositions devaient servir de base à son jugement? Si les parties n'étaient pas d'accord sur la coutume, ce qui arrivait le plus souvent, il fallait en faire la preuve par témoins. On procédait alors à des enquêtes dites par *turbes* (de *turba*), parce qu'on prenait au hasard dix témoins dans la foule qu'on interrogeait sur ce qu'ils croyaient être la coutume. Outre les frais qu'elles occasionnaient, les enquêtes par turbes donnèrent lieu à de monstrueux abus, et c'est principalement dans le but d'y couper court que Charles VII chercha à donner plus de fixité et de certitude au Droit coutumier en ordonnant la rédaction par écrit des coutumes (Ordonnance de Montil-les-Tours de 1453). Cent ans après la mort de Charles VII, ce travail était à peine achevé.

**15. II. *Pays de Droit écrit.*** La base de la législation des pays de Droit écrit était le Droit romain. Mais la législation de ces pays n'était pas uniforme pour cela, le Droit romain ayant reçu dans chacun d'eux des modifications plus ou moins profondes en vertu des usages locaux et de la jurisprudence des parlements.

Les pays qui avaient une coutume, mais dans lesquels les cas non prévus par la coutume devaient être réglés par le Droit romain, tels que la Bourgogne, la Franche-Comté, étaient rangés dans la catégorie des pays de Droit écrit, parce que le Droit romain y avait force obligatoire sur tous les points auxquels la coutume ne dérogeait pas. Il n'y avait donc de pays coutumiers que ceux dans lesquels le Droit romain n'avait jamais force de loi et ne pouvait être invoqué que comme raison écrite dans les cas non prévus par la coutume.

Telle était notre ancienne France au point de vue législatif. Au Nord, des coutumes d'une infinie variété ; au Midi, le Droit romain plus ou moins mutilé. C'était un véritable chaos !

**16.** Il y avait cependant une partie de notre ancienne législation qui présentait plus d'uniformité : c'était celle contenue dans les ordonnances royales, qui en principe étendaient leur empire sur tout le territoire. Mais sur ce point encore il y a certaines réserves à faire. Il était de principe dans notre ancien Droit que les ordonnances des rois n'étaient exécutoires qu'après avoir été enregistrées par les parlements. Quand une ordonnance avait été enregistrée par tous les parlements du Royaume, elle était exécutoire dans tout le Royaume ; mais si une ordonnance n'avait été enregistrée que par certains parlements, elle n'était exécutoire que dans leur ressort. Or cela arrivait quelquefois, les parlements s'étant arrogé à tort ou à raison le droit de faire des remontrances au roi qui demandait l'enregistrement d'une ordonnance et même de refuser cet enregistrement ; mais cela arrivait rarement, parce que le roi triomphait le plus souvent de la résistance des parlements, soit par des *lettres de jussion*, soit au moyen du *lit de justice*, soit enfin, à la dernière extrémité, en ayant recours à l'exil du parlement.

## § II. *Droit intermédiaire.*

**17.** L'ère du Droit intermédiaire s'ouvre le 17 juin 1789, et se clôt le 18 mai 1804. Le Droit intermédiaire comprend par conséquent les lois qui ont été faites par l'Assemblée nationale, qui prit le nom de Constituante quand elle eût doté la France d'une constitution, par l'Assemblée législative, par la Convention nationale, par les deux Conseils et le Directoire, et une partie de celles faites par le Consulat. L'ensemble de ces lois présentant une physionomie tout à fait à part, on les considère

comme formant un droit spécial sous le nom de Droit intermédiaire ou révolutionnaire. Elles font l'application à un grand nombre de matières des principes nouveaux consacrés par la Révolution : unité de l'Etat, séparation des pouvoirs spirituel et temporel, égalité de tous les Français devant la loi, abolition de la féodalité... L'esprit violent de réaction, dans lequel ces lois furent conçues, porta quelquefois le législateur à dépasser la juste mesure, notamment quand, assimilant les enfants illégitimes aux enfants légitimes, il leur accorda les mêmes droits. Le législateur du Code civil à son tour a peut-être commis une exagération en sens inverse, en réagissant outre mesure contre le nouvel état de choses créé par le droit de la Révolution.

**18.** Le législateur, pendant la période qui nous occupe, comprit que le plus grand bienfait, dont on pût doter la France, était celui d'une législation uniforme, et il fit d'honorables efforts pour parvenir à ce but. Un article de la Constitution de 1791 portait : « Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume. » L'œuvre ne fut même pas tentée par l'assemblée qui avait posé le principe, l'Assemblée constituante, ni par l'assemblée qui lui succéda, l'Assemblée législative. Ce n'est pas que la bonne volonté manquât ; mais les événements étaient plus forts que les volontés.

*1076 627*  
 Sous la Convention et sous le Directoire plusieurs projets furent successivement présentés ; ils échouèrent tous. Mais si le législateur d'alors ne put réaliser l'unité législative qu'il avait rêvée, il en prépara tout au moins l'avènement. C'est quelque chose d'abord d'avoir posé le principe. En outre toutes les lois faites pendant la période révolutionnaire, et elles sont nombreuses, étaient obligatoires pour toute la France.

Sur tous les points faisant l'objet de ces lois, la législation de la France devenait donc uniforme. Le Droit ancien subsistait il est vrai, avec son infinie variété, sur tous les points non réglementés par les lois nouvelles, et à ce point de vue les lois révolutionnaires augmentèrent le chaos législatif ; car ce n'était pas chose facile de savoir où commençait le domaine de la loi nouvelle et où finissait celui de l'ancienne ; mais par cela même elles rendirent plus nécessaire la réalisation complète du principe de l'unité législative.

### § III. *Droit nouveau.*

**19.** Le Code civil ouvre l'ère du droit nouveau, dont il forme le monument le plus important. C'est au Consulat qu'en revient l'honneur. Commencé en 1800, il fut terminé en 1804.

**20. Confection du Code civil.** — Un arrêté des Consuls du 24 ther-

midor de l'an VIII (12 août 1800) nomma une commission chargée de rédiger un projet de Code civil. Cette commission était composée de quatre membres : Tronchet, président du tribunal de cassation, adepte fervent du Droit coutumier ; Portalis, commissaire du gouvernement près le conseil des prises, fortement imbu des principes du Droit romain ; Bigot-Préameneu, commissaire du gouvernement près le tribunal de cassation ; Malleville, juge au même tribunal. Tronchet était président de la commission, Malleville devait remplir les fonctions de secrétaire-rédacteur. L'arrêté portait en outre que Tronchet, Portalis et Malleville assisteraient aux séances du Conseil d'Etat, dans lesquelles auraient lieu les discussions relatives au Code civil.

Les membres de la commission se partagèrent le travail, et ils y mirent tant d'activité que le projet fut terminé en quatre mois. On a reproché à ce projet son manque d'originalité. Ce n'est, a-t-on dit, qu'une compilation empruntée à nos anciennes coutumes, au Droit romain et au Droit révolutionnaire. Comme le dit fort bien M. Laurent, le reproche était à certains égards un éloge. La législation d'un peuple ne peut pas sortir de toutes pièces du cerveau d'un jurisconsulte ; elle se compose de matériaux accumulés par les siècles et entre lesquels il ne peut s'agir que de faire un triage. Les innovations législatives doivent être rares et faites à bon escient ; en cette matière, innover c'est souvent reculer. Toutefois ce n'est pas sans raison qu'on a reproché au Code civil un esprit de réaction exagérée contre le nouvel état de choses créé par la Révolution.

Le projet dont il vient d'être parlé fut imprimé dans le mois de pluviôse an IX. Pour s'éclairer des lumières du pays, le premier Consul communiqua ce projet au tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel en les invitant à l'étudier et à proposer leurs observations. Grâce à l'activité et à la bonne volonté de ces grands corps judiciaires, leurs observations furent remises dans le courant de l'année et la discussion du Code civil put commencer immédiatement. Elles ont souvent servi de guide au législateur ; celles du tribunal de cassation sont remarquables entre toutes.

Il restait à transformer le projet en loi. D'après la Constitution du 22 frimaire an VIII, qui était alors en vigueur, quatre pouvoirs participaient à la confection de la loi, savoir :

1° *le Gouvernement*, auquel appartenait l'initiative de la loi.

2° *le Conseil d'Etat*, qui la préparait. Le Conseil d'Etat était divisé en cinq sections : législation, intérieur, finances, guerre et marine ; il comprenait 80 membres.

3° *le Tribunat*, qui émettait après discussion un vœu favorable ou défavorable à la loi. Le Tribunat comptait 100 membres.

4<sup>o</sup> enfin *le Corps législatif*, composé de trois cents membres, qui votait la loi.

Il faut ajouter que la Constitution de l'an VIII instituait un *Sénat conservateur*, qui avait pour mission d'annuler la loi quand elle était contraire à la Constitution.

**21.** Tels sont dans leur ensemble les pouvoirs qui concouraient à la confection de la loi. Voici maintenant l'exposition détaillée de leur mécanisme.

Le Gouvernement, auquel appartenait l'initiative de la loi, la proposait par l'organe du premier Consul. A cet effet le premier Consul envoyait le projet au Conseil d'État, qui était chargé de le préparer, c'est-à-dire d'arrêter sa rédaction en articles.

La préparation de la loi par le Conseil d'État comprend deux phases. La première, que l'on pourrait appeler la préparation *provisoire*, était l'œuvre de l'une des sections du Conseil d'État, celle dans les attributions de laquelle rentrait le projet de loi ; c'était ordinairement, ç'a toujours été pour le Code civil la section de législation. La section examinait le projet, et, après lui avoir fait subir les modifications qu'elle jugeait nécessaires, le renvoyait au premier Consul qui pouvait le retirer, le reproduire modifié ou l'accepter. S'il l'acceptait, il le renvoyait au Conseil d'État, et alors commençait la deuxième phase de la préparation qu'on pourrait appeler *définitive*. Elle rentrait dans les attributions du Conseil d'État tout entier réuni en assemblée générale. L'assemblée, présidée par le premier Consul ou par Cambacérès, discutait le projet, qui avait été préalablement imprimé et distribué à tous ses membres. Si des amendements étaient proposés et acceptés par l'assemblée, elle en ordonnait le renvoi à la section en vue d'une nouvelle rédaction ; puis elle arrêtait la rédaction définitive du projet de loi. Le rôle du Conseil d'État était alors terminé.

Le projet, rédigé définitivement par le Conseil d'État, était renvoyé au premier Consul, qui, s'il se décidait à le transformer en loi, en saisissait le Corps législatif. Trois orateurs, choisis parmi les membres du Conseil d'État et nommés par le Gouvernement, soutenaient en son nom le projet devant le Corps législatif ; le premier nommé en exposait les motifs.

Avant de voter sur le projet de loi, le Corps législatif le communiquait officiellement au Tribunat. Celui-ci désignait un de ses membres pour lui faire un rapport, puis discutait le projet en assemblée générale. Ensuite le Tribunat émettait un vœu favorable ou défavorable sans avoir le droit de proposer aucun amendement.

Le Tribunat choisissait alors dans son sein trois orateurs chargés de communiquer son vœu au Corps législatif. Puis un débat contradictoire

s'élevait au sein du Corps législatif entre les orateurs du Gouvernement et ceux du Tribunat; après quoi le Corps législatif votait au scrutin secret et sans délibération préalable, ce qui lui a fait donner le nom de *Corps des muets*, sur le sort de la loi proposée. Si le vote était favorable, la loi était décrétée; mais elle ne devenait exécutoire qu'après avoir été promulguée. La promulgation devait être faite par le premier Consul dix jours après que la loi avait été décrétée; ce qui explique comment toutes les lois qui composent le Code civil portent deux dates distantes l'une de l'autre de dix jours. Pendant ce délai de dix jours, le décret pouvait être déféré au Sénat, qui pouvait l'annuler pour cause d'inconstitutionnalité.

22. Ainsi se faisait la loi d'après la Constitution de l'an VIII, qui était en vigueur lors de la confection du Code civil. La complication même de ce mécanisme ou son imperfection faillit faire avorter une fois de plus le projet si souvent tenté d'un code de lois civiles uniformes pour toute la France. En effet le premier projet de loi présenté fut rejeté par le Corps législatif, après avoir été l'objet d'un vœu défavorable de la part du Tribunat. Le deuxième projet allait subir le même sort, lorsque le premier Consul adressa au Tribunat un message ainsi conçu : « Législateurs, le Gouvernement a arrêté de retirer les projets de loi du Code civil. C'est avec peine qu'il se trouve obligé de remettre à une autre époque les lois attendues avec intérêt par la nation. Mais il s'est convaincu que le temps n'est pas encore venu où l'on portera dans ces grandes discussions le calme et l'unité d'intention qu'elles demandent. » (13 nivôse an X.)

On put croire après cela que la discussion du Code civil était indéfiniment ajournée; elle n'était que suspendue pour un temps assez court. Bonaparte tenait à la réalisation de son œuvre. La croyant compromise par une opposition systématique du Tribunat, il résolut de le briser. A cet effet, il fit rendre à la date du 16 thermidor an X un sénatus-consulte qui réduisait le nombre des membres du Tribunat à cinquante, ce qui lui permit d'éliminer les membres de l'opposition. De plus, il institua ce que l'on a appelé la *communication officieuse* au Tribunat. On sait que, d'après la Constitution de l'an VIII, le Corps législatif, avant de voter sur le projet de loi, devait communiquer ce projet au Tribunat, afin que celui-ci fût mis à même d'exprimer un vœu sur le projet. C'était la *communication officielle*. Le Tribunat ne pouvait proposer aucun amendement, de sorte que l'existence dans le projet de quelques imperfections de détail pouvait conduire le Tribunat à émettre un vœu défavorable et entraîner le rejet du projet tout entier par le Corps législatif.

La communication, dite officieuse, parait à cet inconvénient. Voici en

quoi elle consistait. Avant la présentation au Corps législatif, le projet était communiqué officieusement à la section de législation du Tribunal, qui entrait en conférences avec la section de législation du Conseil d'Etat et participait ainsi par ses observations à la préparation du projet de loi. L'accord s'établissait donc par avance entre le Conseil d'Etat et le Tribunal; et, lorsque plus tard, par respect pour la Constitution, le projet était soumis officiellement au Tribunal, celui-ci ne manquait pas d'émettre un vœu favorable.

Trente-six lois furent ainsi successivement décrétées et promulguées. Leur réunion en un seul corps sous le titre de Code civil fut ordonnée par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804). Ce qui n'a pas empêché chacune de ces lois de demeurer exécutoire à partir de sa promulgation.

**23. Définition et division du Code civil.** — Le Code civil peut être défini : « le Code de la théorie du droit privé ordinaire » : *de la théorie*, par opposition au Code de procédure civile qui s'occupe aussi du droit privé, mais au point de vue de *la pratique*; *du droit privé ORDINAIRE*, par opposition au Code de commerce qui contient une partie importante du droit privé, celle qui est spéciale aux commerçants.

On a aussi défini le Code civil « le Code du droit de famille et du droit de propriété. » Le Code civil s'occupe en effet à peu près exclusivement de l'organisation de la famille et de la propriété.

Le Code civil est divisé en trois livres, précédés d'un titre préliminaire composé des articles 1 à 6. Le livre premier, qui comprend les articles 7 à 515, est divisé en onze titres; il est intitulé : « *Des personnes* ». Le livre II, composé des articles 516-710, est intitulé : « *Des biens et des différentes modifications de la propriété* », et contient quatre titres. Enfin le livre III, comprenant les articles 711 à 2281, est intitulé : *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, et se divise en vingt titres. En tout 36 titres (y compris le titre préliminaire), correspondant aux 36 lois dont l'ensemble forme le Code civil. Les titres sont divisés en chapitres, et quelquefois les chapitres en sections et les sections en paragraphes. On donne le nom de *rubrique* à l'intitulé de chacune de ces divisions, parce que dans les anciens manuscrits ces intitulés étaient écrits en caractères rouges (*rubrum*, rubrique). Les trente-six lois composent d'ailleurs une seule série d'articles, ce qui facilite beaucoup les indications et les recherches.

**24. Diverses éditions officielles du Code civil.** — Il existe plusieurs éditions officielles du Code dont nous venons de décrire la physionomie.

La première est de 1804 (V. loi du 30 ventôse an XII).

Une deuxième édition fut décrétée par la loi du 3 septembre 1807 sous

le nom de *Code Napoléon*. Les changements faits dans cette édition portent sur la forme beaucoup plus que sur le fond. C'est ainsi qu'on a remplacé les mots premier Consul par Empereur, République par Empire, etc. Cependant la loi du 3 septembre 1807 ordonnait aussi (cela touchait au fond) : 1<sup>o</sup> le retranchement d'un numéro à l'article 17 ; 2<sup>o</sup> la suppression complète de l'article 2261 remplacé par un paragraphe retranché à l'article 2260 ; 3<sup>o</sup> l'addition d'un paragraphe à l'article 896 et par suite une légère modification dans l'article 897.

La troisième édition fut publiée en vertu d'une Ordonnance de Louis XVIII du 30 août 1816. Elle est en harmonie avec le gouvernement de la Royauté. C'est la dernière édition officielle du Code civil, de sorte qu'aujourd'hui, sous le gouvernement de la République, nous trouvons dans le Code civil les mots Roi (art. 1), procureur du Roi (art. 99, 356), cour Royale (art. 357)... Cela prouve qu'il vaudrait beaucoup mieux employer dans les lois des expressions indépendantes de la forme du gouvernement, telles que cours d'appel, commissaire du gouvernement, etc., surtout dans un pays comme le nôtre, où la forme du gouvernement change si souvent.

**25.** Le nom de notre principal Code a plusieurs fois changé. Il s'est d'abord appelé *Code civil* en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 30 ventôse de l'an XII. La loi du 3 septembre 1807 décida qu'il s'appellerait à l'avenir le *Code Napoléon*. Mais ce dernier nom lui fut retiré par l'article 68 de la Charte de 1814, devenu plus tard l'article 59 de la Charte de 1830 qui lui restitua son nom primitif de *Code civil*. Enfin un décret du 27 mars 1852, qui n'a pas été expressément abrogé, a décidé qu'il reprendrait le nom de *Code Napoléon*. « En rétablissant cette dénomination, dit » le décret, on ne fait que rendre hommage à la vérité historique..... » Il y a du vrai dans cette assertion. Sans examiner quelle était la valeur du premier Consul comme jurisconsulte et quelle est l'importance du rôle qu'il a joué dans les discussions auxquelles le Code civil a donné lieu, il est certain que la France doit à son indomptable énergie et à sa rare sagacité la réalisation d'une œuvre qui avait été tentée sans succès avant lui. Napoléon considérait à juste titre le Code civil comme son plus beau titre de gloire. Il disait à Sainte-Hélène : « Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles... Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires... Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil... » (1)

Ce n'est pas cependant que le Code civil soit un chef-d'œuvre ; il s'en fait peu en matière législative. La critique n'a pas tardé à y signaler de nombreuses imperfections, dont plusieurs ont été effacées par des lois

(1) De Montholon, *Récit de la captivité*, t. 1, p. 404.

postérieures et dont beaucoup d'autres subsistent et subsisteront peut-être longtemps encore; c'est ainsi que notre législation hypothécaire demanderait une refonte complète. Mais si l'on compare le Code civil aux œuvres législatives des autres peuples de l'époque, il est incontestable qu'il jouit d'une supériorité relative; on l'a bien prouvé en nous l'empruntant de toutes parts soit en totalité soit en partie. A l'heure qu'il est, le Code civil a fait le tour du monde civilisé. Les peuples, qui ne nous l'ont pas emprunté, nous ont fait au moins l'honneur de le traduire dans leur langue.

**26.** Les principes fondamentaux, sur lesquels le Code civil est basé, sont :

1° Le respect de la liberté individuelle;

2° L'inviolabilité de la propriété;

3° L'égalité de tous les Français devant la loi;

4° La sécularisation de la législation civile, c'est-à-dire la séparation absolue entre les institutions civiles et les institutions religieuses.

**27.** Les principales sources, auxquelles le Code civil a été puisé, sont :

1° *Les coutumes*, principalement celle de Paris, notamment en matière d'autorisation maritale, de succession, de communauté entre époux.

2° Le *Droit romain* surtout en matière de propriété, d'obligations, de régime dotal.

En cas de collision entre le Droit romain et le Droit coutumier, c'est ordinairement au Droit coutumier que la préférence a été accordée, toutes les fois au moins qu'on a cru ne pas pouvoir admettre une sorte de transaction ou de moyen terme. Cette préférence s'explique facilement. Le Droit coutumier est notre droit national, c'est un enfant de notre sol; il devait donc être préféré, toutes choses égales d'ailleurs, au Droit romain qui est d'origine exotique. D'ailleurs, le Droit coutumier était en général plus conforme à l'équité que le Droit romain. Enfin la plupart des membres du Conseil d'État étaient enfants des pays de coutume, et par suite imbus des principes du Droit coutumier.

3° *Les ordonnances royales*, notamment en matière d'actes de l'état civil (Ordonnance d'avril 1667), de donations (Ordonn. de 1731), de testaments (Ordonn. de 1735), de substitutions (Ordonn. de 1747).

4° Le *Droit intermédiaire*, principalement pour le mariage, la puissance paternelle, les privilèges et hypothèques.

A cette nomenclature il faut ajouter subsidiairement : 5° la jurisprudence des Parlements, en matière d'absence par exemple; 6° le Droit canon ou droit tiré de l'Écriture sainte, des conciles, des décrets ou constitutions des Papes, et enfin des sentiments des Pères de l'Église.

On s'en est inspiré principalement en matière de mariage et de légitimation.

**28. Conséquences de la promulgation du Code civil au point de vue du droit antérieur.** — Aux termes de l'article 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code. »

\* Si l'article qui vient d'être transcrit n'existait pas, le droit antérieur au Code civil serait régi par les principes de l'abrogation tacite, c'est-à-dire que ce droit continuerait à conserver sa force obligatoire dans toutes celles de ses dispositions qui ne sont pas inconciliables avec la loi nouvelle, le Code civil. L'application de cette règle aurait présenté des inconvénients fort graves en ce qui concerne le droit antérieur à 1789 ou Droit ancien. On sait quelle diversité existait dans le Droit de cette époque ; ici on était régi par telle coutume, là par telle autre, ailleurs par le Droit romain. Si donc on avait admis pour notre ancien Droit le principe de l'abrogation tacite, beaucoup de points du Droit privé non prévus par le Code civil auraient été réglés d'après le Droit ancien, c'est-à-dire d'une manière différente suivant les localités. L'œuvre d'unification, que le Code civil a eu pour but de réaliser dans la législation civile, se serait trouvée ainsi fortement compromise. C'est pour cela que notre article abroge le Droit ancien dans toutes les matières qui font l'objet du Code civil.

\* Remarquons qu'il suffit qu'une matière ait été réglementée par le Code civil pour que les lois anciennes relatives à cette matière soient abrogées complètement. Ainsi le Code civil traite de la prescription ; il en résulte que toutes les lois anciennes relatives à la prescription sont par cela même abrogées ; elles n'ont plus force de loi, même pour la solution des questions que le Code civil a omis de réglementer en cette matière.

\* Mais au moins faut-il, pour que l'abrogation contenue dans notre article atteigne une loi ancienne, que cette loi soit relative à une matière faisant l'objet du Code civil ; ce sont à peu près les termes de la loi. L'abrogation prononcée par notre article n'atteint donc pas les lois anciennes qui régissent des matières non réglementées par le Code civil, sauf à voir si elles ne sont pas abrogées expressément ou tacitement par d'autres dispositions législatives postérieures. On l'a contesté à tort. La question n'a pas d'ailleurs un grand intérêt pratique en ce qui concerne les lois relatives au Droit privé ; car, le Code civil réglementant à peu près toutes les matières du Droit privé, l'abrogation du Droit ancien se trouve être *sur ce point* presque complète.

\* Quant au Droit intermédiaire, l'article 7 ne s'en occupe pas. Ce droit reste donc régi par les principes de l'abrogation tacite, c'est-à-dire qu'il n'est abrogé que dans celles de ses dispositions qui sont inconciliables avec le Code civil; il subsiste pour le surplus; ce qui n'a pas d'inconvénient au point de vue de l'unité de la législation, puisque les lois qui composent le Droit intermédiaire étaient, comme on l'a vu, obligatoires dans toute la France.

\* En résumé, ni le Droit ancien ni le Droit intermédiaire ne sont abrogés par l'article 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII dans les matières qui ne font pas l'objet du Code civil. Dans les matières qui font l'objet du Code civil, le Droit intermédiaire continue à avoir force de loi sur tous les points particuliers non prévus par le Code civil. On applique le principe de l'abrogation tacite, qui laisse subsister toutes les dispositions de la loi ancienne en tant qu'elles ne sont pas incompatibles avec la nouvelle. Mais dans ces mêmes matières, le Droit ancien n'a plus aucune autorité, autre que celle de la raison écrite, même sur les points non prévus par le Code civil, et cela en vertu de l'abrogation expresse contenue dans l'article 7.

**29. Des divers Codes français.** — Ainsi qu'on a pu le pressentir, un code est une réunion de lois relatives à un même objet. Le plus important de tous est le Code civil. A côté de lui figurent sept autres codes dont il faut dire quelques mots.

1<sup>o</sup> *Le Code de procédure civile* qui contient les règles sur la manière de procéder en justice en matière civile. C'est un code de pratique, tandis que le Code civil est un code de théorie. Il contient la mise en œuvre des principes théoriques formulés dans le Code civil. Ainsi le Code civil dira dans quels cas et sous quelles conditions la séparation de corps peut être obtenue par l'un des époux contre l'autre; le Code de procédure dira comment il faut s'y prendre pour saisir la justice d'une demande en séparation de corps et la mettre à même de statuer.

Le projet du Code de procédure civile fut présenté en 1806 et converti en loi la même année. Il ne devint obligatoire qu'à dater du 1<sup>er</sup> janvier 1807 (Pr., art. 1041). Le Code de Procédure civile est donc postérieur au Code civil; d'où il résulte que, quand il y a antinomie entre le Code de procédure et le Code civil, c'est le Code de procédure qui doit l'emporter comme étant de date plus récente. Mais il faut qu'il y ait véritablement antinomie, et on ne doit admettre l'antinomie qu'après avoir épuisé inutilement tous les moyens de conciliation; car le Code de procédure a été fait dans le but de mettre en œuvre les dispositions du Code civil et non dans celui de les modifier, et on ne doit pas supposer facilement que telle ait été l'intention du législateur.

Les principales sources, auxquelles le Code de Procédure civile a été puisé, sont l'Ordonnance de 1667 et les lois révolutionnaires.

2° *Le Code de commerce.* Le Code de commerce, dit Valette, est à vrai dire une portion notable du Code civil qui en a été détachée. En effet le Code de commerce contient les règles du Droit civil ou privé, spéciales aux commerçants et aux actes du commerce soit terrestre soit maritime. Entièrement voté dans le cours de l'année 1807, ce Code n'est devenu obligatoire qu'à dater du 1<sup>er</sup> janvier 1808. Les sources principales auxquelles il a été puisé sont l'Ordonnance de 1673 sur le commerce de terre et celle de 1681 sur le commerce de mer. De nombreuses lois sont venues le modifier.

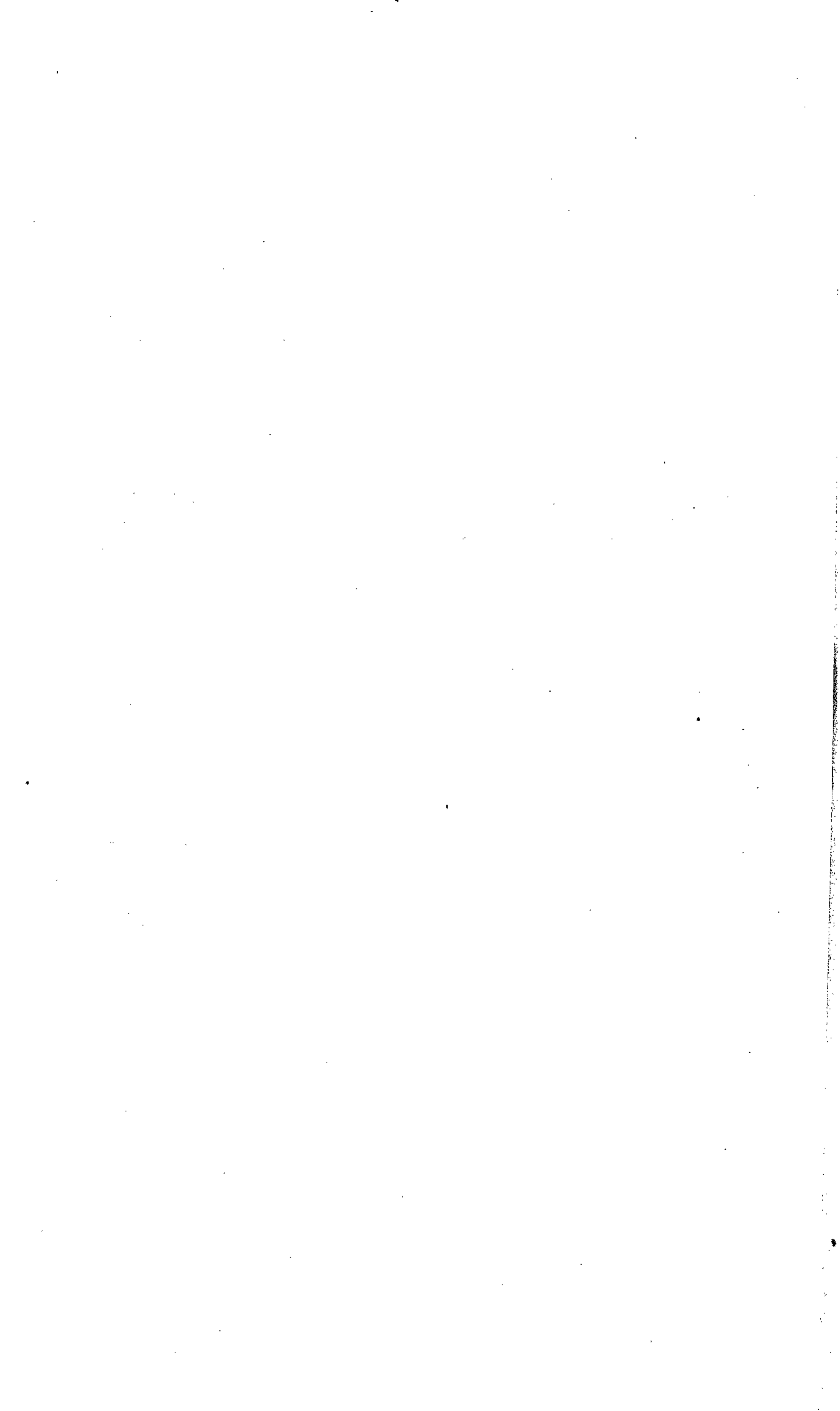
3° et 4° *Le Code d'instruction criminelle et le Code pénal.* Ces deux codes contiennent l'ensemble de notre législation criminelle, et c'est pourquoi nous ne les isolons pas l'un de l'autre. Le Code pénal est un code de théorie comme le Code civil; on y trouve les principes théoriques relatifs à la qualification des infractions et à leur répression. Le Code d'instruction criminelle est un code de pratique comme le Code de procédure civile; il contient les règles de notre procédure pénale. On a dit avec exactitude que le Code d'instruction criminelle est au Code pénal ce que le Code de procédure civile est au Code civil. Le Code d'instruction criminelle est de 1809 et le Code pénal de 1810, mais ils ne devinrent exécutoires l'un et l'autre que le 1<sup>er</sup> janvier 1811. Les dispositions de ces deux Codes ont été empruntées pour la plupart à la législation intermédiaire.

5° *Le Code forestier* a été promulgué le 31 juillet 1827. Il contient la législation spéciale en matière forestière.

6° et 7° *Le Code de justice militaire pour l'armée de terre* promulgué le 9 juin 1857, et le *Code de justice militaire pour l'armée de mer* promulgué le 4 juin 1858.

En dehors de ces huit Codes, il existe une quantité innombrable de lois, notamment celles relatives au Droit administratif qui n'a jamais été codifié et qui le sera difficilement à cause du peu de stabilité des lois qui le composent.

---



# TITRE PRÉLIMINAIRE

---

## De la publication, des effets et de l'application des lois en général <sup>(1)</sup>

---

**30.** La commission, chargée de préparer le projet de Code civil, avait fait figurer en tête de son œuvre un titre rédigé par Portalis et intitulé : « *Du Droit et des Lois en général* ». Plusieurs des articles dont il se composait ont été supprimés comme appartenant à la doctrine plutôt qu'à la loi ; d'autres ont été transportés dans le titre des obligations ; quelques-uns enfin se retrouvent dans le titre préliminaire que nous allons étudier.

Ce titre contient des généralités sur la promulgation et la publication des lois (art. 1), sur leurs effets (art. 2 et 3) et sur la manière de les appliquer (art. 4 à 6). C'est une introduction à la législation générale de la France plutôt qu'au Droit civil ; et, s'il a été placé en tête du Code civil, c'est parce que ce Code a été considéré à juste titre comme le monument le plus important de notre législation.

### CHAPITRE I

#### DE LA CONFECTION, DE LA PROMULGATION, DE LA PUBLICATION ET DE L'ABROGATION DES LOIS

##### § I. *De la confection des lois.*

**31.** Depuis 1789 on a toujours distingué l'un de l'autre deux pouvoirs, qu'il importe de ne pas réunir dans les mêmes mains et qui cependant

(1) Les articles 2, 3, 4 et 5 du Code civil, compris dans le titre préliminaire, ne figurent pas dans le programme du premier examen de Baccalauréat. Néanmoins les élèves qui préparent cet examen feront bien de lire les explications relatives à ces articles, à l'exception des numéros marqués d'une astérisque.

étaient confondus sous l'ancien régime : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Le pouvoir législatif est celui auquel appartient le droit de faire la loi, le pouvoir exécutif celui qui la fait exécuter. Ce dernier se subdivise en pouvoir d'administrer et pouvoir de juger. Les lois, qui déterminent la manière dont sont répartis ces divers pouvoirs, portent le nom de lois constitutionnelles, et leur ensemble celui de Constitution.

**32.** Les lois constitutionnelles actuellement en vigueur sont :

- 1<sup>o</sup> La loi du 24 février 1875 sur l'organisation du Sénat,
- 2<sup>o</sup> La loi du 25 février 1875 sur l'organisation des pouvoirs publics,
- 3<sup>o</sup> La loi du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics.

Voici comment ces lois répartissent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

**33.** Aujourd'hui, l'initiative de la loi appartient concurremment au Président de la République et aux membres des deux Chambres, Sénat et Chambre des Députés (art. 8 de la loi du 24 février 1875 et art. 3, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 25 février 1875.)

La discussion et le vote de la loi appartiennent aux deux Chambres également (art. 8, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 24 février 1875, et art. 3, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 25 février 1875). Toutefois les lois de finances doivent être en premier lieu présentées à la Chambre des Députés et votées par elle (art. 8, al. 2, de la loi du 24 février 1875).

Les membres des deux Chambres ont le droit d'amendement. Une loi, quelle qu'elle soit, ne peut exister sans avoir été votée par les deux Chambres. Ce double vote une fois acquis, la loi est parfaite.

**34.** A certaines époques de notre histoire, il a fallu en outre que la loi fût sanctionnée par le chef de l'Etat. La *sanction* est l'adhésion que le chef de l'Etat, participant en cela à l'exercice de la puissance législative, donne à la loi votée par les Chambres. La sanction, quand elle est exigée par la Constitution, est un élément essentiel de l'existence de la loi; le chef de l'Etat peut alors rendre la loi inerte en refusant de la sanctionner. D'après la Constitution qui nous régit actuellement, le droit de sanction n'existe plus; la loi est parfaite dès qu'elle a été votée par les deux Chambres; le rôle du pouvoir législatif est alors terminé.

## § II. De la promulgation.

**35.** La loi votée par le pouvoir législatif n'est pas encore exécutoire. Elle le devient par la *promulgation*, qui rentre dans les attributions du pouvoir exécutif. Merlin définit la promulgation : « l'acte par lequel le chef de l'Etat atteste au corps social l'existence de la loi et en ordonne l'exécution. » Nous dirions volontiers que la promulgation est l'acte de naissance de la loi. Elle rend son existence certaine, authentique, incon-

testable, et lui donne la force coërcitive qu'elle n'avait pas auparavant. C'est le Président de la République qui est chargé de promulguer les lois (loi du 25 février 1875, art. 3, al. 1), et il doit le faire dans un délai assez court que l'article 7 de la loi du 16 juillet 1875 fixe en ces termes « *Le Président de la République promulgue les lois dans le mois qui suit la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. Il doit promulguer dans les trois jours les lois dont la promulgation, par un vote exprès dans l'une et l'autre Chambre, aura été déclarée urgente.* »

L'article ajoute :

« *Dans le délai fixé pour la promulgation, le Président de la République peut, par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refusée.* » C'est là une sorte d'épave du droit de sanction aujourd'hui aboli.

La formule de la promulgation a beaucoup varié. Elle est actuellement réglée par le Décret du 6 avril 1876, ainsi conçu : « *A l'avenir les lois seront promulguées dans la formule suivante :*

*Le Sénat et la Chambre des Députés ont adopté,*

*Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :*

(Texte de la loi).

*La présente loi délibérée et adoptée par le Sénat et par la Chambre des Députés sera exécutée comme loi de l'Etat.*

*Fait à..... »*

### § III. De la publication des lois.

**36.** Quand la loi est promulguée, elle est *exécutoire*, c'est-à-dire qu'elle a un caractère authentique; mais elle ne peut pas encore être ramenée à exécution; elle n'est pas *obligatoire*. Pour qu'elle le soit, il faut que la promulgation ait été portée à la connaissance des citoyens. Ce résultat est obtenu au moyen de la *publication* qu'on a définie *divulgatio promulgationis*. La promulgation est un ordre d'exécution; or il serait injuste que cet ordre pût être exécuté contre ceux auxquels il s'adresse, sans qu'ils eussent été mis à même de le connaître.

Ainsi les lois sont *parfaites* comme œuvre législative par le vote des deux Chambres, *exécutoires* par la promulgation et *obligatoires* par la publication.

Dans presque tous les pays, le législateur a distingué la publication de la promulgation, bien que la distinction n'ait pas toujours été nettement formulée. L'Angleterre toutefois fait exception à la règle : la loi y devient exécutoire à dater du moment où elle est parfaite; or elle est parfaite dès qu'elle a été votée par les deux Chambres et sanctionnée par le Roi. C'est une *inelegantia juris*.

**37.** Il reste à savoir comment la promulgation sera portée à la connaissance de tous ceux que la loi doit obliger, comment en d'autres termes s'effectuera la publication. Une notification individuelle à chaque intéressé est évidemment impossible; on ne peut songer qu'à une notification collective. Dans l'état actuel des choses, voici comment cette notification s'opère. Le texte de la loi, suivi de la formule qui constitue la promulgation, est insérée dans certaines feuilles publiques ou dans certains recueils de lois; ce point va être précisé dans quelques instants. Après l'expiration d'un certain délai calculé à partir de l'époque où ces feuilles ou recueils ont pu parvenir entre les mains des particuliers, on suppose qu'ils connaissent la loi et sa promulgation. En tout cas ils sont coupables de négligence s'ils n'en ont pas eu connaissance, et il n'y a pas d'injustice à déclarer que la loi leur devient applicable. La publication est donc le résultat d'une présomption légale, en vertu de laquelle les particuliers sont censés connaître la loi et sa promulgation après l'expiration d'un certain délai écoulé depuis l'époque où ils ont été mis à même d'en prendre connaissance. Portalis dit avec raison que la publication a moins pour objet de faire connaître la loi que de fixer une époque où elle sera censée connue.

**38.** Entrons maintenant dans les détails à ce sujet. Aux termes de l'article 1 du Code civil:

*« Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Roi. — Elles seront exécutées dans chaque partie du royaume, du moment où la promulgation en pourra être connue. — La promulgation faite par le Roi sera réputée connue dans le département de la résidence royale, un jour après celui de la promulgation, et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où la promulgation en aura été faite et le chef-lieu de chaque département. »*

Il résulte de ce texte que le délai, passé lequel la promulgation est réputée connue et par suite la loi obligatoire, a pour point de départ le jour de la promulgation. L'article explique suffisamment la durée du délai, qui est d'un jour franc à dater de celui de la promulgation pour le département de la Seine et pour les autres départements du même délai augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres entre le chef-lieu de chaque département et Paris. Ainsi une loi promulguée le 1<sup>er</sup> février sera obligatoire à Paris le 3, c'est-à-dire un jour franc après celui de la promulgation. Cette même loi ne serait obligatoire dans le département de l'Eure que le 4, parce qu'il y a dix myriamètres de Paris à Évreux.

Un arrêté du 25 thermidor de l'an XI, rectifié sur certains points par

quelques dispositions postérieures, a déterminé d'une manière légale la distance de Paris aux différents chefs-lieux de départements.

39. L'article 1<sup>er</sup> ne s'explique pas *in terminis* sur le point de savoir s'il y a lieu de tenir compte, pour calculer le délai de la publication, des fractions de dizaines de myriamètres. Ainsi, d'après l'arrêté du 25 thermidor an XI, la distance entre Paris et Bordeaux est de 57 myriamètres et quelques kilomètres; faudra-t-il, négligeant les 7 myriamètres en sus du nombre complet de dizaines, compter 57 comme 50 et n'ajouter que 5 jours à raison de la distance, ou bien faudra-t-il compter 57 comme 60 et ajouter 6 jours. On tient en général pour le premier parti qui néglige les fractions de dizaines. En effet le texte dit : « *d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres* » ; or dans 57 il n'y a que 5 fois dix myriamètres. C'est d'ailleurs en ce sens que la question a été résolue pour un cas particulier par une Ordonnance du 7 juillet 1824, qui, fixant à 145 myriamètres et demi la distance entre Paris et Ajaccio, déclare que la loi sera réputée connue à Ajaccio 15 jours après sa promulgation, ce qui fait 14 jours seulement à raison de la distance. L'Ordonnance considère donc 145 myriamètres et demi comme n'en valant que 140.

40. On voit qu'il est fort important de connaître le jour de la promulgation, puisqu'il sert de point de départ au délai de la publication. Cela était très facile sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, qui était en vigueur lors de la promulgation du Code civil et qui a vécu jusqu'en 1814. En effet, d'après la Constitution de l'an VIII, la loi *devait* être promulguée le dixième jour après celui où elle avait été décrétée (v. n<sup>o</sup> 21). Les particuliers, auxquels les feuilles publiques apprenaient qu'une loi avait été décrétée, par exemple le 10 mars, savaient donc qu'elle serait promulguée le 20 et connaissaient ainsi facilement le point de départ du délai de la publication.

Mais la Charte de 1814 changea cet état de choses. Elle rétablit le droit de sanction, et modifia la promulgation en ce sens qu'elle devint désormais facultative comme la sanction. Le roi sanctionnait et promulguait les lois s'il le voulait et quand il le voulait. Comment les particuliers pouvaient-ils, sous ce régime, connaître le jour de la promulgation et calculer le délai de la publication? Il y avait là une lacune : elle fut comblée par une Ordonnance du 27 novembre 1816, dont la légalité aurait pu être contestée parce qu'une simple ordonnance ne peut pas modifier une loi et surtout une loi constitutionnelle.

L'article 1<sup>er</sup> de l'Ordonnance porte : « *A l'avenir la promulgation des lois et de nos ordonnances résultera de leur insertion au Bulletin officiel.* » Le Bulletin des lois est la collection officielle des lois françaises et des actes des différents gouvernements qui se sont succédés en France depuis le 21 prairial an II (10 juin 1794). Comme on l'a remar-

*On n'a pas le mot de dire que la loi est promulguée ; on substitue au mot de dire la promulgation et la diffusion légale*

qué avec raison, il est inexact de dire que la promulgation résulte de l'insertion au Bulletin. Cette insertion constitue le premier acte de la divulgation de la promulgation, et appartient ainsi à la publication. Maintenant il résulte de l'article 2 et de l'article 3 de l'Ordonnance que la promulgation d'une loi et son insertion au Bulletin officiel ne font courir le délai de la publication que du jour où le numéro du Bulletin contenant cette loi a été reçu de l'imprimerie nationale par le ministre de la justice qui doit constater sur un registre le jour de la réception.

Reste une difficulté. Comment les particuliers connaîtront-ils le jour où chaque numéro du Bulletin a été reçu au ministère de la justice ? Pour lever cette difficulté, on a imaginé, depuis le mois d'avril 1818, d'inscrire par avance au bas de chaque numéro l'époque de sa réception au ministère de la justice. Les particuliers peuvent donc facilement calculer le délai de la publication, puisqu'ils en connaissent le point de départ d'après la mention insérée au Bulletin et la durée d'après l'article 1<sup>er</sup> du Code civil.

41. Les dispositions législatives qui viennent d'être analysées ont été profondément modifiées par un décret-loi du 5 novembre 1870. L'article 1<sup>er</sup> de ce décret porte : « *Dorénavant la promulgation des lois et décrets résultera de leur insertion au Journal officiel de la République française, lequel à cet égard remplacera le Bulletin des lois. Le Bulletin des lois continuera à être publié, et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au Journal officiel en opérera promulgation.* » (1) Ainsi qu'on l'a déjà remarqué au n° 40 au sujet de l'Ordonnance de 1816 dont le décret reproduit les termes, il est inexact de dire que la *promulgation* résultera de l'insertion au *Journal officiel* ou au *Bulletin des lois*. Cette insertion ne peut constituer qu'un moyen de divulguer la promulgation, et devient ainsi l'un des éléments de la publication qui sera considérée comme parfaite après l'expiration d'un certain délai qui reste à déterminer.

A cet égard il faut faire une distinction, suivant que la promulgation a été rendue publique par la voie de l'insertion au *Journal officiel* ou par la voie de l'insertion au *Bulletin officiel des lois*.

a). *La promulgation a été rendue publique par l'insertion au Bulletin des lois.* Le décret ne contient aucune innovation pour ce cas, qui par conséquent demeure régi par l'article 1<sup>er</sup> du Code civil et l'Ordonnance du 27 novembre 1816, ainsi qu'il vient d'être expliqué.

b). *La promulgation a été rendue publique par l'insertion de la loi au Journal officiel.* Alors s'appliquera l'article 2 du Décret du 5 novembre

(1) La rédaction de ce dernier paragraphe résulte d'une rectification insérée au *Journal officiel* du 7 novembre 1870.

1870, ainsi conçu : « *Les lois et les décrets seront obligatoires à Paris un jour après la promulgation, et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le Journal officiel qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Le gouvernement, par une disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret.* » Le décret dit « *un jour après la promulgation* », formule qui, dans l'idée de l'auteur du Décret, est probablement synonyme de celle employée par l'article 1<sup>er</sup> du Code civil qui porte « *un jour après celui de la promulgation*, c'est-à-dire que le jour de la promulgation ne doit pas être compté. Ainsi une loi publiée par son insertion au *Journal officiel* le 1<sup>er</sup> février sera obligatoire à Paris le 3, c'est-à-dire un jour franc après celui de l'insertion. Nous disons un jour franc; c'est sans doute par suite d'une inadvertance que le mot *franc*, qui est contenu dans le deuxième membre de phrase de l'alinéa 1<sup>er</sup> du texte précité, ne figure pas dans le premier.

**42.** Après l'expiration des délais dont il vient d'être parlé, la loi est réputée connue de tous les citoyens. C'est là une présomption légale qui en principe n'admet pas la preuve contraire. La loi promulguée et publiée serait par conséquent applicable même à ceux qui prouveraient n'en avoir pas eu personnellement connaissance. Ils auraient pu la connaître, et cela suffit; ils sont en faute de ne l'avoir point connue. L'application de la loi ne doit pas être entravée par le mauvais vouloir ou la négligence de ceux qu'elle doit obliger. Cependant, si des événements de force majeure, tels qu'une guerre, une inondation, avaient empêché la loi de parvenir à la connaissance d'une catégorie de citoyens en interceptant les communications avec la capitale, il faudrait décider que la loi ne serait pas applicable tant que durera cet empêchement. Cela résulte par argument *a contrario* de l'article 1<sup>er</sup> qui dispose que la loi sera exécutée « *du jour où la promulgation en pourra être connue.* » Donc, s'il a été impossible de connaître la promulgation, la loi ne pourra pas être exécutée. Ce point a d'ailleurs été reconnu comme constant dans les discussions auxquelles la loi a donné lieu.

**43. Publication des décrets.** Aujourd'hui les règles relatives à la publication des décrets sont les mêmes que celles relatives à la publication des lois quand le décret a été inséré au *Journal officiel* (Décret du 5 novembre 1870, art. 1 et 2). Quant aux décrets qui ont été insérés au *Bulletin des lois*, ils deviennent obligatoires, dans chaque département, du jour où le bulletin qui les contient a été distribué au chef-lieu (art. 12 de la loi du 12 vendémiaire an IV et avis du Conseil d'Etat des 12-25 prairial an XIII). Enfin les décrets, qui n'ont été insérés ni au *Journal officiel* ni au *Bulletin des lois*, ne deviennent obligatoires qu'à partir de leur notification aux intéressés.

*Le double mode de promulgation, et les règles différentes pour les décrets, ont été une bonne législation.*

Ajoutez qu'aux termes de l'article 2 *in fine* du Décret du 5 novembre 1870 : « *Le gouvernement peut, par une disposition spéciale, ordonner l'exécution immédiate d'un décret.* »

#### § IV. De l'abrogation des lois.

44. Abroger une loi, c'est faire une nouvelle loi en sens contraire. Donc le droit d'abroger une loi n'appartient qu'au pouvoir qui a le droit de faire la loi. C'est conforme à cette règle de raison que nous trouvons formulée dans la loi romaine : *Nihil tam naturale est quam quidquid eodem genere dissolvi quo colligatum est*; ou en d'autres termes pour abroger une loi il faut une loi nouvelle.

L'abrogation d'une ancienne loi par une loi nouvelle peut être expresse ou tacite.

*Expresse* quand elle est formulée *expressis verbis* dans le texte de la loi. Telle est l'abrogation contenue dans l'article 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII (*supra*, n° 28). L'étendue des effets de l'abrogation expresse dépend des termes de la loi qui la prononce.

*Tacite* lorsqu'elle résulte seulement de l'incompatibilité qui existe entre la loi nouvelle et la loi ancienne. La loi ancienne est alors tacitement abrogée, mais seulement dans la mesure de son incompatibilité avec la loi nouvelle, c'est-à-dire pour toutes celles de ses dispositions qui se trouvent contraires à la loi nouvelle ; elle subsiste pour le surplus. L'abrogation tacite est fondée sur cette règle de raison : que, quand le législateur a manifesté successivement deux volontés différentes, c'est la plus récente qui doit prévaloir. Tel est le sens de l'adage : *lex posterior derogat priori*.

On trouve fréquemment à la fin des lois un article ainsi conçu : « *Les lois antérieures sont abrogées dans toutes celles de leurs dispositions qui sont contraires à la présente.* » Cette formule ne fait que traduire le principe de l'abrogation tacite, et semble par suite assez inutile.

45. On discute la question de savoir si la loi peut être abrogée par un usage contraire, ou si elle peut cesser d'être obligatoire par suite d'un usage prolongé. Dans une législation qui admet comme principe que *consuetudo pro lege custoditur*, il est tout simple que l'usage puisse abroger la loi ou la modifier. C'est ce qui avait lieu chez les Romains (l. 31, D., *de Legibus*, I, 1). Là où l'usage peut faire la loi, il doit avoir la puissance de la détruire. Cela est conforme à cette règle de raison citée tout à l'heure : « *Nihil tam naturale est quam quidquid eodem genere dissolvi quo colligatum est.* » Mais dans une législation comme la nôtre, qui n'admet pas que l'usage puisse faire la loi, il ne doit pas non plus

pouvoir la détruire. D'ailleurs, en admettant la solution contraire, comment savoir si un usage est assez constant et assez invétéré pour avoir la puissance de détruire la loi ? Qui jugerait ce point en cas de doute ?

Par des motifs analogues on doit décider aussi que la cessation de l'état de choses, en vue duquel une loi a été faite, ne suffit pas pour faire perdre à cette loi sa force obligatoire.

*Uny by parle les Constitution*

## CHAPITRE II

### DES EFFETS DES LOIS

**46.** Les effets des lois sont envisagés ici par le législateur :

Relativement au temps qu'elles régissent,

Relativement aux personnes et au territoire sur lesquels elles exercent leur empire.

#### § I. Des effets des lois relativement au temps qu'elles régissent.

**47.** Aux termes de l'article 2 : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a pas d'effet rétroactif* » (rétroactif, de *retro agere*). Cette règle se justifie facilement, soit au point de vue rationnel, soit au point de vue de l'intérêt social.

*Au point de vue rationnel.* Une loi ne peut pas être obligatoire avant d'exister ; elle le serait si elle régissait le passé, si elle produisait un effet rétroactif. D'ailleurs les lois sont ou impératives ou prohibitives ou permissives (*supra*, n° 5). Or comprendrait-on un commandement, une défense ou une autorisation s'appliquant au passé ?

*Au point de vue de l'intérêt social.* Dans une société bien organisée les particuliers ne doivent pas être exposés à voir leur état ou leur fortune compromis par un changement de législation. Ils ne peuvent observer que les lois qui sont en vigueur au moment où ils agissent. Les droits qu'ils ont acquis sous l'égide de ces lois ne doivent pas pouvoir leur être ravies par une loi nouvelle. Autrement quelle sécurité présenteraient les transactions ?

\* **48.** Toutefois le principe contenu dans l'article 2 ne lie pas le législateur, il ne lie que le juge chargé d'appliquer la loi. En effet l'omnipotence législative n'est restreinte que par la Constitution, et l'article 2 n'est pas une loi constitutionnelle. Le législateur peut donc faire des lois rétroactives. Mais il doit user de ce droit avec une extrême réserve. Il n'a pas toujours suivi ce précepte. On a accusé avec raison le législa-

teur révolutionnaire d'avoir abusé de la faculté de faire des lois rétroactives (V. notamment la loi du 17 nivôse an II). Cela explique que la Constitution du 5 fructidor de l'an III ait retiré ce droit au législateur. Mais au point de vue rationnel une pareille défense ne se conçoit pas. Dans certaines circonstances, rares il est vrai, la justice et l'humanité peuvent exiger qu'une loi soit rétroactive. Pourquoi donc lier les mains au pouvoir législatif ? Aussi aucune des constitutions qui se sont succédées depuis celle de l'an III ne l'a-t-elle imitée sous ce rapport, et c'est un point constant aujourd'hui que le législateur peut faire rétroagir la loi.

Ainsi donc le principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif n'est pas un principe de droit constitutionnel. Il lie le juge plutôt que le législateur, et signifie que le juge ne doit pas appliquer la loi de manière à lui faire produire un effet rétroactif, à moins bien entendu que le législateur n'ait manifesté une volonté contraire.

\* 49. La règle que la loi n'a pas d'effet rétroactif paraît d'une simplicité extrême, et cependant elle est d'une grande difficulté dans son application.

Il est incontestable que la loi ancienne régira les actes juridiques qui se sont définitivement accomplis sous son empire, sans que la loi nouvelle puisse porter aucune atteinte à ces actes.

Il est non moins certain que la loi nouvelle régira, à l'exclusion de l'ancienne, les actes qui n'étaient pas commencés sous l'empire de la loi ancienne et qui se sont accomplis par conséquent en totalité sous l'empire de la loi nouvelle.

Mais la ligne de démarcation entre le passé et le présent, entre le domaine de la loi ancienne et le domaine de la loi nouvelle, n'est pas toujours aussi nettement tranchée. On conçoit par exemple qu'un acte juridique accompli sous l'empire de la loi ancienne puisse produire des conséquences sous l'empire de la loi nouvelle. Par quelle loi ces conséquences seront-elles régies ? Par la loi ancienne ou par la loi nouvelle ? Là est l'embarras. Quelquefois le législateur résout les difficultés auxquelles donne lieu le passage d'une législation à l'autre au moyen de dispositions particulières que l'on appelle *transitoires* (de *transire*, passer). Exemples : art. 2281 C; art. 8 et 11 de la loi du 23 mars 1855. Le juge doit alors se conformer à la volonté exprimée par le législateur. Mais souvent celui-ci garde le silence. Alors le juge doit chercher à découvrir sa volonté, et il peut y parvenir au moyen des règles suivantes.

\* 50. Les lois sont faites dans l'intérêt de la société. On doit donc supposer que le législateur, organe des intérêts sociaux, a entendu que la loi nouvelle fût appliquée dans le sens qui est le plus conforme à ces intérêts. Or, les lois nouvelles étant présumées meilleures que les

ciennes, l'intérêt social exige qu'elles reçoivent leur pleine et entière application le plus promptement possible, dût l'application immédiate croquer quelques *intérêts* particuliers, en détruisant des espérances ou des expectatives conçues sous l'empire de la loi ancienne; la vie sociale exige constamment le sacrifice de l'intérêt particulier à l'intérêt général. Il est donc dans l'esprit du législateur que l'application immédiate de la loi ne soit pas entravée par la lésion que cette application ferait subir à des intérêts particuliers. Mais il y aurait plus de préjudice que d'avantage pour la société à permettre que l'application des lois nouvelles pût porter atteinte aux *droits* acquis sous l'empire de la loi ancienne. Une atteinte de ce genre jetterait une perturbation grave dans l'état et la fortune des particuliers au grand préjudice de la société qui est intéressée à leur stabilité. On doit donc supposer que le législateur a entendu que l'application de la loi nouvelle n'aurait pas lieu au préjudice d'un droit acquis sous l'empire de la loi ancienne.

En résumé, le juge, suivant en cela la volonté du législateur révélée par l'intérêt social dont il est l'organe, doit appliquer la loi nouvelle lors même que cette application viole un *intérêt* particulier; mais il doit appliquer la loi ancienne quand l'application de la loi nouvelle aurait pour résultat de violer un *droit* acquis sous l'empire de la loi ancienne.

S'il n'y a plus de société, quand la loi peut dépouiller les citoyens de leurs droits, dit M. Laurent, il est vrai aussi qu'il n'y aurait plus de société possible si elle devait s'arrêter devant les intérêts particuliers. »

\* 51. Il faut dire maintenant la différence qui existe entre l'intérêt et le droit. L'intérêt consiste dans de simples espérances ou expectatives conçues sous l'empire de la loi ancienne et protégées par cette loi. Il s'agit d'avantages qui ne nous appartiennent pas encore, mais que nous avons seulement l'espoir plus ou moins fondé d'acquérir; telle est la prévision que j'ai sur les biens d'une personne encore vivante dont je suis héritier présomptif ou légataire. Une loi nouvelle pourrait me la ravir, car je n'ai qu'une espérance, et qui dit espérance dit déception possible. Le droit ou droit acquis est l'avantage qui nous appartient, qui figure dans notre patrimoine, qui ne peut pas nous être ravi par le fait de celui de qui nous le tenons ou par le fait d'un tiers; tel est le droit qui nous appartient sur un bien en vertu d'un contrat, de vente ou de donation par exemple; tel encore le droit que je tire d'un testament dont l'auteur est décédé ou le droit que j'ai comme héritier dans une succession ouverte. Une loi nouvelle ne pourrait pas me ravir ces droits sans être entachée de rétroactivité.

Passons aux applications. Elles sont nombreuses et difficiles. Nous

parlerons successivement : — A. Des lois relatives à l'état et à la capacité des personnes ; B. des lois relatives aux biens ; C. Des lois interprétatives ; D. Des lois pénales.

A. *Lois relatives à l'état et à la capacité des personnes.*

\* 52. a). *Lois relatives à l'état des personnes.* L'état des personnes constitue une sorte de propriété protégée par des actions analogues à celles qui protègent le droit de propriété que nous avons sur les biens matériels. L'état qui appartient à une personne constitue donc pour elle un droit acquis qui ne devra pas être compromis par l'application d'une loi nouvelle.

Ainsi, d'après la loi actuellement en vigueur (loi du 29 juin 1867), la naturalisation peut être obtenue par l'étranger qui a résidé pendant trois ans en France depuis sa majorité après y avoir fixé son domicile en vertu d'une autorisation du chef de l'Etat. Supposons qu'une loi nouvelle change les conditions de la naturalisation en exigeant par exemple dix ans de stage au lieu de trois. Cette loi sera applicable à tous ceux qui, lors de sa promulgation, n'auront pas encore acquis la naturalisation ; mais elle ne changera pas la situation de ceux dont la naturalisation constituait alors un fait accompli.

De même les mariages, contractés conformément aux prescriptions de la loi existante à l'époque de leur célébration, ne recevront aucune atteinte par suite d'une loi postérieure qui changerait les conditions de validité établies par la loi ancienne. Ainsi notre droit actuel autorise les mariages entre cousins germains. Survienne une loi nouvelle qui les prohibe ; elle n'aura pas pour conséquence d'annuler les mariages de ce genre contractés avant qu'elle soit devenue obligatoire ; mais elle rendra impossibles dans l'avenir tous ceux qui ne sont encore qu'à l'état de projet.

De même enfin une loi nouvelle, qui changerait les conditions de l'adoption ou de la reconnaissance des enfants naturels, ne porterait aucune atteinte aux adoptions ou aux reconnaissances accomplies sous l'empire de la loi ancienne et conformément à ses prescriptions.

\* 53. b). *Lois relatives à la capacité des personnes.* Ces lois saisissent immédiatement les individus, soit qu'elles élargissent, soit même qu'elles restreignent leur capacité telle qu'elle était réglée par la loi ancienne. Elles peuvent donc avoir pour résultat : soit de rendre immédiatement capable pour l'avenir celui qui était incapable d'après la loi ancienne, soit de rendre immédiatement incapable pour l'avenir celui qui était capable d'après cette même loi. Elles n'ont pas pour cela d'effet rétroactif, car nul n'a un droit acquis à conserver la capacité qu'une loi lui accorde ou l'incapacité dont elle le frappe. Les lois qui règlent la capacité des personnes sont conçues dans un but de protection, et nul ne

peut soutenir qu'il a un droit acquis à n'être pas protégé. De plus ce sont des lois d'intérêt général, et l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier. Tout ce qu'exige ici le principe de non-rétroactivité, c'est que le sort des actes accomplis sous l'empire de la loi ancienne ne soit pas modifié par la loi nouvelle, car de ces actes résultent des droits acquis.

Voyons quelques applications de cette règle.

\* 54. 1<sup>o</sup> *Lois relatives à la majorité et à l'interdiction.*

a). La plupart de nos anciennes coutumes fixaient la majorité à 25 ans. La loi du 20 septembre 1792, dont la disposition a été reproduite par le Code civil (art. 488), fixa la majorité à 21 ans. Cette loi a rendu immédiatement majeurs tous ceux qui avaient plus de 21 ans et moins de 25 ans, mais elle n'a pas pu avoir pour résultat de valider les actes par eux accomplis sous l'empire de la loi ancienne et qui étaient nuls d'après cette loi.

b). La coutume de Normandie fixait la majorité à 20 ans. La loi du 20 septembre 1792, qui la recula jusqu'à 21 ans, a eu pour conséquence de faire redevenir mineurs tous ceux qui avaient plus de 20 ans et moins de 21 ans lors de sa promulgation; mais elle n'a porté aucune atteinte à la validité des actes par eux accomplis sous l'empire de la loi ancienne.

c). Dans notre ancien Droit, on interdisait les prodigues qui se trouvaient ainsi frappés d'une incapacité générale. Le Code civil ne permet plus de les interdire, mais seulement de leur nommer un conseil judiciaire sans l'assistance duquel ils ne peuvent pas accomplir les actes limitativement énumérés par l'article 513. Il est certain que les prodigues, qui étaient interdits lors de la promulgation du Code civil, ont pu demander la main-levée de leur interdiction. Mais la Cour de cassation n'est-elle pas allée trop loin en décidant que de plein droit l'interdiction des prodigues a été levée par le Code civil et leurs curateurs transformés en conseils judiciaires? Le législateur aurait pu le décider ainsi; mais dans son silence il paraît difficile d'admettre cette solution, qui a pour résultat de détruire de plein droit l'autorité d'un jugement rendu sous l'empire de la loi ancienne. X

\* 55. 2<sup>o</sup> *Lois relatives à la capacité des femmes mariées.*

Dans les pays de Droit écrit les femmes mariées pouvaient contracter et ester en justice sans l'autorisation de leurs maris. La publication du titre du mariage qui frappe la femme mariée d'une incapacité générale leur a fait perdre ce droit pour l'avenir (art. 215 et s.). Mais les actes valablement accomplis sous l'empire de l'ancienne loi n'ont pas été atteints par la loi nouvelle. — En Bourgogne les femmes ne pouvaient pas tester sans l'autorisation de leurs maris. L'article 226 du Code civil a rendu

la même règle est maintenue, car le curateur d'un prodigue ne se compose plus aujourd'hui.

toutes les femmes de ce pays, qui étaient mariées à l'époque où il est devenu obligatoire, capables de tester sans autorisation; mais il n'a pas validé les testaments faits par elles antérieurement et nuls d'après l'ancienne loi pour défaut d'autorisation.

#### B. *Lois relatives aux biens.*

\* **56.** 1<sup>o</sup> *Lois qui déterminent les conditions de validité des contrats.* Les contrats sont toujours régis, en ce qui concerne les conditions requises pour leur validité, par la loi existante à l'époque où ils sont faits. Un contrat est la source de droits acquis aussitôt qu'il est devenu parfait, et ces droits ne doivent par suite recevoir aucune atteinte d'une loi nouvelle qui viendrait changer les conditions de validité exigées par la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été fait. Ainsi notre ancien Droit admettait la validité des renonciations anticipées à succession faites par contrat de mariage; les renonciations de ce genre, valablement faites d'après la loi alors en vigueur, n'ont pas cessé d'être valables sous l'empire du Code civil, bien qu'il contienne un article qui les prohibe (art. 791).

\* **57.** 2<sup>e</sup> *Lois relatives aux effets des contrats.* Les effets des contrats sont régis par la loi en vigueur à l'époque où ils ont été passés. Ils ne seraient pas modifiés par une loi nouvelle qui viendrait régler ces effets d'une manière différente. Les effets des contrats dépendent de la volonté des parties contractantes; et, si la loi les détermine, c'est pour éviter aux parties le soin de les indiquer elles-mêmes. Quand les parties font un contrat, une vente par exemple, sans entrer dans aucune explication relativement aux effets que le contrat doit produire, elles sont censées s'être référées à la loi sur ce point; elles n'ont besoin de s'expliquer que quand elles veulent faire produire au contrat des effets autres que ceux qui sont indiqués par la loi. Cela posé, les parties, qui contractent sans préciser les effets que le contrat doit produire, ne peuvent s'en être référées qu'à la loi en vigueur à l'époque où elles ont contracté. C'est donc cette loi qui devra être appliquée pour déterminer les effets du contrat, à quelque époque qu'ils se produisent et alors même qu'ils se produiraient sous l'empire d'une loi nouvelle.

Ainsi la plupart de nos anciennes coutumes accordaient à l'époux survivant des droits dits *de survie*. Le survivant de deux époux, mariés sous l'empire d'une de ces coutumes, a pu réclamer ces droits de survie même sous l'empire du Code civil, bien que le Code civil ne les accorde plus de plein droit à l'époux survivant. En effet, si ces droits de survie avaient été stipulés par les époux dans leur contrat de mariage, il est incontestable qu'ils pourraient être réclamés même sous l'empire du Code civil qui autorise une stipulation de ce genre. Or, par cela même

que la coutume en vigueur au moment du mariage les accordait de plein droit, les époux sont censés les avoir stipulés ; il y a à cet égard une convention tacite que la loi nouvelle doit respecter. De même on doit décider, quoique il y ait quelque difficulté sur ce point, que les immeubles dotaux d'une femme, mariée sous le régime dotal avant le Code civil dans un pays où les immeubles dotaux étaient aliénables, sont demeurés tels même sous l'empire du Code civil, malgré l'article 1554 qui déclare les immeubles dotaux in aliénables. On objecte que c'est là une question de capacité, et que les lois relatives à la capacité saisissent immédiatement les individus ; donc, dit-on, les époux, qui étaient capables d'aliéner les immeubles dotaux avant le Code civil, sont devenus incapables de les aliéner depuis sa promulgation. N'est-ce pas une question de régime plutôt qu'une question de capacité ? Même sous le Code civil les époux qui se marient sous le régime dotal peuvent stipuler que leurs immeubles dotaux seront aliénables (art. 1557). Ne peut-on pas dire qu'ils sont censés avoir fait cette stipulation par cela seul que la loi en vigueur lors de leur mariage déclarait les immeubles dotaux aliénables ?

Si la question inverse se présentait, elle devrait recevoir une solution analogue pour les mêmes motifs.

\* 58. 3<sup>o</sup> *Lois relatives à la résolution des contrats.* La résolution des contrats comme leurs effets dépend de la volonté des parties contractantes ; elle doit donc être régie par la loi qui était en vigueur lors de la convention, car les parties sont censées avoir stipulé la résolution dans les termes où la loi alors en vigueur l'établissait.

On doit décider par application de ce principe (mais il y a controverse sur ce point) que l'article 1978 du Code civil, aux termes duquel « le seul défaut du paiement des arrérages de la rente (viagère) n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné....., » n'est pas applicable aux contrats de constitution de rente viagère faits avant le Code civil sous l'empire d'une législation qui autorisait la résolution du contrat pour défaut de paiement des arrérages.

En sens inverse l'article 1912, qui introduit une cause de résolution inconnue dans notre ancien Droit, ne doit pas être appliqué aux contrats de constitution de rentes perpétuelles faits avant que cet article soit devenu obligatoire. Sur ce point cependant la doctrine en général et la jurisprudence sont en sens contraire. ✕

\* 59. 4<sup>o</sup> *Lois relatives à la forme des actes.* Quand il s'agit de savoir si un acte est valable en la forme, il faut appliquer la loi en vigueur à l'époque où l'acte a été fait. *Tempus regit actum.* Un acte sera donc toujours valable quand il aura été fait suivant les formes prescrites par la loi alors

✕ elle, ont même pour effet de rendre perpétuelles

existante, alors même qu'une loi nouvelle viendrait à exiger des formes différentes; car les parties n'ont pu suivre que les prescriptions de la loi en vigueur à l'époque où elles ont fait l'acte, et elles ont un droit acquis à ce qu'il soit maintenu quand il a été fait conformément à cette loi. En sens inverse un acte, qui est nul en la forme d'après la loi en vigueur à l'époque où il a été fait, restera tel même sous l'empire d'une loi postérieure, aux prescriptions de laquelle il se trouverait satisfaire en ce qui concerne la forme. Ainsi la coutume du Poitou permettait de faire les contrats de mariage par acte sous seing privé. Les contrats faits en cette forme sous l'empire de cette coutume n'ont pas cessé d'être valables sous l'empire du Code civil, bien que l'article 1394 exige à peine de nullité que les contrats de mariage soient faits par acte notarié.

Réciproquement, si l'on suppose qu'une loi nouvelle vienne un jour autoriser l'emploi de la forme sous seing privé pour les contrats de mariage, cela ne sauvera pas de la nullité les contrats de mariage faits en cette forme sous l'empire du Code civil.

La règle : que la validité d'un acte quant à la forme s'apprécie d'après la loi en vigueur à l'époque où l'acte a été fait, s'applique même aux testaments. Après quelques variations, la doctrine et la jurisprudence sont depuis longtemps fixées en ce sens.

\* **60.** 5° *Lois relatives à la preuve des actes.* C'est encore la loi en vigueur à l'époque où un acte a été accompli qu'on devra appliquer, quand il s'agira de savoir de quelle manière l'existence de cet acte peut être prouvée; car, à l'époque où il a été accompli, les parties ont dû avoir égard à la loi alors existante pour s'assurer les moyens de le prouver le cas échéant, et on pourrait les mettre dans l'impossibilité d'en établir l'existence si on appliquait en ce qui concerne la preuve une loi autre que celle qui était en vigueur lors de l'acte. Ainsi la loi actuelle autorise l'emploi de la preuve testimoniale jusqu'à 150 fr. (art. 1341). Si je fais aujourd'hui une vente moyennant 120 fr., je pourrai en établir l'existence par témoins même sous l'empire d'une loi postérieure qui supprimerait la preuve testimoniale ou qui en restreindrait l'usage.

\* **61.** 6° *Lois relatives à la procédure à suivre pour faire valoir un droit.* On appliquera la loi en vigueur à l'époque où l'action est intentée, de sorte que la procédure à suivre, pour l'exécution d'un contrat par exemple, pourra être différente de celle organisée par la loi en vigueur à l'époque où le contrat a été fait. Les parties ont bien un droit acquis à l'exécution de leur contrat, mais non au mode d'exécution. Il n'est pas vraisemblable d'ailleurs qu'en contractant elles se soient préoccupées de la procédure qu'elles auraient à suivre si elles avaient à réclamer judiciairement plus tard l'exécution du contrat. Tout au plus

ont-elles pu concevoir à cet égard une espérance que la loi nouvelle peut leur ravir. *Rien de la procédure pénale ?*

\* 62. Il en est de même, et pour les mêmes motifs, en ce qui regarde l'exécution forcée des contrats. On devra toujours appliquer la loi existante au moment où cette exécution est réclamée. Ce ne sont pas les parties qui exécutent, c'est la puissance publique, et il est clair qu'elle ne doit prêter son concours que dans les conditions prescrites par la loi de l'époque où ce concours est réclamé. Ainsi l'exécution forcée d'un contrat, pour lequel la loi en vigueur lors de sa formation autorisait l'emploi de la contrainte par corps, ne peut plus être obtenue aujourd'hui par ce moyen, la contrainte par corps ayant été abolie en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867.

\* 63. 7<sup>o</sup> *Lois relatives à la prescription.* Une prescription accomplie, qu'elle soit acquisitive ou libératoire, constitue un droit acquis. Les droits résultant d'une prescription accomplie ne recevront donc aucune atteinte d'une loi nouvelle, qui viendrait changer les conditions exigées par la loi ancienne pour l'accomplissement de la prescription. Ainsi j'acquiers par prescription la propriété d'un bien que j'ai possédé pendant trente ans ; la prescription accomplie, survient une loi nouvelle qui décide que la prescription ne s'accomplira plus désormais que par quarante ans. Cette loi nouvelle ne portera aucune atteinte au droit que j'ai acquis.

Mais tant que la prescription n'est pas accomplie, celui qui est en voie de prescrire n'a qu'une simple espérance ou expectative qu'une loi nouvelle peut lui ravir. C'est donc la loi nouvelle qui devra être appliquée à toutes les prescriptions qui étaient seulement commencées lors de sa promulgation.

Une loi nouvelle peut rendre prescriptibles des biens que la législation antérieure déclarait imprescriptibles. Réciproquement, une loi nouvelle peut rendre imprescriptibles des biens qui auparavant pouvaient être prescrits, sauf à respecter les prescriptions accomplies lors de la mise à exécution de la loi nouvelle.

\* 64. 8<sup>o</sup> *Lois relatives aux droits d'hérédité.* On ne peut avoir de droit acquis sur une hérédité que lorsqu'elle est ouverte. Jusque-là il n'y a place que pour une espérance ou expectative plus ou moins incertaine que le législateur peut nous ravir. Une loi nouvelle, qui modifie la législation en ce qui concerne la dévolution des successions, s'appliquera donc à toutes les successions non encore ouvertes à l'époque où elle devient obligatoire. Les autres seront régies par la loi ancienne, parce que ceux auxquels la loi ancienne les déférait sont devenus propriétaires irrévocables des biens qui en faisaient partie et ont ainsi un droit acquis à les conserver. Par exemple, d'après la législation actuelle, l'époux survivant n'est

appelé à la succession de son conjoint qu'à défaut de parents au degré successible (art. 767). Il est donc exclu par des collatéraux même du douzième degré. Supposons qu'une loi nouvelle, changeant cet ordre de choses qui a soulevé des critiques aussi vives que légitimes et que le législateur songe à modifier, donne un rang plus avantageux au conjoint en le faisant passer par exemple avant tous les collatéraux non privilégiés. Eh bien! cette loi s'appliquera à toutes les successions non encore ouvertes à l'époque où elle devient obligatoire; les autres seront régies par la loi ancienne.

\* 65. Pour la fixation de la réserve et de la quotité disponible, il faut appliquer la loi existante lors du décès du disposant. Par suite les héritiers réservataires, qui ne trouvent pas dans les biens laissés par le défunt de quoi parfaire leur réserve telle qu'elle est fixée par la loi en vigueur lors du décès, sont autorisés à faire réduire les dispositions à titre gratuit faites par le défunt, alors même qu'en se référant à l'époque où ces dispositions ont été faites elles se trouveraient ne pas excéder dans leur ensemble la quotité disponible fixée par la loi alors en vigueur. En effet toute donation entre-vifs ou testamentaire est censée faite sous cette condition résolutoire tacite qu'elle n'entamera pas la réserve. Or la réserve est un droit de succession (voir l'explication de l'article 913), et on ne peut par suite en déterminer la *quantum* que d'après les éléments existant lors de l'ouverture de la succession du disposant, par conséquent en ayant égard au nombre et à la qualité des héritiers qu'il laisse et à la loi alors en vigueur. Donc si cette réserve se trouve entamée par les dispositions à titre gratuit qu'a faites le défunt, il y aura lieu à la réduction de ces dispositions.

Cette solution n'est guère contestable en ce qui concerne les legs, qui, à quelque époque qu'ils aient été faits, sont toujours censés avoir pour date le jour du décès du testateur. Le droit des légataires ne s'ouvrant qu'à cette époque, comment se plaindraient-ils de ce que leurs legs ne fussent exécutés que dans les limites autorisées par la loi alors en vigueur? Mais elle est au contraire fortement contestée en ce qui concerne les donations entre-vifs. Un parti important dans la doctrine, étayé d'une jurisprudence à peu près constante, soutient que ces donations ne peuvent pas être réduites en vertu d'une nouvelle loi en vigueur à l'ouverture de la succession, lorsqu'elles n'entament pas la réserve telle qu'elle était fixée par la loi en vigueur à l'époque où elles ont été faites. En d'autres termes, pour décider si une donation entre-vifs est réductible, il faudrait se référer, non pas à la loi en vigueur lors du décès du disposant, mais bien à la loi en vigueur à l'époque où la donation a été faite. La donation, dit-on, est irrévocable; elle confère immédiatement un droit au donataire, et permettre que cette donation soit réduite en vertu

d'une loi qui n'existait pas encore à l'époque où la donation a été faite, c'est faire produire à cette loi un effet rétroactif. Il est vrai que toute donation est faite sous la condition résolutoire qu'elle n'entamera pas la réserve; mais quelle réserve? Celle établie par la loi en vigueur lors de la donation; ce n'est qu'à cette loi que les parties contractantes ont pu se référer, et non à une loi postérieure qu'elles ne pouvaient pas connaître ni même peut-être soupçonner. — Cet argument aurait de la valeur, si la condition résolutoire à laquelle la donation est subordonnée dépendait de la volonté des parties. Mais elle dépend exclusivement de la loi, qui peut la modifier à son gré et rendre ainsi réductible, en augmentant le taux de la réserve ou en l'accordant à de nouveaux héritiers, une donation qui ne l'aurait pas été d'après la législation antérieure; sans que le donataire ainsi atteint ait plus le droit de se plaindre que si la réduction qui le frappe provenait de la survenance de nouveaux héritiers réservataires ou de la diminution du patrimoine du défunt par suite de fausses spéculations ou de cas fortuits.

#### C. *Lois interprétatives.*

\* 66. L'article 2 dans sa rédaction primitive contenait un alinéa final ainsi conçu: « Néanmoins la loi interprétative d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passées en force de chose jugée. » Il résulte de la discussion qui s'est produite au Conseil d'État que cet alinéa n'a été supprimé que parce qu'il renfermait une idée d'une vérité évidente et qu'il était par suite inutile d'exprimer. C'est qu'en effet la loi interprétative fait corps avec la loi interprétée; c'est la première loi elle-même rendue plus claire. Aussi est-ce à peine si l'on peut dire que les lois interprétatives rétroagissent.

#### D. *Lois pénales.*

\* 67. Nous dirons fort peu de chose sur cette importante matière qui appartient au Droit criminel beaucoup plus qu'au Droit civil. Le principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif doit toujours être appliqué en matière pénale, lorsque la rétroactivité pourrait avoir des conséquences préjudiciables pour le coupable. C'est ainsi qu'une loi, qui incrimine un fait jusqu'alors non incriminé ou qui aggrave la peine prononcée par une loi antérieure, ne peut pas être appliquée à raison de faits antérieurs à sa promulgation. *Nulla pœna sine lege*. Mais on admet *humanitatis causa* que les lois pénales rétroagissent lorsque la rétroactivité est favorable au coupable. C'est ainsi que l'auteur d'une infraction peut bénéficier d'une loi nouvelle qui adoucit la peine prononcée par la loi en vigueur à l'époque où l'infraction a été commise si cette loi survient avant qu'il ait subi une condamnation irrévocable.

*procédure pénale?*

§ II. *Des effets des lois relativement aux personnes et au territoire sur lesquels elles exercent leur empire.*

**68.** Nous venons d'étudier avec l'article 2 le conflit entre deux lois françaises de dates différentes dont l'une abroge l'autre. Nous allons maintenant étudier avec l'article 3 le conflit qui peut s'élever entre une loi française et une loi étrangère. Exemple : un étranger meurt laissant des biens en France ; par quelle loi sera régie sa succession quant à ces biens ? par la loi française qui est la loi du pays où les biens sont situés ou par la loi étrangère qui est la loi nationale du défunt ? Il y a ici conflit entre la loi française et la loi étrangère ; il s'agit de le régler.

\* **69.** Notre ancien Droit a connu un conflit analogue qui ne peut plus se produire aujourd'hui, le conflit entre deux lois françaises en vigueur l'une et l'autre. On se rappelle quel était l'état de notre ancienne France au point de vue législatif : quelques lois générales étendant leur empire sur tout le territoire et d'autres lois beaucoup plus nombreuses spéciales à une province, à une ville, à un bourg. Ces dernières, envisagées par opposition aux lois générales, étaient ordinairement désignées sous le nom de STATUTS (de *statuere*, *statutum*, décider, ordonner). Des conflits s'élevaient fréquemment entre ces STATUTS divers et opposés. Ces conflits, qui ne peuvent plus se produire aujourd'hui grâce à l'unité législative, ont grandement excité la sagacité de nos anciens jurisconsultes plus encore que le conflit de même nature qui pouvait s'élever entre une loi française et une loi étrangère ; sans doute parce que ce dernier était moins fréquent. Ils se servaient à peu près exclusivement de l'expression STATUTS pour désigner les lois envisagées au point de vue de leur conflit. Aussi est-il d'usage d'employer cette expression traditionnelle, quand on traite du conflit (le seul possible aujourd'hui) entre une loi française et une loi étrangère l'une et l'autre en vigueur.

**70.** C'est un droit incontestable pour une nation que celui de ne pas admettre sur son territoire l'application des lois étrangères. Quelques-unes en usent : par exemple la Russie, les Pays-Bas. Dans ces pays le juge chargé de trancher une contestation ne peut jamais appliquer que la loi nationale, alors même que l'un des plaideurs ou tous les deux seraient étrangers. Mais presque partout ailleurs on a compris que l'intérêt réciproque des nations (*reciproca utilitas*), plus encore que les règles de la courtoisie, exigent que chaque nation admette dans une certaine mesure sur son territoire l'application de lois étrangères. C'est ce système que le législateur a consacré dans l'article 3, après avoir songé un moment à consacrer le système opposé. L'article 3 est

ainsi conçu : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. — Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. — Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger. »

Notre article distingue trois espèces de lois, savoir : 1° les lois de police et de sûreté ; 2° les lois ou statuts réels ; 3° les lois ou statuts personnels. Il faut ajouter à son énumération : 4° les lois relatives à la forme des actes.

### I. Lois de police et de sûreté.

71. On désigne sous ce nom toutes les lois et règlements qui ont pour objet le maintien du bon ordre et la sûreté des personnes et des propriétés. « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » (art. 3), et même ceux qui s'y trouvent passagèrement. Les étrangers qui mettent le pied en France se trouvent donc immédiatement soumis à nos lois de police et de sûreté, alors même qu'elles seraient contraires à celles de leur pays, alors même aussi qu'ils ignoreraient ces lois. On peut leur dire : *Intrasti urbem ; ambula secundum ritum ejus*. « Chaque état, dit M. Laurent, a le droit et le devoir de veiller à sa conservation ; or comment un état pourrait-il se conserver et se maintenir, s'il y avait dans son sein des hommes qui peuvent impunément enfreindre sa police et troubler sa tranquillité ? »

Quelles sont les lois qui doivent être considérées comme lois de police et de sûreté ? Il est sans difficulté que les lois pénales ont ce caractère. La jurisprudence l'attribue aussi aux lois relatives à l'ordre public. C'est ainsi que plusieurs décisions judiciaires ont fait application à des étrangers, bien que leur loi nationale fût contraire, des articles 205, 206 et 207 qui établissent l'obligation alimentaire entre certains parents et alliés. On a aussi déclaré applicables au même titre à des étrangers les dispositions de nos lois qui prohibent la polygamie ou les mariages entre proches parents.

### II et III. Statuts réels, statuts personnels.

72. Le statut réel (ou loi réelle) est celui qui est relatif aux biens mobiliers ou immobiliers peu importe, celui qui a pour objet de régler leur condition juridique. Telles sont les lois relatives à la distinction des biens (art. 516 et s.) ; les lois qui règlent les différentes charges telles que servitudes ou hypothèques, dont les biens sont susceptibles ; les lois qui déterminent les voies d'exécution dont ils peuvent être l'objet.

Le statut personnel (ou loi personnelle) est celui qui est relatif à l'état et à la capacité des personnes, *statutum quod ad personam respicit*. Telles sont les lois relatives à la nationalité, *v. gr.* les lois qui déterminent



quelles personnes sont françaises, quelles autres étrangères; telles encore les lois relatives au mariage, à la majorité et à la capacité qui en résulte, à la minorité, à la puissance paternelle ou maritale, à l'interdiction, etc.

**73.** Mais il y a des lois, et ce sont les plus nombreuses, qui sont relatives à la fois aux personnes et aux biens; font-elles partie du statut réel ou du statut personnel? Quelques auteurs avaient imaginé dans notre ancien Droit de les classer dans une catégorie à part sous le nom de *statuts mixtes*; mais cette solution n'est pas proposable aujourd'hui en présence de l'article 3 qui ne reconnaît que deux catégories de statuts : les statuts réels et les statuts personnels, entre lesquels il faut opter.

La question ne semble pas susceptible de recevoir une solution absolue. Pour déterminer le caractère des lois dont il s'agit, il faut rechercher avant tout le but principal que s'est proposé le législateur en les édictant. On rangera dans la catégorie des statuts réels toute loi dans laquelle le législateur s'est préoccupé de régler principalement le sort des biens et accessoirement l'état et la capacité des personnes. Au contraire toute loi, dans laquelle la personne fait l'objet principal et les biens l'objet accessoire de la préoccupation du législateur, appartiendra au statut personnel. Ainsi on considérait dans notre ancien Droit et on considère encore aujourd'hui les lois sur les successions *ab intestat* comme appartenant au statut réel. Les biens y font le principal objet des préoccupations du législateur; ce qu'il veut avant tout, c'est régler la dévolution de ces biens, le sort de ces biens. Il est sans doute obligé pour cela de s'occuper des personnes, de dire à quelles personnes les biens passeront, quelles conditions ces personnes devront remplir pour succéder..., mais encore une fois ce sont principalement les biens qu'il a en vue. Donc la loi appartient au statut réel. Pour les mêmes motifs, les lois relatives à la réserve et à la quotité disponible ont été dans notre ancien Droit et doivent être encore considérées comme appartenant au statut réel.

En sens inverse, les lois relatives à la majorité et à la minorité et à la capacité ou à l'incapacité qui en résulte, sont considérées par tous à peu près comme appartenant au statut personnel. Le législateur s'y occupe, il est vrai, des biens; il dit que le mineur ne peut pas les aliéner ni même les administrer, que son tuteur le représentera dans tous les actes civils. Mais ce qui domine dans ces lois, c'est une idée de protection pour la personne. Donc elles appartiennent au statut personnel.

\* **74.** Tout le monde admet le *criterium* qui vient d'être indiqué pour la distinction du statut réel et du statut personnel; mais son application est la source d'une foule de difficultés. Comment en serait-il autrement,

puisque cette application suppose la connaissance de l'intention du législateur, et quel moyen de la connaître exactement quand il ne l'a pas exprimée? Ces difficultés ne sont pas nouvelles; elles avaient divisé les meilleurs esprits dans notre ancien Droit. Voët nous dit que les controverses sur la réalité et sur la personnalité des statuts sont presque insolubles. C'est vrai encore aujourd'hui. Nous n'entrerons pas dans l'examen de toutes les controverses que cette matière a fait naître, et nous nous bornerons presque à une table des matières.

On considère généralement comme appartenant au statut réel : les dispositions des articles 907, 908, 1554; la disposition de l'article 2121 qui accorde une hypothèque légale à la femme mariée, au mineur, à l'interdit, etc.; les lois sur la prescription.

Au contraire, on range généralement parmi les statuts personnels : les lois relatives à la puissance paternelle ou maritale, à la jouissance légale de l'article 384 qui n'est qu'un attribut de la puissance paternelle, enfin à l'interdiction.

On se tromperait d'ailleurs en croyant que la distinction du statut réel et du statut personnel embrasse toutes les lois; il y en a qui échappent à cette distinction, ne fût-ce que les lois de police et de sûreté et les lois relatives à la forme des actes.

**75. Importance de la distinction du statut réel et du statut personnel.** — On peut la formuler ainsi : les statuts réels régissent tous les immeubles situés en France, quel que soit leur propriétaire; les statuts personnels régissent tous les Français, même résidant en pays étranger. Examinons successivement ces deux points.

**76.** Les statuts réels régissent tous les immeubles situés en France, alors même qu'ils appartiennent à des étrangers (art. 3, al. 2). En d'autres termes les statuts réels s'appliquent non-seulement aux Français, mais encore aux étrangers propriétaires d'immeubles en France. Les immeubles français ont donc leurs lois, auxquelles ils n'échappent pas en changeant de propriétaire. La raison en est que le droit de souveraineté dans chaque état s'étend non-seulement aux personnes, mais encore au territoire. Ce droit est indivisible, c'est-à-dire qu'il s'applique nécessairement à tous et à chacun des immeubles qui composent le territoire. L'indivisibilité du droit de souveraineté serait brisée, si dans un même état les lois relatives aux immeubles variaient suivant la nationalité de leurs propriétaires. Un étranger propriétaire d'immeubles en France ne pourrait donc pas, sous prétexte que les lois de son pays l'y autorisent, établir sur ces immeubles des servitudes contraires à la loi française (art. 686) ou les grever d'une hypothèque générale (art. 2129). De même, quelle que soit la législation du pays auquel appartient un étranger, les immeubles qu'il possède en France pourraient

*Cette thèse est incontestable*

être expropriés pour cause d'utilité publique et être saisis conformément aux lois françaises.

*elle-même*  
*Etat*  
*la succession*

77. La règle : que les immeubles français sont régis par la loi française, même quand ils appartiennent à des étrangers, est formulée par le législateur dans des termes tellement généraux qu'on ne doit y admettre aucune exception; elle s'appliquerait donc, mais il y a quelques dissidences à cet égard, même au point de vue de la transmission de ces immeubles par succession. Un étranger propriétaire d'immeubles en France vient à mourir; sa succession quant aux immeubles situés en France sera régie par la loi française; elle sera donc attribuée aux héritiers désignés par la loi française et non à ceux désignés par la loi étrangère en supposant qu'il y ait conflit entre les deux législations sur ce point. C'est aussi la loi française qu'il faudrait appliquer relativement à la réserve qui peut être réclamée par certains héritiers.

78. Par une juste réciprocité les immeubles situés en pays étranger sont régis par la loi étrangère, même quand ils appartiennent à des Français. Les statuts réels expirent à la frontière : *Clauduntur territorio*.

De là il résulte que la succession d'un individu, propriétaire d'immeubles en France et à l'étranger, devra être régie conformément à la loi française quant aux immeubles français et conformément à la loi étrangère quant aux immeubles étrangers. *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur*.

\* 79. L'article 3 ne parle que des immeubles. De là est née la question de savoir s'il faut appliquer aux meubles situés en France les mêmes règles qu'aux immeubles. En d'autres termes les meubles situés en France seront-ils, comme les immeubles, régis par la loi française, même quand ils appartiennent à des étrangers? En principe la règle est la même pour les meubles que pour les immeubles parce que les motifs sont les mêmes. Nul doute par exemple que les meubles situés en France, qui appartiennent à un étranger, restent soumis aux lois françaises en ce qui concerne la saisie dont ils peuvent être l'objet, ou les différents privilèges dont ils peuvent être grevés; ainsi il est bien certain que les meubles garnissant la maison dont un étranger est locataire en France seraient grevés du privilège du locateur (art. 2102). On doit admettre aussi que la règle « en fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279) serait applicable aux meubles corporels qu'un étranger possède en France, et enfin, quoique ce dernier point soit plus délicat, que, si l'étranger propriétaire de meubles en France vient à mourir sans laisser d'héritier au degré successible, c'est l'État français qui recueillera ces meubles par droit de déshérence (art. 768). Le droit de déshérence est une conséquence du droit de souveraineté.

Mais la jurisprudence admet une exception à la règle en ce qui concerne les meubles considérés comme *universalité*, c'est-à-dire au point de vue de leur transmission par succession (ou par legs universel). Ce serait ici la loi étrangère et non la loi française qui devrait être appliquée. En d'autres termes la succession d'un étranger qui laisse des meubles en France serait régie, même quant à ces meubles, par la loi étrangère et non par la loi française. Cette exception était déjà admise sous notre ancienne législation ; or la tradition a une grande importance dans une matière toute traditionnelle. On a toujours considéré dans notre ancien Droit les meubles comme n'ayant pas de situation fixe ; aussi disait-on : *Mobilia sequuntur personam. Mobilia ossibus personæ inhaerent*. Si la fortune mobilière s'identifie avec la personne du propriétaire, elle doit être régie par la même loi que ce propriétaire lui-même, par sa loi nationale. On ne peut se dissimuler d'ailleurs ce qu'il y aurait de bizarre à faire dépendre le règlement de la succession d'un étranger de cette circonstance, peut-être purement fortuite, que les meubles à lui appartenant se trouvaient en France à l'époque de l'ouverture de sa succession. En tout cas il paraîtrait difficile de contester l'exactitude de cette solution en ce qui concerne les valeurs mobilières appartenant à un étranger, telles que rentes sur l'État, actions ou obligations industrielles, dont les titres se trouveraient en France lors de son décès ; car une valeur mobilière étant une chose incorporelle n'a pas de situation déterminée, et en eût-elle une on ne pourrait pas la considérer comme située là où se trouvent les titres qui en constatent la propriété. Voyez toutefois un arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1875 (S. 75, 1, 409), duquel il semble résulter que ce n'est pas toujours par la loi nationale de l'étranger que sera régie sa succession quant aux meubles situés en France, mais par la loi de son domicile ; d'où il suit que si l'étranger avait en France son domicile légal (art. 13), sa succession, quant aux meubles situés en France, serait régie par la loi française.

En résumé les meubles situés en France qui appartiennent à des étrangers sont soumis à la loi française en tant qu'on les considère comme *objets particuliers* ; ils sont au contraire soumis à la loi étrangère en tant qu'on les considère comme dépendant de l'universalité qui constitue le patrimoine, c'est-à-dire au point de vue de leur transmission par succession. Si telle a été l'idée du législateur on s'explique très bien qu'il ait gardé le silence dans l'article 3 en ce qui concerne les meubles puisqu'ils ne sont pas soumis comme les immeubles à une règle fixe et invariable.

80. 2<sup>o</sup> Les statuts personnels régissent les Français, même quand ils résident en pays étranger (art. 3, al. final). Ils le suivent, disaient nos anciens, comme l'ombre suit le corps. La raison en est que les lois per-

de l'universalité  
il s'agit  
de l'un  
anglais

sonnelles sont l'expression de la nationalité ; elles doivent donc rester attachées à l'individu tant qu'il conserve sa nationalité ; il ne peut s'y soustraire qu'en la perdant. Ainsi un Français qui n'a pas atteint l'âge fixé par la loi française (art. 144) ne peut pas se marier en pays étranger, alors même qu'il aurait atteint l'âge fixé par la loi de ce pays pour le mariage. De même un Français ne peut pas divorcer dans un pays étranger où le divorce est admis, parce que notre loi nationale n'admet pas le divorce. Ce serait trop commode en vérité s'il suffisait de passer la frontière pour se soustraire aux lois personnelles de son pays !

**81.** La loi de la réciprocité doit faire admettre que les étrangers qui se trouvent en France, eussent-ils obtenu l'autorisation d'y fixer leur domicile, sont régis par les lois de leur pays, quant à leur état et à leur capacité. Si donc un étranger veut se marier en France, sa capacité sera régie par la loi de son pays et non par la loi française ; il pourrait par conséquent se marier en France avant l'âge fixé par la loi française s'il y est autorisé par les lois de son pays. De même un étranger résidant en France sera majeur et par suite capable de contracter quand il aura atteint l'âge fixé par la loi de son pays, et seulement quand il aura atteint cet âge, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper sur ce point des dispositions de la loi française. Ainsi enfin un étranger dont la loi nationale fixe la majorité à 25 ans ne sera majeur même en France qu'à cet âge, bien que notre loi fixe la majorité à 21 ans ; par suite il pourrait y avoir lieu d'annuler les contrats qu'il aurait passés en France avant d'avoir atteint l'âge de 25 ans. Et cela alors même que ces contrats auraient été passés avec un Français ; le tout pourvu que l'étranger n'ait commis aucune fraude tendant à faire croire qu'il était capable de contracter, car *fraus omnia corrumpit* (arg. art. 1310).

**82.** Il va sans dire que l'étranger résidant en France ne pourrait pas réclamer l'application des lois personnelles de son pays qui seraient contraires à une loi française de police et de sûreté, car les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire (art. 3, al. 1). Ce serait donc en vain qu'un Mahométan invoquerait sa loi personnelle pour épouser plusieurs femmes en France. De même un étranger ne pourrait pas épouser en France une femme qui lui serait parente au degré où le mariage est prohibé par la loi française, alors même que sa loi nationale ne contiendrait pas une semblable prohibition.

Mais ce principe ne ferait pas obstacle à ce qu'un étranger dont le mariage aurait été rompu par un divorce prononcé conformément aux lois de son pays pût contracter un deuxième mariage en France du vivant de son premier conjoint, pas plus que l'abolition du divorce par la loi du 8 mai 1816 n'a fait obstacle à ce que les Français légalement divorcés avant cette époque pussent se remarier du vivant de leur

premier conjoint. Comment pourrions-nous considérer l'état de choses résultant d'un divorce prononcé en pays étranger comme contraire à l'ordre public, alors que nous avons possédé le divorce pendant un certain temps et que nous parlons sérieusement de le rétablir ! Notre loi permet de contracter un deuxième mariage après la dissolution du premier (art. 147). Or le mariage de l'étranger divorcé par application des lois de son pays, est légalement dissous même aux yeux de la loi française, qui accorde aux étrangers en France la faveur qu'elle revendique pour les Français en pays étranger, c'est-à-dire l'application de leur statut personnel. Donc l'étranger dont il s'agit est capable de contracter un nouveau mariage même en France. (Voyez en ce sens un arrêt de la Cour d'Amiens rendu sur renvoi de la Cour de cassation le 15 avril 1880. Sir. 80. 2. 172.)

#### IV. *Lois relatives à la forme des actes.*

**83.** Un adage plusieurs fois séculaire dit : *Locus regit actum*. Il signifie qu'au point de vue de la forme les actes sont régis par la loi du pays où on les fait, de sorte qu'ils seront toujours valables quand ils auront été faits suivant la forme prescrite par la loi de ce pays. L'intérêt commun des nations a fait admettre cette règle, sans laquelle il deviendrait quelquefois impossible aux hommes d'accomplir valablement des actes importants de la vie civile quand ils sont hors de leur patrie. Qu'on suppose par exemple un Français qui est en pays étranger et qui veut y faire une donation. Si l'on exige à peine de nullité que la donation soit faite dans les formes prescrites par loi française c'est-à-dire par acte notarié (art. 931), peut-être rendra-t-on la donation impossible. C'est ce qui arrivera par exemple s'il n'existe pas de notaires dans le pays ; ou même s'il y a des notaires, mais que d'après la loi de leur pays ils n'aient pas qualité pour recevoir des donations et en dresser acte, cas auquel ils ne manqueront probablement pas de refuser leur ministère.

En supposant même qu'il soit possible au Français qui se trouve en pays étranger de se conformer aux prescriptions de la loi française pour l'acte qu'il veut accomplir, on l'exposerait à de fréquents mécomptes si on ne l'autorisait pas à faire cet acte dans la forme prescrite par la loi étrangère. En effet la plupart des hommes n'ont pas fait des lois une étude spéciale. Comment fera le Français qui ne connaît pas les lois lorsqu'il voudra accomplir un acte en pays étranger ? Naturellement il ira trouver un praticien. Mais ce praticien qui ne connaît que la loi de son pays ne manquera pas d'indiquer les formes prescrites par cette loi, de sorte que le Français les suivra fatalement. Serait-il juste ensuite d'annuler cet acte parce qu'il n'a pas été fait conformément aux prescriptions de la loi française ? La règle *locus regit actum* a donc son fon-

dement dans les nécessités de la pratique, aussi notre Code a-t-il pu se borner à la sous-entendre. Nulle part il ne la formule en termes exprès; on en trouve seulement çà et là quelques applications (Voy. notamment art. 47, 170, 999).

\* 84. La règle *locus regit actum* s'applique : 1<sup>o</sup> aux actes juridiques (*negotia*); 2<sup>o</sup> aux actes instrumentaires (*instrumenta*).

1<sup>o</sup> Elle s'applique d'abord aux actes juridiques, c'est-à-dire aux conventions, dispositions, déclarations et aveux.

D'après l'opinion générale, la règle *locus regit actum* s'applique aux actes solennels comme à ceux qui ne le sont pas. *Eadem est ratio*. M. Laurent est d'un avis contraire (t. I, p. 154). Il prétend que la règle ne doit pas être appliquée aux actes solennels, parce que, dit-il, la forme est pour ces actes une condition de leur existence. — Oui sans doute, quand ils sont faits en France, mais non pas quand ils sont faits en pays étranger; autrement on pourrait rendre l'accomplissement de ces actes impossible à l'étranger, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure par un exemple qui a été emprunté avec intention à un contrat solennel, la donation. La solennité de la donation ne consiste pas, comme paraît le supposer ici M. Laurent, en ce qu'elle doit à peine de nullité être passée par acte authentique, mais bien en ce qu'elle doit être passée par acte NOTARIÉ. Si la règle *locus regit actum* n'était pas applicable aux actes solennels, il ne suffirait donc pas pour qu'une donation faite en pays étranger fût valable qu'elle fût passée par *acte authentique*, conformément à la loi du pays; il faudrait de toute nécessité qu'elle fût passée par acte notarié. Or s'il est difficile d'imaginer un pays civilisé, où on ne puisse pas faire dresser d'actes authentiques, il y a des pays dans lesquels il n'existe pas de notaires et dans lesquels il est impossible par suite de faire dresser des actes notariés.

D'après ces principes on doit décider qu'un Français pourrait valablement faire son contrat de mariage, ou reconnaître un enfant naturel par acte sous seing privé dans un pays qui autorise pour ces actes l'emploi de cette forme, bien que d'après la loi française (art. 334 et 1384) ces actes ne puissent valablement être faits que par acte notarié. La jurisprudence est en ce sens.

Quant aux testaments il existe une disposition spéciale (art. 999).

2<sup>o</sup> La règle *locus regit actum* s'applique aux actes instrumentaires, c'est-à-dire aux écrits (*instrumenta*) qui sont faits pour constater les actes juridiques. Ces actes instrumentaires seront toujours valables quand ils auront été dressés conformément aux prescriptions de la loi du pays où ils ont été faits, alors même qu'ils ne satisferaient pas aux prescriptions de la loi française. Ainsi un acte sous seing privé fait par un Français en pays étranger pour constater un contrat synallagmatique,

serait valable quoique ne satisfaisant pas aux exigences de l'article 1325 en ce qui concerne la formalité du double écrit, si cette formalité n'est pas exigée par la loi du pays où l'acte est rédigé.

85. Disons en terminant que la règle *locus regit actum* ne protège que les actes faits de bonne foi; elle ne protégerait donc pas les actes faits en fraude de la loi française par des Français, qui ne sont allés accomplir ces actes en pays étranger que dans le but d'échapper aux prescriptions de leur loi nationale. La fraude fait cesser l'application de tous les principes. *Fraus omnia corrumpit.*

### CHAPITRE III

#### DE L'APPLICATION DES LOIS

86. Les lois sont destinées à assurer le règne de la paix entre les hommes. Pour que ce résultat puisse être obtenu, il faut que les lois soient exécutées de gré ou de force. Qui sera chargé d'assurer cette exécution? C'est une autorité supérieure et nécessaire que l'on appelle *la justice*. On la représente depuis des siècles avec une balance dans une main, parce qu'elle doit peser avec une rigoureuse exactitude le droit de ceux qui abordent son sanctuaire, et avec un glaive dans l'autre, parce que la force doit au besoin assurer l'obéissance à ses décisions. Avec la balance sans le glaive, la justice ne serait que la personnification de l'impuissance; avec le glaive sans la balance, elle serait la personnification de la force brutale. Sans la justice il ne servirait à rien d'avoir des lois, puisqu'elles pourraient être impunément violées, ou du moins chaque particulier essaierait de se faire justice à soi-même, et la paix publique serait incessamment troublée.

La justice nous apparaît donc comme une institution absolument nécessaire; et, pour qu'elle remplisse le but auquel elle est destinée, il faut que, mise en mouvement par qui de droit, elle ne puisse refuser son concours. Aussi l'article 4 décide-t-il que : « *Le juge, qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* » *Déni de justice* vient de *denegare justitiam*. La peine du déni de justice est prononcée par l'article 185 P. Les articles 506 et s. Pr. C. indiquent la procédure à suivre pour constater le déni de justice et mettre le juge en demeure de juger. Cette procédure porte le nom de *prise à partie*.

87. Le juge étant régulièrement saisi d'un litige, trois hypothèses peuvent se présenter.

88. *Première hypothèse.* La loi contient une disposition claire et pré-

cise applicable au cas qui est soumis au juge. Le juge doit l'appliquer alors même qu'elle lui paraîtrait injuste. *Dura lex sed lex*. Sa conscience peut être en repos; car si la décision qu'il a rendue conformément à la loi est inique, le blâme en doit remonter au législateur. Le juge est institué pour juger selon la loi et non pour juger la loi. Sa sagesse doit s'incliner devant la loi. Dargentré disait dans sa franchise toute bretonne: « *Stulta sapientia quæ vult lege sapientior esse.* » La faculté, qui serait accordée au juge de ne pas appliquer la loi quand il la trouve injuste, serait la source des plus graves abus. A vrai dire il n'y aurait plus de loi, elle serait remplacée par la conscience du juge; et les particuliers ne sauraient plus sur quoi ils peuvent compter, car chacun a sa manière d'entendre l'équité, et l'expérience a démontré que l'équité inspire souvent dans la pratique les décisions les plus contradictoires.

**89. Deuxième hypothèse.** La loi est muette; le juge ne trouve aucun texte applicable au cas qui lui est soumis. Même alors il n'a pas le droit de s'abstenir de juger; l'article 4 le lui défend. Mais sur quelle base asseoirait-il son jugement? Il devra d'abord chercher dans la loi des analogies: l'analogie est la boussole du juge. Si les analogies font défaut, alors le juge devra statuer d'après l'équité.

Ce dernier point est cependant contesté. Quelques auteurs prétendent que, quand la loi est absolument muette, le juge doit purement et simplement débouter le demandeur de sa demande, c'est-à-dire déclarer sa prétention mal fondée, parce qu'elle ne peut s'appuyer sur aucun texte de loi; il ne pourrait donc jamais, en pareil cas, donner raison au demandeur, c'est-à-dire faire droit à sa demande. Mais cette solution est rejetée par la jurisprudence et par la grande majorité des auteurs. Elle paraît en opposition tout d'abord avec le texte de l'article 4, qui impose en pareil cas au juge l'obligation de «juger». Or juger, c'est comparer, et, si le juge doit, même dans ce cas, comparer l'une à l'autre les deux prétentions opposées qui s'étalent devant lui, c'est apparemment parce qu'il peut suivant les circonstances déclarer l'une ou l'autre bien fondée. Les travaux préparatoires prouvent d'ailleurs que telle a été l'intention du législateur. «Quand la loi est obscure, dit Portalis dans son discours préliminaire, il faut en approfondir les dispositions; si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité.»

Toutefois la règle que «le juge à défaut de loi est un ministre d'équité,» n'est pas applicable en matière pénale. C'est un principe fondamental de notre Droit criminel que «*Nulla pœna sine lege*». Le silence de la loi en matière pénale doit donc nécessairement conduire à l'*absolution* de l'accusé (I. Cr., art. 364), quelque répréhensible d'ailleurs que puisse être au point de vue moral l'acte dont il s'est rendu coupable.

\* 90. Il y a un inconvénient à permettre au juge de statuer d'après l'équité quand la loi est muette, c'est qu'on le transforme en législateur ; à défaut de loi il en fera une pour le cas particulier qui lui est soumis. Mais il y aurait eu des inconvénients beaucoup plus graves à obliger ici le juge à en référer au pouvoir législatif, c'est-à-dire à demander à ce pouvoir une loi qui devienne la règle de sa décision future ; et, comme le dit Portalis, entre deux maux, le législateur a dû choisir le moindre. Le référé au pouvoir législatif aurait eu tout d'abord pour résultat de transformer le législateur en juge, ce qui est plus grave que de transformer le juge en législateur ; car l'indépendance du législateur est plus grande, et son arbitraire est par suite plus à redouter que celui du juge. Celui-ci en effet a quelqu'un au-dessus de lui, il existe diverses voies de recours contre ses décisions (appel, pourvoi en cassation...) ; tandis qu'il n'y a personne au-dessus du législateur, du moins quand il ne franchit pas les limites que la Constitution lui assigne. D'autre part, le référé au pouvoir législatif aurait souvent abouti à un véritable déni de justice, car il peut arriver que le législateur néglige de statuer sur le référé, et qui l'y obligera ? En tout cas le référé aurait suspendu pour un temps souvent fort long le cours de la justice au grand préjudice des justiciables. Mieux valait donc encore laisser au juge une entière liberté d'action.

91. *Troisième hypothèse.* Il existe une disposition législative applicable au cas qui est soumis au juge, mais cette disposition législative est obscure. Alors le juge doit interpréter la loi, c'est-à-dire en fixer le sens pour le cas particulier qui lui est soumis. Cette interprétation et la décision judiciaire dont elle est la source sont obligatoires, mais seulement pour les parties en cause et relativement à ce qui fait l'objet du litige (art. 1351).

92. Il y a des différences fort importantes entre le rôle du juge et celui du législateur : 1° le législateur est l'organe de l'intérêt social, c'est-à-dire des intérêts généraux, et il statue en vue de ces intérêts ; le juge est l'organe des intérêts particuliers, il est chargé de trancher un conflit qui s'élève au sujet de ces intérêts ; aussi la loi oblige-t-elle tous les citoyens, tandis que la décision du juge n'oblige que les parties en cause ; 2° le législateur a l'initiative des lois, tandis que le juge n'a pas l'initiative de ses jugements ; il ne peut trancher que les contestations qu'on lui soumet ; 3° enfin le premier peut modifier les lois qu'il a faites, tandis que le second ne peut pas modifier sa sentence, elle ne lui appartient plus une fois qu'il l'a rendue.

93. Les fonctions du législateur et celles du juge étant si différentes, il convenait de les confier à des pouvoirs différents. Montesquieu a dit : « Il n'y a pas de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la

puissance législative. » Toutes les Constitutions, qui se sont succédées en France depuis 1789, ont consacré ce principe.

La séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire étant une des bases fondamentales de notre Droit public actuel, le législateur devait veiller à ce que la confusion ne pût pas s'établir entre ces deux pouvoirs, et principalement à ce que le juge n'empiétât pas sur le domaine du législateur. C'est ce qu'il a fait dans l'article 5 ainsi conçu : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* »

\* Dans notre ancien Droit, les parlements avaient usurpé les pouvoirs du législateur. Ils rendaient quelquefois au sujet des causes qui leur étaient soumises des décisions « générales et réglementaires » connues sous le nom d'*arrêts de règlement*, c'est-à-dire qu'après avoir jugé dans un certain sens une cause qui leur était soumise, ils décidaient qu'ils jugeraient toujours dans le même sens à l'avenir les causes semblables, et ordonnaient aux tribunaux situés dans leur ressort de les juger de la même façon. C'était faire la loi ; aussi les arrêts de règlement étaient-ils publiés comme des lois. Toutefois ils étaient rendus sous le bon plaisir du Roi qui pouvait les casser. L'article 5 défend aujourd'hui au juge de rendre des arrêts de règlement. L'autorité judiciaire ne doit régler que le passé, elle ne doit pas disposer pour l'avenir, à la différence du législateur qui règle l'avenir sans toucher au passé (art. 2). Il y avait une autre raison pour interdire au juge les arrêts de règlement, c'est qu'il forment nécessairement un droit local applicable seulement dans les limites de la juridiction du juge ; ils ne pouvaient donc se concilier avec le principe de l'unité de législation.

\* Par application du principe contenu en l'article 5, la Cour de Paris a jugé qu'en cas de contrefaçon d'une invention brevetée un tribunal peut allouer des dommages-intérêts pour chaque contravention constatée ; mais il ne peut pas, statuant en vue de l'avenir, condamner par avance à des dommages-intérêts, dont il fixe le montant, pour chaque contravention semblable qui serait commise plus tard.

94. Il ne suffisait pas d'établir en France l'unité législative ; il fallait aussi, autant que possible, assurer une certaine uniformité dans l'application de la loi et par suite dans son interprétation par les tribunaux qui sont chargés de l'appliquer. La Cour de cassation a été créée dans ce but. On l'appelle quelquefois *Cour régulatrice*, parce qu'elle a pour mission de régulariser l'interprétation judiciaire en ramenant les tribunaux à une jurisprudence toujours uniforme. Sans la Cour de cassation on aurait probablement vu s'établir une grande diversité dans la jurisprudence des cours d'appel, juges suprêmes dans leur ressort. On aurait même pu craindre que quelques-unes ne se missent au-dessus de la loi.

La Cour de cassation a été instituée par une loi du 1<sup>er</sup> décembre 1790. L'acte en vertu duquel on la saisit porte le nom de *pourvoi en cassation*. Sont susceptibles de pourvoi tous jugements ou arrêts *rendus en dernier ressort* par une juridiction française. Ce principe comporte cependant quelques exceptions; la plus remarquable est celle qui s'applique aux jugements rendus par les tribunaux administratifs.

Le pourvoi en cassation ne peut être fondé que sur une contravention à la loi contenue dans le jugement ou l'arrêt attaqué. Cette contravention peut consister, soit dans l'inobservation des formes prescrites pour l'administration de la justice (pourvoi pour vice de formes), soit dans la violation directe ou indirecte de la loi, qui a été faussement appliquée ou faussement interprétée. Le pourvoi ne peut jamais être fondé sur une erreur de fait; les tribunaux qui jugent en dernier ressort apprécient souverainement les faits qui leur sont soumis. L'issue du pourvoi peut être double. Si la Cour de cassation le juge mal fondé, elle le rejette; il est alors censé non avenue, et la décision attaquée conserve toute sa force. Si la Cour juge le pourvoi fondé, elle *cas*se le jugement ou l'arrêt qui lui a été déféré (d'où le nom de Cour de cassation) et elle renvoie l'affaire à un autre tribunal; car la Cour de cassation ne juge pas les affaires, elle ne juge que les jugements. Ce tribunal doit être de même ordre et de même degré que celui qui a rendu la décision cassée; par exemple, si c'est un arrêt de cour d'appel qui est cassé, l'affaire sera renvoyée devant une autre cour; si c'est un jugement d'un tribunal civil de première instance, la cour renvoie l'affaire à un autre tribunal civil de première instance. Le nouveau tribunal ou la nouvelle cour à laquelle l'affaire est renvoyée conserve toute son indépendance; il peut donc rendre une décision conforme à celle du premier juge. Si cela arrive, un nouveau pourvoi en cassation sera possible. Sur ce deuxième pourvoi, en le supposant fondé sur les mêmes moyens que le premier et fait par les mêmes parties agissant en la même qualité, la Cour de cassation doit statuer toutes chambres réunies (chambre des requêtes, chambre civile et chambre criminelle). La loi le veut ainsi, parce que la résistance du deuxième tribunal ou de la deuxième cour qui persiste dans la voie ouverte par le premier juge annonce un conflit grave. L'arrêt que rend alors la Cour de cassation est appelé *solennel*; les arrêts solennels sont ceux qui ont le plus d'autorité en jurisprudence. Si cet arrêt rejette le pourvoi, tout est fini. S'il casse la décision attaquée pour les mêmes motifs que la première, alors l'affaire est renvoyée devant un troisième tribunal de même ordre et de même degré. Quel sera le rôle de ce troisième tribunal? La législation a varié sur ce point. D'après la loi du 1<sup>er</sup> avril 1837 qui est aujourd'hui en vigueur, ce troisième tribunal ou cour d'appel doit se conformer à la décision de la Cour de cassation

sur le point de droit jugé par cette Cour, mais pour cette affaire seulement ; il reprend sa liberté complète pour l'avenir. C'est donc en définitive l'avis de la Cour suprême qui prévaut. Il n'en a pas toujours été ainsi. D'après la loi du 30 juillet 1828 qui a vécu jusqu'à celle de 1837, le dernier tribunal ou la dernière cour d'appel n'était pas obligée de se conformer à l'avis de la Cour de cassation, et sa décision ne pouvait plus être l'objet d'un pourvoi en cassation fondé sur les mêmes moyens, de sorte qu'en définitive ce n'était pas nécessairement l'avis de la Cour de cassation qui prévalait. Ce résultat était peu en harmonie avec le rôle de cour suprême que joue la Cour de cassation.

**95. Des cas dans lesquels il est permis aux particuliers de déroger à la loi.** — Aux termes de l'article 6 : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* »

Toutes les lois sont faites dans un intérêt social, et, comme l'intérêt social n'est que la somme des intérêts particuliers, il en résulte que les lois sont faites aussi dans l'intérêt des particuliers. Mais parmi les lois il y en a qui intéressent plus directement les particuliers que la société ; il y en a d'autres qui intéressent plus directement la société. L'article 6 permet implicitement aux particuliers de déroger aux premières par leurs conventions ; il leur interdit de déroger aux secondes, qu'il désigne sous le nom de *lois relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs* et qui sont désignées sous le nom de *jus publicum* dans l'adage suivant, dont l'article 6 n'est guère que la traduction : *Jus publicum privatorum pactis nec lædi nec mutari potest*. On annule les conventions contraires au droit public, dit Portalis, et on entend par droit public celui qui intéresse plus directement la société que les individus.

Ainsi les lois relatives aux contrats sont faites dans l'intérêt des individus plutôt que dans celui de la société. Il sera donc permis aux parties, sauf de rares exceptions, d'y déroger. En formulant les règles qui gouvernent les divers contrats, le législateur a voulu surtout épargner aux particuliers qui font ces contrats la peine de les formuler eux-mêmes, et ces règles ne sont en définitive que l'expression de leur volonté présumée. Le législateur n'a eu la prétention de les imposer à personne. Au contraire, les lois pénales sont faites dans l'intérêt de la société bien plus que des individus ; il ne sera donc pas permis d'y déroger par convention. Même solution pour les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes, à l'autorité paternelle, à la puissance maritale.

**96.** Les conventions faites en violation de l'article 6 sont frappées de nullité. On objecterait en vain que la nullité n'est pas écrite dans la loi et que l'interprète n'a pas le droit de la suppléer. Sans doute au législateur seul il appartient d'établir une nullité ; mais il n'est pas obligé de

manifeste à cet égard sa volonté en termes exprès ; il peut la manifester tacitement. Or c'est ce qu'il a fait ici en employant la formule prohibitive : « *On ne peut.* » (art. 6). Ces mots « *on ne peut* » désignent un acte qui est impossible juridiquement parlant, et qui par suite ne sera pas valable s'il est accompli malgré la prohibition de la loi. C'est ce que dit le célèbre Dumoulin : « *Particula negativa præposita verbo POTEST tollit potentiam juris et facti, designans actum impossibilem.* »

## APPENDICE

### DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS CIVILES

**97.** Interpréter la loi, c'est en fixer le sens et la portée. La nécessité d'interpréter les lois ne dérive pas seulement de leur imperfection, mais de leur nature même. Supposât-on des lois parfaites, elles auraient encore besoin d'interprétation ; car le législateur ne peut pas prévoir tous les cas ; il ne peut que statuer par voie de disposition générale, et il faudra toujours interpréter les lois pour appliquer les principes généraux qu'elles formulent aux cas particuliers susceptibles de se présenter.

#### I. *Des diverses espèces d'interprétation.*

**98.** On distingue deux espèces d'interprétation : l'interprétation par voie de doctrine ou interprétation privée, et l'interprétation par voie d'autorité ou interprétation publique.

A. *Interprétation privée ou par voie de doctrine.* C'est celle qui émane des particuliers (jurisconsultes, avocats, gens du monde). Elle n'a qu'une autorité de raison.

B. *Interprétation publique ou par voie d'autorité.* Cette interprétation se distingue par son caractère obligatoire. Elle est judiciaire ou législative.

a). *Interprétation judiciaire.* C'est celle qui émane des tribunaux. On a vu plus haut qu'elle est obligatoire pour les parties en cause et relativement à ce qui fait l'objet du litige.

b). *Interprétation législative.* Elle est obligatoire pour tous les citoyens. En théorie elle ne peut émaner que du pouvoir législatif qui a le droit de faire la loi, conformément à l'adage : *Ejus est interpretari legem cujus est condere.* Ce principe fut appliqué depuis 1789 jusqu'en l'an VIII. Mais un règlement du 5 nivôse de l'an VIII et une loi du 16 septembre 1807 donnèrent au Conseil d'État et au chef du Gouvernement le droit d'interpréter officiellement la loi. Le Conseil d'État a, en conformité de ces dispositions, émis un assez grand nombre d'avis, qui, après avoir été approuvés par le chef du Gouvernement, sont devenus obligatoires comme la loi elle-même et font corps avec elle. La Charte de 1814 changea cet état de choses en restituant au pouvoir législatif

qui depuis en est toujours resté investi, le droit d'interpréter la loi par voie d'autorité.

## II. *Des règles à suivre pour l'interprétation des lois en général et tout particulièrement du Code civil.*

**99.** Toute interprétation de la loi, qu'elle soit privée ou publique, est soumise à certaines règles dont l'ensemble constitue l'art d'interpréter les lois ou *logique judiciaire*.

Le livre préliminaire, qui devait primitivement figurer en tête du Code civil, contenait un titre (le titre V) où se trouvaient réunies plusieurs règles excellentes relatives à l'interprétation des lois. On sait que ce livre a disparu de la rédaction définitive. Beaucoup des dispositions qu'il contenait, et entr'autres celles relatives à l'interprétation des lois, ont été sans doute considérées comme appartenant à la doctrine plutôt qu'à la loi. La doctrine peut donc encore s'en emparer.

La plupart des règles, qui doivent être suivies pour l'interprétation des lois, ont été formulées en axiomes ou proverbes juridiques auxquels on donne le nom de *brocards* ou *adages*.

L'interprète a une double mission à remplir : A. déterminer le véritable sens de la loi ; B. appliquer les principes établis par la loi aux cas qu'elle n'a pas prévus et résoudre ainsi les difficultés auxquelles son silence peut donner lieu.

**100. A. Déterminer le véritable sens de la loi.** Voici les principales règles à suivre pour parvenir à cette détermination.

L'interprète doit avant tout s'en tenir au texte de la loi lorsqu'elle s'exprime clairement. « Quand une loi est claire, disait l'article 5 du titre V du livre préliminaire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit. » On oublie trop souvent cette sage maxime. L'œuvre de l'interprète est de reconstituer la pensée du législateur, et le meilleur moyen n'est-il pas de s'en tenir à l'idée que le texte exprime clairement ? La plupart des interprètes ont une propension marquée à s'écarter du texte de la loi quand ils la trouvent défectueuse. C'est oublier qu'il n'appartient qu'au législateur de corriger son œuvre ; tout ce que l'interprète a le droit de faire, c'est d'en signaler les imperfections et de solliciter ainsi l'intervention du pouvoir législatif en vue d'une réforme.

Il y a cependant un cas dans lequel l'interprète a le droit et le devoir de s'écarter du sens littéral de la loi ; c'est lorsqu'il est démontré que le législateur a dit autre chose que ce qu'il voulait dire ; mais cela n'arrive que dans des cas fort rares et ne se présume jamais. L'interprétation, qui en pareil cas s'en tiendrait au sens littéral que présente la loi, sacrifiant ainsi l'esprit certain de la loi à sa lettre, serait une interprétation *judaïque*.

Quand le sens de la loi est douteux, l'interprète doit employer pour l'éclaircir les moyens suivants.

1° *Eclairer le texte dont il s'agit de déterminer le sens en le rapprochant des autres dispositions législatives conçues dans le même ordre d'idées.* Les différentes dispositions de la loi relatives à une même matière ou à des matières différentes, mais reliées entre elles par le lien de l'analogie, forment comme un faisceau dont toutes les parties sont solidaires. L'interprète doit les rapprocher les unes des autres et tâcher de les mettre en harmonie. *In civile est, nisi tota lege perspecta, ... judicare vel respondere* (l. 24, D., de Legibus).

2° *Remonter aux sources auxquelles le législateur a puisé la disposition qu'il s'agit d'interpréter.* Quand le législateur reproduit une règle formulée par une loi antérieure, il est probable qu'il entend lui donner le même sens qu'elle avait dans la loi ancienne. *Posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint* (l. 28, D., de Legibus.)

3° *Consulter les travaux préparatoires de la loi,* c'est-à-dire pour le Code civil les discussions du Conseil d'Etat, les observations du Tribunat, les discours prononcés devant le Corps législatif par les orateurs du Gouvernement. Toutefois il ne faut pas s'exagérer l'importance de ces documents. Ils n'émanent pas du législateur, et ne peuvent par conséquent nous renseigner que d'une manière fort imparfaite sur ses idées et ses intentions. Le législateur, pour le Code civil, c'était le Corps législatif. Or le Corps législatif votait la loi sans la discuter (ce qui lui a fait donner le nom de *Corps des muets*). La discussion de la loi se concentrait dans le sein du Conseil d'Etat et du Tribunat; or ni l'un ni l'autre de ces deux corps ne votait la loi. On se tromperait donc gravement en considérant les opinions émises au Conseil d'Etat ou au Tribunat comme un commentaire authentique de la loi. Quant aux discours des orateurs du Gouvernement, ils offrent encore moins de garanties; de nombreuses erreurs s'y rencontrent.

4° *Apprécier les conséquences que produirait la loi suivant qu'on l'entendrait dans tel sens ou dans tel autre.* On doit toutefois user avec discrétion de ce moyen d'investigation.

5° *Consulter l'esprit de la loi,* c'est-à-dire rechercher ses motifs et son but (*ratio legis*). On les trouve surtout dans les travaux préparatoires et dans les sources auxquelles une disposition législative a été puisée.

C'est principalement à l'aide de l'esprit de la loi qu'on parvient à en déterminer la portée. La loi, sauf en matière pénale, s'applique à tous les cas, qui, quoique non compris dans son texte, rentrent dans son esprit. *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio.* En sens inverse la loi ne s'applique pas aux cas, qui, quoique compris dans son texte, sont exclus par son esprit. *Cessante ratione legis cessat ejus dispositio.*

*1. 24, D. de Legibus*  
1. 28, D. de Legibus

En d'autres termes, l'esprit de la loi prévaut sur son texte en tant qu'il s'agit de mesurer la portée de la loi, c'est-à-dire de déterminer les hypothèses auxquelles elle est applicable.

**101. B.** La deuxième partie de la mission de l'interprète consiste à résoudre les questions qui n'ont pas été prévues par la loi, en faisant l'application des principes qu'elle contient. Les principaux moyens à employer dans ce but sont :

1<sup>o</sup> *L'argument d'analogie* qui est formulé dans l'adage suivant : *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*. L'analogie, nous l'avons déjà dit, est la boussole du juge et de l'interprète. Toutefois l'argument qu'on en tire n'est pas admissible, lorsque la disposition qu'il s'agit d'étendre d'un cas à un autre est exceptionnelle. « *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* »

2<sup>o</sup> *L'argument à contrario sensu* qui est formulé dans les adages suivants : *Qui dicit de uno negat de altero, Inclusionem unius fit exclusio alterius*. L'argument à contrario est dangereux ; il n'est ordinairement concluant que lorsque, pris d'une disposition exceptionnelle, il a pour résultat de favoriser le retour au Droit commun (Cpr. art. 1164).

3<sup>o</sup> *L'argument à fortiori* ou argument à *majori ad minus* et à *minori ad majus*. En vertu de cet argument on étend la disposition de la loi à un cas qu'elle ne prévoit pas, mais où les motifs de la loi se retrouvent avec plus de force que dans le cas prévu.

---

# LIVRE I

## Des personnes.

---

**102.** On sait que le Code civil est divisé en trois livres. Le premier traite des personnes, le deuxième des biens et des différentes modifications de la propriété, et le troisième des différentes manières d'acquérir la propriété. Le législateur a parlé des personnes tout d'abord, parce que, le Droit tout entier étant créé en vue des personnes, la première place leur était tout naturellement réservée. « *Quum igitur hominum gratia omne jus constitutum sit, primo de personarum statu ac post de cæteris dicemus.* » (L. 2., D., I, 5, *de statu hominum*).

Notre mot *personne* est la traduction du mot latin *persona*, qui désignait originellement le masque dont se servaient les acteurs pour jouer sur la scène. Ce masque était disposé de manière à rendre la voix plus retentissante : *vox personabat*, d'où le nom de *persona* donné au masque. Plus tard on employa le mot *persona* pour désigner le rôle lui-même que jouait l'acteur, parce que ce rôle était souvent représenté sur le masque. Enfin on en arriva à désigner sous le nom de *persona* le rôle que tout individu joue dans la société ou l'individu lui-même envisagé au point de vue de ce rôle. C'est en ce sens que nous prenons dans la langue juridique le mot *personne*.

**103.** On a dit avec exactitude : la personne c'est l'homme envisagé au point de vue du Droit. Chez les Romains tous les hommes n'étaient pas des personnes. On refusait ce titre aux esclaves, qui, au point de vue du Droit, étaient assimilés à des bêtes de somme. Chez nous tous les hommes (et cette expression comprend les deux moitiés du genre humain, *genus masculinum complectitur et femininum*) sont des personnes. Il en est surtout ainsi depuis que le Décret du 27 avril 1848 a aboli l'esclavage dans toutes les colonies et possessions françaises.

**104.** L'homme constitue une personne dès le moment même de sa naissance, à la condition qu'il naisse *vivant et viable*.

*Vivant.* L'enfant mort-né n'est qu'un fruit avorté. *Qui mortui nascuntur, liberorum loco non sunt.*

*Viable,* c'est-à-dire ayant l'aptitude à vivre, *vitæ habilis*, ce qui est une question de fait à résoudre en cas de difficulté par les juges. N'est pas viable l'enfant qui naît avec une conformation tellement imparfaite que la prolongation de son existence est matériellement impossible

*rapé*

et qui se trouve ainsi condamné à mort à très-courte échéance. Cet enfant ne devrait donc pas être considéré comme une personne; aucun droit n'aurait pu se fixer sur sa tête, notamment un droit de succession (art. 725). On assimile l'enfant qui naît non viable à celui qui naît mort, parce qu'au point de vue du droit c'est la même chose d'être mort ou de ne pouvoir vivre.

L'enfant n'a d'existence propre qu'après sa naissance. Jusque-là il n'est encore que *pars viscerum matris*, et ne constitue pas une personne distincte de celle de sa mère. En Droit romain cependant, on considérait, en vertu d'une fiction de droit, l'enfant simplement conçu comme étant déjà né lorsque son intérêt l'exigeait. Ce principe, qui avait aussi été admis dans notre ancien Droit, est formulé dans l'adage suivant: « *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur.* » Le Code civil en consacre plusieurs applications (Voyez notamment les art. 725 et 906); d'où l'on est fondé à conclure qu'il a maintenu le principe lui-même dans toute sa généralité. Il est bien entendu toutefois que le bénéfice de la maxime *Infans conceptus*..... ne peut être invoqué par les ayants-cause d'un enfant qu'autant qu'il est né vivant et viable.

**105.** Les personnes étant seules susceptibles d'avoir des droits, les jurisconsultes ont été conduits tout naturellement à personnifier certaines agrégations d'intérêts ou d'individus, telles que l'État, les communes, les sociétés commerciales, etc., auxquelles la loi reconnaît divers droits. Et pour les distinguer des personnes physiques ou réelles, on les a désignées sous le nom de personnes *morales* ou personnes *civiles*. Ce sont des personnes fictives. Elles jouent le rôle de personnes relativement à certains actes de la vie civile, *personæ vice funguntur*.

Mais les personnes morales ne sont pas des personnes à proprement parler. Aussi la loi s'est-elle bien gardée de les désigner sous cette dénomination, qui aurait pu donner à entendre qu'elles ont les mêmes droits que des personnes véritables. Or, il y a des droits, qui par leur nature même ne peuvent pas appartenir aux personnes morales : tels sont les droits de famille, et par suite le droit de succession qui dérive de la parenté. En ce qui concerne les droits relatifs aux biens, leur nature ne s'oppose pas à ce qu'ils appartiennent aux personnes morales, mais elles ne les possèdent pas tous. Elles ne peuvent avoir que ceux que la loi leur accorde, soit explicitement, soit implicitement en tant qu'ils sont nécessaires à la réalisation du but en vue duquel elles ont été créées. Ils se résument dans le droit d'acquérir à titre gratuit ou onéreux, de faire certains contrats et d'ester en justice (*stare in judicio*).

Une personne morale ne peut exister qu'en vertu d'une loi. La loi, qui seule peut donner l'existence aux personnes morales, peut aussi la leur retirer.

Les personnes morales sont publiques ou privées : *publiques* quand leur existence se lie à l'organisation politique du pays; telles sont l'État, les départements, les communes; *privées* quand elles ne mettent en jeu que des intérêts privés comme les sociétés commerciales, les congrégations religieuses dûment autorisées.

**106.** L'idée de personne est inséparable de celle de *droits*, puisque

les personnes sont les seuls êtres susceptibles de droits. Elle est étroitement associée aussi avec l'idée de l'état et de la *capacité*. Nous nous trouvons ainsi tout naturellement conduit à définir les droits, l'état et la capacité.

**107.** Les droits sont les facultés ou avantages que la loi accorde aux personnes. On les divise en droits politiques et en droits civils.

Les droits politiques sont ceux que la loi confère aux particuliers dans leurs rapports avec l'Etat. Ils consistent tous plus ou moins dans la participation à la puissance publique; tels sont les droits d'élection et d'éligibilité législative, le droit d'être juré, etc..

Pour avoir la jouissance des droits politiques, il faut être citoyen français. Est citoyen français tout Français mâle et majeur de vingt et un ans. La justification de cette proposition appartient au Droit constitutionnel plutôt qu'au Droit civil.

Les droits civils sont ceux que la loi accorde aux personnes dans leurs rapports privés avec les autres personnes, tous les droits en un mot qui dérivent du Droit privé ou civil. Telle est du moins la signification qu'on donne à l'expression *droits civils* quand on l'oppose à celle de *droits politiques*. Mais cette expression se prend quelquefois en un sens beaucoup plus restreint, comme désignant une certaine partie seulement des droits privés, ceux qui sont une création du Droit civil, de la loi positive et qui n'existeraient pas sans elle (*v. gr.* le droit d'adopter), par opposition aux *droits naturels* qui sont les droits privés dérivant du Droit naturel ou Droit des gens *v. gr.* le droit de se marier.

En résumé l'expression *droits civils* a deux sens. *Lato sensu*, et par opposition aux *droits politiques*, elle désigne tous les droits privés, c'est-à-dire tous les droits qui s'exercent de particulier à particulier. *Stricto sensu*, et par opposition aux *droits naturels*, elle désigne une petite partie seulement des droits privés, ceux qui ont leur source dans la loi civile positive et non dans la loi naturelle. C'est dans ce sens restreint que les mots *droits civils* paraissent avoir été pris par le législateur dans les articles 8, 11 et 13.

**108.** L'état d'une personne, *status*, c'est la place, le rang qu'elle occupe dans la société (*status* vient de *stare*). C'est, si l'on veut, le rôle qu'une personne joue dans la société, sa condition juridique au sein de la société. Ce rôle, cette condition varie suivant qu'on est du sexe masculin ou du sexe féminin Français ou étranger, célibataire, marié ou veuf, enfant légitime ou enfant naturel, majeur ou mineur.... L'ensemble de ces différentes qualités, qui assignent à chacun de nous sa manière d'être, son rôle juridique au sein de la société, constitue précisément l'état des personnes. Elles forment pour chacun une propriété protégée par des actions analogues à celles qui protègent le droit de

propriété sur les biens matériels. Ces actions, qui portaient en Droit romain le nom d'*actions préjudicielles*, n'ont pas chez nous de nom particulier. On est obligé de les désigner par une périphrase : *actions relatives à l'état des personnes*.

**109.** La capacité juridique est l'aptitude légale à devenir le sujet de droits et d'obligations. Ainsi quand on dit : la capacité de se marier, cela veut dire : l'aptitude légale à devenir le sujet des droits et des obligations qu'engendre le mariage.

La capacité est politique ou civile suivant la nature des droits par rapport auxquels on l'envisage.

## TITRE I

### De la jouissance et de la privation des droits civils.

#### CHAPITRE I

##### DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS

##### § I. Généralités.

**110.** On distingue, en ce qui concerne les droits civils, la jouissance et l'exercice. La jouissance d'un droit consiste dans la propriété de ce droit ou dans la possibilité de l'acquérir. L'exercice consiste dans la mise en œuvre du droit, dans la pratique du droit. En d'autres termes, l'idée de jouissance s'applique aux droits considérés quant à leur *acquisition*, l'idée d'exercice à ces mêmes droits considérés quant à leur mise en œuvre, quant à leur usage. Ainsi nous verrons tout à l'heure que tous les Français ont la jouissance de leurs droits civils, mais que tous n'en ont pas l'exercice. Voici ce que cela signifie. Un Français vient de naître. Tous les droits civils peuvent immédiatement se fixer sur sa tête. Que sa mère vienne à mourir par exemple aussitôt après sa naissance, peut-être en le mettant au monde, il sera son héritier et deviendra propriétaire en cette qualité de tous les biens qui lui appartenait. Le droit de propriété se sera fixé sur sa tête, parce qu'il a la *jouissance* de tous ses droits civils au nombre desquels figure le droit d'acquérir par succession. Mais cet enfant ne pourra pas *exercer* immédiatement son droit de propriété, vendre par exemple les biens qui lui appartiennent. Il ne le pourra qu'à sa majorité. Jusque-là ses droits seront *exercés*, s'il y a lieu, par son représentant légal, par son tuteur.

Le nom est plus général

Ceux qui ont ainsi la jouissance de leurs droits civils sans en avoir l'exercice sont appelés *incapables*. Les incapables sont dans notre droit les mineurs, les interdits et les femmes mariées (art. 1124); ajoutez les personnes soumises à un conseil judiciaire (art. 499 et 513), et les personnes placées dans un établissement d'aliénés (loi du 30 juin 1838).

Il y a certains droits auxquels on ne peut guère songer à appliquer la distinction entre la jouissance et l'exercice : ce sont ceux qui ne sont pas susceptibles d'être exercés par un représentant du titulaire, par exemple le droit de faire un testament, celui de se marier. Le titulaire seul pouvant exercer de tels droits, il serait assez dérisoire de dire que ces droits lui appartiennent, qu'il en a la jouissance, alors qu'il ne peut pas les exercer. Direz-vous par exemple d'un mineur, qui n'a pas encore atteint l'âge requis par la loi pour pouvoir contracter mariage, qu'il a la *jouissance* du droit de se marier sans en avoir *l'exercice*? Mais à quoi sert de constater au profit d'une personne l'existence d'un droit dont elle ne peut pas user elle-même et que nul ne peut exercer en son nom?

Le législateur n'a pas toujours tenu compte de la distinction qui vient d'être établie entre la jouissance d'un droit et son exercice. C'est ainsi que dans l'article 7 il parle de *l'exercice des droits civils*, alors qu'il entend désigner très certainement la jouissance de ces droits.

**111.** A qui appartient la jouissance des droits civils? L'article 8 répond : « *Tout Français jouira des droits civils.* » Il suffit donc d'être Français pour avoir la jouissance des droits civils; il n'est pas nécessaire d'être citoyen. C'est ce qui résulte de l'article 7, où le législateur a employé à tort, comme on l'a dit tout à l'heure, le mot *exercice* à la place du mot *jouissance*. « *L'exercice* (lisez la jouissance) *des droits civils* » est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle. » Ainsi pour jouir des droits politiques, il faut être citoyen français; pour jouir des droits civils, il suffit d'être Français.

La jouissance des droits civils étant attachée à la qualité de Français, il importe grandement de savoir quelles personnes sont françaises; c'est ce que nous allons rechercher.

## § II. Des Français.

### N° 1. Quelles personnes sont Françaises.

**112.** On peut être Français : I. par la naissance; II. par le bienfait de la loi; III. par la naturalisation; IV. par la réunion à la France d'un territoire étranger.

I. *De ceux qui sont Français par la naissance.*

**113.** Dans notre ancien Droit on considérait comme Français de naissance :

a). L'enfant né de parents français, même en pays étranger. « *Origo notatur, non natale solum* », dit Cujas.

b). L'enfant né en France, même de parents étrangers.

L'origine indépendamment du lieu de la naissance, *jus sanguinis*, et le lieu de la naissance indépendamment de l'origine, *jus soli*, étaient donc, dans notre ancien Droit, également attributifs de la nationalité française. Le projet du Code civil consacrait ce système. La première rédaction de l'article 9 portait : « Tout individu né en France est Français » ; et l'article suivant ajoutait : « Tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français. » On remarquera que si ce dernier article relatif aux enfants d'un Français ne parlait que de ceux nés *en pays étranger*, ce n'était pas pour exclure ceux nés en France, mais bien parce que ces derniers étaient déjà compris dans la disposition précédente.

Le Tribunat critiqua violemment ce système en tant qu'il attribuait la qualité de Français à l'individu né en France de parents étrangers. C'est prodiguer la qualité de Français, fut-il dit. Quel attachement à la France peut-on espérer de celui que le hasard a fait naître sur le sol français, pendant le cours d'un voyage peut-être, et qui, ramené quelques jours après dans le pays de ses parents, n'a pas même vu la terre française ? L'observation était juste ; on la mit à profit. Il fut entendu qu'on abandonnerait le principe : que la naissance sur le sol français, indépendamment de l'origine (*jus soli*) suffit pour conférer la qualité de Français, et qu'on conserverait seulement le principe que l'origine, indépendamment du lieu de la naissance (*jus sanguinis*) est attributive de la qualité de Français, ou en d'autres termes que l'enfant né de parents français est Français quel que soit le lieu de sa naissance. L'article 9 fut modifié en ce sens.

Pour formuler clairement le nouveau système adopté sur la proposition du Tribunat, on aurait dû, non seulement supprimer, comme on l'a fait dans l'article 9 les mots : « Tout individu né en France est Français », mais encore intervertir les dispositions des art. 9 et 10 et généraliser le texte de ce dernier article de manière à ce qu'il comprît non seulement les individus nés *à l'étranger* de parents français, mais aussi ceux nés en France. Il aurait suffi pour cela de faire dire à l'article 10 : « Tout individu né d'un Français **MÊME** en pays étranger est Français. » On n'y a pas songé ; mais cet oubli ne saurait jeter aucun doute sur le sens de la loi.

**114.** L'application du principe consacré par l'article 10, savoir que tout individu né d'un Français est Français, ne souffre pas de difficultés en ce qui concerne les

Principe d'origine  
indépendamment du  
lieu de naissance

enfants légitimes, c'est-à-dire ceux qui sont issus de parents légalement mariés. L'enfant légitime suivra, au point de vue de la nationalité, la condition de son père : il naîtra donc Français si son père est Français, étranger s'il est étranger. Cette règle devra être appliquée quelle que soit la nationalité de la mère, et alors même qu'elle serait différente de celle du père, ce qui arrivera rarement (voyez l'explication des articles 12 et 19). Telle est la tradition. La loi romaine disait : *Cum legitimæ nuptiæ secutæ sint, patrem liberi sequuntur* (l. 26, D., de statu hominum, I, 5), et ce principe a toujours été admis dans notre ancien Droit.

**115.** Mais l'application du principe offre plus de difficultés en ce qui concerne les enfants naturels, c'est-à-dire ceux qui sont issus de parents non mariés.

Plusieurs hypothèses doivent être distinguées.

**PREMIÈRE HYPOTHÈSE.** Le père et la mère de l'enfant sont inconnus légalement, ce qui arrive quand l'enfant n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère (art. 334 et 341). — Quelle sera la nationalité de cet enfant ? S'il est né en France il est Français d'après l'opinion générale. Cette solution paraît difficile à contester aujourd'hui en présence de l'article 49 du Décret du 19 janvier 1844, qui suppose que les enfants trouvés, élevés à la charge de l'État, sont appelés à l'armée comme conscrits, ce qui implique qu'ils ont la qualité de Français. Elle est d'ailleurs toute naturelle, si l'on songe que, selon toutes les vraisemblances, les enfants trouvés nés en France sont issus de parents français.

**DEUXIÈME HYPOTHÈSE.** La filiation de l'enfant naturel est légalement constatée, mais vis-à-vis de l'un de ses auteurs seulement. — Alors l'enfant aura la nationalité de cet auteur. Ainsi l'enfant naturel qui a été reconnu par sa mère seulement et dont le père est légalement inconnu aura la nationalité de sa mère. De même l'enfant naturel qui n'a été reconnu que par son père aura la nationalité de son père.

**TROISIÈME HYPOTHÈSE.** La filiation de l'enfant naturel est constatée légalement vis-à-vis de son père et de sa mère tout à la fois. — Si les deux auteurs de l'enfant ont la même nationalité, il n'y aura pas de difficulté. Mais que décider s'ils ont une nationalité différente ? L'enfant aura-t-il la nationalité de son père ou celle de sa mère ? En Droit romain et dans notre ancien Droit, on lui aurait donné la nationalité de la mère. « *Vulgo quæsitæ matrem sequuntur* » dit la loi 26, D., de statu hominum, I, 5, loi qui a probablement donné lieu à l'adage « *partus ventrem sequitur* », admis comme monnaie courante dans notre ancien Droit. Plusieurs auteurs pensent que cette solution doit encore être suivie aujourd'hui dans le silence de la loi. D'autres estiment que, le législateur moderne ayant établi entre l'enfant naturel et ses parents qui l'ont reconnu une série de relations analogues à celles qui existent entre l'enfant légitime et ses père et mère, notamment en ce qui concerne le consentement à donner au mariage de l'enfant (Cpr. art. 148 et 158), il convient d'appliquer aux enfants naturels, dont le père et la mère sont légalement connus, la même règle qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne la transmission de la nationalité. L'enfant aurait donc la nationalité de son père. C'est l'opinion dominante. Enfin quelques dissidents pensent que l'enfant a, dans le cas proposé, deux nationalités entre lesquelles il peut choisir suivant son intérêt ; car, d'une part on ne peut pas lui donner les deux nationalités à la fois, et d'autre part il n'y a pas de texte qui lui impose l'une plutôt que l'autre.

**116.** Une dernière question reste à résoudre. A quelle époque faut-il se placer pour déterminer la nationalité que le père ou la mère transmet à son enfant suivant les distinctions qui viennent d'être établies ? Faut-il se placer à l'époque de la conception de l'enfant ou à l'époque de sa naissance ? La question ne présente d'intérêt bien entendu que lorsque l'auteur qui doit transmettre sa nationalité à

l'enfant a changé de nationalité dans l'intervalle de la conception à la naissance. Ainsi le père légitime d'un enfant est étranger lors de la naissance de cet enfant; mais il était Français à l'époque de sa conception. Dans l'intervalle entre la conception et la naissance il s'est fait par exemple naturaliser étranger. Quelle nationalité transmettra-t-il à son enfant? La nationalité qu'il avait lors de la naissance de l'enfant, c'est-à-dire la nationalité étrangère? Ou bien la nationalité qu'il avait lors de la conception, c'est-à-dire la nationalité française? L'opinion la plus accréditée en doctrine et en jurisprudence admet avec raison qu'en principe il faut se reporter à la naissance de l'enfant pour déterminer la nationalité qui lui est transmise, car c'est seulement à dater de sa naissance que l'enfant compte comme un être distinct dans la société; mais toutefois sauf l'application de la maxime « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur.* » C'est-à-dire qu'il y aurait lieu de se reporter à l'époque de la conception de l'enfant pour déterminer sa nationalité, toutes les fois que cela devrait avoir pour résultat de le faire bénéficier de la qualité de Français, ainsi que cela a lieu dans l'exemple qui vient d'être cité; car au point de vue de la loi française, c'est un avantage de naître Français. On objecte que l'article 40 paraît s'attacher exclusivement au fait de la naissance, puisqu'il parle de l'enfant *né* d'un Français. Mais on a fort bien répondu qu'ici le mot *né* est synonyme du mot *issu*.

La solution qui vient d'être indiquée paraîtrait devoir s'appliquer sans distinguer, comme le font certains auteurs, entre le cas où l'enfant doit suivre la nationalité de son père et celui où il doit suivre celle de sa mère. Ainsi un enfant naturel reconnu par sa mère seulement sera considéré comme Français de naissance, si sa mère, française lors de la conception, était devenue étrangère lors de sa naissance, par exemple par la naturalisation. Les arguments, que l'on invoque pour soutenir que la maxime : *Infans conceptus...* n'est pas applicable lorsque l'enfant doit suivre la nationalité de sa mère et qui sont spécialement tirés du Droit romain, sont loin d'être concluants. Les applications que fait le législateur de la règle *Infans conceptus...* à des cas moins favorables que celui de la transmission de la nationalité (V. art. 725 et 906), semblent bien prouver qu'il a voulu lui donner la portée la plus générale.

**117.** Nous savons maintenant quel est celui des deux auteurs de l'enfant qui lui transmet sa nationalité. En mariage, c'est toujours le père. Il en est de même pour l'enfant né en dehors du mariage lorsque la filiation est légalement établie vis-à-vis de ses deux auteurs ou vis-à-vis du père seulement. Il n'y a donc qu'un seul cas dans lequel l'enfant illégitime prenne la nationalité de sa mère : c'est celui où sa filiation n'est légalement constatée que par rapport à celle-ci. On pourrait ajouter le cas, assez rare d'ailleurs, mais qui se présentera parfois dans l'hypothèse d'un mariage comme dans celle d'une union illégitime, où la mère seule a une nationalité.

**118.** D'après le Code civil, tous les individus nés en France de parents étrangers étaient étrangers, sauf la faveur que leur réservait l'article 9 d'obtenir une naturalisation privilégiée (voyez plus bas l'explication de cet article). La loi du 7 février 1851 est venue déroger à ce principe dans un cas particulier, celui où l'individu né en France est *issu d'un étranger qui lui-même y est né*. Voici le texte de l'article 1<sup>er</sup> de cette loi avec les modifications que lui a fait subir la loi du 16 décembre 1874 : « *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 réglée 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 et consulaires de France à l'étranger, ET QU'IL NE JUSTIFIE AVOIR CONSERVÉ SA NATIONALITÉ D'ORIGINE PAR UNE ATTESTATION EN DUE FORME DE SON GOUVERNEMENT, LAQUELLE DEMEURERA ANNEXÉE A LA DÉCLARATION. CETTE DÉCLARATION POURRA ÊTRE FAITE PAR PROCURATION SPÉCIALE ET AUTHENTIQUE.*» Cette dernière partie du texte imprimée en caractères différents a été ajoutée par la loi du 16 décembre 1874.

Un étranger est né en France ; il a un enfant en France. Cet enfant naissait étranger d'après le Code civil ; il naît Français d'après la loi du 7 février 1851.

Pourquoi cette innovation ? Parce que la loi suppose que l'enfant né en France aura une certaine affection pour son pays d'origine, et puis surtout parce que le plus souvent l'étranger né en France, qui a un enfant en France, était français, sinon d'après la loi, au moins d'après les mœurs et les habitudes.

Notre texte n'exige aucune condition de résidence, ni à plus forte raison de domicile en France soit de la part de l'auteur de l'enfant, soit de la part de l'enfant lui-même. Il importerait donc peu que l'enfant ou son auteur fût né accidentellement en France pendant le cours d'un voyage par exemple, et n'y eût jamais résidé. Et cependant on ne peut se dissimuler qu'en pareil cas les motifs qui ont fait édicter la loi semblent ne plus exister. Est-il possible de dire que l'enfant aura de l'affection pour un pays où il est né, mais dont il n'a pas pu conserver le moindre souvenir puisqu'il l'a quitté aussitôt après sa naissance ? Peut-on dire surtout que l'auteur de l'enfant était français par les mœurs et par les habitudes quand il n'a jamais résidé en France ?

D'un autre côté, l'article parle de l'enfant « né en France d'UN ÉTRANGER qui lui-même y est né ». La loi ne dit pas : *de parents étrangers*. Il suffira donc, pour qu'un enfant né en France soit français, qu'un seul de ses auteurs soit lui-même né en France. Et il importera peu que ce soit le père ou la mère. La loi emploie il est vrai l'expression *d'un étranger*, qui semble ne pouvoir s'appliquer à la mère. Mais comme le dit la loi Romaine : *Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur*.

Bref deux conditions sont nécessaires et suffisantes pour l'application de notre disposition, savoir : naissance en France de l'un des deux auteurs de l'enfant, naissance en France de l'enfant lui-même.

**119.** Toutefois la France ne s'impose pas. Cet enfant, qui est d'origine étrangère et que la loi déclare cependant français parce que la France l'a vu naître et qu'elle a vu naître également un de ses auteurs, sera admis à répudier la nationalité française, s'il préfère la nationalité de ses

parents. Il lui suffira pour cela de réclamer la qualité d'étranger dans l'année qui suivra sa majorité telle qu'elle est fixée par la loi française. Comment fera-t-il cette réclamation ? Par une déclaration qui peut être effectuée au choix du réclamant, soit devant la municipalité du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques et consulaires de France à l'étranger.

Cette déclaration suffisait d'après la loi du 7 février 1851. Qu'arrivait-il alors ? Le plus souvent, lorsque l'enfant né en France d'un étranger était mis en demeure de satisfaire en France à la loi du recrutement en sa qualité de Français, il faisait la déclaration dont il vient d'être parlé et tout était dit. De sorte que des hommes nés en France de parents fixés dans ce pays depuis plusieurs générations, lesquels parents avaient le plus souvent perdu leur nationalité d'origine sans acquérir la nationalité française, des hommes qui par suite n'avaient pas pu acquérir en naissant la nationalité d'origine de leur père puisque celui-ci l'avait perdue, des hommes enfin qui le plus souvent se proposaient de vivre et de mourir en France et de jouir leur vie durant de tous les avantages concédés par la loi française, échappaient à l'impôt le plus lourd qui pèse sur les Français, à l'obligation de défendre la patrie, à l'impôt du sang, en revendiquant une nationalité étrangère que les lois du pays auquel ils prétendaient appartenir refusaient le plus souvent de leur reconnaître. Cette fraude trop facile à commettre et trop souvent commise a donné lieu à la modification opérée dans le texte de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 février 1851 par la loi du 16 décembre 1874. Aujourd'hui la déclaration prescrite par la loi de 1851 ne suffira plus ; elle devra être soutenue d'une attestation en due forme, délivrée par le gouvernement du pays auquel le réclamant prétend appartenir et constatant qu'il a conservé, d'après les lois de son pays, la nationalité d'origine dont il se prévaut. Cette attestation doit, à peine de déchéance, être produite dans l'année qui suivra la majorité. En ce sens, Douai, 7 nov. 1876, S., 77, 2, 260.

Les enfants nés en France d'un étranger qui lui-même y est né n'étant définitivement Français que lorsqu'ils ont laissé passer l'année qui suit leur majorité sans réclamer la qualité d'étranger, l'art. 9, al. 2, de la loi du 27 juillet 1872 a dû décider qu'ils ne concourront au tirage au sort que dans l'année qui suit celle de leur majorité, et cela seulement lorsqu'ils aurent laissé passer cette année sans réclamer la qualité d'étranger.

**120.** L'article 2 de la loi du 16 décembre 1874 résout une autre difficulté que la loi du 7 février 1851 n'avait pas prévue. Un enfant, né en France d'un étranger qui lui-même y est né, veut avant sa majorité s'engager dans l'armée française ou entrer dans une école du Gouver-

nement. Pourra-t-on l'écarter sous prétexte qu'il peut devenir étranger en réclamant cette qualité dans l'année de sa majorité? Non. Notre article décide qu'on l'admettra, mais à la condition qu'il renonce à se prévaloir après sa majorité de la qualité d'étranger. Et comme cette renonciation que la loi autorise par dérogation aux principes généraux malgré la minorité de l'impétrant, est chose grave, on a cru devoir l'entourer de garanties particulières qui sont suffisamment indiquées par l'article 2 de la loi ainsi conçu : « *Les jeunes gens, auxquels s'applique l'article précédent, peuvent, soit s'engager volontairement dans les armées de terre et de mer, soit contracter l'engagement conditionnel d'un an, conformément à la loi du 27 juillet 1872..., soit entrer dans les écoles du Gouvernement à l'âge fixé par les lois et règlements, en déclarant qu'ils renoncent à réclamer la qualité d'étranger dans l'année qui suivra leur majorité. Cette déclaration ne peut être faite qu'avec le consentement exprès et spécial du père ou, à défaut de père, de la mère, ou, à défaut de père et mère, qu'avec une autorisation du conseil de famille. Elle ne peut être reçue qu'après les examens d'admission et s'ils sont favorables.* »

Si nous résumons tout ce qui vient d'être dit sur les personnes françaises par la naissance, nous voyons que cette qualité appartient : 1° à ceux qui sont issus de parents français quel que soit le lieu de leur naissance (art. 10); 2° à ceux qui sont nés en France d'un étranger qui lui-même y est né (art 1<sup>er</sup> de la loi du 7 février 1851), sauf le droit qui leur appartient de réclamer la qualité d'étranger dans l'année de leur majorité.

## II. De ceux qui deviennent Français par le bienfait de la loi.

**121.** On devient Français *par le bienfait de la loi*, c'est-à-dire en vertu d'une sorte de naturalisation privilégiée, dans quatre cas, savoir : 1° le cas prévu par l'article 9 ; 2° le cas prévu par l'article 2 de la loi du 7 février 1851 ; 3° celui prévu par l'article 10, al. 2 ; 4° celui enfin prévu par l'article 12.

**122.** PREMIER CAS prévu par l'article 9 ainsi conçu : « *Tout individu né en France d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission.* »

On sait que, dans notre ancien Droit, l'enfant né en France naissait toujours français même quand ses parents étaient étrangers. Le projet de l'article 9 consacrait ce principe en ces termes : « *Tout individu né en France est français.* » Vivement critiquée par le Tribunat, cette disposition fut remplacée, comme on l'a vu (n° 113), par celle qu'on vient de lire.

L'enfant qui naît en France de parents étrangers naît donc étranger ; mais la loi, tenant compte de l'attachement naturel de l'homme pour le pays qui l'a vu naître, lui facilite l'acquisition de la qualité de Français. « Ses premiers regards, dit l'exposé des motifs, ont vu le sol français. C'est sur cette terre... que se sont développés ses premiers sentiments, et les impressions de l'enfance ne s'effacent jamais. » Bien que ce motif ne soit pas applicable à l'enfant qui est né accidentellement sur le sol français, pendant un voyage par exemple, et qui n'a pas séjourné en France après sa naissance, il est difficile de le considérer comme privé du bénéfice de l'article 9, dont la disposition est conçue dans des termes qui excluent toute distinction : « *Tout* individu né en France », dit la loi. Mais une solution différente devrait être admise en ce qui concerne l'enfant simplement *conçu* en France et né en pays étranger. Ici ce n'est plus seulement le motif de la loi qui manque ; son texte fait aussi défaut.

Plus délicate est la question de savoir si l'article 9 est applicable à l'enfant né en France d'un individu sans nationalité. Le texte de la loi paraît ici manquer, car il parle de l'enfant né *d'un étranger* ; or l'auteur de l'enfant n'est ni français ni étranger, il n'a pas de nationalité. Et cependant l'article semble devoir être appliqué. En disant « l'individu né d'un étranger », la loi a voulu dire vraisemblablement : l'individu né *de parents non français*. Aux yeux du législateur tout individu qui n'est pas Français est étranger ; le mot *étranger* est pris par opposition au mot Français. D'ailleurs le motif de la loi se retrouve incontestablement dans notre hypothèse.

**123.** Nous savons qui peut invoquer le bénéfice de l'article 9 ; il faut rechercher maintenant en quoi consiste ce bénéfice. Il consiste en ce que l'enfant né en France d'un étranger peut acquérir la qualité de Français beaucoup plus facilement que ne pourrait le faire un autre étranger. Il lui suffit pour cela de remplir les trois conditions suivantes :

1° *Réclamer la qualité de Français dans l'année qui suivra sa majorité.* Faite avant la majorité, la réclamation de la qualité de Français serait prématurée ; faite après l'expiration du délai d'un an depuis la majorité, elle serait tardive et par suite inopérante. Le délai fixé par la loi est fatal ; car il s'agit d'une faveur qu'elle accorde par dérogation aux règles du Droit commun, et toute disposition de ce genre doit être sévèrement restreinte dans les limites établies par la loi. *Favores non sunt ampliandi.*

Le délai d'un an étant fatal, il y a une grande importance à en déterminer le point de départ avec précision. La loi le fait courir à dater de la majorité de l'impétrant. Mais de quelle majorité s'agit-il ? De la majorité fixée par la loi française ou bien de la majorité fixée par la loi du pays étranger auquel il appartient ? Ainsi supposons un enfant né en France d'un Allemand. Le délai courra-t-il à dater de l'époque où l'enfant aura atteint la majorité telle qu'elle est fixée par la loi française, c'est-à-dire l'âge de 21 ans, ou à dater de l'époque à laquelle il aura atteint la majorité telle

qu'elle est fixée par la loi allemande, c'est-à-dire l'âge de 25 ans? La jurisprudence présente sur cette question fort peu de précédents. Quant à la doctrine, elle est divisée. Il semble pourtant qu'elle ne devrait pas l'être, car il y a une raison décisive pour s'en tenir à la majorité fixée par la loi étrangère. L'impétrant est étranger jusqu'à l'époque où il réclame la qualité de Français; il est donc régi au point de vue de son état et de sa capacité, par conséquent au point de vue de sa majorité, par la loi de son pays (*suprà* nos 72 et 80). Qu'importe après cela que, dans un cas qui est à peine voisin de celui dont il s'agit, l'article 3 de la Constitution de l'an VIII ait pris en considération la majorité fixée par la loi française? C'est une dérogation au Droit commun. Or une dérogation au Droit commun ne s'étend pas d'un cas à un autre et surtout à un autre cas qui diffère notablement de celui prévu par la loi.

La même réponse s'applique à l'argument que l'on pourrait tirer en faveur de l'opinion contraire de l'article 4<sup>er</sup> de la loi du 29 juin 1867 sur la naturalisation qui fixe à 21 ans accomplis l'âge auquel un étranger peut obtenir du Gouvernement français l'autorisation qui lui est nécessaire pour établir son domicile en France en vue du stage requis pour la naturalisation. D'ailleurs l'article 4<sup>er</sup> de la loi du 29 juin 1867, pas plus que l'article 3 de la Constitution de l'an VIII, ne prescrit un délai fatal, et il n'y avait par suite aucun inconvénient à s'attacher à la majorité telle qu'elle est fixée par la loi française. Au contraire le délai de l'article 9 est fatal, et, si on le fait courir à dater de la majorité telle qu'elle est fixée par la loi française, on mettra souvent en fait les étrangers en vue desquels cet article a été écrit dans l'impossibilité de profiter de la faveur qu'il leur accorde. Se préoccuperont-ils de remplir les formalités prescrites par l'article 9, tant qu'ils ne seront pas majeurs d'après la loi du pays auquel ils appartiennent provisoirement?

2<sup>o</sup> *Si l'étranger réside en France, il devra déclarer que son intention est d'y fixer son domicile et s'il réside en pays étranger faire sa soumission (c'est-à-dire prendre l'engagement) de fixer son domicile en France.*

La loi ne dit pas en quelle forme cette déclaration ou cette soumission doit être faite; aussi pourrait-elle difficilement être annulée pour vice de forme. On peut cependant induire par argument de l'article 4<sup>er</sup> de la loi du 7 février 1851 (*suprà*, n<sup>o</sup> 118) que le vœu de la loi est que si l'impétrant réside en France la déclaration soit faite à la municipalité du lieu de sa résidence, et que, s'il réside en pays étranger, la soumission soit faite devant les agents diplomatiques ou consulaires français accrédités dans ce pays par le Gouvernement français.

Une jurisprudence constante, qui ne peut qu'être approuvée, décide que la déclaration ou soumission exigée par l'article 9 ne pourrait pas être suppléée par des actes manifestant d'une manière plus ou moins significative l'intention d'acquérir la qualité de Français, tels que le mariage en France avec une Française, ou même le fait d'avoir contracté un engagement dans l'armée française. La loi exige une manifestation expresse de volonté, idée que révèlent clairement les mots *déclaration, soumission*. Donc une manifestation tacite de volonté serait inopérante. Il doit surtout en être ainsi dans une matière toute d'exception par cela même qu'elle est toute de faveur.

3<sup>o</sup> *Que l'impétrant établisse son domicile en France dans l'année à compter de sa soumission.*

**124. Modifications qu'a subies l'article 9.** — Deux lois postérieures au Code civil sont venues modifier l'article 9. La première est la loi du 22 mars 1849, dont l'article unique est ainsi conçu : « *L'individu né en France d'un étranger sera admis, MÊME APRÈS L'ANNÉE QUI SUIVRA*

*me, mais  
la majorité  
d'origine.  
22 ans*

L'ÉPOQUE 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<sup>o</sup> s'il sert ou s'il a servi dans les armées françaises de terre ou de mer; 2<sup>o</sup> s'il a satisfait à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité. » L'existence de l'une ou de l'autre de ces deux conditions permet de faire la déclaration prescrite par l'article 9 à une époque quelconque; mais elle ne dispense pas de la nécessité de faire cette déclaration.

La deuxième modification à l'article 9 résulte de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 février 1851 déjà expliqué. Elle consiste en ce que l'enfant né en France d'un étranger est français de plein droit quand son auteur est lui-même né en France, et sauf la faculté que la loi lui réserve de réclamer la qualité d'étranger dans l'année de sa majorité.

**125.** DEUXIÈME CAS prévu par l'article 2 de la loi du 7 février 1851, ainsi conçu : « *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 même époque, l'article 9 du Code civil leur est applicable dans l'année qui suivra celle de la naturalisation.* »

Un étranger qui se fait naturaliser Français a des enfants nés lors de la naturalisation. Le changement de nationalité du père n'influe pas sur celle des enfants; mais il facilite pour eux l'acquisition de la qualité de Français au cas où, comme il arrivera souvent, ils voudraient suivre le sort de leur père. A cet effet la loi décide que les enfants de l'étranger naturalisé pourront invoquer le bénéfice de l'article 9 dans l'année à compter de leur majorité s'ils étaient mineurs lors de la naturalisation, et dans l'année à compter de la naturalisation s'ils étaient majeurs à cette époque. Quant aux enfants qui naîtront postérieurement à la naturalisation, il est clair qu'ils naîtront Français.

**126.** TROISIÈME CAS prévu par l'article 10, al. 2, du Code civil, ainsi conçu : « *Tout enfant, né en pays étranger d'un Français qui aurait perdu* » la qualité de Français, pourra toujours recouvrer cette qualité en remplissant les formalités prescrites par l'article 9. » — La loi accorde une double faveur à l'enfant né d'un étranger qui a eu autrefois la qualité de Français : 1<sup>o</sup> cet enfant est admis au bénéfice de l'article 9, même quand il naît en pays étranger; 2<sup>o</sup> cet enfant pourra « toujours » invoquer le bénéfice de l'article 9; toujours, par conséquent même après l'expiration du délai fixé par cet article, c'est-à-dire de l'année qui suit sa majorité.

La loi dit que l'enfant dont il s'agit pourra toujours « RECOURIR la qualité de Français... » C'est plutôt acquérir qu'il aurait fallu dire, car cet enfant a toujours été étranger. Cependant le législateur paraît avoir

La L. 14 fév. 1851 a étendu à tous enfants le bénéfice accordé par l'art. 9 de la loi de 1851 (art. 2) aux enfants nés en France ou à l'étranger qui étaient majeurs à cette même époque (art. 120)

employé ce mot à dessein, sans doute parce qu'il a considéré l'enfant comme étant à demi-français à raison de son origine, puisque son père a été autrefois français.

A un autre point de vue encore, le mot *recouvrer* de l'article 10 prête à la critique. L'enfant, qui acquiert la nationalité française dans le cas prévu par l'article 10, al. 2, ne l'acquiert que pour l'avenir, non pour le passé; il l'acquiert sans effet rétroactif (art. 20). L'article 10 a donc tort de dire que cet enfant *recouvre* la qualité de Français. Il est plus vrai de dire qu'il l'acquiert. On est d'ailleurs d'accord pour appliquer l'article 10, al. 2, à l'enfant d'une ex-Française aussi bien qu'à l'enfant d'un ex-Français, quoique la loi ne parle que « d'un Français ». *Genus masculinum complectitur et femininum.* Le bénéfice de notre article pourrait donc être invoqué par l'enfant né en pays étranger d'une Française qui a perdu sa qualité par son mariage avec un étranger.

Bien que l'article 10, al. 2, parle d'un enfant né d'un ci-devant Français « *en pays étranger* », il serait cependant applicable à l'enfant d'un ci-devant Français *né en France*, car il est clair que cette circonstance ne saurait être pour lui une cause de défaveur. L'article 10 ne parle que de l'enfant né en pays étranger, parce qu'il a été rédigé en vue du système primitivement consacré par l'article 9, d'après lequel tout individu né en France était français. Ce système ayant été abandonné, on aurait dû modifier l'article 10 et supprimer les mots : *en pays étranger*, ou mettre à la place ceux-ci : *même en pays étranger*. On n'y a pas songé. Toutefois l'enfant né en France d'un Français qui a perdu sa qualité aura rarement à invoquer le bénéfice de l'article 10, al. 2, parce que la plupart du temps son auteur sera né en France, ce qui amènera l'application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 février 1851 et lui confèrera de plein droit la qualité de Français.

**127.** QUATRIÈME CAS prévu par l'article 12 ainsi conçu : « *L'étrangère* » qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari. » — « Cette maxime, dit l'orateur du Gouvernement, est fondée sur la nature du mariage, qui de deux êtres n'en fait qu'un en donnant la prééminence à l'époux sur l'épouse. » La loi présume que la femme étrangère, qui consent à associer son existence à celle d'un Français, entend aussi partager sa nationalité, et, sur le fondement de cette présomption, elle la déclare française par le seul fait de son mariage. La femme étrangère qui épouse un Français deviendra donc française de plein droit par le bienfait de la loi, alors même qu'elle serait mineure et sans qu'une manifestation de volonté de sa part soit en aucun cas nécessaire. Bien plus une manifestation de volonté contraire devrait, suivant l'opinion générale, être considérée comme inopérante. Le changement de nationalité est ici un effet du mariage; or c'est la loi seule qui

règle ces effets, les parties ne peuvent pas modifier sur ce point ses dispositions (arg., tiré de l'art. 6). Si une femme étrangère veut conserver sa nationalité, il ne faut pas qu'elle épouse un Français.

La loi dit que la femme étrangère qui épouse un Français devient française, mais elle ne dit pas que la femme étrangère deviendra française toutes les fois que son mari le deviendra. Si donc le mari étranger lors du mariage devient français pendant le cours du mariage, par la naturalisation par exemple, sa femme ne deviendra pas nécessairement française. Et en effet si l'on peut raisonnablement présumer que la femme entend accepter la nationalité qu'a son mari lors du mariage, on ne peut pas raisonnablement supposer qu'elle entend accepter à l'avance, et les yeux fermés en quelque sorte, toute nationalité quelle qu'elle soit qu'il plairait à son mari d'acquérir pendant le cours du mariage. La femme étrangère restera donc étrangère lorsque son mari se fera naturaliser français pendant le cours du mariage, à moins que la naturalisation n'ait été demandée et obtenue dans des conditions telles que la femme puisse être considérée comme ayant été associée à la faveur qui a été accordée à son mari. Par où l'on voit que deux époux aux yeux de la loi française peuvent avoir une nationalité différente.

### III. *De ceux qui deviennent Français par la naturalisation.*

**128.** La naturalisation est le moyen par lequel les étrangers peuvent acquérir la qualité de Français.

La législation relative à la naturalisation a subi de fréquentes variations. Ne sont-elles pas inhérentes à la matière elle-même, et ne doit-on pas s'applaudir à ce titre que la naturalisation n'ait pas reçu asile dans le Code civil qui est en matière législative l'emblème de la stabilité? Toutefois ce n'est pas là le motif qui a déterminé le législateur à exclure la naturalisation du Code civil. Il l'a fait, parce que cette matière était alors régie par la loi constitutionnelle (Constitution de l'an VIII, art. 3.), et on sait que le législateur est lié par la Constitution; il ne peut y porter atteinte.

La naturalisation est aujourd'hui réglée par la loi du 29 juin 1867 qui contient trois articles dont voici le texte :

ART. 1<sup>er</sup> : « *L'étranger, qui, après l'âge de vingt et un ans accomplis, a, conformément à l'article 13 du Code Napoléon, obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France et y a résidé pendant trois années, peut être admis à jouir de tous les droits de citoyen français. Les trois années courront à partir du jour où la demande d'autorisation aura été enregistrée au ministère de la justice. Est assimilé à la résidence en France le séjour en pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le Gouvernement français. Il est statué sur la demande en naturalisation, après enquête sur la moralité de l'étranger, par un décret de l'Empereur rendu sur le rapport du ministre de la justice, le Conseil d'État entendu.* »

**ART. 2 :** « *Le délai de trois ans, fixé par l'article précédent, pourra être réduit à une seule année en faveur des étrangers qui auront rendu à la France des services importants, qui auront introduit en France soit une industrie soit des inventions utiles, qui y auront apporté des talents distingués, qui y auront formé de grands établissements ou créé de grandes exploitations agricoles.* »

**ART. 3 :** *L'article 5 de la loi du 3 décembre 1849 est abrogé.*

**129.** Notre loi distingue deux espèces de naturalisation, qui ne diffèrent l'une de l'autre que par la durée du stage. La doctrine donne à la première le nom de naturalisation *ordinaire*, et à la seconde celui de naturalisation *extraordinaire* ou *privilégiée*. L'article 2 explique suffisamment que cette dernière est réservée à titre de faveur aux étrangers, qui ont bien mérité de la France en la faisant profiter de leur talent ou de leur industrie.

**130. a).** *Conditions à remplir pour obtenir la naturalisation.* L'étranger, qui veut se faire naturaliser français, doit faire en France un stage d'une certaine durée. Le temps du stage ne commence à courir que sous les conditions suivantes : 1° que l'étranger ait atteint l'âge de vingt et un ans accomplis ; 2° qu'il ait obtenu du Gouvernement l'autorisation de fixer son domicile en France ; 3° qu'il ait effectivement fixé son domicile en France, ce qui exige qu'il soit venu s'y établir. La durée du stage est de trois ans pour la naturalisation privilégiée. C'est la seule différence qui existe entre les deux espèces de naturalisation. Elles s'obtiennent d'ailleurs dans la même forme et produisent les mêmes effets. La résidence en France doit être continue pendant toute la durée du délai d'un an ou de trois ans, ce qui n'exclut pas cependant quelques absences.

**131. b).** *Formalités à remplir pour demander et obtenir la naturalisation.* La naturalisation ne résulte pas de plein droit de l'accomplissement des conditions qui viennent d'être indiquées ; elle doit être demandée par l'étranger qui aspire à cette faveur, ce qui implique qu'elle peut être refusée. La demande doit être adressée sous forme de requête au ministre de la justice, qui la transmet au président de la République accompagné d'un rapport dans lequel le ministre fait connaître son avis sur la suite qu'il convient de donner à la demande. Le ministre a dû préalablement vérifier si les conditions prescrites par la loi sont remplies, et s'assurer par une enquête de la moralité de l'étranger. Le président de la République statue par un décret rendu en Conseil d'Etat.

**132. c).** *Effets de la naturalisation.* L'étranger naturalisé français est « admis à jouir de tous les droits de citoyen français », non seulement des droits civils, mais aussi des droits politiques, même du droit d'élection et d'éligibilité législatives.

*Aurait dû parler de la "grande naturalisation"*

Les effets de la naturalisation sont *individuels*, c'est-à-dire personnels à celui qui les a obtenus. Elle ne produit donc aucun effet par rapport à la femme de l'étranger naturalisé qui ne l'aurait pas elle-même demandée et obtenue. Un homme ne peut pas, par son fait, changer la nationalité de sa femme contre le gré de celle-ci. Pour le même motif, la naturalisation obtenue par un étranger serait sans influence sur la nationalité de ses enfants déjà nés (v. en ce sens Req., rej., 6 mars 1877, S., 79. I, 305), sauf à ces enfants à invoquer le bénéfice que leur accorde l'article 2 de la loi du 7 février 1851. Le même bénéfice n'appartiendrait pas à la femme de l'étranger naturalisé, à l'égard de laquelle l'article 2 précité garde un silence calculé. Si elle veut partager la nationalité que son mari se propose d'acquérir, elle doit demander la naturalisation conjointement avec lui. Quant aux enfants qui naîtront après la naturalisation, il va de soi qu'ils naîtront avec la nouvelle nationalité de leur père.

**133. Observation.** — La qualité de Français ne s'acquiert pas par prescription, parce qu'elle n'est pas *in hominum commercio*. Donc, quelque prolongé que soit le séjour d'un étranger en France, il ne deviendra pas français tant qu'il n'aura pas rempli les formalités prescrites par la loi pour acquérir la naturalisation.

#### IV. *De ceux qui deviennent Français par l'annexion à la France d'un territoire étranger.*

**134.** Quand un territoire étranger est annexé à la France, ce qui peut arriver par suite de la conquête ou par suite d'un traité, les *naturels* du territoire annexé suivent le sort de ce territoire et deviennent français comme lui.

Par *naturels* du pays annexé il faut entendre les nationaux de ce pays, c'est-à-dire ceux qui en sont originaires, ceux qui en ont acquis la nationalité par leur naissance dans le pays alors même qu'ils seraient fixés hors dudit pays lors de l'annexion (V. en ce sens Cass., 12 juin 1874, S., 78 4. 45.) On assimile aux *naturels* du pays annexé les étrangers naturalisés dans ce pays, c'est-à-dire les étrangers qui en ont acquis la nationalité par la naturalisation après un séjour plus ou moins prolongé, mais non ceux qui, ne s'étant jamais fait naturaliser, résidaient simplement dans le pays ou même y étaient domiciliés (Paris, 24 juillet 1874, S., 75 2. 225.)

**135.** Quand l'annexion résulte d'un traité, la condition des habitants du pays annexé y est ordinairement réglée par des dispositions particulières. C'est ce qui a été fait par l'article 6 du traité conclu le 24 mars 1860 entre la France et la Sardaigne relativement à la réunion à la France de la Savoie et de l'arrondissement de Nice. Cet article est ainsi conçu : « Les sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice ou domiciliés actuellement dans ces provinces, qui entendent conserver la nationalité sarde, jouiront pendant l'espace d'un an, à partir de l'échange des ratifications et moyennant une déclaration

préalable à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en Italie et de s'y fixer, auquel cas la qualité de citoyen sarde leur sera maintenue. »

## N° 2. Preuve de la qualité de Français.

**136.** Un Français peut avoir à prouver sa nationalité quand elle est contestée ; comment fera-t-il cette preuve ? Elle n'offrira pas de difficulté pour ceux qui ont acquis la nationalité française. Il existe en pareil cas un fait dont l'existence est facile à démontrer, tel que la naturalisation, le mariage, etc.

Il n'en est pas de même pour ceux qui sont Français par la naissance.

L'embarras toutefois n'existera pas pour ceux qui sont nés en France depuis le 7 février 1854 de parents nés eux-mêmes en France. En effet, par cela seul qu'ils prouveront, d'une part qu'ils sont nés en France depuis 1854, et d'autre part que leur père est né en France à une époque quelconque, leur qualité de Français sera par cela même établie (art. 1<sup>er</sup> de la loi du 7 février 1854).

Mais la difficulté devient sérieuse pour tous les Français d'origine qui ne peuvent pas invoquer la loi de 1854.

En effet, en dehors du cas prévu par la loi du 7 février 1854, il faut, pour être français d'origine, être né d'un Français. L'individu, qui prétend être français d'origine, devra donc prouver que son père était français et cette preuve pourra être fort difficile si le père et ses auteurs immédiats ou médiats depuis plusieurs générations étaient eux-mêmes français d'origine. Régulièrement la qualité de Français devrait être établie pour chacun de ces auteurs ; car, si un seul était étranger, il a transmis sa nationalité à ses descendants *in infinitum*. Or on comprend qu'une pareille preuve serait impossible, et il n'a pu être dans les intentions du législateur de l'exiger.

La question se simplifiera, si l'un des ancêtres de celui qui se prétend français d'origine est né en France avant la promulgation du Code civil et si l'on est en mesure de l'établir. En effet, antérieurement au Code civil, le simple fait de la naissance sur le territoire français était attributif de la nationalité française. Si donc je prouve qu'un de mes ancêtres est né en France avant sa promulgation, j'aurai prouvé par cela même que cet ancêtre était français, et, sa nationalité ayant été transmise à tous ses descendants successivement, ma qualité de Français sera par là même établie. Quand la preuve dont il vient d'être parlé ne peut pas être fournie, la jurisprudence admet qu'il suffit à celui qui se prétend français d'origine de prouver sa qualité de Français et celle de ses auteurs par *la possession d'état*. Il démontrera que lui et ses auteurs ont toujours été en possession de l'état, de la qualité de Français ; c'est-à-dire que lui et ses auteurs ont toujours joui de cette qualité ; qu'ils ont été considérés comme Français dans leur famille et dans le public ; qu'ils se sont comportés comme tels en exerçant les droits et en supportant les charges attachés à ce titre. La preuve de la plupart de ces faits peut être administrée par témoins.

## § III. Des étrangers. — De leur condition en France.

L'historique de cette matière est plein d'intérêt. Aussi, avant d'exposer la condition des étrangers en France d'après les dispositions de notre Droit actuel, allons-nous rechercher succinctement ce qu'elle fut dans notre ancien Droit et dans notre Droit intermédiaire.

### N° 1. De la condition des étrangers dans notre ancien Droit.

**137.** Dans le dernier état de notre ancienne législation, les étrangers

jouissaient en France des droits naturels, mais non des droits civils *stricto sensu* (*supra* n° 107). Par application de ce principe, les étrangers pouvaient être propriétaires en France de biens soit meubles soit immeubles, contracter, ester en justice (*stare in judicio*), aliéner et acquérir à titre onéreux et même à titre gratuit, mais seulement par donation entre-vifs, tous actes qui étaient considérés comme appartenant au Droit des gens (*jus gentium*); mais ils ne pouvaient pas transmettre ni recevoir des biens situés en France soit par testament soit par succession *ab intestat* (1), parce que ces actes étaient considérés comme appartenant au Droit civil *stricto sensu* (2). Les étrangers étaient donc frappés de ce chef d'une double incapacité de transmettre et de recevoir. Que devenaient les biens que l'étranger se trouvait ainsi empêché de transmettre ou de recevoir? Le Roi s'en emparait en vertu d'un droit connu sous le nom de *droit d'aubaine*.

**138.** Il convient d'insister quelque peu sur la double incapacité de transmettre et de recevoir dont les étrangers étaient frappés et sur le droit d'aubaine qui en était la conséquence.

a). *Incapacité de transmettre.* L'étranger était incapable de transmettre, soit par testament, soit par succession *ab intestat*, les biens qui lui appartenaient en France. Les biens laissés en France par un étranger décédé ne pouvaient donc passer ni à ceux au profit desquels il en avait disposé par son testament, ni à ses héritiers légitimes (ses parents les plus proches). Le Roi s'en emparait, comme nous venons de le dire. Cette règle souffrait cependant exception quand l'étranger laissait un ou plusieurs enfants légitimes et *régnicoles*. « On nomme régnicole, dit Favard de Langlade, celui qui est né sujet du roi et qui est censé avoir son domicile dans le royaume. » Les enfants de l'étranger avaient alors la préférence sur le Roi, soit qu'ils fussent appelés à la succession de leur père par le testament de celui-ci, soit qu'ils y fussent appelés en vertu des seules dispositions de la loi. Et si l'étranger laissait plusieurs enfants légitimes dont les uns étaient régnicoles et les autres non régnicoles, ceux-ci étaient admis, sous la seule condition qu'ils résidassent en France, à succéder concurremment avec les enfants régnicoles. Le Roi n'avait pas d'intérêt à les exclure puisqu'il se trouvait exclu lui-même par les enfants régnicoles. Pour le même motif, le testament, fait par l'étranger laissant des enfants régnicoles au profit d'autres que ces enfants, recevait son exécution, pourvu bien entendu que le légataire fût capable. — En résumé le Roi recueillait, à l'exclusion de tous autres, les biens laissés en France par l'étranger décédé *testat* ou *intestat* sans enfants légitimes et régnicoles. Ce droit, qui était une sorte de confiscation, s'appelait droit d'*aubaine* parce qu'il s'exerçait contre les étrangers ou *aubains* (de *alibi nati*). D'autres pensent que *aubain* vient de *Albanus* qui signifierait : habitant d'Albion. Quoi qu'il en soit de l'étymologie du mot *aubain*, ce qui est certain c'est qu'il désignait les étrangers dont on connaissait la patrie. Ceux dont la patrie était ignorée étaient désignés sous le nom d'*épaves*.

(1) La succession AB INTESTAT est celle qui est laissée AB INTESTATO, c'est-à-dire par un homme mort sans testament.

(2) D'une manière générale, notre ancien Droit considérait comme appartenant au Droit naturel tous les actes entre-vifs, même la donation. Les actes de transmission à cause de mort, MORTIS CAUSA [succession et testament] étaient au contraire considérés comme appartenant au JUS CIVILE, Droit civil STRICTO SENSU.

b). *Incapacité de recevoir*. L'étranger ne pouvait pas recevoir des biens situés en France soit par testament soit par succession *ab intestat*.

*Par testament*. Le testament fait au profit de l'étranger relativement à des biens situés en France était nul, et les biens qui lui avaient été légués revenaient par voie de succession *ab intestat* aux héritiers légitimes du défunt s'ils étaient capables, et à défaut au Roi.

*Par succession ab intestat*. Quand un homme venait à mourir sans testament laissant des biens situés en France, si son héritier le plus proche était un étranger celui-ci ne pouvait pas les recueillir. Ils passaient à son défaut aux héritiers français s'il y en avait, et, dans le cas contraire, le Roi s'en emparait. Ce droit du Roi était encore désigné sous le nom de droit d'aubaine, mais improprement.

**139.** Dès avant 1789 le droit « sauvage » d'aubaine avait été aboli par des conventions diplomatiques passées entre la France et un grand nombre d'états étrangers. Toutefois cette abolition n'avait été réalisée par ces différents traités que sous la réserve au profit du Roi d'une certaine fraction, égale généralement à un dixième de ce qui aurait dû lui revenir à titre de droit d'aubaine, et connue sous le nom de *droit de détraction*.

#### N° 2. De la condition des étrangers dans notre Droit intermédiaire.

**140.** Nos jurisconsultes et nos philosophes avaient flétri le droit d'aubaine. Bouteiller l'appelle un *droit haineux*, Montesquieu un *droit sauvage*. Le législateur de cette époque qui rêvait la fraternité universelle ne pouvait laisser subsister le droit d'aubaine. Il fut aboli effectivement, ainsi que le droit de détraction qui en était un vestige, par la loi du 18 août 1790. Cette œuvre fut complétée par la loi du 15 avril 1791, dont l'article 3 décida que les étrangers seraient capables de succéder *ab intestat*, de disposer et de recevoir à quelque titre et par quelque mode que ce soit. On espérait par là donner aux autres peuples un grand exemple et les déterminer à adopter à notre égard des mesures du même genre. Mais cet appel ne fut pas entendu. Les Etats étrangers acceptèrent la faveur qu'on leur offrait et ne donnèrent rien en retour.

#### N° 3. De la condition des étrangers en France dans notre Droit nouveau.

**141.** Le Code civil établit une distinction, inconnue jusqu'alors, entre les étrangers qui ont été admis et ceux qui n'ont pas été admis à fixer leur domicile en France. La première hypothèse est régie par l'article 13, la deuxième par les articles 11, 14, 15 et 16.

##### A. Des étrangers qui ont été admis à fixer leur domicile en France.

**142.** Aux termes de l'article 13 : « *L'étranger, qui aura été admis par l'autorisation du Roi à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider.* »

L'étranger domicilié en France en vertu d'une autorisation du chef de l'Etat est donc l'objet d'une faveur importante : il jouit « de tous les

droits civils » tant qu'il continue de résider en France, de tous les droits civils sans exception, même du droit d'adopter et d'être adopté. Il cesse aussi d'être soumis aux mesures de défiance, *privilegia odiosa*, qu'entraîne l'extranéité telle que l'obligation de fournir la caution dont parle l'article 16. Est-ce à dire que l'étranger, qui a fixé son domicile en France en vertu de l'autorisation du chef de l'Etat, soit absolument de même condition qu'un Français ? Non, sa situation diffère de celle du Français à deux points de vue :

1° *L'étranger admis à établir son domicile en France reste régi par les lois de son pays en ce qui concerne son état et sa capacité.*

2° *L'étranger admis à fixer son domicile en France n'a jamais la jouissance des droits politiques.* Il ne jouira donc pas du droit d'élection et d'éligibilité ; il ne pourra pas aspirer aux fonctions publiques ni être témoin dans un testament (art. 980). Suivant quelques-uns, il ne pourrait pas non plus être tuteur en France ni membre d'un conseil de famille, parce que, dit-on, la capacité requise pour exercer ces fonctions est une dépendance de la capacité politique ; mais ce point est gravement contesté. La Cour de cassation admet à être tuteur l'étranger même non domicilié en France, à plus forte raison celui qui a en France un domicile autorisé (1). Nous reviendrons du reste sur ce point.

**143.** L'étranger qui veut jouir du bénéfice de l'article 13 doit demander au chef de l'Etat l'autorisation de fixer son domicile en France. Cette autorisation peut lui être refusée. Quand elle a été accordée elle est révocable, et quand elle a été révoquée, l'étranger est dans la même situation que s'il ne l'avait jamais obtenue.

L'autorisation dont il vient d'être parlé suffit-elle à l'étranger pour qu'il puisse invoquer le bénéfice de l'article 13 ? Non, il faut de plus qu'il ait mis cette autorisation à profit en établissant son domicile en France, et pour cela il doit venir y résider, c'est-à-dire y demeurer. Ces deux conditions sont exigées cumulativement. La résidence sans l'autorisation, pas plus que l'autorisation sans la résidence, ne suffirait pour que l'étranger pût jouir des droits civils en France. De plus la loi ajoute que l'étranger, une fois qu'il aura acquis ce bénéfice, ne le conservera que pendant la durée de sa résidence. Si donc l'étranger cesse de résider en France, il cessera d'y jouir des droits civils : ce qu'il faut entendre toutefois d'une manière raisonnable, car nul ne croira qu'une absence temporaire, pour affaires par exemple ou pour un voyage d'agrément, puisse avoir pour résultat de faire perdre à l'étranger le bénéfice de sa situation privilégiée.

**144.** La faveur, que la loi accorde à l'étranger qui a en France un domicile autorisé, lui est exclusivement personnelle. *Favores non sunt ampliandi.* Ce bénéfice ne

[1] Cass., 16 février 1871. Sir., 75. 1. 193.

profitera donc pas aux membres de la famille de l'étranger qui seraient venus s'établir avec lui en France, à moins qu'ils n'aient été compris dans la demande et dans la concession de l'autorisation. Cette règle paraît devoir être appliquée même à la femme, aux enfants et aux domestiques de l'étranger qui n'auraient pas été individuellement autorisés à établir leur domicile en France. Mais il serait difficile de l'appliquer aux enfants de l'étranger qui naîtraient en France après l'autorisation accordée. On peut aisément les considérer comme virtuellement compris dans la demande et dans la concession de l'autorisation.

Dans la pratique il n'y a guère que les étrangers désireux de se faire naturaliser français qui sollicitent du chef de l'État l'autorisation d'établir leur domicile en France. On conçoit facilement qu'ils la demandent, puisqu'elle est nécessaire pour fixer le point de départ du stage exigé par la loi comme condition de la naturalisation (V. n° 130). Cette autorisation leur procure en outre l'avantage important de jouir des droits civils en attendant que la naturalisation constitue un fait accompli. Mais on conçoit non moins facilement que les autres étrangers ne la demandent pas, car ils peuvent craindre que le fait d'avoir demandé et obtenu cette autorisation ne les fasse considérer comme s'étant établis en France sans esprit de retour, ce qui peut avoir pour conséquence de leur faire perdre leur nationalité s'il existe dans la loi de leur pays un texte analogue à celui de notre article 17 3°.

\* L'autorisation du Gouvernement est-elle nécessaire à l'étranger pour acquérir un domicile en France? L'article 13 ne le dit pas; il semble même dire le contraire; car en décidant que l'étranger qui aura été autorisé à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils, il exprime implicitement l'idée que celui qui l'y aura établi sans autorisation n'y jouira pas des droits civils, et reconnaît ainsi que l'étranger peut avoir un domicile en France sans autorisation. Et au fait, pourquoi lui refuserait-on ce droit? On n'en verrait pas le motif. Tel n'est pas cependant l'avis de la Cour de cassation, qui juge que l'étranger ne peut pas acquérir en France, sans l'autorisation du Gouvernement, un véritable domicile de droit, mais seulement un domicile de fait ayant notamment pour conséquence de le soumettre à la juridiction des tribunaux français (Req., Rej., 7 juillet 1874, S., 1875 4. 49, et Civ., cass., 5 mai 1875, S., 75. 4. 409).

### B. Des étrangers qui n'ont pas en France de domicile autorisé.

*De leur condition en France et de la différence qui existe entre eux et les Français au point de vue des droits civils.*

145. « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. » Ainsi s'exprime l'article 11.

Ce texte établit, comme on l'a fort bien dit, un régime de *réciprocité diplomatique* entre la France et les autres nations, c'est-à-dire une réciprocité ayant sa base dans un traité ou convention internationale et non une réciprocité *de fait*. En d'autres termes, les droits civils dont l'étranger jouit en France ne sont pas tous les droits civils dont la loi nationale de cet étranger accorde la jouissance aux Français dans son pays, mais seulement ceux dont la jouissance est accordée aux Français dans le pays de cet étranger par un traité intervenu entre la France et le gouvernement de ce pays. Comme le dit Demante, l'article 11 accorde aux étrangers en France « la réciprocité des droits dont

jouissent les Français dans leur pays, non en vertu des lois de ce pays, mais en vertu de traités faits avec la nation à laquelle ils appartiennent. »

Le projet de l'article 44 consacrait un régime basé sur la réciprocité diplomatique et sur la réciprocité de fait tout à la fois. On y lisait en effet l'expression *par les lois ou traités*. Or les mots *lois ou* ont disparu de la rédaction définitive. On a donné à l'appui de leur suppression cette raison : que la France ne serait plus maîtresse chez elle si une nation étrangère pouvait faire acquérir en France à ses sujets la jouissance des droits civils les plus importants, en concédant sur son territoire ces mêmes droits aux Français par une loi, c'est-à-dire par un acte auquel la France ne participe pas.

**146.** Quels sont les droits dont un étranger, qui n'a pas en France de domicile autorisé, peut jouir en l'absence de la réciprocité d'un traité ? Ainsi il n'y a pas de traité entre la France et le pays auquel appartient un étranger résidant en France : de quels droits cet étranger jouira-t-il ? Ou bien il y a un traité ; en vertu de la réciprocité créée par ce traité, l'étranger jouit en France de tels et tels droits : quelle est sa situation par rapport aux autres droits ? Grave est la controverse sur ce point. La question a toutefois un intérêt beaucoup plus théorique que pratique, car, au point de vue des résultats, les différences ne sont pas très considérables entre les divers systèmes qui ont été proposés et dont voici l'analyse sommaire.

*Premier système.* Les mots *droits civils* qu'emploie l'article 44 désignent tous les droits privés, qu'ils aient leur source dans le droit naturel ou dans la loi positive. En l'absence d'un traité, l'étranger ne jouit en France que de ceux de ces droits qui lui ont été expressément ou tacitement concédés par des textes spéciaux.

Si l'on doit juger de la valeur d'un système par les conséquences qu'il engendre, celui-là ne paraîtra guère acceptable. Il conduirait notamment à décider que les étrangers ne peuvent pas, en l'absence d'un traité, se marier ni devenir propriétaires en France. Il est vrai que les auteurs qui l'adoptent protestent contre cette conséquence. Le droit de contracter mariage en France et d'y être propriétaire est, disent-ils, tacitement reconnu aux étrangers par des textes. L'article 49 ne suppose-t-il pas qu'un étranger peut se marier en France, et l'article 3 qu'il peut y être propriétaire ? — Sans doute. Mais ces articles ont peut-être été écrits en vue du cas où la jouissance de ces droits résulte pour l'étranger d'un traité, et ils ne prouvent nullement par conséquent qu'en l'absence d'un traité ces droits doivent appartenir à l'étranger en France.

*Deuxième système.* Ce système donne aux mots *droits civils* de l'article 44 le même sens que le système précédent. On peut le formuler ainsi : l'étranger qui n'a pas en France de domicile autorisé y jouit de tous les droits civils qu'un texte ne lui retire pas ; quant à ceux qu'un texte de loi lui retire, l'étranger n'en pourra jouir qu'en vertu d'un traité.

Cette opinion qui accorde en principe à l'étranger la jouissance de tous les droits civils, est fondée sur des considérations qui pourraient être bonnes s'il s'agissait de faire la loi, mais qui n'ont presque aucune valeur quand il s'agit de l'interpréter. De plus elle est manifestement contraire au texte de l'article 44. Elle est contraire aussi : 1° à l'article 8 qui, en disant que « tout Français jouira des droits civils », donne à entendre très-clairement qu'il en est autrement des étrangers ; 2° à l'article 43, qui en accordant la jouissance de tous les droits civils à l'étranger domicilié en France en vertu d'une autorisation donne à entendre non moins clairement qu'il n'en sera pas de même pour l'étranger non autorisé ; 3° enfin à la rubrique de la

section I du chapitre II, d'où il résulte qu'en perdant la qualité de Français, c'est-à-dire en devenant étranger, on perd la jouissance des droits civils.

*Troisième système.* Les mots *droits civils*, dans l'article 11, comme dans l'article 8 et dans l'article 13, désignent, non pas tous les droits privés indistinctement, mais seulement ceux qui dérivent de la loi positive, du *jus civile* proprement dit, c'est-à-dire du *jus proprium civitatis*. Ce sont là les seuls droits privés qui ne puissent, en l'absence d'un traité, appartenir à l'étranger non admis à fixer son domicile en France. Quant aux droits naturels, c'est-à-dire ceux qui dérivent du Droit naturel ou Droit des gens, tels que le droit de se marier, d'être propriétaire en France, l'article 11 ne s'en occupe pas, et l'étranger en a dans tous les cas la jouissance.

Cette distinction entre les droits naturels, dont l'étranger aurait dans tous les cas la jouissance en France, et les droits civils *stricto sensu* dont il ne pourrait jouir qu'en vertu d'un traité, était déjà admise dans notre ancien Droit. Pothier dit que les étrangers ou *aubains* participent aux droits qui dérivent du Droit des gens, mais non à ceux que les lois civiles n'ont établis que pour les citoyens; tels sont les droits de succession active et passive et de testament. Les travaux préparatoires prouvent de la manière la plus positive que le législateur a voulu reproduire l'ancienne distinction entre les droits naturels et les droits civils. Le texte de l'article 11 s'y prête d'ailleurs assez facilement, puisqu'il suffit, pour l'y plier, d'entendre les mots *droits civils* qu'il emploie dans le sens restreint qui vient d'être indiqué et qui n'est pas nouveau dans la langue du Droit.

Il est bien entendu d'ailleurs que le système qui vient d'être exposé cesse de recevoir son application, toutes les fois qu'il existe un texte accordant ou refusant un droit civil aux étrangers indépendamment de tout traité. Ainsi bien que le droit de devenir concessionnaire d'une mine puisse être considéré comme un droit civil *stricto sensu*, un étranger peut, même en l'absence d'un traité, devenir concessionnaire d'une mine en France, parce qu'il existe un texte qui accorde dans les termes les plus généraux ce droit aux étrangers (L. 21 avril 1840, art. 43). En sens inverse, un étranger qui n'a pas en France de domicile autorisé, n'y jouirait pas du bénéfice de cession de biens, alors même qu'un traité assurerait ce bénéfice aux Français dans le pays de l'étranger, parce qu'il y a un texte qui le refuse d'une manière générale aux étrangers, l'article 905 du Code de procédure civile.

Ce système, qui paraît bien préférable aux précédents, est accepté par la grande majorité des auteurs et par la jurisprudence.

**147.** Passons aux applications dont l'article 11, interprété d'après ce troisième système, est susceptible. Ces applications ne sont pas sans difficultés à cause de l'absence d'un *criterium* certain pour distinguer les droits naturels des droits civils *stricto sensu*. On peut citer comme exemple de droits civils *stricto sensu*, dont les étrangers n'auraient la jouissance en France qu'en vertu d'un traité, les droits d'adopter et d'être adopté. La plupart des auteurs ajoutent le droit d'être tuteur en France ou membre d'un conseil de famille; mais c'est fort contestable, car les lois sur la tutelle ont pour fondement l'incapacité du mineur et la protection qui lui est due à raison de cette incapacité, et à ce titre elles paraissent bien appartenir au Droit naturel. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt récent (16 février 1875, S., 75. 4. 493).

**148.** Les deux applications les plus remarquables du principe formulé par l'article 11 étaient contenues dans les articles 726 et 912. Bien que ces textes n'appartiennent plus qu'à l'histoire, il est nécessaire d'en dire quelques mots.

PREMIÈRE APPLICATION. Aux termes de l'article 726 : « Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou français, possède dans le territoire du

*de jure  
plus de 1/2  
par le  
de jure  
total.*

*Royaume, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11, au titre de la Jouissance et de la Privation des Droits civils. »*

En l'absence d'un traité entre la France et la nation à laquelle il appartenait, l'étranger était donc incapable *d'acquérir* par succession des biens situés en France; incapable *d'acquérir*, mais non de *transmettre*. Les biens situés en France dépendant de la succession d'un étranger passaient donc à ses héritiers, pourvu qu'ils fussent capables d'après la loi française d'acquérir par succession, c'est-à-dire français.

DEUXIÈME APPLICATION. Aux termes de l'article 912 : « *On ne pourra disposer au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français* ». Ajoutez : *conformément à l'article 11*. En l'absence d'un traité, l'étranger était donc incapable *d'acquérir* par donation entre-vifs ou testamentaire des biens situés en France; incapable *d'acquérir*, mais non de transmettre. L'étranger pouvait donc disposer par donation entre-vifs ou testamentaire des biens qu'il possédait en France, pourvu que ce fût au profit de personnes capables d'après la loi française, c'est-à-dire de personnes françaises.

Le but de ces deux dispositions était d'empêcher la transmission gratuite à des étrangers de biens situés en France. Elles ne furent pas inspirées par un esprit de fiscalité.

Les articles 726 et 912 ont été abrogés par la loi du 14 juillet 1849 intitulée à tort : *De l'abolition des droits d'aubaine et de détraction*. La France était alors épuisée d'hommes et d'argent. Elle sentait le besoin de ne pas éloigner d'elle les étrangers et surtout leurs capitaux. Or les étrangers ne se risquaient guère à placer leurs capitaux en France, sous l'empire d'une législation qui ne leur permettait pas d'espérer qu'après leur mort les biens, par eux acquis en France, passeraient à leurs parents les plus proches, étrangers comme eux. La loi du 14 juillet 1849 a fait disparaître cet obstacle en abrogeant les articles 726 et 912 et en déclarant qu'en conséquence « les étrangers auront droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du Royaume. »

Pendant que le législateur de 1849 était à l'œuvre, il aurait dû aller jusqu'au bout. Au lieu de supprimer seulement les deux applications les plus importantes de l'article 11, il aurait dû supprimer cet article lui-même. Cette œuvre d'ailleurs n'est pas loin d'être achevée à l'heure qu'il est. Le domaine de l'article 11 se trouvait singulièrement restreint après la loi du 14 juillet 1849. Il a encore été diminué par d'autres lois postérieures (Voyez notamment la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, art. 27 à 29, et la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique, art. 5.)

Encore quelques efforts de ce genre et il ne restera plus rien de ce fragile édifice. Il faudra applaudir à ce résultat; l'article 11 marque en effet dans notre législation une étape rétrograde. Le vrai principe est celui posé par l'Assemblée Constituante; il faut y revenir. Les étrangers doivent avoir en France la jouissance de tous les droits civils sans exception. Que sont en effet les droits civils sinon des droits naturels consacrés par la loi positive, « des droits naturels écrits » comme on l'a dit fort justement? L'expérience a d'ailleurs pleinement confirmé en cette matière le mot célèbre de Boissy d'Anglas : « Ce qui est juste est aussi utile. » Quand le législateur de 1849 a abrogé les articles 726 et 912, il a accompli une œuvre de justice, et l'expérience a prouvé qu'il avait réalisé du même coup une œuvre utile à la France, qui a eu plus à souffrir qu'à profiter de l'étroit égoïsme qui l'a portée à marchander aux étrangers la jouissance des droits civils. L'ancienne et fausse distinction des droits civils et des droits naturels a fait son temps; et nul ne la regrettera, quand elle aura dispa-

rué. La seule distinction rationnelle est celle des droits politiques et des droits civils *lato sensu*. On conçoit que la jouissance des premiers ne soit accordée dans chaque pays qu'aux nationaux. Comme le dit fort bien M. Laurent : « impossible de voter à la fois à Paris et à Londres, impossible de siéger à la fois au Parlement anglais et au Sénat français. » On ne peut pas être citoyen de deux cités, parce que la qualité de citoyen d'une cité impose des devoirs particuliers qui peuvent n'être pas compatibles avec ceux dont on serait tenu comme citoyen d'une autre cité. Mais où est l'impossibilité qu'un homme jouisse des droits civils dans tous les pays ?

149. L'article 11 établit, on le voit, une différence importante entre les Français et les étrangers qui n'ont pas en France de domicile autorisé : les premiers jouissent de tous les droits civils ; les seconds ne peuvent jouir en France des droits civils *stricto sensu* que par suite d'un traité.

Une deuxième différence va nous être révélée par les articles 14 et 15. Quand un Français est tenu d'une obligation envers un étranger, ou en d'autres termes quand un étranger est créancier d'un Français, on applique les règles ordinaires de la compétence pour la détermination du tribunal qui doit connaître de l'exécution de l'obligation. Le Français ne pourra donc être traduit pour cette exécution, en vertu de la loi française, que devant le tribunal de son domicile conformément à la règle : *actor sequitur forum rei* (1) (Pr., art. 59, al. 1). Il en sera ainsi alors même que l'obligation aura été contractée en pays étranger. C'est ce que dit l'article 15, ainsi conçu : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger même avec un étranger », solution toute simple et que le législateur aurait pu se dispenser de formuler, car elle n'est que l'application des principes du Droit commun (Pr., art. 59.). Comment le Français pourrait-il contester la compétence des juges de son pays, des juges de son domicile, de ses juges naturels ? Si au contraire c'est un Français qui est créancier d'un étranger, l'étranger débiteur pourra dans tous les cas, c'est-à-dire que l'obligation ait pris naissance en France ou en pays étranger, être traduit devant les tribunaux français pour l'exécution de son obligation. Il sera ainsi détourné du tribunal de son domicile, puisqu'on suppose qu'il n'est pas domicilié en France. C'est ce qui résulte de l'article 14, ainsi conçu : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. »

Ce texte déroge aux règles ordinaires de la compétence, à la règle

(1) Traduction littérale : le demandeur suit le tribunal du défendeur ; *rei* est ici le génitif de *reus*.

*actor sequitur forum rei* dont l'application aurait ici forcé le Français à plaider devant un tribunal étranger. Cette dérogation paraît avoir pour but de procurer au Français créancier d'un étranger une justice plus prompte et moins coûteuse ; peut être aussi a-t-elle été inspirée par une défiance, qui n'est nullement justifiée d'ailleurs, envers les tribunaux étrangers et par la crainte que les Français n'y obtiennent pas bonne justice.

**150.** La compétence exceptionnelle, que l'article 14 attribue ici aux tribunaux français est assez facile à justifier lorsque l'obligation dont le Français poursuit l'exécution a été contractée en France; on peut aisément supposer en effet que l'étranger qui a contracté en France a accepté implicitement la compétence des tribunaux français pour tout ce qui est relatif à l'exécution de l'obligation. Mais il en est autrement lorsque l'obligation a été contractée en pays étranger. Même dans ce cas, notre article permet au Français d'agir devant les tribunaux français, et cependant on ne peut pas dire alors que l'étranger a accepté la compétence de ces tribunaux. Aussi le législateur a-t-il éprouvé à cet égard quelques scrupules de conscience. Le projet déniait formellement dans l'hypothèse dont il s'agit la compétence des tribunaux français; du moins, il ne la reconnaissait que dans le cas où l'étranger « *était trouvé en France* », ce qui l'excluait quand il était trouvé en pays étranger. Le deuxième paragraphe de l'article 14 était à cet égard ainsi conçu : « *Et s'il est trouvé en France, il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.* » En vue de rendre les tribunaux français compétents dans tous les cas, on a supprimé de la rédaction définitive les mots *et s'il est trouvé en France*. Cette suppression, pour le dire en passant, a rendu très-vicieuse la rédaction de l'article 14, qui, ne formulant plus désormais qu'une même règle pour les deux hypothèses régies primitivement par deux règles différentes, aurait dû réunir les deux hypothèses dans une même disposition et leur appliquer cumulativement la même solution.

**151.** L'article 14 ne dit pas devant quel tribunal français l'étranger devra être traduit. Il faut suppléer à son silence. Si l'étranger réside en France, on devra le traduire devant le tribunal du lieu de sa résidence (arg<sup>t</sup>, art. 59, al. 1<sup>er</sup> C. Pr.). S'il ne réside pas en France, la question devient délicate. La plupart des auteurs décident qu'il y aura lieu d'appliquer par analogie l'article 420 Pr., ce qui attribuerait compétence soit au tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, soit à celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué. Dans le cas où l'application de l'article 420 Pr. serait impossible, l'obligation ayant été contractée en pays étranger et ne devant pas être exécutée en France dans un lieu déterminé, ce serait le tribunal du domicile du demandeur qui serait compétent, la règle *actor sequitur forum rei* se trouvant ainsi renversée; et cela parce qu'il a dû être dans le vœu de la loi que l'un des plaideurs au moins reçût justice en un lieu rapproché de son domicile. — Mais on a remarqué avec raison que l'article 420 Pr. n'est obligatoire qu'en matière commerciale et que l'attribution de compétence au tribunal du domicile du demandeur est complètement arbitraire. En définitive il n'y a pas de loi. Alors pourquoi ne pas décider que le demandeur a le choix du tribunal sous la seule condition bien entendu, conformément à la règle *Malitiis non est indulgendum*, de ne pas faire un choix qui n'aurait pour but que de vexer le défendeur ou de l'exposer à des frais frustratoires?

\* **152.** L'article 14 ne prévoit que le cas où un Français se trouve créancier d'un étranger par suite d'un contrat; il parle en effet d'obligations *contractées*. Mais

si la loi n'a parlé que des obligations résultant d'un contrat, c'est vraisemblablement parce que le contrat est la source la plus fréquente des obligations, *Læc statuit de eo quod plerumque fit*, et nullement dans le but de soustraire à l'application de la règle qu'elle établit les obligations dont un étranger pourrait se trouver tenu envers un Français en vertu d'une cause autre que le contrat, par exemple en vertu d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. Où serait d'ailleurs la raison de distinguer ici entre les obligations résultant d'un contrat et celles dérivant d'une autre source ?

L'attribution spéciale de compétence édictée par l'article 14 ne concerne que les matières personnelles (argument des mots *exécution des obligations*). En matière réelle, il est sans difficulté qu'il y aurait lieu d'appliquer les règles du Droit commun qui attribuent compétence au tribunal de la situation de l'objet litigieux (Pr., art. 59, al. 3).

**153.** La loi ne s'occupe pas du cas où une contestation s'élèverait en France entre deux étrangers. Les tribunaux français seraient-ils compétents pour juger cette contestation ? L'affirmative ne fait pas de difficulté, si les étrangers dont il s'agit ou tout au moins le défendeur ont en France un domicile autorisé (argt. tiré de l'art. 13). Que si la contestation s'élève entre étrangers non domiciliés en France ou n'ayant qu'un domicile de fait établi sans autorisation, on reconnaît généralement que les tribunaux français sont compétents dans les cas suivants :

1<sup>o</sup> *S'il s'agit d'une affaire commerciale.* « Nul en tant que commerçant n'est étranger en France ». En ce qui concerne leurs intérêts commerciaux, les commerçants sont considérés comme citoyens de toutes les cités. L'intérêt du commerce exige qu'ils puissent trouver des juges dans tous les pays. Aussi l'article 631 Co. détermine-t-il la compétence des tribunaux de commerce en se préoccupant exclusivement de la nature de l'acte ou de la profession des plaideurs, sans distinguer en aucune façon s'ils sont Français ou étrangers, et la Cour de cassation, dont on ne peut sur ce point qu'approuver la jurisprudence, décide que ce n'est pas une simple faculté, mais une obligation, pour les tribunaux de commerce français régulièrement saisis, de connaître des affaires commerciales dans lesquelles des étrangers sont intéressés.

2<sup>o</sup> *Quand la contestation est relative à des immeubles situés en France.* En effet la contestation devant être jugée d'après la loi française qui régit tous les immeubles situés en France (art. 3, al. 2), les tribunaux français sont naturellement appelés à connaître de cette contestation. Le tribunal compétent sera celui de la situation de l'immeuble litigieux (Pr., art. 59, al. 3).

3<sup>o</sup> *Lorsque la demande intentée par un étranger contre un autre étranger a son fondement dans un délit ou un quasi-délit commis en France.*

4<sup>o</sup> *Lorsque, dans toute autre hypothèse, le défendeur étranger traduit devant un tribunal français néglige d'opposer l'exception d'incompétence et accepte ainsi tacitement la compétence de ce tribunal.* Il y a alors consentement réciproque des parties à être jugées par le tribunal devant lequel elles sont en instance. Mais comme les tribunaux français ne sont pas institués pour rendre la justice aux étrangers, on admet généralement que le tribunal aurait la *faculté* de se déclarer incompétent. Ce ne serait pas une *obligation* pour lui, l'incompétence résultant de l'extranéité n'étant pas une incompétence absolue et d'ordre public (Req., Rej., 5 mars 1879, S., 79. 1. 208).

Tel est le système généralement admis sur la question de savoir si les tribunaux français sont compétents pour juger les contestations entre étrangers. Sur plusieurs points il ne nous paraît pas satisfaisant, et voici celui que nous proposons. Nous partons de ce principe que l'extranéité des plaideurs n'est pas une cause d'incompétence des tribunaux français ; aucun texte en effet ne subordonne leur compétence à la

condition que les plaideurs ou l'un d'eux soient français. On doit conclure de là que les tribunaux français sont compétents pour juger une contestation entre étrangers dans tous les cas où ils seraient compétents pour juger la même contestation entre Français, et qu'ils ne pourront se déclarer incompétents que dans les cas où ils le pourraient si les plaideurs étaient français. On dit que les tribunaux français sont institués pour rendre la justice aux nationaux et non aux étrangers. N'est-il pas plus vrai de dire, comme l'observe M. Laurent, que la mission des tribunaux français consiste à maintenir le bon ordre au sein de la société, en rendant justice aux particuliers pour éviter qu'ils ne soient forcés de se rendre justice eux-mêmes, et qu'à ce point de vue il importe fort peu que les plaideurs soient français ou étrangers, que d'ailleurs le droit d'obtenir justice est un droit naturel dont les étrangers doivent jouir en France comme les Français, et qu'enfin l'opinion contraire peut conduire dans certains cas à cette conséquence : qu'un étranger résidant en France se trouverait dans l'impossibilité d'obtenir justice d'aucun tribunal. Qu'on suppose par exemple qu'un étranger soit créancier d'un autre étranger fixé en France et qui a perdu sa nationalité d'origine sans acquérir la nationalité française. A qui demandera-t-il justice si le tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur peut se déclarer et se déclare incompétent ? D'après notre principe ce tribunal sera forcé de juger.

Ce même principe nous conduirait aussi à décider qu'un tribunal français, saisi d'une contestation civile en matière personnelle et mobilière entre deux étrangers, n'aurait pas le droit de se déclarer incompétent si le défendeur n'a pas de domicile en pays étranger ou si son domicile y est inconnu. L'action devrait être considérée en pareil cas comme régulièrement intentée devant le tribunal du domicile (même non autorisé) que le défendeur peut avoir en France, ou à défaut de domicile devant le tribunal de sa résidence. Sur les autres points nous adoptons les solutions qui ont été indiquées aux 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>.

**154.** L'article 16 va enfin nous révéler entre les Français et les étrangers une troisième différence : les Français peuvent plaider devant les tribunaux français sans être obligés de fournir caution, c'est-à-dire de présenter un répondant ; cette obligation est, au contraire, imposée à l'étranger qui joue le rôle de demandeur dans un procès intenté devant un tribunal français. C'est ce qui résulte de l'article 16, ainsi conçu : « *En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement.* »

Un étranger veut intenter un procès à un Français en France ; à cet effet il le traduit devant le tribunal compétent. Le Français défendeur a le droit de dire à son adversaire : « Fournissez-moi la caution exigée par l'article 16 ; tant que vous ne l'aurez pas fournie, la justice ne vous écoutera pas. » La loi, on le voit, considère ici l'étranger comme *sujet à caution*. Pourquoi cette mesure de défiance à son égard ? La loi craint qu'il ne se joue du Français. Il est possible que le procès intenté par l'étranger soit fort injuste. Qui sait s'il n'agit pas uniquement dans un but de tracasserie et de vexation ? En pareil cas le tribunal ne manquera pas sans doute de *débouter* l'étranger demandeur de sa prétention,

c'est-à-dire de le déclarer mal fondé dans sa demande. Il le condamnera en outre à payer tous les frais de l'instance (Pr., art. 130), par conséquent à rembourser au Français défendeur tous les frais dont il a été ou sera obligé de faire l'avance. Ce n'est pas encore assez : le tribunal condamnera ordinairement l'étranger à payer au Français par surcroît ce que nos anciens appelaient des *dommages et intérêts d'indue vexation*, c'est-à-dire une indemnité pécuniaire destinée à compenser le préjudice que l'étranger a pu causer à l'honneur, au crédit, à la réputation ou même seulement à la tranquillité du Français en lui intentant un procès injuste. Eh bien ! il ne faut pas qu'après avoir mérité et subi ces diverses condamnations l'étranger puisse les rendre illusoires, ou tout au moins en rendre l'exécution fort difficile, en quittant la France pour retourner dans son pays. De là l'obligation pour l'étranger demandeur de fournir, si le Français défendeur le requiert, une caution, c'est-à-dire un répondant, pour garantir le paiement des condamnations judiciaires qui pourront être prononcées au profit du Français. On donne à cette caution le nom de caution *judicatum solvi*, parce qu'elle garantit *quod fuerit judicatum solvi*. C'est une caution légale, car c'est la loi qui permet de l'exiger ; elle devrait donc aux termes de l'article 2040 satisfaire aux conditions exigées par les articles 2018 et 2019.

*A fallo  
depuis  
l'incant  
à l'acte*

**155. Qui doit fournir la caution *judicatum solvi*.** — L'article 166 Pr. qui complète avec l'article 167 du même Code la disposition de l'article 16, répond : « *Tout étranger demandeur principal ou intervenant.* »

TOUT ÉTRANGER : quelle que soit sa qualité, fût-il ambassadeur ou souverain.

*Tout étranger* DEMANDEUR. — Donc la caution n'est pas due par l'étranger défendeur. On en a donné pour motif que la défense est de droit naturel et que par suite elle ne doit pas être entravée. Mais est-ce que la demande n'est pas aussi de droit naturel ? D'autres disent que le défendeur ne doit pas la caution, parce qu'il est présumé libre de tout engagement tant que le contraire n'est pas prouvé. La véritable raison ne serait-elle pas qu'on conçoit beaucoup plus difficilement une défense vexatoire qu'une demande vexatoire ? L'institution de la caution *judicatum solvi* n'a pas pour but de créer des entraves aux étrangers qui veulent obtenir justice des tribunaux français soit en demandant soit en défendant ; elle a surtout pour but d'empêcher les procès vexatoires. Or ce sont les demandeurs la plupart du temps, et non les défendeurs, qui agissent dans un esprit de vexation.

\* La loi dit que la caution est due par « *tout étranger demandeur PRINCIPAL OU INTERVENANT.* » Le demandeur principal est celui qui forme sa demande par exploit d'ajournement. Il doit la caution. L'étranger défendeur qui formerait une demande reconventionnelle ne la devrait pas : il n'est pas demandeur principal, parce que la demande reconventionnelle ne se forme pas par exploit d'ajournement, mais par un simple acte.

\* Le demandeur *intervenant*, c'est celui qui intervient pendant le cours d'une instance déjà liée (*venit inter litigantes*), soit pour son propre compte, soit pour le compte du demandeur dont il vient soutenir les droits. Lui aussi doit la caution ; mais l'étranger qui interviendrait pour le compte du défendeur ne la devrait pas. L'étranger défendeur en première instance et demandeur en appel n'est pas non plus tenu de la fournir ; il ne fait que continuer sa défense devant une nouvelle juridiction. L'appel ne constitue pas une demande nouvelle ; c'est la même contestation qui est soumise à de nouveaux juges.

L'article 16 semble dire que la caution *judicatum solvi* est due de plein droit par l'étranger demandeur, de sorte que la demande de l'étranger ne devrait être dans aucun cas reçue avant que cette caution eût été fournie. Mais sur ce point l'article 16 est rectifié ou tout au moins expliqué par l'article 166 Pr., duquel il résulte que l'étranger n'est obligé de fournir caution que si le défendeur le requiert. Il peut n'avoir pas d'intérêt à le faire. La loi le laisse juge sur ce point.

Le défendeur qui veut requérir la caution *judicatum solvi* doit le faire par une requête d'avoué à avoué à laquelle il est répondu dans la même forme (Tarif du Code de procédure civile, art. 75.) Tant que l'étranger n'aura pas fourni la caution requise par le défendeur, celui-ci ne sera pas obligé de répondre à la demande. Et c'est pour cela que le Code de procédure nous représente le refus de fournir caution comme constituant une exception au profit du défendeur. Le défendeur qui veut requérir la caution *judicatum solvi* doit le faire avant de proposer aucune autre exception, et à plus forte raison avant toute défense au fond (art. 166, Pr.) ; autrement il serait considéré comme ayant renoncé tacitement au droit de requérir la caution.

**156. A qui est due la caution *judicatum solvi*.** — Il est sans difficulté que le défendeur français peut la requérir. Le défendeur étranger pourrait-il la requérir aussi ? Oui certainement s'il a en France un domicile autorisé (arg. tiré de l'art. 13). Oui encore si, n'ayant pas en France de domicile autorisé, il peut puiser ce droit dans un traité (arg. tiré de l'art. 11). En dehors de ces deux cas, il semblerait difficile de lui reconnaître le droit de requérir la caution ; car c'est bien là, ce semble, un droit civil *stricto sensu*, dont l'étranger par suite ne peut jouir qu'en vertu de la réciprocité résultant d'un traité (art. 11).

**157. Ce que garantit la caution *judicatum solvi*.** — Elle garantit le paiement des condamnations judiciaires qui pourront être prononcées au profit du Français, c'est-à-dire le paiement des frais auxquels l'étranger aura été condamné et dont le défendeur a fait l'avance ou du paiement desquels il est responsable et des dommages et intérêts d'*indue vexation*.

**158. Des cas où l'étranger demandeur est dispensé de fournir la caution *judicatum solvi*.** — Il en est dispensé dans trois cas :

- 1<sup>o</sup> S'il a en France un domicile autorisé (arg. tiré de l'art. 13) ;
- 2<sup>o</sup> S'il existe un traité dispensant les Français de fournir caution dans le pays auquel appartient l'étranger (arg. tiré de l'art. 11) ;

3° *En matière commerciale* (art. 16). Cette exception est fondée sur ce triple motif que les commerçants sont considérés comme citoyens de toutes les cités, que les affaires commerciales requièrent célérité, enfin et surtout que les frais auxquels ces affaires donnent lieu sont très-minimes.

Mais la caution serait due en toute autre matière. La loi dit : « En toutes matières autres que celles de commerce. » Par conséquent non-seulement en matière civile, mais aussi en matière administrative et même en matière criminelle, ce qui peut arriver si un étranger se porte partie civile contre un Français dans un procès criminel.

**159. Des garanties qui peuvent remplacer la caution *judicatum solvi*.** — L'étranger peut remplacer le cautionnement qui est requis de lui par des garanties équivalentes. On doit considérer comme telles :

1° *La consignation d'une somme égale à celle jusqu'à concurrence de laquelle le tribunal a ordonné que la caution serait fournie* (Pr., art 167) ;

2° *La justification faite par l'étranger qu'il possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour répondre du paiement de cette somme* (art. 16 et Pr., art. 167). Quoi qu'on en ait dit, l'étranger n'est pas obligé de constituer une hypothèque sur ses immeubles. La loi ne l'exige pas. Toutefois le tribunal pourrait, en fait, considérer les immeubles que l'étranger possède en France comme n'ayant une « valeur suffisante » qu'autant qu'il consentirait à les grever d'une hypothèque au profit du Français.

**160.** Telles sont les différences que notre chapitre signale entre les Français et les étrangers qui n'ont pas en France un domicile autorisé. On peut les résumer ainsi : 1° les Français jouissent de tous les droits civils (art. 8), les étrangers ne peuvent jouir des droits civils en France qu'en vertu de la réciprocité d'un traité ; 2° les étrangers peuvent être traduits devant un tribunal autre que celui de leur domicile pour l'exécution des obligations par eux contractées envers des Français ; les Français au contraire conservent, d'après la loi française, le bénéfice de la règle *Actor sequitur forum rei* pour l'exécution de toutes les obligations dont ils sont tenus envers des étrangers (art. 14 et 15) ; 3° l'étranger demandeur doit la caution *judicatum solvi* (art. 16) ; le Français ne la doit pas.

Ces différences ne sont pas les seules. En voici quelques autres :

1° L'étranger, non autorisé à fixer son domicile en France, n'est pas admis au bénéfice de cession de biens (Pr., art. 905) ; \*

2° Il ne peut pas être témoin dans un acte notarié (Loi du 25 ventôse an XI, art. 9) ;

3° Ni dans un testament (art. 980) ;

\* le bénéfice n'a plus d'existence

4° Son état et sa capacité sont régis par la loi de son pays ;

5° Il n'a pas la jouissance des droits politiques.

Sur ces trois derniers points, la situation d'un étranger qui a en France un domicile autorisé est la même que celle d'un étranger non autorisé à fixer son domicile en France.

La loi du 22 juillet 1867, qui a supprimé dans notre Droit la contrainte par corps en matière commerciale civile et contre les étrangers, a fait disparaître quelques autres différences entre les Français et les étrangers. Les étrangers étaient traités plus rigoureusement que les Français au point de vue de la contrainte par corps.

**161. Résumé.** — Si maintenant nous voulons envisager d'un rapide coup d'œil la condition des étrangers en France, tout ce que nous avons dit sur ce point peut être résumé dans les quelques lignes qui suivent :

1° Tous les étrangers *sans distinction* sont privés en France de la jouissance des droits politiques ; tous aussi ont en France la jouissance des droits naturels ; tous enfin sont régis en France par leur statut personnel.

2° Les étrangers *qui ont en France un domicile autorisé* y jouissent de tous les droits civils tant qu'ils continuent d'y résider (art. 13). De plus ils ne sont pas soumis pendant le même temps aux mesures de défaveur connues sous le nom de *privilegia odiosa*, notamment à l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*.

3° Les étrangers *qui n'ont pas en France un domicile autorisé* n'ont pas en principe la jouissance des droits civils *stricto sensu* ; de plus ils sont soumis aux *privilegia odiosa*. Ils ne peuvent acquérir la jouissance des droits civils ou cesser d'être soumis aux *privilegia odiosa* qu'en vertu de la réciprocité dérivant d'un traité (art. 11).

## CHAPITRE II

### DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

**162.** La privation totale ou partielle des droits civils peut résulter de deux causes, savoir : la perte de la qualité de Français et certaines condamnations judiciaires. Le législateur s'en occupe successivement dans les deux sections dont se compose notre chapitre.

#### SECTION I

##### DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR LA PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS

**163.** Les articles 17 à 21 qui régissent cette matière ont été profondé-

ment modifiés sur plusieurs points par les décrets du 6 avril 1809 et du 26 août 1811.

Ces décrets constituaient un empiètement sur le pouvoir législatif qui seul a le droit de faire la loi et par suite de la modifier. A ce titre ils auraient pu être annulés par le Sénat comme inconstitutionnels. Mais le Sénat n'ayant pas usé de ce droit dans le délai fixé par la Constitution de l'an VIII encore en vigueur à cette époque, c'est-à-dire dans les dix jours du décret, on admet en doctrine et en jurisprudence qu'ils doivent être considérés comme ayant force de loi.

Bien entendu ces décrets n'ont force de loi que quant à celles de leurs dispositions, qui n'ont pas été tacitement abrogées par des dispositions législatives postérieures. C'est ainsi que toutes les dispositions de ces décrets prononçant la peine de la confiscation se trouvent virtuellement abrogées par la Charte de 1814 (art. 66) qui abolit la confiscation, de même que leurs dispositions prononçant la peine de la mort civile sont abrogées implicitement par la loi du 31 mai 1854 abolitive de la mort civile. Il est arrivé ainsi qu'il ne subsiste plus du décret du 6 avril 1809 que les dispositions relatives au rappel des Français qui sont au service d'une nation étrangère lorsque la guerre éclate entre cette nation et la France et au mode de constatation de leur retour sur le territoire. Cette matière étant étrangère au Droit civil, nous la laisserons de côté, et nous ne reparlerons plus du décret de 1809. Quant au décret de 1814, plusieurs de ses dispositions qui ont modifié les articles de notre section sont encore en vigueur, et nous les signalerons en temps et lieu.

**164.** L'article 8 attache la jouissance des droits civils à la qualité de Français. Il est donc tout naturel que la perte de la qualité de Français entraîne la privation des droits civils; c'est ce que dit la rubrique de notre section.

Quelles sont les causes qui entraînent la perte de la qualité de Français et par suite la privation des droits civils? Le Code civil en mentionne cinq, savoir : 1° la naturalisation acquise en pays étranger; 2° l'acceptation non autorisée par le Gouvernement français de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger; 3° l'établissement en pays étranger sans esprit de retour; ces trois premières causes sont indiquées par l'article 17; 4° le mariage d'une Française avec un étranger (art. 19); 5° l'entrée d'un Français au service militaire d'une nation étrangère sans autorisation du Gouvernement français (art. 21). A ces cinq causes, il y a lieu d'en ajouter deux autres : 6° le démembrement d'une portion du territoire français; 7° la possession ou le trafic des esclaves même en pays étranger (Décret du gouvernement provisoire du 27 avril 1848, art. 8, modifié par la loi du 28 mai 1858).

Etudions successivement ces diverses causes.

**165. I.** « *La qualité de Français se perdra par la naturalisation acquise en pays étranger* », dit l'article 17, al. 1. De ce fait qu'un Français a sollicité et obtenu la naturalisation en pays étranger, la loi tire cette conséquence que le Français a abdiqué sa patrie, et sur le fondement de cette présomption elle lui retire sa qualité de Français. Ce résultat se produirait, alors même que le Français qui s'est fait naturaliser étran-

ger aurait protesté qu'il entend rester Français. *Protestatio contra actum non valet*. La loi considère la qualité de Français comme incompatible avec celle d'étranger, parce que nul ne peut servir deux patries à la fois.

La qualité de Français se perd, dit l'article 17, « par la naturalisation ACQUISE en pays étranger. » Ce mot ACQUISE donne à entendre, d'une part que la naturalisation doit avoir été sollicitée par le Français, et d'autre part qu'elle doit constituer un fait accompli.

a). *Il faut que la naturalisation ait été demandée*. Si donc la naturalisation a été conférée à un Français sans qu'il l'ait sollicitée, il ne perd pas sa nationalité. Par application de ce principe, la Cour de Paris a jugé avec raison que le Français qui a fondé en Espagne un établissement commercial ne perd pas sa qualité de Français, bien qu'à raison de ce seul fait la loi espagnole le déclare naturel espagnol.

b). *Il faut que la naturalisation constitue un fait accompli*. Le Français qui n'a fait que des tentatives en vue d'obtenir la naturalisation n'a pas encore perdu sa nationalité, parce qu'il n'a pas acquis une nationalité étrangère et qu'il n'est pas certain qu'il l'acquière, soit qu'on la lui refuse soit qu'il renonce à l'obtenir.

A plus forte raison faut-il décider que le Français, qui a seulement fixé son domicile dans un pays étranger en vertu d'une autorisation accordée par le souverain de ce pays, ne perd pas sa qualité de Français, y eût-il acquis la jouissance des droits civils. Ainsi le Français qui a obtenu en Angleterre ce qu'on appelle la *dénization* ne perd pas sa qualité de Français. Le *dénizen* en effet n'a pas la qualité de naturel Anglais; il est seulement autorisé à fixer son domicile en Angleterre et à y jouir de certains droits civils qui sont refusés aux étrangers en général. La *dénization* n'est donc pas une naturalisation. Elle en diffère, non-seulement quant au fond, mais aussi quant à la forme: la naturalisation ne peut résulter que d'un bill du Parlement, tandis que la *dénization* est accordée par des *lettres de dénization* remplacées aujourd'hui par un certificat que délivre un secrétaire d'État.

**166.** Le Français qui s'est fait naturaliser en pays étranger perd sa qualité de Français, soit qu'il ait obtenu la naturalisation sans l'autorisation du Gouvernement français, soit même qu'il l'ait obtenue avec son autorisation. *Lex non distinguit*.

Il ne faut pas en conclure qu'il n'y a aucune utilité pour le Français qui veut se faire naturaliser étranger à demander l'autorisation du Gouvernement français; car si cette autorisation ne le préserve pas de la perte de la qualité de Français, elle peut le préserver d'une déchéance grave que lui ferait subir la naturalisation non autorisée. Cette déchéance résulte des articles 6 et 7 du décret du 26 août 1844, aux termes desquels le Français, naturalisé en pays étranger sans autorisation du Gouvernement, perd le droit de succéder en France. D'après l'opinion générale, cette déchéance a survécu à la loi du 14 juillet 1849 qui restitue à tous les étrangers en général le droit de succéder en France dont les avait privés l'article 726 du Code civil. En effet la loi de 1849 se borne à dire que l'article 726 est abrogé, et qu'en conséquence les étrangers seront admis à succéder en France comme les Français.

Elle accorde donc le droit de succéder à ceux auxquels il était retiré en vertu de l'article 726, c'est-à-dire à ceux auxquels il était retiré *en leur qualité d'étranger*. Or ce n'est pas en qualité d'étranger que le Français naturalisé sans autorisation était privé par l'article 9 du décret de 1844 du droit de succéder; le décret n'eût contenu qu'une disposition inutile, s'il s'était borné à déclarer que le Français naturalisé étranger sans autorisation était privé du droit de succéder comme l'étaient à cette époque tous les étrangers en général; il établissait de ce chef une déchéance pénale contre le Français en lui faisant une situation plus dure qu'aux autres étrangers, en lui interdisant d'une manière absolue le droit de succéder en France, tandis que les autres étrangers étaient exceptionnellement admis à exercer ce droit, soit en vertu des traités (art. 44), soit comme ayant en France un domicile autorisé (art. 43). L'ex-Français dont il s'agit était donc frappé par le décret d'une déchéance pénale; ce n'est pas en qualité d'étranger qu'il était atteint. Il n'a donc pas pu bénéficier d'une loi qui n'a fait que supprimer l'incapacité résultant de l'extranéité.

167. II. « *La qualité de Français se perd par l'acceptation non autorisée* » par le Roi de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger » (art. 17, al. 2). Un Français se doit à la France. C'est donc à son profit qu'il doit faire tourner son activité, son intelligence et ses talents. S'il les met au service d'une nation étrangère en acceptant une fonction publique du gouvernement de cette nation, la loi le considère comme ayant renoncé à sa patrie, tout au moins lorsqu'il a accepté ces fonctions sans autorisation du Gouvernement français; car s'il a demandé et obtenu cette autorisation, il a protesté par cet acte de déférence envers le Gouvernement de son pays contre l'induction que l'on pourrait tirer de sa conduite, et d'ailleurs l'autorisation donnée par le Gouvernement implique que celui-ci ne voit pas d'inconvénient, qu'il trouve même peut-être un avantage à ce que le Français remplisse en pays étranger la fonction publique dont on veut l'investir. La perte de la qualité de Français n'est encourue qu'autant que la fonction publique a été *acceptée* par le Français et acceptée sans l'autorisation du Gouvernement français. Mais il n'est nullement nécessaire que cette acceptation ait eu pour résultat de conférer au Français la nationalité du pays où il exerce la fonction.

La perte de la qualité de Français ne serait pas attachée à l'exercice en pays étranger, sans l'autorisation du Gouvernement français, d'une profession libérale telle que celle de médecin, avocat, professeur, pourvu bien entendu que cette profession soit exercée d'une manière libre et indépendante et non à titre de fonctionnaire public, comme il arriverait par exemple pour le médecin directeur d'un hospice.

Il peut y avoir dans certains cas des difficultés pour distinguer la profession de la fonction publique. Le caractère principal qui permet de reconnaître la fonction publique est la nomination par le Gouvernement. Comme caractères accessoires on peut signaler la prestation du serment de fidélité et le salaire.

**168.** III. La qualité de Français se perd « *par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour.* » Ce texte a été emprunté à l'Ordonnance de 1667, qui considérait comme ayant perdu la qualité de Français « celui qui avait fait en pays étranger un établissement stable et durable. » La loi fait perdre la qualité de Français à celui qui s'est établi en pays étranger sans esprit de retour, parce qu'elle le considère comme ayant abdiqué sa patrie.

C'est une question de fait à résoudre en cas de difficulté par les juges, que celle de savoir si un établissement en pays étranger a été fait sans esprit de retour. Ainsi voilà un Français qui vend tout ce qu'il possède en France, et après avoir réuni toutes ses ressources il part pour l'Amérique où il va s'établir avec toute sa famille ; là il achète des terres et se fait planteur ; puis il cesse toutes relations avec la France. Il serait difficile de le considérer comme n'ayant pas perdu l'esprit de retour. Mais l'absence de l'esprit de retour ne se présume jamais ; c'est au contraire, dit Pothier, l'esprit de retour qui se présume. C'est donc à celui qui invoque la perte de l'esprit de retour pour soutenir qu'un Français établi en pays étranger a perdu sa nationalité, qu'incombe l'obligation d'en faire la preuve. Il la fera en relevant des faits analogues à ceux qui viennent d'être cités tout à l'heure.

Aux termes de l'article 17, al. final : « *Les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour.* » Cette disposition, sur le véritable sens de laquelle on n'est pas tout à fait d'accord, signifie, non pas que celui qui a fait en pays étranger un établissement de commerce devra toujours et dans tous les cas être considéré comme ayant conservé l'esprit de retour, mais bien que l'établissement de commerce ne pourra jamais entrer en ligne de compte pour prouver la perte de l'esprit de retour. La preuve de son absence devrait donc résulter complètement d'éléments étrangers à l'établissement de commerce. En d'autres termes, comme le disent fort bien MM. Aubry et Rau, si le Français qui a fait un établissement de commerce en pays étranger ne devient pas étranger « *comme commerçant* » il peut le devenir « *quoique commerçant.* »

Dans l'idée du législateur l'esprit de retour est donc inhérent aux établissements de commerce. Le motif en est que le Français qui fait un établissement de commerce en pays étranger n'est le plus souvent lié à ce pays que par le lien de l'intérêt ; il reste lié à la France par celui des affections qui est de tous le plus puissant. La loi suppose que ce dernier lien le ramènera un jour en France où il reviendra le plus tôt possible jouir en paix au sein de sa famille des trésors amassés dans un lointain pays, au péril souvent de sa santé et peut-être de sa vie. La France serait une marâtre, si elle répudiait ceux de ses enfants qui ne l'ont aban-

donnée que pour travailler à l'enrichir en s'enrichissant eux-mêmes.

**169.** De ce que le Français qui s'établit en pays étranger sans esprit de retour perd la qualité de Français, on pourrait être tenté de conclure qu'en sens inverse l'étranger qui vient se fixer en France sans esprit de retour acquiert la qualité de Français. Ce serait une erreur. Si prolongé que soit en France le séjour d'un étranger, il ne suffit pas pour lui faire acquérir la qualité de Français, alors même qu'il aurait été autorisé à fixer son domicile en France et qu'il aurait supporté les charges attachées à la qualité de Français, par exemple payé l'impôt. C'est du moins ce que l'on peut induire avec certitude de la loi du 22 mars 1849 (*supra*, n° 124), qui ne considère pas comme français l'étranger, même né en France, qui y a résidé depuis sa naissance et qui a payé l'impôt le plus lourd de tous, l'impôt du sang, mais lui facilite seulement à raison de ce fait l'acquisition de la qualité de Français.

**170.** L'article 47 indiquait une quatrième cause qui entraînait la perte de la qualité de Français : c'était « *l'affiliation à toute corporation étrangère qui exige des distinctions de naissance.* » En effet la Constitution de l'an VIII, en vigueur lors de la promulgation du Code civil, ne reconnaissait pas ces distinctions. Napoléon ayant rétabli la noblesse en France, cette disposition n'avait plus de raison d'être; auss fût-elle retranchée dans l'édition impériale de 1807. On aurait dû aussi, par le même motif, supprimer dans l'article suivant les mots « *et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française* »; mais par inadvertance on les a laissés subsister.

**171.** Ceux qui ont perdu la qualité de Français par l'une des trois causes indiquées en l'article 17 peuvent la recouvrer en vertu d'une naturalisation privilégiée. La patrie est une mère indulgente; elle ouvre volontiers ses bras à l'enfant prodigue qui, après l'avoir reniée, manifeste son repentir. Les conditions de cette naturalisation privilégiée sont indiquées par l'article 18, ainsi conçu : « *Le Français qui aura perdu sa* » *qualité de Français pourra toujours la recouvrer en rentrant en France* » *avec l'autorisation du Roi, et en déclarant qu'il veut s'y fixer, et qu'il* » *renonce à toute distinction contraire à la loi française.* »

Donc trois conditions sont exigées. Il faut :

- 1° *Que le Français qui a perdu sa qualité de Français rentre en France.*
- 2° *Qu'il y rentre avec l'autorisation du Gouvernement.* Cette autorisation peut lui être refusée.
- 3° *Qu'il déclare que son intention est de fixer son domicile en France.* Cette déclaration doit régulièrement être faite devant l'autorité municipale du domicile de l'impétrant.

L'article 18 ajoute « *et qu'il renonce à toute distinction contraire à la loi française* ». Nous avons déjà dit que ces mots constituaient un non-sens depuis le rétablissement de la noblesse en France. On les a laissés subsister par mégarde dans l'édition de 1807 (V. n° précédent).

Il n'y a pas de délai fatal pour l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 18 (argument du mot *toujours*).

**172.** L'article 18 a été modifié par les articles 12 et 25 du décret du 26 août 1811. Il résulte de l'article 12 que le Français, qui a perdu sa qualité par une naturalisation acquise en pays étranger sans l'autorisation du Gouvernement, ne peut la recouvrer qu'en vertu de *lettres de relief* accordées dans la forme des lettres de grâce. Il en est de même du Français qui a perdu sa nationalité pour avoir accepté sans autorisation du Gouvernement français des fonctions publiques conférées par un Gouvernement étranger. C'est du moins ce qui semble résulter de ces mots de l'article 25 du décret : « Tout Français qui entre AU SERVICE d'une puissance étrangère... » Ces expressions paraissent comprendre les services civils aussi bien que les services militaires, car la loi ne distingue pas.

**173.** IV. Une femme française perd sa qualité de Française par son mariage avec un étranger. C'est là ce que signifie l'article 19 qui est la contre-partie de l'article 12 et dont la disposition s'explique par les mêmes motifs. Ce texte est ainsi conçu : « *Une femme française qui épouse un étranger SUIVRA LA CONDITION DE SON MARI.* »

*Suivra la condition de son mari* : c'est peut-être trop dire, car la loi française ne peut pas, par sa seule autorité, conférer à une femme française une nationalité étrangère, celle de son mari. Il dépend du législateur français de faire perdre à une femme française sa nationalité dans telle circonstance déterminée; mais il ne dépend pas de lui de faire acquérir à cette femme une nationalité autre que la nationalité française. La femme française qui épouse un étranger ne peut acquérir la nationalité de son mari qu'en vertu de la loi du pays de celui-ci. Qu'arrivera-t-il donc si cette loi s'oppose à ce qu'elle l'acquière? Elle perdra la nationalité française sans acquérir celle de son mari, c'est-à-dire qu'elle n'aura plus de nationalité. Telle est la situation de la femme française qui épouse un Anglais. Elle perd sa qualité de Française d'après l'art. 19 et elle n'acquiert pas la nationalité anglaise parce que la loi anglaise ne la lui confère pas. Elle est donc considérée comme étrangère partout. Non moins singulière est la situation de la femme anglaise qui épouse un Français. Celle-ci a en plus ce que l'autre a en moins. En effet la femme anglaise qui épouse un Français devient française d'après l'article 12, et elle reste anglaise d'après la loi anglaise qui n'admet pas que le mariage influe sur la nationalité de la femme. Elle sera donc française en France, anglaise en Angleterre. Ce sont là des situations inextricables auxquelles donne nécessairement lieu le conflit de diverses législations et auxquelles il ne peut être remédié que par des traités.

La femme française qui épouse un étranger perd sa qualité de Française alors même qu'elle est mineure. C'est une conséquence de la règle; *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias*, règle dont on trouve des applications dans les articles 1095, 1309 et 1398.

**174.** Une femme française épouse un Français. Son mari perd la qua-

lité de Français pendant le cours du mariage, par exemple en se faisant naturaliser étranger. La femme perdra-t-elle du même coup sa qualité de Française ? Non. L'article 19 ne dit pas que la femme doit nécessairement avoir la même nationalité que son mari, d'où il résulterait que toutes les fois que le mari change de nationalité la femme en change également. Il dit seulement que la femme française *qui épouse un étranger* suivra la condition de son mari. Or ici la femme française n'a pas épousé un étranger ; elle a épousé un Français. On est donc en dehors du texte de l'article 19. On est aussi en dehors de son esprit. L'idée du législateur a été bien évidemment celle-ci : le mariage constituant la société la plus intime qui puisse exister entre deux êtres, puisqu'il les confond en quelque sorte en un seul, *erunt duo in carne una*, il est assez rationnel de supposer que la femme française qui épouse un étranger consent à accepter la nationalité qui appartient à son mari lors du mariage. En la lui donnant on ne blesse donc pas le principe que l'acquisition d'une nouvelle nationalité implique le consentement de celui qui l'acquiert. Mais on ne peut pas supposer, parce que cette supposition serait déraisonnable, que la femme entende accepter à l'avance et les yeux fermés en quelque sorte toute nationalité qu'il plaira à son mari d'acquérir pendant le cours du mariage.

Conformément à ce qui vient d'être dit, la femme française ne perdrait pas nécessairement sa nationalité pour avoir suivi son mari qui est allé s'établir en pays étranger sans esprit de retour. C'est un devoir pour la femme de suivre son mari partout où il juge à propos de résider (art. 214), et on ne peut pas lui infliger à titre de peine la perte de sa nationalité pour avoir rempli ce devoir. La destinée de la femme au point de vue de la nationalité ne sera donc en pareil cas liée à celle de son mari qu'autant qu'il sera démontré qu'elle s'est associée aux intentions de celui-ci et qu'elle a comme lui perdu l'esprit de retour.

On voit que le mari n'a pas le droit de disposer de la nationalité de sa femme. Il n'a pas le droit non plus de disposer de celle de ses enfants. De là il résulte que l'événement qui fait perdre à un Français sa nationalité est sans influence sur celle de ses enfants déjà nés, qu'ils soient majeurs ou mineurs.

175. La femme française, qui a perdu sa nationalité pour s'être mariée à un étranger, peut la recouvrer facilement après la dissolution du mariage. La loi lui offre à cet effet le bénéfice d'une naturalisation privilégiée dont l'article 19, al. 2, indique les conditions : « *Si elle devient veuve, elle recouvrera la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du Roi et en déclarant qu'elle veut s'y fixer.* »

Deux hypothèses doivent être distinguées.

a). *La femme réside à l'étranger au moment de la mort de son mari. Il lui suffira pour recouvrer la qualité de Française : 1° de rentrer en France avec l'autorisation du Gouvernement; cette autorisation peut lui être refusée; 2° de déclarer qu'elle veut se fixer en France. Cette déclaration devra être faite devant l'autorité municipale du lieu où elle entend se fixer.*

b). *La femme réside en France au moment où elle devient veuve. D'après l'opinion qui compte le plus de suffrages en doctrine et en jurisprudence, la veuve redevient alors française de plein droit sans avoir aucune condition à remplir (1). On argumente de ces mots de l'article 19 « si elle devient veuve, elle recouvrera la qualité de Française pourvu » qu'elle réside en France. » La résidence en France, dit-on, voilà tout ce que la loi exige.*

Non, ce n'est pas là tout ce que la loi exige. Elle veut de plus que la femme déclare son intention de se fixer en France et par suite de recouvrer la qualité de Française. Grammaticalement les mots: *et en déclarant qu'elle veut s'y fixer*, qui terminent l'article 19, s'appliquent aux deux hypothèses prévues par le commencement de l'alinéa, c'est-à-dire au cas où la femme réside en France aussi bien qu'à celui où elle n'y réside pas. Il faut donc d'après le texte que la femme fasse une déclaration. Et cette exigence est tout à fait en harmonie avec les principes de la matière, d'après lesquels l'acquisition d'une nationalité nouvelle suppose la volonté de l'acquérir. L'opinion contraire fait acquérir à la veuve une nationalité nouvelle, la nationalité française, sans qu'elle en ait manifesté la volonté, et alors sans doute qu'elle entend conserver la nationalité que lui a donnée son mariage. Si telle était la solution admise par la loi, elle consacrerait une *inelegantia juris*. Ajoutez que la femme a peut-être des enfants de son mariage. La mort du père n'apporte aucun changement à la nationalité de ces enfants; ils restent donc étrangers, et la mère peut avoir intérêt à conserver la même nationalité qu'eux. Enfin, au point de vue pratique, quel inconvénient y a-t-il à exiger de la femme veuve qui entend recouvrer la qualité de Française l'accomplissement d'une formalité aussi simple que la déclaration exigée par l'article 19?

**176.** Si une femme française s'est mariée à un étranger dont la loi nationale admet le divorce, il peut se faire que son mariage soit dissous par cette cause. Pourrait-elle recouvrer alors la qualité de Française par le mode privilégié indiqué en l'article 19? Oui. La loi ne parle, il est vrai, que de la femme *veuve*, expression qui suppose que le mariage s'est dissous par la mort du mari. Mais ici comme partout *lex statuit de eo quod plerumque fit*; elle n'a pas parlé du divorce parce que ce n'est pas la cause normale de dissolution du mariage. D'ailleurs on ne voit aucune raison pour que la femme divorcée soit exclue du bénéfice accordé à la femme veuve.

**177. V.** La qualité de Français se perd par l'entrée au service militaire dans une armée étrangère ou par l'affiliation à une corporation militaire étrangère sans l'autorisation du Gouvernement. C'est ce que décide l'article 21, al. 1: « *Le Français qui, sans autorisation du Roi, prendrait du service militaire chez l'étranger, ou s'affilierait à une corporation militaire étrangère, perdra sa qualité de Français* (art. 21, al. 1).

D'après la jurisprudence, l'engagement contracté sans autorisation

(1) Bourges, 4 août 1874, S., 73. 2. 69. — Civ. Rej., 13 janvier 1873, S., 73. 1. 13.

*par son entrée dans une corporation militaire étrangère?*

dans une armée étrangère n'entraîne la perte de la qualité de Français qu'autant qu'il a été contracté en majorité.

La loi se montre plus sévère envers l'ex-Français, qui a perdu la nationalité française pour avoir pris sans autorisation du service militaire à l'étranger, qu'envers celui qui l'a perdue pour toute autre cause. En effet l'article 21, al. 2, dit : « *Il ne pourra rentrer en France qu'avec la permission du Roi et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen; le tout sans préjudice des peines prononcées par la loi criminelle contre les Français qui ont porté ou porteront les armes contre leur patrie.* » Ainsi l'ex-Français qui se trouve dans le cas de l'article 21 est assimilé à un étranger ordinaire. Il ne peut acquérir la qualité de Français qu'en remplissant les conditions prescrites pour la naturalisation qui n'est aujourd'hui obtenue qu'après trois ans de stage (Loi du 22 juillet 1867). Cette rigueur a été adoucie par les articles 12 et 25 du décret du 26 août 1811, desquels il résulte que l'ex-Français qui se trouve dans le cas de l'article 21 du Code civil peut recouvrer la qualité de Français en vertu de simples lettres de relief.

Le Français qui porte les armes contre sa patrie est passible de la peine de mort (P., art. 75). C'est à cette peine que fait allusion la disposition finale de l'article 21.

**178.** Dans tous les cas prévus par les articles de notre section, la perte de la qualité de Français résulte de faits qui font supposer chez le Français l'intention d'abdiquer sa patrie. Si la perte de la qualité de Français peut résulter d'une abdication tacite, il semble qu'elle devrait pouvoir à plus forte raison résulter d'une abdication expresse. Il n'en est rien. L'abdication expresse, comprise primitivement dans l'énumération des causes qui entraînent la perte de la qualité de Français, a disparu de la rédaction définitive de la loi à la suite de la discussion au Conseil d'État. Elle ne paraît en effet plus significative que l'abdication tacite que par suite d'une fausse apparence; en réalité elle l'est moins. Les faits ont ici plus d'éloquence que les paroles: car la déclaration d'où résulte l'abdication expresse peut être le résultat d'un mouvement irréfléchi, tandis que les faits d'où la loi induit l'abdication tacite ont une grande puissance et supposent une volonté fermement arrêtée chez leur auteur. Il fallait d'ailleurs éviter que des Français, qui se proposent de rester en France et d'y jouir de tous les avantages attachés à la qualité de Français, fussent tentés d'abdiquer cette qualité pour se soustraire aux charges qu'elle entraîne.

**179. VI.** La qualité de Français se perd par le démembrement d'une portion du territoire français.

C'est la contre-partie de ce qui a été dit au n° 134 relativement à l'annexion d'un territoire étranger à la France. Dans les deux cas les naturels suivent le sort du sol; ils changent de nationalité comme lui. Quand le démembrement résulte d'un traité, la condition des naturels du pays démembré est ordinairement réglée par des clauses particulières. C'est ce qui a été fait par le traité franco-allemand du 18 mai

1871 dont l'article 2 est ainsi conçu : « Les sujets français originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ce territoire, qui voudront conserver la nationalité française, jouiront jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 1871 (1), et moyennant déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en France et de s'y fixer, sans que ce droit puisse être altéré par les lois sur le service militaire, auquel cas la qualité de citoyen français leur sera maintenue... »

**180.** VII. Enfin, la qualité de Français se perd par le trafic ou même la simple possession d'esclaves en pays étranger.

C'est ce qui résulte de l'article 8 du décret du 27 avril 1848, ainsi conçu : « A l'avenir, même en pays étranger, il est interdit à tout Français de posséder, d'acheter ou de vendre des esclaves, et de participer soit directement soit indirectement à tout trafic ou exploitation de ce genre. Toute infraction à ces dispositions entraînera la perte de la qualité de citoyen français. Néanmoins les Français, qui se trouvent atteints par ces prohibitions au moment de la promulgation du présent décret, auront un délai de trois ans pour s'y conformer. — Ceux qui deviendraient possesseurs d'esclaves en pays étranger par héritage, don ou mariage, devront, sous la même peine, les affranchir ou les aliéner dans le même délai à partir du jour où leur possession aura commencé. »

La loi du 11 février 1851 porta à dix ans le délai de trois ans fixé par la disposition législative qui vient d'être rapportée, et à l'expiration de ce délai fut rendue à la date du 28 mai 1858 une loi ainsi conçue. Article unique : « Le paragraphe 2 du décret du 27 avril 1848 est modifié ainsi qu'il suit. Le présent article n'est pas applicable aux propriétaires d'esclaves dont la possession est antérieure au 27 avril 1848, ou résulterait soit de succession soit de donations entre-vifs ou testamentaires soit de conventions matrimoniales. »

Il y avait, paraît-il, vingt mille Français qui aimaient mieux perdre leur qualité de Français que leurs esclaves. Il a fallu, pour la leur conserver, leur permettre de conserver leurs esclaves. Cela prouve que la France tient plus aux Français que certains Français à la France.

**181.** Telles sont les causes qui font perdre la qualité de Français. Dans quelques cas, on l'a vu, la loi autorise l'ex-Français à recouvrer sa qualité au moyen d'une naturalisation privilégiée. La recouvre-t-il alors avec effet rétroactif, c'est-à-dire non-seulement dans l'avenir, mais aussi dans le passé, de telle façon qu'il doive être considéré, une fois réintégré dans sa qualité, comme n'ayant jamais cessé d'être Français? L'article 20 répond : « *Les individus qui recouvreront la qualité de Français dans les cas prévus par les articles 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions qui leur sont imposées par ces articles, et seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque.* »

Dire que celui qui a recouvré la qualité de Français « ne peut s'en prévaloir que pour l'exercice des droits ouverts à son profit depuis cette

(1) Ce délai a été prorogé jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 1873 par l'article 1<sup>er</sup> d'une convention additionnelle du 11 décembre 1871.

époque », c'est exprimer très-nettement qu'il ne peut pas s'en prévaloir pour l'exercice des droits ouverts auparavant, et on n'en saurait trouver d'autre raison que celle-ci : c'est que l'ex-Français recouvre sa qualité pour l'avenir mais non dans le passé. La loi considère donc l'ex-Français qui a recouvré sa qualité comme ayant été et étant resté étranger depuis l'époque où il a perdu sa qualité de Français jusqu'à celle où il l'a recouvrée; elle suppose ainsi le principe de non-rétroactivité sans le formuler en termes exprès.

La consécration du principe de non-rétroactivité étant certaine dans l'espèce, il appartient à l'interprète d'en déduire toutes les conséquences. D'après cette donnée on doit décider que, si l'on peut invoquer contre l'ex-Français réintégré dans sa qualité son extranéité pour l'exclure du bénéfice des droits ouverts à son profit avant sa réintégration, il peut en revanche de son côté se prévaloir de cette même extranéité pour le maintien des droits par lui acquis pendant qu'il avait la qualité d'étranger. Cette solution est tout à la fois légale et juste. Ainsi une femme française se marie à un Belge; elle perd la nationalité française (art. 49), et acquiert la nationalité belge. Quelques années après, son mariage est dissous par un divorce (la loi belge admet le divorce), puis elle rentre en France avec l'autorisation du Gouvernement et déclare qu'elle veut se fixer en France, ce qui a pour conséquence de la réintégrer dans sa qualité de Française. Cette réintégration ne portera aucune atteinte au droit acquis résultant pour la femme du divorce légalement prononcé conformément à la loi belge, bien que la loi française n'admette pas le divorce.

Depuis la loi du 14 juillet 1819, qui a accordé aux étrangers le droit de succéder en France comme les Français, l'application que fait l'article 20 du principe de non-rétroactivité en ce qui concerne la réintégration dans la qualité de Français a perdu presque tout son intérêt.

\* 182. Le principe de non-rétroactivité sous-entendu dans l'article 20 s'applique-t-il au cas prévu par l'article 9? En d'autres termes, l'individu qui acquiert la qualité de Français en remplissant les formalités prescrites par l'article 9, l'acquiert-il seulement pour l'avenir, ou bien l'acquiert-il avec effet rétroactif au jour de sa naissance? Nous pensons qu'il l'acquiert pour l'avenir seulement, par conséquent sans effet rétroactif. En effet l'individu qui se trouve dans le cas prévu par l'article 9 est né étranger, et il est demeuré tel jusqu'à ce qu'il ait rempli les formalités prescrites par l'article 9. A dater de ce moment il acquiert une nouvelle nationalité, et pour qu'il pût l'acquérir avec effet rétroactif, il faudrait un texte; or ce texte n'existe pas. — On objecte que l'article 20 qui contient le principe de non-rétroactivité ne vise pas l'article 9, ce qui ne peut guère, dit-on, être mis sur le compte d'un oubli (car l'article 20 vise l'article suivant, l'article 40) et ne peut s'expliquer que par la volonté du législateur d'admettre dans le cas de l'article 9 la rétroactivité qu'il écarte dans les autres. — Mais d'abord où serait le motif de cette exception faite en faveur du cas prévu par l'article 9? On la comprendrait d'autant moins que ce cas est moins favorable que celui prévu par l'article 40, auquel cependant l'article 20 applique le principe de non-rétroactivité. La vérité est qu'il y avait, pour viser l'article 40, un motif qui n'existait pas en ce qui concerne l'article 9 : c'est que le premier emploie les expressions « recouvrer la qualité de Français »; or le mot *recouvrer* implique une idée de restitution et par suite de rétroactivité. Si donc l'article 20 n'avait pas visé l'article 40, on aurait pu penser, à raison du mot *recouvrer*, que la qualité de Français était reprise avec effet rétroactif. Mais quand la loi parle d'un individu qui acquiert la nationalité française qu'il n'a jamais eue, qui la *réclame* comme dit l'ar-

ticle 9 (*réclamer* est synonyme de *demander*), quelle utilité y avait-il à dire qu'il l'acquerrait sans effet rétroactif? L'article 20 n'avait donc pas plus à viser l'article 9 que l'article 12, et le principe de non-rétroactivité qui s'applique incontestablement dans le cas de ce dernier article doit s'appliquer aussi dans le cas de l'article 9. — Malgré ces raisons la doctrine est divisée sur cette question, et la solution contraire à celle qui vient d'être développée prévaut dans la jurisprudence.

**182 bis.** APPENDICE. *De ceux qui ont deux nationalités et de ceux qui n'en ont aucune.* En principe on ne peut pas avoir deux nationalités, deux patries, pas plus qu'on ne peut avoir deux mères. En fait cependant le contraire a lieu quelquefois par suite du conflit de deux législations différentes. Ainsi l'enfant né en Angleterre de parents français est anglais d'après la loi anglaise, qui attribue la qualité d'Anglais à tout individu né en Angleterre; ce même enfant est français d'après la loi française (art. 10, al. 1); il a donc deux nationalités. Il en est de même de l'Anglaise qui épouse un Français; d'après la loi anglaise son mariage ne lui fait pas perdre sa nationalité, et d'après la loi française il lui fait acquérir la nationalité française.

Ce conflit peut donner lieu à des situations fort singulières. Celui qui se trouve avoir ainsi deux nationalités a nécessairement deux statuts personnels, qui pourront lui être appliqués à tour de rôle dans chacun des deux pays dont il a la nationalité, aussi souvent qu'il quittera l'un pour aller dans l'autre. Cette situation durera tant que durera sa cause, c'est-à-dire jusqu'à ce que l'individu qui a deux nationalités ait définitivement opté pour l'une d'elles, ce qu'il peut faire expressément ou tacitement et à une époque quelconque puisque la loi n'a rien réglé à cet égard.

En revanche il y a des individus qui n'ont pas de nationalité, qui sont étrangers partout, *nullius civitatis cives*. Un Français s'établit en Belgique sans esprit de retour; il a perdu la nationalité française (art. 19), et il n'a pas acquis la nationalité belge d'après la loi de ce pays. Il est donc sans patrie, sans nationalité. Il en est de même de la femme française qui épouse un Anglais. Son mariage lui fait perdre la qualité de Française (art. 19); il ne lui fait pas acquérir la nationalité anglaise.

Ceux qui, n'ayant pas de patrie, résident en France sans être autorisés à y fixer leur domicile, sont dans une situation singulière. D'abord ils n'ont pas de statut personnel. Comme il faut bien cependant que leur état et leur capacité soient régis par une loi quelconque, on décide qu'ils seront soumis à cet égard à la loi du pays où ils se trouvent. Ils changeront donc de lois personnelles toutes les fois qu'ils changeront de pays. Ensuite les individus sans nationalité ne peuvent avoir en France la jouissance des droits civils auxquels s'applique l'article 14; car son texte suppose un étranger ayant une nationalité, puisqu'il parle de traités intervenus entre la France et « la nation à laquelle l'étranger appartiendra ». Il ne suffit donc pas de n'être pas Français pour pouvoir invoquer l'article 14, il faut appartenir à une nation déterminée et à une nation ayant des traités avec la France.

## SECTION II

### DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES (1)

#### Première partie. Généralités.

**183.** Dans notre Droit actuel, certaines condamnations pénales, qui

[1] Cette matière appartenant au Droit criminel plus qu'au Droit civil, nous la traiterons très succinctement.

supposent un haut degré de perversité chez celui qui les a méritées, font perdre au condamné soit l'exercice de ses droits civils soit même la jouissance de quelques-uns de ces droits. Pour comprendre les explications qui vont être données sur ce point, il est nécessaire de posséder préalablement quelques notions générales sur les infractions et sur les peines qui leur sont applicables.

184. Tout individu qui *enfreint*, c'est-à-dire *viole* la loi pénale, commet une *infraction*. L'infraction est donc le résultat de la violation d'une loi pénale positive.

On distingue trois espèces d'infractions suivant leur gravité : les contraventions, les délits et les crimes. Aux termes de l'article 1 du Code pénal : « *L'infraction que les lois punissent des peines de police est une contravention. — L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. — L'infraction que les lois punissent d'une peine criminelle est un crime.* »

C'est donc d'après la nature de la peine qui lui est appliquée que l'infraction est qualifiée. Il est nécessaire par suite de savoir quelles peines sont *de police*, quelles autres *correctionnelles*, quelles autres enfin *criminelles*.

A. Les peines *de simple police* sont d'après l'article 464 du Code pénal :

- 1° L'amende (de un à quinze francs) ;
- 2° L'emprisonnement (de un à cinq jours) ;
- 3° La *confiscation spéciale* ou confiscation de certains objets saisis.

B. Les peines *correctionnelles* sont énumérées par l'article 9 du Code pénal ; ce sont :

- 1° L'amende (de plus de quinze francs) ;
- 2° L'emprisonnement (de six jours à cinq ans) ;
- 3° L'interdiction de certains droits civiques, civils ou de famille, que nous appellerons plus brièvement *interdiction civique* ;
- 4° A cette liste il faut ajouter la *confiscation spéciale*.

C. Les peines *criminelles* se divisent en : *peines afflictives et infamantes* et *peines infamantes* seulement (P., art. 6).

a). Les peines *afflictives et infamantes* sont (P., art. 7) :

- 1° La mort ;
- 2° Les travaux forcés à perpétuité ;
- 3° La déportation, dont il existe deux variétés : la *déportation simple* et la *déportation dans une enceinte fortifiée* ; toutes les deux sont perpétuelles ;
- 4° Les travaux forcés à temps (minimum cinq ans, maximum vingt ans) ;
- 5° La détention (de cinq à vingt ans) ;
- 6° La réclusion (de cinq à dix ans).

b). Les peines *infamantes* sont (P., art. 8) :

1° *Le bannissement* (de cinq à dix ans) ;

2° *La dégradation civique*.

On a souvent critiqué le législateur au sujet du procédé dont il s'est servi pour classer les infractions. Au lieu d'estimer la gravité de l'infraction d'après la gravité de la peine qui lui est appliquée, c'est le contraire, dit-on, qu'il aurait dû faire ; il aurait dû estimer la gravité de la peine d'après la gravité de l'infraction.

Cette critique n'est pas fondée. Au législateur et au législateur seul il appartient de classer les infractions. Ce travail, il l'a fait en appréciant la gravité de chaque infraction d'après le degré de perversité qu'elle suppose chez le coupable et le péril qu'elle fait courir à la société. Puis, proportionnant la gravité de la peine à celle de l'infraction, il a appliqué les peines les plus sévères, c'est-à-dire les peines dites criminelles, aux infractions de l'ordre le plus grave ; les peines les moins sévères, c'est-à-dire les peines de *simple police*, aux infractions les plus légères, et enfin des peines d'un ordre intermédiaire, les peines *correctionnelles*, à des infractions qui tiennent le milieu entre les crimes et les contraventions, c'est-à-dire aux délits. Ce travail une fois fait, le législateur a dit aux juges et aux interprètes : Quand vous voudrez savoir dans quelle catégorie j'ai entendu classer telle infraction, recherchez la peine dont je l'ai punie ; si c'est une peine criminelle, l'infraction sera un crime ; si c'est une peine correctionnelle, l'infraction sera un délit ; si c'est une peine de simple police, l'infraction sera une contravention. C'est comme s'il eût dit : J'ai classé les infractions et je les ai réparties dans un casier à trois compartiments. Dans le compartiment n° 1, vous trouverez les crimes ; dans le n° 2, les délits, et dans le n° 3, les contraventions.

A chaque catégorie d'infractions correspond une juridiction spéciale. Les contraventions sont jugées par les tribunaux de simple police, les délits par les tribunaux de police correctionnelle, et les crimes par les cours d'assises.

#### **Deuxième partie. De l'influence des condamnations judiciaires sur les droits civils du condamné.**

**185.** Il faut rechercher à présent quelle atteinte les condamnations judiciaires à raison d'infractions à la loi pénale peuvent porter aux droits civils du condamné. Nous parlerons successivement des condamnations à des peines de simple police, des condamnations à des peines correctionnelles et des condamnations à des peines criminelles.

### § I. *Peines de simple police.*

**186.** Les condamnations à des peines de simple police ne portent aucune atteinte aux droits civils du condamné. C'est tout simple, car elles sont prononcées à raison de faits sans gravité, et la privation même partielle des droits civils ajoutée comme appoint à la condamnation aurait dépassé la juste mesure.

### § II. *Peines correctionnelles.*

**187.** Les condamnations à des peines correctionnelles laissent également intacts, en principe, les droits civils du condamné.

Cette règle souffre une exception unique en ce qui concerne l'interdiction civique. L'interdiction civique est une peine privative de droits. Elle se rattache toujours, comme appoint de pénalité, à une autre peine, celle-ci principale. Mais elle n'est jamais encourue de plein droit *ipso jure* comme conséquence de la condamnation à une autre peine principale. Elle n'est encourue que quand elle est prononcée par le juge, et celui-ci ne peut la prononcer que dans les cas exprimés par la loi, qui tantôt lui impose à cet égard une obligation, et tantôt lui accorde une simple faculté (P., art. 43). La loi énumère (P., art. 42) les droits dont l'interdiction civique peut entraîner la privation. On remarque principalement dans cette énumération les droits « de vote et de suffrage dans les délibérations de famille ; d'être tuteur, curateur si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de la famille ; d'être expert ou employé comme témoin dans les actes ; de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations. »

La personne, contre laquelle est prononcée la peine de l'interdiction civique, n'est pas nécessairement privée de tous les droits énumérés en l'article 42, car la loi dit que le juge peut les lui interdire en tout ou en partie. Le juge a donc la faculté de faire un triage entre ces différents droits et d'en interdire seulement quelques-uns au condamné.

La privation des droits auxquels l'interdiction civique s'applique commence à dater du jour où la condamnation est devenue irrévocable.

### § III. *Peines criminelles.*

**188.** La condamnation à une peine criminelle porte toujours atteinte aux droits civils du condamné. Nous avons à rechercher dans quelle mesure.

En matière criminelle, la privation des droits civils peut être prononcée comme peine principale ou être encourue à titre de peine accessoire.

La privation des droits civils est prononcée comme peine principale, lorsqu'elle est le résultat d'une condamnation qui a pour objet direct et exclusif de priver le condamné de ses droits civils.

Au contraire la privation des droits civils est encourue à titre de peine accessoire, lorsqu'elle est le résultat implicite d'une condamnation à une autre peine criminelle, celle-ci principale. Il y a en pareil cas une peine que le juge prononce : c'est la peine principale, et une autre qu'il sous-entend : c'est la peine accessoire; celle-ci est encourue par le condamné de plein droit, *ipso jure*, en vertu des seules dispositions de la loi qui la rattache à la peine principale comme appoint de pénalité.

En résumé la condamnation à une peine criminelle porte toujours une atteinte plus ou moins grave aux droits civils du condamné. Tantôt cette atteinte est le résultat direct et exclusif de la condamnation qui a pour but et pour but unique de priver le condamné de ses droits; la privation des droits civils nous apparaît alors comme peine principale. Tantôt elle est le résultat implicite, accessoire de la condamnation à une autre peine à laquelle la loi la rattache de plein droit à titre de surcroît de pénalité; la privation des droits civils nous apparaît alors comme peine accessoire.

Nous allons nous occuper successivement de la privation des droits civils prononcée comme principale et de la privation des droits civils encourue comme peine accessoire.

#### N° 1. De la privation des droits civils prononcée comme peine principale.

**189.** Il n'y a qu'une seule peine criminelle qui ait directement et exclusivement pour objet de priver en partie le condamné de ses droits : c'est la dégradation civique. L'article 34 P. indique dans quelle mesure. « *La dégradation civique consiste : 1° dans la destitution et l'exclusion des condamnés de toutes fonctions, emplois ou offices publics ; 2° dans la privation du droit de vote, d'élection, d'éligibilité et en général de tous les droits civiques et politiques et du droit de porter aucune décoration ; 3° dans l'incapacité d'être juré expert, d'être employé comme témoin dans des actes et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements ; 4° dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille et d'être tuteur, subrogé-tuteur ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants et sur l'avis conforme de la famille ; 5° dans la privation du droit de port d'armes, du droit de faire partie de la garde nationale, de servir dans les armées françaises, de tenir école ou d'enseigner et d'être employé dans aucun établissement d'instruction à titre de professeur, maître ou surveillant.* »

On voit que la dégradation civique prive celui qui en est frappé de tous ses droits politiques et de quelques-uns de ses droits civils. Ce n'est

pas seulement l'exercice de ces droits que perd le condamné, mais aussi la jouissance. D'ailleurs on ne comprendrait guère qu'il pût en perdre l'exercice sans en perdre en même temps la jouissance, car il s'agit de droits qui ne peuvent pas être exercés par l'intermédiaire d'un représentant légal, de droits par conséquent qui sont complètement perdus pour le titulaire quand l'exercice lui en est retiré puisqu'ils ne sont alors susceptibles d'être exercés ni par lui ni pour lui.

A la différence de l'interdiction civique, la dégradation civique n'est pas susceptible de plus ou de moins dans son application, c'est-à-dire que le juge qui prononce cette peine ne peut pas la dédoubler, en déclarant que le condamné sera privé de quelques-uns seulement des droits énumérés par l'article 31 P. La dégradation civique constitue donc une peine *indivisible*.

Les cas dans lesquels la dégradation civique peut être prononcée comme peine principale sont rares (V. notamment art. 111, 114, 127 et 130. P.). Nous allons retrouver à l'instant la dégradation civique comme peine accessoire.

## N° 2. De la privation des droits civils encourue comme peine accessoire.

190. Toutes les peines criminelles principales (sauf la dégradation civique) ont pour résultat de priver de plein droit, *ipso jure*, le condamné d'une partie plus ou moins considérable de ses droits civils. Pour mesurer l'étendue de cette privation, il faut distinguer s'il s'agit de peines criminelles temporaires ou de peines criminelles perpétuelles.

### I. Peines criminelles temporaires.

191. Les peines criminelles temporaires sont : 1° les travaux forcés à temps; 2° la détention; 3° la réclusion; 4° le bannissement. Toutes ces peines entraînent de plein droit comme appoint, comme accessoire, la dégradation civique avec son cortège d'incapacités (art. 28, al. 1, P.). Toutes aussi, à l'exception du bannissement, entraînent de plein droit l'interdiction légale. La première de ces peines accessoires fait perdre au condamné la jouissance de certains droits. La deuxième lui fait perdre l'exercice des droits dont la première ne lui a pas enlevé la jouissance. Nous allons dire quelques mots sur chacune de ces peines accessoires.

#### A. Dégradation civique.

192. Aux termes de l'article 28, al. 1, du Code pénal : « La condamnation à la peine des travaux forcés à temps, de la détention, de la réclusion ou du bannissement emportera la dégradation civique. » La dégradation civique est donc l'accessoire obligé de toute condamnation à une peine criminelle temporaire; elle y est sous-entendue par la loi.

A partir de quel moment la dégradation civique, accessoire d'une peine criminelle temporaire, est-elle encourue? L'article 28, al. 2, P., ré-

pond : « La dégradation civique sera encourue du jour où la condamnation sera devenue irrévocable (si elle est contradictoire), et en cas de condamnation par contumace du jour de l'exécution par effigie. » Notre article distingue donc, pour déterminer le point de départ de la dégradation civique, si la condamnation d'où elle résulte accessoirement est contradictoire ou par contumace.

On appelle condamnation *contradictoire* celle qui est prononcée contre un accusé présent, *reo contradicente*. On appelle condamnation *par contumace* celle qui est prononcée contre un accusé absent, contre un *contumax*. Le mot *contumax* vient de *contumacia*, qui signifie résistance à la loi. Le *contumax* résiste à la loi en ne se présentant pas pour répondre à l'accusation dirigée contre lui; il est défaillant.

Cela posé, notre article dit que si la condamnation est *contradictoire*, la dégradation civique sera encourue à dater du jour où cette condamnation est devenue irrévocable, c'est-à-dire à compter du jour où le pourvoi en cassation formé par le condamné a été rejeté, et s'il ne s'est pas pourvu en cassation à dater de l'expiration du délai de trois jours qui lui était accordé pour se pourvoir. Si au contraire la condamnation est *par contumace*, la dégradation civique sera encourue du jour de l'exécution par effigie. Autrefois l'exécution par effigie consistait dans l'exposition publique d'un tableau représentant la personne du *contumax* (*effigies*) et au bas duquel était écrit le jugement de condamnation. Ce n'était, somme toute, qu'un moyen, assez grossier d'ailleurs, de rendre public le jugement de condamnation. La science moderne devait le perfectionner; aussi l'article 472 I. Cr. l'a-t-il remplacé par un mode de publicité plus sérieux et plus en harmonie avec nos mœurs actuelles. Bien qu'on n'y voie plus figurer l'effigie du contumax, le mot *exécution par effigie* est resté dans nos lois.

Les effets de la dégradation civique encourue comme peine accessoire sont les mêmes que ceux de la dégradation civique prononcée comme peine principale (*supra*, n° 189). Sa durée est indéfinie. Elle continue à frapper le coupable, même après qu'il a subi sa peine. Elle survit aussi à la grâce et à la prescription de la peine. La réhabilitation seule et l'amnistie peuvent y mettre fin.

### B. Interdiction légale.

**193.** Toutes les peines criminelles temporaires, à l'exception du bannissement, entraînent de plein droit l'interdiction légale du condamné pour toute la durée de sa peine. C'est ce qui résulte de l'article 29, al. 1, P. : « Quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion sera de plus, pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale. »

La dégradation civique fait perdre au condamné la jouissance de cer-

tains droits, ceux qui sont énumérés par l'article 34, P. (*supra*, n° 189); il conserve la jouissance de tous les autres, mais l'interdiction légale lui enlève l'exercice. On peut donc dire que l'interdiction légale fait perdre au condamné à une peine criminelle temporaire (sauf le bannissement) l'exercice des droits dont la dégradation civique lui laisse la jouissance. L'interdiction légale est encourue de plein droit, *ipso jure*, à dater du jour où la condamnation de laquelle elle résulte virtuellement est devenue irrévocable. Sa durée est la même que celle de la peine; elle prend donc fin de plein droit par tout événement qui met fin à la peine, non seulement par conséquent lorsque le condamné a subi sa peine, mais aussi lorsqu'il en est libéré par la prescription ou par la grâce ou à plus forte raison par l'amnistie.

194. Suivant l'opinion qui a prévalu, l'interdiction légale n'est pas attachée aux condamnations par contumace. C'est du moins ce que l'on peut induire de l'article 29 P., d'après lequel le condamné est en état d'interdiction légale « pendant la durée de sa peine. » Ces expressions indiquent que la loi a en vue un condamné qui subit sa peine; sa disposition ne doit donc pas être appliquée au contumax qui ne la subit pas, car en matière pénale l'interprétation restrictive doit toujours être admise. *Pœnalia non sunt extendenda.*

Mais alors que deviendront les biens du *contumax*? Ils seront régis par l'Administration des domaines comme biens d'absent (I. Cr., art. 471.).

195. Le but de l'interdiction légale est d'empêcher que le condamné puisse se procurer des ressources pécuniaires avec lesquelles il pourrait : 1° tenter de corrompre ses gardiens; 2° adoucir les rigueurs de sa peine. A cet effet la loi retire au condamné l'administration de ses biens et la confie à un tuteur; « il lui sera nommé, dit l'article 29, al. 2, P., un tuteur et un subrogé-tuteur pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et subrogés-tuteurs aux interdits. » Si l'interdit légalement ne peut pas accomplir relativement à ses biens les actes de simple administration, à plus forte raison ne peut-il pas accomplir les actes de disposition tels que les aliénations; ils présenteraient plus de danger encore que les actes d'administration, parce qu'ils pourraient procurer au condamné des sommes plus importantes. C'est encore le tuteur qui accomplira ces actes pour lui, s'il y a lieu. La loi nous le donne à entendre en disant dans l'article 29 P. que le tuteur est chargé de GÉRER et d'administrer. D'une manière générale, on peut dire que les pouvoirs du tuteur d'un interdit légalement sont les mêmes que ceux du tuteur d'un interdit judiciairement.

L'interdiction légale, on le voit, n'enlève pas au condamné la jouissance de ses droits; elle lui en retire seulement l'exercice qui est confié à son tuteur.

**196.** Mais il y a des droits dont l'exercice ne se distingue pas de la jouissance, en ce sens que ces droits doivent être exercés par le titulaire lui-même, et ne sont pas susceptibles d'être exercés en son lieu et place par un représentant légal. On admet généralement que l'interdiction légale n'enlève pas au condamné l'exercice de ces droits; car lui en retirer l'exercice ce serait par le fait lui en retirer la jouissance, puisque le droit ne pourrait être exercé ni par lui ni pour lui, ce qui équivaldrait à sa suppression.

De ce nombre sont :

1<sup>o</sup> *Le droit de reconnaître un enfant naturel;*

2<sup>o</sup> *Le droit de contracter un mariage* (avec l'agrément de l'Administration bien entendu);

3<sup>o</sup> *Le droit de disposer par testament.* Il paraît difficile de contester ce droit à l'interdit légalement depuis la loi du 31 mai 1854. En effet l'article 2 de la loi déclare que des condamnés à des peines afflictives perpétuelles sont en état d'interdiction légale, et l'article suivant ajoute qu'ils ne peuvent pas disposer par testament. C'est donc alors que l'interdiction légale ne rend pas celui qu'elle frappe incapable de tester, autrement l'article 3 contiendrait une disposition surrogatoire!

Tous autres actes passés par la personne légalement interdite sont *nuls de droit* (arg., art. 502). *Nuls de droit*, c'est-à-dire qu'il suffira aux intéressés de démontrer qu'ils ont été accomplis sous le coup de l'interdiction légale pour que la justice soit tenue d'en prononcer la nullité.

\* Suivant l'opinion générale cette nullité peut être proposée non-seulement par l'interdit légalement ou ses représentants, mais aussi par les personnes capables qui ont contracté avec lui, contrairement à ce qui a lieu pour les actes passés par l'interdit judiciairement (art. 1125). La raison en est que la nullité est établie contre l'interdit légalement pour l'empêcher de se procurer des ressources pécuniaires, et non en sa faveur. Le but de la loi ne serait pas atteint s'il pouvait seul demander la nullité.

**197.** Les rigueurs de l'interdiction légale peuvent être adoucies par le Gouvernement en faveur des condamnés aux travaux forcés à temps qui subissent leur peine hors du territoire continental de la France. L'article 42 de la loi du 30 mai 1854 permet au Gouvernement d'accorder aux condamnés, dans le lieu d'exécution de la peine, l'exercice de tout ou partie des droits civils dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale et même de les autoriser à jouir de tout ou partie de leurs biens. Voyez le texte pour les détails.

## II. *Peines criminelles perpétuelles.*

**198.** Les peines criminelles *perpétuelles*, ainsi appelées parce qu'elles n'ont pas d'autres limites que la vie même du condamné, sont: 1<sup>o</sup> la mort; 2<sup>o</sup> les travaux forcés à perpétuité; 3<sup>o</sup> la déportation, soit simple, soit dans une enceinte fortifiée.

A. *Effets des condamnations à des peines criminelles perpétuelles sur les droits civils du condamné d'après le Code civil.*

199. Toutes ces condamnations entraînaient autrefois la mort civile, la première en vertu de l'article 23 du Code civil, les deux autres en vertu de l'article 18 du Code pénal.

La mort civile peut être définie : l'état d'une personne qui, bien que vivante, est réputée morte aux yeux de la société quant à la plupart de ses droits.

La mort civile est donc une fiction, une atroce fiction, comme dit M. Laurent, qui a pour résultat d'assimiler un vivant à un mort. Or un mort n'a pas de droits. Donc le mort civilement n'a plus de droits. Et toutefois il était impossible que la fiction égalât la réalité ; car le mort civilement vit encore de la vie physique, et si on l'avait privé de tous ses droits sans distinction en l'assimilant complètement à un mort, on aurait promptement transformé la mort civile en une mort véritable. Aussi avait-on été obligé d'admettre que le mort civilement conservait les droits indispensables au maintien de sa vie physique.

L'article 25 donne le lamentable tableau des effets que produisait la mort civile.

1<sup>o</sup> La mort civile ouvrait la succession du condamné, comme la mort naturelle. « *Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait ; sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament* » (art. 25, al. 1). La mort civile produit même à ce point de vue un effet plus puissant que la mort naturelle, puisque le testament du mort civilement reste sans exécution, à la différence du testament de celui qui est mort naturellement. La mort civile rendait alors le condamné incapable de transmettre par testament.

2<sup>o</sup> « *Il ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre à ce titre les biens qu'il a acquis par la suite* » (art. 25, al. 2). Que deviendront donc ces derniers biens ? L'article 33 va nous le dire : « *Les biens acquis par le condamné depuis la mort civile encourue, et dont il se trouvera en possession au jour de sa mort naturelle, appartiendront à l'État par droit de déshérence. — Néanmoins il est loisible au Roi de faire, au profit de la veuve, des enfants ou parents du condamné, telles dispositions que l'humanité lui suggèrera.* » C'était une confiscation déguisée !

3<sup>o</sup> « *Il ne peut ni disposer de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments* » (art. 25, al. 3). Cet alinéa se trouve reproduit complètement dans la loi du 31 mai 1854.

4<sup>o</sup> « *Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives*

» à la tutelle. — Il ne peut être témoin dans un acte solennel ou authentique, ni être admis à porter témoignage en justice. — Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée » (art. 25, al. 4, 5 et 6).

5° « Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil. — Le mariage qu'il avait contracté précédemment est dissous quant à tous ses effets civils. — Son époux et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture » (art. 25, al. 7 et 8).

Telle était la situation du mort civilement ! Et encore l'article 25 ne contient pas la liste complète des incapacités dont il était frappé. C'est ainsi notamment que le mort civilement était très-certainement privé de ses droits politiques bien que la loi n'en parlât pas.

Que restait-il donc au mort civilement ? On l'a déjà dit. Il conservait tous les droits indispensables au maintien de sa vie physique : droit de recevoir à titre gratuit pour cause d'aliments, droit de devenir propriétaire ou créancier en vertu de contrats à titre onéreux, droit d'agir en justice par le ministère d'un curateur. Ces divers droits appartenaient, non-seulement au mort civilement qui avait obtenu sa grâce ou prescrit sa peine, mais aussi à celui qui la subissait, en tant qu'ils étaient compatibles avec les règlements relatifs à l'exécution de la peine.

L'article 25 du Code civil qui énumère les effets de la mort civile se passe de tout commentaire. Il contenait peut-être le plus éloquent réquisitoire qu'on pût prononcer contre la barbare institution de la mort civile, triste héritage de l'esclavage de la peine ! Heureusement la loi du 31 mai 1854 a fait passer la mort civile dans le domaine de l'histoire ; son article 1<sup>er</sup> porte : « la mort civile est abolie ». La Belgique, qui nous a emprunté la plus grande partie de nos lois, en a fait disparaître elle aussi la mort civile. Et pour mettre sans doute cette suppression plus complètement à l'abri d'une restauration, le texte qui prononce l'abolition de la mort civile a été inséré dans la constitution de ce pays, dont l'article 26 porte : « La mort civile est abolie *et ne peut plus être rétablie.* » Notre loi abolitive de la mort civile n'est pas une loi constitutionnelle. Elle ne contient pas non plus l'interdiction adressée au législateur futur de rétablir cette peine anti-sociale, interdiction assez puérile, soit dit en passant. Mais nous avons mieux que cela : une expérience de cinquante années qui nous a permis de juger la mort civile. Nos descendants ne la rétabliront pas !

#### B. *Effets des condamnations à des peines criminelles perpétuelles sur les droits civils du condamné dans notre Droit actuel.*

**200.** La mort civile étant abolie, quelle va être désormais, au point

de vue des droits civils, la situation des condamnés à une peine criminelle perpétuelle? On ne pouvait pas la faire meilleure évidemment que celle des condamnés à une peine criminelle temporaire. On devait même la rendre pire, car la condamnation à une peine criminelle perpétuelle suppose chez le coupable un degré de perversité plus grand que la condamnation à une peine criminelle temporaire. C'est ce qu'a fait le législateur de 1854.

Les dispositions de cette loi peuvent être rangées sous les trois chefs suivants : état des condamnés à des peines afflictives perpétuelles ; modifications que le Gouvernement peut faire subir à cet état ; dispositions transitoires.

*a). Etat du condamné à une peine afflictive criminelle perpétuelle.*

**201.** Aux termes de l'article 2 de la loi, « *les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les articles 28, 29 et 31 du Code pénal.* » Sur ce point les condamnés à une peine afflictive perpétuelle sont assimilés aux condamnés à une peine afflictive temporaire.

On est à peu près d'accord pour dire que la condamnation par contumace à une peine afflictive perpétuelle n'entraîne pas l'interdiction légale. Outre les motifs exposés plus haut en ce qui concerne la condamnation par contumace à une peine criminelle temporaire (*supra*, n° 194), cette solution peut se justifier par les travaux préparatoires de la loi qui sont formels dans ce sens.

**202.** Outre la dégradation civique et l'interdiction légale, le condamné à une peine afflictive perpétuelle encourt certaines incapacités particulières. Elles sont énumérées par l'article 3, al. 1 et 2, de la loi de 1854 : « *Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. Tout testament par lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire, devenue définitive, est nul.* »

Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est, on le voit, frappé d'une double incapacité : 1° incapacité de disposer par donation entre-vifs ou par testament ; 2° incapacité de recevoir au même titre si ce n'est pour cause d'aliments.

Ce n'est pas seulement l'exercice de ces différents droits que la loi retire au condamné ; elle lui en retire aussi la jouissance. Cela résulte d'abord du texte qui paraît bien priver le condamné du droit lui-même de disposer et de recevoir à titre gratuit (1), puis des travaux préparatoires

(1) Voyez l'art. 3, al. 1, et surtout l'art. 4, al. 1 et 2. Ces deux alinéa auraient certainement été confondus dans une même disposition, si le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne perdait que l'exercice du droit de disposer et de recevoir à titre gratuit.

de la loi qui sont formels en ce sens, enfin de cette considération que, si notre texte retirait seulement au condamné l'exercice des droits dont il s'agit, sa disposition serait inutile puisque l'article précédent lui a déjà retiré cet exercice en le frappant d'interdiction légale.

Cela posé, étudions successivement les deux termes de la double incapacité dont est frappé le condamné à une peine afflictive perpétuelle : incapacité de disposer, incapacité de recevoir à titre gratuit.

**203.** 1° *Incapacité de disposer à titre gratuit.* Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est privé du droit « *de disposer de ses biens* » en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament », c'est-à-dire qu'il est complètement privé du droit de disposer à titre gratuit, la donation entre-vifs et le testament étant les seuls modes de disposer à titre gratuit qui existent dans notre Droit. La famille du condamné a donc presque la certitude de recueillir ses biens à son décès, puisqu'il ne peut pas en disposer à titre gratuit. On a craint sans doute qu'il n'usât de cette faculté pour faire des libéralités à ses complices ou à celui qui aurait facilité son évasion.

Le condamné perdant, comme on l'a vu, non seulement l'*exercice*, mais aussi la *jouissance* du droit de disposer à titre gratuit par conséquent le droit tout entier, il faut en conclure que ce droit ne peut être exercé ni par lui ni pour lui par son tuteur, car celui-ci ne peut exercer que les droits qui appartiennent au condamné. Or le droit de disposer à titre gratuit lui est retiré. De là résulte une conséquence regrettable : c'est que si un enfant du condamné vient à se marier, il sera impossible de le doter avec les biens du condamné, car il faudrait pour cela lui faire une donation de ces biens, et cette donation ne peut être faite ni par le condamné ni par son tuteur. L'article 511 du Code civil ne serait donc pas applicable ici, quoi qu'en ait dit le rapporteur de la loi. Heureusement l'article 4, qui permet au Gouvernement de relever le condamné de tout ou partie des incapacités dont il est frappé par l'article 3, vient apporter un correctif pratique à la rigueur de cette solution.

**204.** La loi ne se borne pas à priver le condamné à une peine afflictive perpétuelle du droit de disposer à titre gratuit. Elle annule le testament par lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive. A partir du jour où il a été irrévocablement frappé, le condamné devient donc incapable, non seulement de disposer, mais aussi de transmettre par testament. Sa condamnation le rend incapable d'avoir une volonté testamentaire, c'est-à-dire de faire des dispositions par testament ou de maintenir celles qu'il a faites. Mais la loi n'annule pas les donations entre-vifs qui auraient été faites par le condamné antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue

définitive. Elles seront donc maintenues, ce qui est de toute justice, car la donation entre-vifs, aussitôt qu'elle est parfaite, fait naître un droit acquis au profit du donataire, à la différence du testament qui ne donne qu'une espérance jusqu'au décès du testateur.

\* La même décision devrait être admise en ce qui concerne les donations de biens à venir ou institutions contractuelles (art. 1082) qui se rapprochent des donations entre-vifs par leur irrévocabilité.

**205. 2° Incapacité de recevoir à titre gratuit.** Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est privé du droit de recevoir soit par donation entre-vifs soit par testament, c'est-à-dire à titre gratuit, si ce n'est pour cause d'aliments. La loi n'a pas voulu qu'il pût se procurer, à l'aide de libéralités qui lui seraient faites, des ressources qu'il pourrait employer à augmenter son bien-être ou à corrompre ses gardiens.

Ici encore c'est la jouissance du droit que la loi retire au condamné. Il ne pourra donc recevoir à titre gratuit, ni personne pour lui.

\* Cette règle ne souffrirait même pas exception en ce qui concerne le partage d'ascendant. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle serait incapable de recevoir la part qui lui serait attribuée par donation entre-vifs ou testamentaire dans un semblable partage. Il est vrai que cette incapacité va rendre le partage impossible, et c'est regrettable; mais la loi le veut ainsi! D'ailleurs la rigueur de cette solution trouve encore ici son correctif pratique dans la disposition de l'article 4 de la loi.

Il est sans difficulté qu'on devrait maintenir les donations faites au condamné et devenues parfaites antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive. Elles ont fait naître à son profit un droit acquis.

**206.** La loi excepte de la règle, qui interdit au condamné à une peine afflictive perpétuelle de recevoir à titre gratuit, les donations faites *pour cause d'aliments*. L'exception ne recevra guère son application pendant la durée de la peine, car alors le condamné n'a pas besoin d'aliments, l'Administration les lui fournit. Une libéralité ne pourrait avoir pour but que d'améliorer son régime, et c'est justement ce que la loi veut empêcher. La disposition exceptionnelle qui nous occupe présentera surtout de l'utilité pour le condamné qui aurait prescrit sa peine ou obtenu sa grâce. Il est alors *solutus a pena*, mais il reste encore soumis aux incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit édictées par l'article 3 (*infra*, n° 209). Grâce à notre disposition, il pourra recevoir les libéralités qui ont un caractère alimentaire.

**207.** Gardons-nous bien d'étendre au-delà des limites mêmes qui leur sont assignées par le législateur les incapacités édictées par l'article 3. *Penalia non sunt extendenda*. La loi déclare le condamné à une peine afflictive perpétuelle incapable de disposer et de recevoir par donation entre-vifs ou par testament; mais elle ne le déclare pas inca-

pable de transmettre ou de recevoir par succession *ab intestat*. Donc il pourra transmettre ou recevoir à ce titre. En d'autres termes il peut être héritier et avoir des héritiers. Bien entendu ses héritiers ne pourront s'emparer de ses biens qu'après son décès, car sa succession n'est pas ouverte avant cette époque, contrairement à ce qui avait lieu avant l'abolition de la mort civile.

A plus forte raison, le mariage du condamné à une peine afflictive perpétuelle n'est pas dissous.

**203.** Quel est le point de départ de la double incapacité édictée par l'article 3 de la loi du 31 mai 1854? Il faut distinguer :

Si la condamnation est contradictoire, les incapacités dont il s'agit sont encourues à dater du jour où la condamnation est devenue irrévocable.

Si au contraire la condamnation est par contumace, elles ne sont encourues que cinq ans après l'exécution par effigie. « *Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie* » (art. 3, al. final). Cela vient de ce que la condamnation par contumace excite toujours la défiance de la loi. Après tout l'accusé a été condamné sans avoir été entendu; peut-être s'il eût été présent aurait-il démontré son innocence, ou tout au moins fourni des explications qui auraient diminué sa culpabilité et amené par suite l'application d'une peine moins sévère.

Le condamné par contumace n'étant atteint par les incapacités de l'article 3 que cinq ans après l'exécution par effigie, il en résulte que, s'il meurt avant l'expiration de ce délai, il sera mort *integri status*. On devrait donc maintenir dans ce cas toutes les donations entre-vifs ou testamentaires par lui faites même depuis sa condamnation et aussi celles faites à son profit.

S'il ne meurt au contraire qu'après les cinq ans, il y aura lieu d'annuler les donations entre-vifs par lui faites ou à lui faites après l'expiration des cinq années. On maintiendra les donations antérieures, car elles ont fait naître des droits acquis, et une incapacité survenue postérieurement à leur perfection ne saurait leur porter atteinte. On maintiendrait aussi, en vertu du même principe, les donations testamentaires faites au profit du condamné et qui ont produit leur effet antérieurement à l'expiration des cinq années. Quant au testament du condamné, il serait sans effet quelle que fût sa date, car la loi annule le testament même antérieur à la condamnation (art. 3).

Les incapacités édictées par notre article 3 sont encourues de plein droit, *ipso jure*, à partir du moment qui vient d'être précisé. Elles constituent en effet une peine accessoire que le juge ne prononce pas, un appoint de pénalité que la loi ajoute elle-même à la peine principale prononcée par le juge.

**209.** Les incapacités dont il s'agit sont en principe perpétuelles comme la peine dont elles dérivent. Elles peuvent même lui survivre. C'est ce qui arriverait dans le cas où le condamné aurait prescrit sa peine ou obtenu sa grâce. Cependant s'il parvenait, après avoir obtenu sa grâce, à se faire réhabiliter, il cesserait d'être soumis aux incapacités qui nous occupent. Le même résultat serait produit par l'amnistie qui, plus puissante que la grâce, efface l'infraction et doit même, en théorie du moins, faire disparaître jusqu'à son souvenir.

*b). Modifications que le Gouvernement peut faire subir à l'état du condamné à une peine afflictive perpétuelle.*

**210.** Le Gouvernement peut :

1<sup>o</sup> Relever le condamné en tout ou partie de la double incapacité de disposer et de recevoir à titre gratuit dont il est frappé par l'article 3. « *Le Gouvernement peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités prononcées par l'article précédent* » (art. 4, al. 1). La loi accorde à cet égard au Gouvernement un pouvoir discrétionnaire. Il pourra donc, suivant les cas, relever complètement le condamné de toutes les incapacités prononcées par l'article 3, ou le relever de l'une d'elles seulement, par exemple de l'incapacité de disposer par testament, ou restreindre encore plus sa faveur et ne relever le condamné que d'une incapacité déterminée et en vue d'un cas déterminé seulement, par exemple autoriser le condamné à faire une donation à son enfant pour le doter ou à recevoir à titre de donation de tel ascendant qui veut opérer le partage de ses biens entre ses descendants.

2<sup>o</sup> Relever le condamné en tout ou en partie des conséquences de l'interdiction légale. « *Il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu d'exécution de la peine, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits dont il est privé par son état d'interdiction légale* » (art. 3, al. 2). Ces mots : *dans le lieu d'exécution de la peine* font allusion au cas où le condamné subit sa peine dans un des établissements coloniaux pénitentiaires.

L'article 3 de la loi du 8 juin 1850 (1) sur la déportation permettait au Gouvernement d'autoriser la remise au profit des déportés de tout ou partie de leurs biens. La loi du 31 mai 1854 ne reproduisant pas cette disposition, le bénéfice n'en saurait être étendu aux condamnés à une peine afflictive perpétuelle autre que la déportation, exclusion qui est peut-être regrettable.

**211.** Un condamné à une peine afflictive perpétuelle a été relevé en tout ou en partie par le Gouvernement des incapacités édictées par l'article 3. Sur quels biens les actes qu'il accomplira en vertu de cette

(1) Une loi récente du 25 mars 1873 à laquelle on peut se reporter, est venue modifier profondément la situation des déportés de l'une et de l'autre catégorie.

concession seront-ils exécutoires ? Par exemple le condamné est autorisé par le Gouvernement à faire des donations : sur quels biens les donations par lui faites pourront-elles être exécutées ? L'article 4, alinéa final, répond : « *Les actes faits par le condamné dans le lieu d'exécution de la peine, ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque.* » Quels biens ces actes pourront-ils donc engager ? Seulement ceux que le condamné aura acquis à titre onéreux depuis sa condamnation. Les autres, c'est-à-dire ceux qu'il possédait lors de sa condamnation ou ceux qui lui sont advenus depuis cette époque à titre gratuit, c'est-à-dire à titre de succession (ou même à titre de donation si le Gouvernement l'a relevé de l'incapacité de recevoir par donation), ne seront pas atteints par les actes qu'accomplira le condamné ; ils seront donc réservés à sa famille.

**212.** On discute la question de savoir si le Gouvernement pourrait donner au condamné à une peine afflictive perpétuelle l'autorisation de disposer de ses biens à titre onéreux ? L'affirmative est fondée sur de si bonnes raisons qu'on s'étonne de ne pas la voir admise par tous. Comprendrait-on que la loi, qui permet au Gouvernement d'autoriser le condamné à disposer de ses biens à titre gratuit, ne lui permit pas d'autoriser ce même condamné à disposer de ses biens à titre onéreux ? L'aliénation à titre onéreux est moins grave que l'aliénation à titre gratuit ; d'autre part la faculté d'aliéner à titre onéreux sera la plupart du temps beaucoup plus utile au condamné que la faculté d'aliéner à titre gratuit. Il y a donc un argument *à fortiori* pour appliquer aux aliénations à titre onéreux ce que la loi dit des aliénations à titre gratuit. D'ailleurs l'article 4 ne dit-il pas que le Gouvernement peut accorder au condamné l'exercice des droits civils dont il est privé par son état d'interdiction légale ? Or le droit d'aliéner à titre onéreux est justement un de ces droits civils dont l'exercice, l'exercice seul et non la jouissance, qu'on le remarque bien, est enlevé au condamné. Donc le Gouvernement peut lui restituer cet exercice, et alors il se trouvera avoir tout à la fois la jouissance et l'exercice de ce droit.

*c). Dispositions transitoires (art. 5 et 6).*

**213.** « *Les effets de la mort civile cessent pour l'avenir à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis à des tiers. — L'état de ces condamnés est régi par les dispositions qui précèdent* » (art. 5). — La loi du 31 mai 1854 a donc fait revenir à la vie civile tous les condamnés qui étaient morts civilement lors de sa promulgation. C'est de la rétroactivité, mais de la rétroactivité de bon aloi. Il n'en faut pas blâmer le législateur, au contraire. C'est d'ailleurs sur ce point seulement que la loi du 31 mai 1854 produit un effet rétroactif, car le législateur a soin de dire que le retour du condamné à la vie civile n'a lieu que « *sauf les droits acquis à des tiers* », c'est-à-dire que la résurrection civile du condamné ne portera aucune atteinte aux droits que sa mort civile avait fait définitivement acquérir à des tiers. Ainsi les héritiers qui avaient recueilli la succession du mort civilement, n'ont pas été obligés de lui restituer ses biens après son retour à la vie civile. De

même le mariage du mort civilement n'a pas pu revivre par suite de la promulgation de la loi du 31 mai 1854; sa dissolution par la mort civile du condamné constituait un fait accompli. Son conjoint a donc pu valablement contracter un nouveau mariage, non-seulement avant la loi du 31 mai 1854, mais aussi après sa promulgation. Quant au mort civilement, il a pu lui aussi contracter un nouveau mariage depuis la loi du 31 mai 1854, car cette loi ne déclare pas les condamnés à des peines afflictives perpétuelles incapables de se marier. — Que si les deux conjoints dont l'un était mort civilement, se trouvant libres de tout autre lien, ont voulu rester unis, ils ont dû procéder à une nouvelle célébration de leur mariage. C'est ainsi qu'un mort civilement a pu, comme on l'a dit, épouser sa veuve.

Le projet de la loi du 31 mai 1854 contenait en ce qui concerne le mariage du mort civilement deux articles ainsi conçus :

Art. 4. Le mariage dissous par la mort civile peut toujours, à moins qu'il n'en existe un nouveau, être réhabilité du consentement des deux parties; *tout autre mariage leur est respectivement interdit jusqu'à la mort de l'un d'eux.*

Art. 5. La réhabilitation du mariage dissous s'opère par une déclaration que les époux font en commun devant l'officier de l'état civil qui en dresse acte. Cet acte est inséré sur les registres à sa date. Il en est fait mention en marge de l'acte de la première célébration.

La disposition finale de l'article 4 a sans doute été considérée comme portant atteinte au principe de non-rétroactivité des lois. Quant aux autres dispositions de ces deux articles, il est assez difficile de dire pourquoi elles ont disparu de la rédaction définitive de la loi.

L'article 3 *in fine* de la loi du 31 mai 1854 explique suffisamment comment les morts civilement qui sont revenus à la vie civile, ont été immédiatement soumis au régime de la loi nouvelle, par conséquent frappés de la dégradation civique et de l'interdiction légale et atteints des incapacités spéciales édictées par l'article 3.

**214.** Enfin aux termes de l'article 6 : « *La présente loi n'est pas applicable aux condamnations à la déportation pour crimes commis antérieurement à sa promulgation.* »

Il résulte très nettement de ce texte que l'état des condamnés à la peine de la déportation pour crimes commis postérieurement à la promulgation de la loi du 31 mai 1854 est régi par les dispositions de cette loi.

Il en résulte non moins clairement que ceux qui ont été condamnés à la peine de la déportation, pour crimes commis depuis la promulgation de la loi du 8 juin 1850 jusqu'à celle de la loi du 31 mai 1854, ne sont pas régis par cette dernière loi en ce qui concerne leur état et leur capacité, mais bien par la loi du 8 juin 1850, loi moins rigoureuse que celle du 31 mai 1854, en ce sens qu'elle ne soumettait pas le condamné aux incapacités spéciales édictées par l'article 3 de cette dernière loi. C'est là une application équitable du principe de non-rétroactivité.

Mais il semble résulter aussi de notre article que la loi du 31 mai 1854 n'est pas applicable à ceux qui ont été condamnés à la déportation avant que la loi du 8 juin 1850 fût exécutoire. S'il en était ainsi, les individus condamnés à la déportation an

térieurement à la loi du 8 juin 1850 seraient encore aujourd'hui frappés de mort civile, car cette loi ne les a pas fait revenir à la vie civile, elle est muette sur ce point; et la loi de 1851 ne les y aurait pas fait revenir non plus, puisqu'elle ne leur serait pas applicable. Mais cette solution, conforme au texte de la loi, est si évidemment contraire à son esprit que la plupart des auteurs la rejettent. M. Valette, qui se croit obligé de l'admettre, dit que l'histoire de nos lois ne présente guère de fautes de rédaction d'une énormité pareille.

## TITRE II

### Des actes de l'état civil.

**215.** L'état civil ou privé d'une personne, c'est la position qu'elle occupe soit dans la famille soit dans la société, et d'où dérivent ses droits et ses devoirs (*supra*, n° 108).

Les actes de l'état civil sont des écrits (*instrumenta*) qui constatent les faits relatifs à l'état civil des personnes. Parmi ces faits les principaux sont : la naissance par laquelle l'homme fait son entrée dans le monde et dans la société, le mariage par lequel il s'y établit et s'y perpétue, et le décès qui le fait disparaître de la scène. Le législateur ne s'occupe dans notre titre que des actes qui constatent ces trois faits. Mais ce ne sont pas là les seuls actes de l'état civil. Il faut encore considérer comme tels les décrets de naturalisation, et aussi les actes d'adoption et de reconnaissance d'enfants naturels qui constatent, l'un la filiation adoptive, l'autre la filiation naturelle, et se placent ainsi tout naturellement à côté de l'acte de naissance où se trouve constatée la filiation légitime. Mais on ne devrait pas, ce semble, y faire rentrer les actes qui sont relatifs plutôt à la capacité qu'à l'état des personnes, tels que les actes d'émancipation, les jugements d'interdiction et ceux qui nomment un conseil judiciaire.

**216.** L'institution des actes de l'état civil est due au clergé. Dès le Moyen âge, le clergé, dans le but d'assurer l'exécution des prescriptions de la loi religieuse, introduisit l'usage de constater les baptêmes, les mariages et les sépultures par des actes inscrits sur les registres des paroisses. Tout imparfaits qu'ils étaient au point de vue de la forme, ces actes offraient pour l'état civil des personnes, un mode de preuve bien supérieur à la preuve testimoniale, dont le législateur à toutes les époques a redouté les dangers, surtout en cette matière. L'autorité civile comprit l'utilité de cette institution, et diverses ordonnances furent successivement rendues, tendant, d'une part à substituer en cette matière la preuve résultant des actes inscrits sur les registres des paroisses à la preuve testimoniale (Voyez notamment l'Ordonnance de Blois, août 1539, art. 50 et 51), et d'autre part à perfectionner sous le rapport de la forme les actes inscrits sur ces registres, afin de les adapter plus complètement au nouveau but qui leur était assigné (Voyez notamment Ordonnance de 1667, tit. 20). Les actes de baptêmes, mariages et sépultures devinrent alors des

actes de l'état civil. Les curés demeurèrent chargés du soin de les dresser. Cette pratique n'était pas sans présenter d'inconvénient : on forçait ainsi les citoyens, qui ne professaient pas la religion catholique, à s'adresser au ministre d'un culte qu'ils réprouvaient pour faire constater leur état civil ou celui de leurs enfants. L'inconvénient était grave surtout en ce qui concerne les mariages. Le contrat civil étant alors confondu avec le sacrement, ceux qui appartenaient aux cultes dissidents, les protestants par exemple, en étaient réduits, s'ils voulaient faire constater légalement leurs mariages, à fouler aux pieds leurs croyances, et à venir demander aux ministres du culte catholique l'administration d'un sacrement que leur foi repoussait. Cette situation intolérable fut améliorée pour les protestants par l'édit de Nantes qui, en leur assurant la liberté de leur culte, leur permit de faire constater légalement leur mariage par leurs ministres. Mais elle reparut avec toutes ses injustices lorsque l'édit de Nantes fut révoqué en octobre 1685. Il n'y avait qu'un moyen de mettre fin à cette tyrannie, c'était de séculariser l'état civil, c'est-à-dire de séparer en cette matière la loi religieuse de la loi civile, en ordonnant que l'état civil des particuliers serait constaté par une autorité exclusivement civile ; sauf ensuite le droit pour chacun de faire bénir son union, s'il le jugeait à propos, par les ministres de la religion à laquelle il appartenait. C'est ce que promit la Constitution de 1791 (titre II, art. 7) non seulement pour le mariage mais pour tous les actes relatifs à l'état civil en général, et ce qu'exécuta la loi du 20 septembre 1792 dont beaucoup de dispositions se retrouvent dans notre Code civil. Cette loi établit sous le nom d'*officiers de l'état civil* des officiers publics spéciaux, de l'ordre exclusivement civil, chargés de constater les principaux faits relatifs à l'état civil des personnes (naissances, mariages et décès), d'en dresser acte et de tenir les registres sur lesquels ces actes seraient inscrits. Ce soin fut confié par la loi précitée aux municipalités. Depuis lors le principe que « l'état civil des hommes doit être indépendant de leurs croyances religieuses » a été à plusieurs reprises violemment attaqué, surtout en ce qui concerne le mariage. Mais ces attaques, par cela même qu'elles ont été impuissantes à l'ébranler, n'ont fait que le consolider, et il est permis de croire qu'aujourd'hui ce principe de justice éternelle a définitivement conquis le droit de cité dans nos lois.

Il est bien entendu que les naissances, mariages et décès, antérieurs à la loi des 20-25 septembres 1792, ont pu même après cette loi et peuvent encore aujourd'hui être prouvés par les actes inscrits sur les registres des paroisses. C'est une application toute simple du principe de non-rétroactivité (art. 2). Mais les naissances, mariages et décès postérieurs à cette époque ne sont plus susceptibles d'être régulièrement établis que par des actes rédigés conformément aux prescriptions des lois nouvelles.

## CHAPITRE I

### DISPOSITIONS GÉNÉRALES

**217.** Nous traiterons dans sept paragraphes distincts : 1° des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil ; 2° des règles générales relatives à la rédaction des actes de l'état civil ; 3° des registres de l'état civil ; 4° de la nature des actes de l'état civil et de leur force probante ; 5° des cas dans lesquels la loi autorise exceptionnellement la preuve par témoins des faits relatifs à l'état civil ; 6° des actes de l'état civil des

Français en pays étranger ; 7° de la sanction des dispositions relatives à la rédaction des actes de l'état civil et à la tenue des registres.

### § I. *Des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil.*

**218.** Dans tout acte de l'état civil il y a lieu de considérer : 1° l'officier de l'état civil, ministre de la loi pour la rédaction de l'acte ; 2° les parties ; 3° les comparants ou déclarants ; 4° les témoins.

#### I. *Des officiers de l'état civil.*

**219.** Les officiers de l'état civil sont des officiers publics chargés de constater les principaux faits relatifs à l'état civil des personnes, d'en dresser acte et de tenir les registres sur lesquels ces actes doivent être inscrits.

Ces fonctions sont confiées dans chaque commune au maire et à ses adjoints (L. du 28 pluviôse an VIII, art. 13 à 16). Les adjoints sont ici appelés de plein droit à suppléer le maire en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci. En dehors de ces deux cas, il leur faut une délégation spéciale.

Les officiers de l'état civil sont chargés :

- 1° De constater les naissances et les décès et d'en dresser acte (art. 55, 56 et 78) ;
- 2° De faire les publications de mariage, de célébrer les mariages et d'en dresser acte (art. 63, 75, 165) ;
- 3° De recevoir, concurremment avec les notaires (art. 334), les reconnaissances d'enfants naturels et d'en dresser acte ;
- 4° De tenir les registres de l'état civil, c'est-à-dire d'une part, d'écrire sur ces registres tout ce qui doit y être écrit, savoir : tous les actes qu'ils rédigent eux-mêmes en leur qualité d'officiers de l'état civil, quelquefois aussi des actes rédigés par d'autres officiers publics, tels que ceux de reconnaissance d'enfants naturels dressés par les notaires (art. 334), les actes d'adoption (art. 359), et certains jugements, ceux par exemple qui rectifient un acte de l'état civil ; d'autre part d'effectuer sur les registres courants ou sur ceux dont ils sont dépositaires les mentions qui doivent, d'après la loi, être faites dans certains cas en marge d'actes de l'état civil déjà inscrits ;
- 5° De veiller à la conservation des registres courants et de ceux des années antérieures qui sont déposés aux archives de la commune et d'en délivrer des extraits à tout requérant.

**220.** La compétence de l'officier de l'état civil est *territoriale* et non *personnelle*. Cela signifie que l'officier de l'état civil compétent pour dresser un acte de l'état civil, n'est pas celui du domicile des parties, mais celui du lieu où s'est accompli le fait qu'il s'agit de constater. Ainsi l'officier de l'état civil compétent pour constater une naissance et en dresser acte, n'est pas l'officier de l'état civil de la commune où les parents de l'enfant et par suite l'enfant lui-même sont domiciliés, mais bien celui de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant est né. Cette règle souffre cependant exception en ce qui concerne le mariage :

l'officier de l'état civil compétent pour célébrer un mariage est celui du domicile de l'un des futurs époux (art. 74 et 165).

**221.** Une lettre du garde des sceaux, en date du 21 juillet 1818, prescrit aux officiers de l'état civil de s'abstenir quand il s'agit de constater la naissance, le mariage ou le décès de leurs propres enfants. On comprend facilement le motif qui a dicté cette sage prescription, et les officiers de l'état civil auraient tort de ne pas s'y conformer. Mais s'ils omettent de le faire, les actes qu'ils dresseront seront-ils nuls pour cette cause ? Non ; car aucun texte ne prononce la nullité. A plus forte raison un officier de l'état civil pourrait-il valablement dresser des actes de l'état civil intéressant ses parents autres que ses enfants ou ses alliés ; la lettre du garde des sceaux les y autorise d'ailleurs implicitement en ne visant que les actes qui intéressent leurs enfants.

Cette lettre du garde des sceaux prescrit aussi aux officiers de l'état civil de s'abstenir de dresser un acte auquel ils figurent déjà en qualité de partie, de déclarant ou de témoin. L'officier de l'état civil ne peut pas en effet dans un même acte jouer un double rôle, celui de témoin par exemple d'une part et d'officier de l'état civil d'autre part. Le bon sens l'aurait dit tout seul, si la lettre du garde des sceaux ne s'en était pas expliquée. Cette règle est si essentielle que son inobservation pourrait dans certains cas entraîner la nullité de l'acte. C'est ce qui arriverait, suivant l'opinion générale, si un officier de l'état civil avait célébré lui-même son propre mariage, jouant ainsi dans un même acte deux rôles qui sont ici absolument incompatibles : celui de partie et celui de ministre de la loi chargé de constater la volonté des parties. Un maire qui veut se marier dans sa commune doit donc faire célébrer son mariage par un adjoint.

**222.** Les officiers de l'état civil ne sont pas des agents de l'autorité administrative, mais bien des agents de l'autorité judiciaire, gardienne de l'état civil des hommes. Ils sont officiers de police judiciaire, et à ce titre ils relèvent des procureurs généraux et de la République. Le maire d'une commune est donc un personnage à double face. Comme administrateur de la commune, il est agent du Gouvernement et soumis comme tel à l'autorité du préfet ; comme officier de l'état civil, il est agent de l'autorité judiciaire et soumis à ce titre à l'autorité des procureurs généraux et de la République.

## II. *Des parties.*

**223.** Les parties sont les personnes dont l'état fait l'objet de l'acte à rédiger, par exemple l'enfant nouveau-né et ses père et mère dans l'acte de naissance, les époux dans l'acte de mariage et aussi leurs père et mère, car le mariage va modifier leur état en les faisant devenir beaux-pères et belles-mères d'abord, puis plus tard aïeuls et aïeules.

La présence des parties à l'acte de l'état civil qui les intéresse n'est pas requise dans tous les cas par la loi. Ainsi la mère n'est pas obligée d'assister à l'acte de naissance de son enfant, et cependant elle est partie à l'acte, car cet acte constate son état de mère.

Quand la présence des parties intéressées est requise, elles peuvent en général se faire remplacer par un mandataire. « *Dans les cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire remplacer par un fondé de procuration spéciale et authentique* » (art. 36). La procuration doit être *spéciale*, c'est-à-dire donnée en vue de ce cas spécial; un mandat général ne suffirait pas. Elle doit de plus être *authentique*, c'est-à-dire notariée.

Notre article donne à entendre qu'il y a des cas où les parties sont obligées de comparaître en personne, et où par suite elles ne pourraient pas se faire remplacer par un fondé de pouvoirs. Il en est ainsi pour le mariage : les futurs époux parties à l'acte, doivent comparaître en personne devant l'officier de l'état civil chargé de procéder à la célébration du mariage ; ils ne pourraient pas se faire représenter par un fondé de pouvoirs. C'est du moins ce qu'il est permis d'induire de l'article 75, al. 1, qui ordonne à l'officier de l'état civil de donner lecture aux contractants du chapitre VI du titre du mariage. Faite à un mandataire, cette lecture n'aurait pas de sens ; la loi suppose donc que les futurs époux sont là, présents. — Il y avait un deuxième cas dans lequel les parties étaient tenues de comparaître en personne : celui prévu par l'article 294. Ce cas a disparu avec le divorce. Mais enfin il existait à l'époque de la promulgation du Code civil, et cela suffit pour justifier le langage de l'article 36 qui suppose qu'il y a *des cas*, donc au moins deux, dans lesquels les parties sont tenues de comparaître en personne.

### III. *Des comparants ou déclarants.*

**224.** Ce sont des personnes qui *comparaissent* (d'où le nom de *comparants*) devant l'officier de l'état civil, pour *déclarer* à celui-ci (d'où le nom de *déclarants*) les faits qu'il est chargé de constater dans les actes qu'il dresse. Ils lui fournissent ainsi les matériaux avec lesquels il rédige les actes de l'état civil.

Toute personne capable de rendre un témoignage digne de confiance peut être déclarant. Donc les femmes aussi bien que les hommes. Il n'est même pas nécessaire que les déclarants soient majeurs ; la loi ne l'exige pas.

Les déclarants peuvent se faire remplacer par un fondé de pouvoirs ; c'est ce qui résulte implicitement de l'article 38. Mais on peut induire de l'article 36 que la procuration doit être spéciale et authentique.

### IV. *Des témoins.*

**225.** La présence dans les actes de l'état civil des témoins requis par

la loi rendra plus difficiles, sinon impossibles, les fraudes que l'officier de l'état civil pourrait tenter de commettre dans l'exercice de son ministère. D'un autre côté, les témoins sont chargés de confirmer, de corroborer, l'exactitude des déclarations faites par les comparants. Telle est leur double mission.

L'article 37 indique les conditions auxquelles ils doivent satisfaire. « *Les témoins produits aux actes de l'état civil ne pourront être que du sexe masculin, âgés de vingt-un ans au moins, parents ou autres, et ils seront choisis par les personnes intéressées.* » Deux conditions sont donc nécessaires et suffisantes pour pouvoir être témoin dans un acte de l'état civil, savoir : être mâle ; être majeur de vingt-un ans.

La loi est plus exigeante pour les témoins qui figurent aux actes notariés. Ainsi elle n'admet pas comme témoins dans les actes de cette nature les proches parents des parties (Loi du 25 ventôse an XI, art. 40, al. 2). Elle leur permet au contraire de remplir le rôle de témoins dans les actes de l'état civil. La raison en est que ces actes constatent des événements de famille ; et qui donc est mieux en situation de les connaître et d'en témoigner que les personnes appartenant à la famille ? Il y avait d'autant moins lieu de repousser ici le témoignage des parents, qu'ils ont le plus souvent intérêt à contredire plutôt qu'à corroborer les déclarations constatées par l'acte auquel ils participent, de sorte que la parenté, loin d'affaiblir leur témoignage, ne fait qu'en augmenter le poids. Ainsi le frère d'un enfant légitime voit ses droits diminués par la naissance de cet enfant, qui viendra plus tard réclamer lui aussi sa part de la succession paternelle. Pourquoi donc suspecterait-on son témoignage quand il vient figurer comme témoin dans son acte de naissance ?

Il est plus difficile d'expliquer comment la loi a pu admettre les parents de l'officier de l'état civil comme témoins dans les actes de son ministère ; elle les admet certainement par cela seul qu'elle ne les exclut pas, à la différence des parents du notaire dans un acte notarié (Loi du 25 ventôse an XI, art. 40). En cela le législateur a peut-être manqué de prévoyance. N'est-il pas à craindre, si l'officier de l'état civil veut commettre une fraude, que ses parents qui figurent à l'acte comme témoins, ne s'en fassent trop facilement les complices ?

Il existe encore d'autres différences entre les témoins des actes de l'état civil et les témoins des actes notariés. Les témoins qui figurent aux actes notariés doivent :

1<sup>o</sup> Savoir signer ;

2<sup>o</sup> Être domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé ;

3<sup>o</sup> Être citoyens français (Loi du 25 ventôse an XI, art. 9).

Ces trois conditions ne sont pas requises chez les témoins qui figurent dans les actes de l'état civil. Il n'est même pas nécessaire qu'ils soient Français ; la loi ne l'exige pas.

4<sup>o</sup> Enfin les témoins des actes de l'état civil sont choisis par les parties intéressées (art. 34), tandis que les témoins des actes notariés sont choisis par le notaire rédacteur de l'acte.

## § II. Règles générales relatives à la rédaction des actes de l'état civil.

226. C'est l'officier de l'état civil qui rédige les actes de l'état civil. Les matériaux nécessaires pour leur rédaction lui sont fournis en

grande partie par les comparants ou déclarants. Que doivent-ils déclarer à l'officier de l'état civil ? « *Les officiers de l'état civil*, dit l'article 35, » *ne pourront rien insérer dans les actes qu'ils recevront soit par note soit par énonciation quelconque que ce qui doit être déclaré par les comparants.* » Ainsi l'officier de l'état civil doit insérer dans les actes qu'il dresse, non pas tout ce que les comparants lui déclarent, mais seulement ce qu'ils doivent lui déclarer. C'est dire qu'il y a des déclarations que les comparants doivent faire, et d'autres qu'ils ne doivent pas faire. Comment distinguer les unes des autres ? Les déclarations qui doivent être faites à l'officier de l'état civil, varient nécessairement suivant la nature de l'acte dont il s'agit. La loi les indique implicitement pour chaque acte en particulier, actes de naissance, actes de mariage, actes de décès, en indiquant les énonciations que chacun de ces actes doit contenir. Naturellement les comparants doivent faire à l'officier de l'état civil les déclarations nécessaires pour que celui-ci puisse insérer dans l'acte les énonciations exigées par la loi. Ainsi la loi dit (art. 57) que l'acte de naissance doit énoncer le jour, l'heure et le lieu de la naissance de l'enfant ; donc les comparants devront déclarer à l'officier de l'état civil le jour, l'heure et le lieu de la naissance. De même l'article 79 dit que l'acte de décès contiendra les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée ; donc les comparants devront donner toutes ces indications à l'officier de l'état civil. D'une manière générale, on peut dire que les comparants doivent déclarer à l'officier de l'état civil tout ce qui est nécessaire et seulement ce qui est nécessaire pour que l'acte qui va être rédigé puisse atteindre le but auquel il est destiné.

Ainsi l'officier de l'état civil ne devrait pas constater dans les actes qu'il dresse :

*a). Les déclarations inutiles.* C'est donc avec raison qu'un officier de l'état civil de la Vendée a refusé, malgré de pressantes sollicitations, de mentionner dans l'acte de naissance d'un enfant qu'il lui avait été présenté « coiffé d'un bonnet blanc donné par la duchesse de Berry. »

*b).* A plus forte raison l'officier de l'état civil devrait-il refuser de mentionner dans les actes qu'il rédige les déclarations contraires à la loi qui lui seraient faites par les comparants, par exemple que tel homme est mort de mort violente (art. 85), ou que le père de l'enfant né de telle femme mariée est un homme autre que son mari (art. 335).

Mais voilà que les comparants refusent de faire à l'officier de l'état civil les déclarations qu'ils devraient lui faire, ou bien ils sont dans l'impossibilité de faire ces déclarations parce qu'ils ignorent les faits qui devraient servir de base à ces déclarations. Ainsi les comparants refusent de déclarer le jour et l'heure d'une naissance, ou encore ils déclarent ne pas connaître ce jour et cette heure. L'officier de l'état

civil peut-il, à l'aide des renseignements qu'il possède personnellement, suppléer aux déclarations qu'on refuse ou qu'on est dans l'impossibilité de lui faire ? Non. Son rôle est purement passif. Siméon, dans son discours au Tribunat, appelle les officiers de l'état civil des greffiers ; et, si cette expression peut blesser la susceptibilité de certains officiers de l'état civil, elle exprime en somme une idée exacte. L'officier de l'état civil ne doit constater que ce qu'on lui déclare.

**227.** Pour le même motif on doit décider que l'officier de l'état civil n'a pas, en principe, qualité pour vérifier et contrôler l'exactitude des déclarations qui lui sont faites par les comparants. Cette proposition doit être entendue cependant dans un sens raisonnable : ainsi un homme se présente lors de la célébration d'un mariage comme étant le père du futur, et il déclare donner son consentement au mariage ; il se trouve que l'officier de l'état civil connaît le père du futur, et il sait que celui qui se présente comme tel usurpe une qualité qui ne lui appartient pas. Faudra-t-il dire que l'officier de l'état civil, n'ayant pas mission pour contrôler l'exactitude des déclarations qui lui sont faites, devra considérer le consentement du père du futur comme un fait acquis et procéder à la célébration du mariage ? Non ; en agissant de la sorte, il se rendrait pour ainsi dire complice de la fraude que l'on veut commettre. Il en serait de même, si l'on vient déclarer à l'officier de l'état civil la naissance d'un enfant naturel qu'on lui dit né d'une telle femme, alors qu'il sait personnellement que cette femme n'est pas accouchée ; l'officier de l'état civil devra refuser de constater la fausse déclaration qu'on lui fait relativement à la mère de l'enfant, parce que cette fausse déclaration est de nature à nuire à la femme qui en est l'objet.

**228.** Voici maintenant une série de règles relatives à la rédaction matérielle des actes de l'état civil, et qui n'offrent point de difficulté.

1<sup>o</sup> « *Les actes de l'état civil énonceront l'année, le jour et l'heure où ils seront reçus, les prénoms, noms, âge, profession et domicile de tous ceux qui y seront dénommés* » (art. 34).

La date offre une grande importance dans les actes de l'état civil. Ainsi, dans les actes de naissance, elle permet de vérifier si l'acte a été dressé dans les trois jours de l'accouchement comme l'exige l'article 55. Dans les actes de mariage, elle sert à déterminer le moment précis où a commencé l'incapacité de la femme, incapacité qui consiste, ainsi qu'on le verra plus tard (art. 217 et s.), en ce qu'elle ne peut plus accomplir aucun acte important de la vie civile sans l'autorisation de son mari.

2<sup>o</sup> « *L'officier de l'état civil donnera lecture des actes aux parties comparantes ou à leur fondé de procuration et aux témoins. Il y sera fait mention de l'accomplissement de cette formalité* » (art. 38). La lecture doit être donnée aux comparants et aux témoins simultanément, et non séparément aux uns et aux autres. La mention de la lecture, qu'exige la partie finale de l'article a pour but d'assurer l'accomplissement de cette formalité. L'officier de l'état civil qui mentionnerait avoir donné lecture de l'acte alors qu'il ne l'aurait pas fait, commettrait un faux en écritures publiques, et se rendrait ainsi passible de la peine des travaux forcés à perpétuité (P., art. 146). On aura donc la quasi-certitude que lecture de l'acte a été donnée, comme le veut la loi, lorsqu'il mentionnera l'accomplissement de cette formalité. Et pour que l'officier de l'état civil

n'omette pas, soit de faire la mention après avoir fait la lecture, soit de faire la lecture et la mention tout à la fois, la loi prononce contre lui une amende (art. 50) s'il omet l'une ou l'autre de ces formalités. En un mot, comme le dit Demante, « l'omission de la mention exposerait l'officier de l'état civil aux mêmes peines que l'omission de la formalité même (la lecture), et la mention mensongère le rendrait coupable du crime de faux. »

3<sup>o</sup> « *Ces actes seront signés par l'officier de l'état civil, par les comparants et par les témoins ; ou mention sera faite de la cause qui empêchera les comparants et les témoins de signer* » (art. 39). — Quelques officiers de l'état civil ont l'habitude de signer par avance un certain nombre d'actes sur les registres. Il est arrivé de cette façon qu'un maire de campagne a signé son acte de décès.

**229.** Un arrêté du ministre de l'intérieur du 25 fructidor de l'an XI formule des modèles pour la rédaction des actes de l'état civil. Les officiers de l'état civil feront prudemment de s'y conformer, mais ils n'y sont pas obligés.

Dans le double but de rendre la rédaction des actes de l'état civil plus uniforme et de diminuer le travail matériel des officiers de l'état civil, on leur délivre souvent des registres dans lesquels se trouve imprimé à l'avance le squelette des divers actes qu'ils peuvent avoir à rédiger (actes de naissance, de mariage et de décès). L'officier de l'état civil n'a plus alors qu'à remplir les blancs qui ont été ménagés.

### § III. *Des registres de l'état civil.*

**230.** Aux termes de l'article 40 : « *Les actes de l'état civil seront inscrits sur un ou plusieurs registres tenus doubles.* » A raison de l'importance des actes de l'état civil, la loi défend de les inscrire sur des feuilles volantes qui s'égareront facilement, et elle assure l'observation de cette sage prescription en édictant des peines sévères contre les officiers de l'état civil qui ne s'y soumettent pas (P., art. 192), sans préjudice des dommages-intérêts qu'ils pourraient être condamnés à payer aux intéressés à raison du préjudice causé par leur coupable négligence (art. 52).

D'après la loi du 25 septembre 1792, il devait y avoir dans chaque commune un registre différent pour chaque nature d'actes : donc un registre pour les naissances, un autre pour les mariages, un troisième pour les décès. Le Code civil a modifié cette disposition trop absolue dont la pratique avait révélé les inconvénients. Ainsi il existe des communes dans lesquelles deux ou trois feuilles de papier suffisent pour l'inscription des actes de l'état civil de l'année entière. Faudra-t-il dans ces communes avoir trois registres d'une feuille chacun ? Et puis il y a des officiers de l'état civil peu intelligents. On en a vu par exemple qui, après avoir rempli le registre destiné aux actes de naissance, ont imaginé d'inscrire sur le registre des décès les actes de naissance auxquels le registre des naissances ne pouvait plus donner asile, ou réciproque-

ment. A ceux-là il sera prudent de ne confier qu'un seul registre, et c'est peut-être déjà trop. Le Code civil le permet, car notre article dispose que les actes de l'état civil seront inscrits sur *un* ou *plusieurs* registres. C'est l'autorité judiciaire qui appréciera s'il convient de délivrer un seul registre ou plusieurs.

**231.** Qu'il y ait un seul registre ou plusieurs, la loi exige qu'ils soient *tenus doubles*, c'est-à-dire qu'il doit y avoir un double exemplaire, un double original du registre unique ou de chacun des trois registres, de sorte que chaque acte de l'état civil sera inscrit sur deux registres. Mais pourquoi cette reproduction ? L'article 43, al. final, va nous le dire : l'un des doubles du registre unique ou des trois registres doit être déposé à la fin de chaque année aux archives de la commune, et l'autre au greffe du tribunal civil de première instance. A cela il y a deux avantages. Le premier et le plus considérable consiste en ce que, les registres de l'état civil se trouvant ainsi dans un double dépôt, leur conservation est par cela même mieux assurée. Que les archives d'une commune soient détruites par un incendie, il restera encore les registres déposés au greffe ; il ne resterait plus rien s'il n'existait pas un double dépôt. Le second avantage consiste en ce qu'il devient plus facile aux particuliers de consulter les registres, puisqu'ils les trouvent dans deux dépôts, dont un dans une ville d'une certaine importance, celle où siège le tribunal civil de première instance.

La règle : que les registres de l'état civil doivent être tenus doubles, souffre exception pour un registre spécial dont nous n'avons pas encore parlé : le registre *des publications de mariage*, sur lequel il est fait aussi mention sommaire des oppositions à mariage. Ce registre n'est tenu qu'en simple original : ce qui s'explique par le peu d'importance des documents qu'il contient (art. 63 et 67).

**232.** Les registres de l'état civil sont en papier timbré. Les frais de ces registres figurent parmi les dépenses obligatoires des communes (loi du 18 juillet 1837, art. 30, § 5).

Les actes de naissance, de mariage et de décès inscrits sur les registres de l'état civil, ainsi que les extraits qui en sont délivrés, sont dispensés de la formalité de l'enregistrement (loi du 22 frimaire an VII, art. 70, § III, 8°).

**233.** Aux termes de l'article 41 : « *Les registres seront cotés par première et dernière et PARAFÉS sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance ou par le juge qui le remplacera.* »

*Coter* un registre, c'est mettre un numéro d'ordre à chaque feuille du registre. Sur la dernière on met : n° et dernier feuillet.

*Parafes*, c'est apposer le trait de plume qui accompagne la signature ou à défaut les initiales du nom.

Grâce à la cote et au parafe, il devient impossible, soit de supprimer un feuillet, soit d'en intercaler ou ajouter un, soit de substituer un feuillet à un autre sans qu'il reste trace de la fraude.

La loi prévient encore une foule d'autres fraudes en décidant que :  
 « *Les actes seront inscrits sur les registres de suite et sans aucun blanc.*  
 » *Les ratures et les renvois seront approuvés et signés de la même manière*  
 » *que le corps de l'acte. Il n'y sera rien écrit par abréviation, et aucune*  
 » *date ne sera mise en chiffres* » (art. 42).

Enfin l'article 43 dispose que : « *Les registres seront clos et arrêtés par*  
 » *l'officier de l'état civil à la fin de chaque année ; et DANS LE MOIS l'un*  
 » *des doubles sera déposé aux archives de la commune, l'autre au greffe*  
 » *du tribunal de première instance.* »

*Dans le mois.* Ce délai est accordé à l'officier de l'état civil pour qu'il puisse dresser une table alphabétique de tous les actes reçus dans l'année (décret du 20 juillet 1807). En outre tous les dix ans le greffier du tribunal de première instance doit dresser une table dite *décennale*. Ce travail exigeant plus de temps, il est accordé au greffier pour le parfaire un délai de six mois à dater de l'expiration de chaque dixième année (même décret).

**234.** Souvent des procurations ou autres pièces doivent être annexées aux actes de l'état civil. Qu'en fera l'officier de l'état civil à l'expiration de l'année? La loi veut qu'elles aillent avec l'un des doubles du registre contenant les actes auxquels elles se réfèrent, dans celui des deux dépôts qui offre le plus de garanties, c'est-à-dire au greffe du tribunal :  
 « *Les procurations et les autres pièces qui doivent demeurer annexées aux*  
 » *actes de l'état civil seront déposées, après qu'elles auront été paraphées*  
 » *par la personne qui les aura produites et par l'officier de l'état civil, au*  
 » *greffe du tribunal, avec le double des registres dont le dépôt doit avoir*  
 » *lieu audit greffe* » (art. 44).

**235.** Quelquefois il arrive qu'un acte de l'état civil doit être mentionné en marge d'un autre acte déjà inscrit sur les registres, auquel il se rattache comme une sorte de complément. Ainsi l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel, quand il est inscrit sur les registres de l'état civil, ce qui n'arrive pas toujours, doit être mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant, s'il en existe un (art. 62). De même le jugement qui ordonne la rectification d'un acte de l'état civil doit être inscrit sur les registres courants, et mention de ce jugement doit être faite en marge de l'acte rectifié (art. 101).

Les actes de l'état civil étant inscrits sur des registres tenus doubles et chacun des doubles étant à la disposition du public qui a le droit de les consulter, il est clair que, dans les cas où une mention en marge d'un acte est exigée, cette mention doit être faite sur chacun des doubles du

registre qui contient l'acte. D'un autre côté il importe que la mention soit effectuée d'une manière uniforme sur chacun des doubles. Qui sera chargé du soin de requérir les mentions et de veiller à ce qu'elles soient faites d'une manière uniforme? Sur le premier point, la loi s'en rapporte aux parties intéressées, qui ne manqueront pas sans doute de requérir l'accomplissement d'une formalité dont l'omission pourrait leur préjudicier; sur le deuxième, elle a cru ne devoir s'en rapporter qu'au procureur de la République. Tout cela résulte de l'article 49, ainsi conçu : « *Dans tous les cas où la mention d'un acte relatif à l'état civil devra avoir lieu en marge d'un autre acte déjà inscrit, elle sera faite, à la requête des parties intéressées, par l'officier de l'état civil, sur les registres courants ou sur ceux qui auront été déposés aux archives de la commune, et par le greffier du tribunal de première instance sur les registres déposés au greffe; à l'effet de quoi l'officier de l'état civil en donnera avis, dans les trois jours, au procureur du Roi près ledit tribunal, qui veillera à ce que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres.* »

**236. De la publicité des registres de l'état civil.** — Les hommes, dans leurs relations civiles les uns avec les autres, ont intérêt à connaître respectivement leur état. Ainsi quand je contracte avec une personne, j'ai intérêt à savoir quel est son âge, car si elle est mineure elle est incapable de contracter. De même si je contracte avec une femme, j'ai intérêt à savoir si elle est ou non mariée, car si elle est mariée elle est incapable de contracter sans autorisation.

L'intérêt social exige donc que l'état des personnes ne reste pas secret. De là cette règle que les registres de l'état civil qui contiennent les principaux documents relatifs à cet état sont publics. Tout le monde peut les consulter et s'en faire délivrer des extraits. C'est ce que dit l'article 45 ainsi conçu : « *Toute personne pourra se faire délivrer par les dépositaires des registres de l'état civil des extraits de ces registres. Les extraits délivrés conformes aux registres, et légalisés par le président du tribunal de première instance ou par le juge qui le remplacera, feront foi jusqu'à inscription de faux.* »

Pour obtenir un ou plusieurs extraits des registres de l'état civil, il n'est pas nécessaire de justifier d'un intérêt. Le premier venu a le droit de les requérir (art. 853, Pr.), sous la seule obligation de payer le droit fixé par la loi, droit très-minime d'ailleurs. Il en est autrement des actes notariés. Les notaires ne doivent en principe communication de leurs minutes qu'aux parties intéressées. La raison en est que les actes notariés sont relatifs aux intérêts privés des parties; de quel droit les tiers viendraient-ils donc en demander la communication?

L'*extrait* est une copie littérale d'un acte inscrit sur les registres de

l'état civil. Alors pourquoi cette dénomination d'*extrait*, qui semble désigner un *résumé* de l'acte inscrit sur le registre ? Elle peut s'expliquer ainsi : l'acte dont il est délivré copie est *extrait* du registre qui en contient l'original ; l'extrait est une photographie partielle du registre.

**237.** Qui a qualité pour délivrer les extraits des registres de l'état civil ? Ce sont les dépositaires des registres, c'est-à-dire l'officier de l'état civil et les greffiers des tribunaux de première instance. Les requérants peuvent, à leur choix, s'adresser à l'un ou à l'autre de ces dépositaires. Toutefois quand il s'agit d'un acte inscrit sur les registres de l'année courante, il faut de toute nécessité s'adresser à l'officier de l'état civil, puisqu'il est encore en possession des deux doubles du registre qui contient l'acte (arg. art. 43).

Les secrétaires des mairies, se considérant à tort et étant considérés par le public comme dépositaires des registres de l'état civil confiés aux archives de la commune, ont délivré dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation du Code civil un grand nombre d'extraits. Un avis du Conseil d'Etat du 2 juillet 1807 a condamné cette pratique pour l'avenir ; mais, s'inspirant avec raison de la maxime *Error communis facit jus*, il a déclaré valables les extraits délivrés jusqu'alors par les dits secrétaires.

**238.** Pour faire foi, les extraits doivent être *certifiés conformes* au registre d'où ils sont extraits par le dépositaire qui les délivre. C'est ce qu'entend dire l'article 44, quand il parle d'extraits *délivrés conformes aux registres*. Il ne suffit donc pas que l'extrait soit en fait conforme au registre ; il faut que la conformité soit attestée par le dépositaire qui délivre l'extrait. Les formules les plus usitées pour attester cette conformité sont les suivantes : *pour extrait conforme*, ou *délivré conforme*, ou encore *certifié conforme*.

La signature du dépositaire qui délivre l'extrait doit être *légalisée*. L'article 45 le dit en termes assez inexacts quand il parle de la légalisation de l'extrait. On légalise une signature ; on ne légalise pas un extrait. A moins qu'on ne dise que, par cela même que la signature du dépositaire est légalisée, l'extrait se trouve légalisé également.

La légalisation consiste dans la double attestation que la signature mise au bas de l'extrait n'est pas fautive, et que l'auteur de cette signature a qualité pour délivrer l'extrait. Cette légalisation doit, d'après l'article 45, émaner du président du tribunal civil ou du juge chargé de le remplacer. Toutefois les juges de paix sont autorisés aujourd'hui à légaliser, concurremment avec le président du tribunal, les extraits délivrés par les officiers de l'état civil des communes qui dépendent de leur canton soit en totalité soit en partie. Cette règle ne souffre exception que pour les juges de paix siégeant au chef-lieu du ressort du tribunal de première instance (loi du 2 mai 1861).

On admet, sauf quelques dissentiments, que la légalisation d'un extrait de l'état

civil est nécessaire alors même qu'on le produit dans l'arrondissement où il a été délivré. *Lex non distinguit*. Le contraire a lieu, il est vrai, pour les actes notariés (loi du 25 ventôse an XI, art. 28). Mais cette différence s'explique aisément par cette considération qu'il y a beaucoup moins de notaires que d'officiers de l'état civil, et que le notaire est pour ce motif et pour d'autres encore beaucoup plus connu que l'officier de l'état civil. On a donc pu supposer la signature d'un notaire connue dans toute l'étendue de son arrondissement, de son département ou même du ressort de la cour d'appel au chef-lieu de laquelle il siège (voyez le texte précité), tandis qu'on se serait manifestement placé en dehors de la réalité, en supposant la signature de tout officier de l'état civil connue dans son arrondissement, et en n'exigeant pas sur ce fondement la légalisation des extraits qu'il délivre et dont on veut se servir dans l'arrondissement.

#### § IV. De la nature des actes de l'état civil et de leur force probante.

##### A. De leur nature.

**239.** Les actes de l'état civil sont des actes authentiques. « L'acte authentique », dit l'article 1317, « est celui qui a été reçu par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises. » Cette définition s'applique à la lettre aux actes de l'état civil. En outre, l'article 45 porte que ces actes font foi jusqu'à inscription de faux; or il n'y a que les actes authentiques qui jouissent de ce privilège sur le sens duquel nous allons nous expliquer.

##### B. De la force probante des actes de l'état civil.

**240.** La force probante d'un acte, c'est le *degré* d'autorité qui s'attache à cet acte, la foi qui lui est due. Cette autorité est considérable pour les actes de l'état civil; car l'article 45 déclare qu'ils font foi *jusqu'à inscription de faux*. Cela signifie que, pour faire tomber l'autorité qui s'y attache, il faut nécessairement avoir recours à une procédure spéciale qu'on appelle la procédure de *l'inscription en faux* (Pr., art. 214 et s.). Cette procédure est particulièrement périlleuse; la loi semble y avoir semé comme à plaisir les écueils sous les pas de ceux qui s'y engagent. Il faut pour réussir qu'ils triomphent dans trois jugements, et, si en fin de compte ils succombent, on les condamne à une amende dont le *minimum* est de trois cents francs, sans préjudice des dommages-intérêts s'il y a lieu. Plus redoutable est la procédure, et plus grande est l'autorité de l'acte qui ne peut être attaqué que par ce moyen. Tel est précisément le but que s'est proposé la loi. Elle devait rendre très-difficile toute attaque contre des actes qu'elle voudrait ne jamais voir attaqués.

**241.** Ce ne sont pas seulement les registres de l'état civil qui font foi jusqu'à inscription de faux; la même autorité s'attache aux extraits qui en sont régulièrement délivrés. Il est même remarquable que le législa-

teur, déterminant dans l'article 45 la foi qui est due aux actes de l'état civil, ne parle que des extraits. Ce sont les *extraits*, qui, d'après cette disposition, font foi jusqu'à inscription de faux. On dirait que la loi les considère comme étant les vrais actes de l'état civil, car elle ne mentionne même pas les registres à propos de la force probante, sinon pour dire que les extraits doivent être délivrés conformes aux registres.

En donnant ainsi aux extraits une autorité propre et indépendante de celle du registre auquel ils ont été empruntés, le législateur a dérogé aux règles du Droit commun, d'après lesquelles « les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre dont la représentation peut toujours être exigée » (art. 1334). Si l'on avait appliqué cette disposition aux extraits des registres de l'état civil, un plaideur à qui on aurait opposé en justice un de ces extraits, aurait pu en méconnaître l'autorité et exiger la représentation du titre original, c'est-à-dire du registre. Il aurait donc fallu faire voyager les registres, ce qui les aurait exposés à de nombreuses chances de perte ou de destruction. Et puis, pendant tout le temps qu'aurait duré leur absence, il eût été impossible aux intéressés de s'en faire délivrer des extraits ; impossible aussi, s'il s'était agi des registres de l'année courante, d'inscrire de nouveaux actes. L'application de l'article 1334, toute simple pour les actes dont l'original est sur une feuille volante, comme les minutes des notaires, aurait donc entraîné des inconvénients considérables en ce qui concerne les actes de l'état civil. C'était le cas d'y déroger, et le *législateur* l'a fait par l'article 45.

On objecte, il est vrai, que les extraits ne font foi jusqu'à inscription de faux qu'autant qu'ils sont *délivrés conformes aux registres* (art. 45). Donc, dit-on, celui qui produit un extrait est tenu de prouver la conformité de l'extrait avec le registre, ce qu'il ne peut faire qu'en représentant le registre avec l'extrait pour qu'on puisse confronter l'un avec l'autre. Mais, ainsi qu'on l'a déjà dit, ces mots *délivrés conformes* sont synonymes de ceux-ci : *certifiés conformes*. Le législateur les emploie en ce sens dans l'article 2-1<sup>o</sup> de la loi des 12-25 février 1872. D'ailleurs, dans le système contraire, à quoi donc serviraient les extraits, puisqu'ils n'auraient d'autorité que quand ils seraient accompagnés du registre ?

En résumé, lorsque l'extrait d'un acte de l'état civil est présenté en justice, l'adversaire auquel on l'oppose n'a pas le droit d'exiger la représentation du registre pour vérifier la conformité de l'extrait avec le registre. L'extrait à lui tout seul fait foi jusqu'à inscription de faux.

Mais supposons que l'adversaire à qui on oppose un extrait régulier dans la forme ait la preuve que cet extrait n'est pas conforme au registre ; une erreur a été commise, cela arrive quelquefois. Devra-t-il nécessairement, pour démontrer cette erreur, en supposant qu'elle lui soit préjudiciable, avoir recours à la procédure de l'inscription en faux ? On pourrait le soutenir, car les termes de l'article 45 sont absolus. Mais il est peu probable que telle ait été l'intention du législateur. En définitive il s'agit ici de constater un fait matériel : la conformité ou la non conformité de l'extrait avec le registre, et il n'est pas besoin pour cela d'une procédure aussi compliquée que celle de l'inscription en faux ; on s'expliquerait difficilement que le législateur eût voulu l'exiger. Voici un moyen bien simple à l'aide duquel on pourrait, ce semble, l'éviter. Que l'adversaire auquel on oppose l'extrait non conforme au registre s'en fasse délivrer un conforme, et qu'il le communique au tribunal. En présence de deux extraits dissemblables qui ont la même autorité, la justice n'aura pas de motif pour s'en tenir à l'un plutôt qu'à l'autre. Elle pourra alors, soit vérifier elle-même de quel côté est l'erreur (ce qui sera facile si le registre d'où l'acte a été extrait est déposé à son greffe, et ce qui ne sera pas impossible si ce registre est

ailleurs (car le tribunal peut en ordonner le transport), soit, si le transport du registre lui paraît offrir des inconvénients, ordonner un compulsoire en présence des deux parties.

**242.** Les registres et leurs extraits font-ils foi jusqu'à inscription de faux de toutes les énonciations qu'ils contiennent indistinctement? L'article 45 semblerait résoudre la question affirmativement, car il ne fait aucune distinction. Mais le bon sens conduit nécessairement à en faire. Qu'est-ce, en effet, que s'inscrire en faux? C'est prétendre qu'un faux a été commis, c'est-à-dire que l'officier public, rédacteur de l'acte, a altéré la vérité, qu'il a inséré dans l'acte une fausse énonciation, de nature à causer préjudice à des tiers. Peu importe d'ailleurs que l'officier de l'état civil ait agi sciemment et par suite avec une intention coupable, ou sans en avoir conscience, par exemple par inadvertance; en effet il y a faux dans les deux cas, avec cette différence seulement que dans le premier on est dans l'hypothèse du *faux criminel*, punissable de la peine des travaux forcés à perpétuité, tandis que dans le deuxième il y a seulement un *faux civil* ne pouvant donner lieu qu'à la rectification de l'erreur commise par l'officier de l'état civil, sans qu'on puisse le poursuivre et le faire condamner comme faussaire. Bref, pour s'inscrire en faux, il faut nécessairement qu'il y ait faux, criminel ou civil peu importe. On peut donc établir cette règle que les seules énonciations des actes de l'état civil qui fassent foi jusqu'à inscription de faux, sont celles qu'on ne peut contredire qu'en attaquant la véracité de l'officier de l'état civil, c'est-à-dire en soutenant que l'officier de l'état civil a trahi la vérité volontairement ou involontairement, qu'il a commis en un mot un faux criminel ou civil.

Voilà par exemple un acte de naissance. L'officier de l'état civil y constate : que tel jour et à telle heure ont comparu devant lui telles personnes (comparants et témoins), que ces personnes lui ont présenté un enfant, que cet enfant est du sexe masculin (l'officier de l'état civil doit s'assurer par lui-même du sexe de l'enfant, *infra*, n° 259)... Toutes ces énonciations feront foi jusqu'à inscription de faux, c'est-à-dire qu'on ne pourra les combattre qu'en s'inscrivant en faux, parce qu'on ne peut pas les contredire sans attaquer la véracité de l'officier de l'état civil, sans soutenir qu'il a trahi la vérité. On prétend par exemple que l'acte qui porte la date du 15 décembre a été dressé le 16. On soutient par cela même que l'officier de l'état civil a menti, c'est-à-dire qu'il a mis à l'acte une fausse date. La loi n'est pas disposée à croire cette affirmation, parce que l'officier public dont on attaque la véracité est investi de sa confiance. N'a-t-il pas été élu par le Gouvernement parmi les élus de la commune, et son aptitude ainsi que son honorabilité ne jouissent-elles pas ainsi de la double consécration du suffrage de ses concitoyens et du choix de l'autorité publique? — D'ailleurs la loi est sévère pour les officiers publics qui trahissent leur mandat. Le crime de faux est puni de la peine des travaux forcés à perpétuité (P., art. 445); or comment croire que l'officier de l'état civil ait accompli sciemment un acte qui l'exposerait à des peines aussi graves? Et si l'on se borne à soutenir qu'il a trahi la vérité par inadvertance, qu'il y a de sa part erreur et non crime, faux civil et non faux criminel, la prétention n'en devient pas pour cela beaucoup plus vraisemblable, car tout porte à croire que l'officier de l'état civil remplit avec un soin scrupuleux les fonctions qui lui sont confiées, et par suite les erreurs seront presque aussi rares en cette matière que les crimes. Sans doute les officiers de l'état civil ne sont pas infailibles; mais du moins toutes les vraisemblances sont en faveur de leur exactitude et de leur sincérité; et voilà pourquoi la loi dresse de formidables obstacles contre ceux qui viennent les attaquer à l'un ou à l'autre de ces points de vue, en formulant une allégation qui se résume en définitive à les accuser d'une faute ou d'un crime.

Au contraire l'inscription de faux ne sera pas nécessaire, si la contradiction que l'on oppose à une énonciation contenue dans un acte de l'état civil n'implique pas l'existence d'un faux, si en un mot la prétention de celui qui combat l'acte peut être admise sans qu'il en résulte nécessairement l'existence d'un faux en écritures publiques soit criminel soit simplement civil.

Ainsi tout d'abord il ne serait pas nécessaire de s'inscrire en faux pour combattre une énonciation que l'officier de l'état civil n'avait pas mission de faire en cette qualité, par exemple l'énonciation contenue dans un acte de naissance : que l'enfant présenté était non seulement vivant, *mais de plus viable*. L'officier de l'état civil n'a pas qualité pour constater la viabilité de l'enfant. S'il la constate, il excède les termes du mandat qui lui a été donné par la loi ; il n'agit plus par conséquent en sa qualité d'officier public, mais comme pourrait le faire un simple particulier, et son assertion n'a pas plus de valeur. Elle peut être fautive sans qu'il y ait faux en écritures publiques, parce que dans cette hypothèse c'est un particulier qui a trahi la vérité et non un officier public. L'inscription en faux ne sera donc pas nécessaire pour contredire une semblable énonciation.

De même encore si l'on attaque, non pas l'exactitude des assertions faites par l'officier de l'état civil en sa dite qualité, mais l'exactitude des déclarations qui lui ont été faites par les comparants, il ne sera pas nécessaire de s'inscrire en faux. Ainsi, dans un acte de naissance, l'officier de l'état civil constate, d'après la déclaration des comparants, que l'enfant qu'on lui présente est né tel jour et à telle heure. L'acte prouvera jusqu'à inscription de faux que cette déclaration a été faite à l'officier de l'état civil. Si l'on soutient par exemple que l'officier de l'état civil a indiqué dans l'acte un autre jour ou une autre heure que celui ou celle déclarée par les comparants, il faudra s'inscrire en faux, parce que la prétention du réclamant se résume en définitive à dire que l'officier de l'état civil a commis un faux. Mais si, tout en reconnaissant que l'officier de l'état civil a reproduit exactement la déclaration qui lui a été faite, on soutient que cette déclaration est contraire à la vérité, cas auquel on attaque la véracité des comparants et non celle de l'officier de l'état civil, il ne sera pas nécessaire de s'inscrire en faux. Pour soutenir le contraire, il faudrait prétendre, et on l'a fait, que les déclarants sont eux aussi des officiers publics en tant qu'ils font les déclarations prescrites par la loi, que par suite ils commettent un faux en écritures publiques quand ils font une fautive déclaration ; d'où résulterait la nécessité de s'inscrire en faux si l'on prétendait qu'ils ont fait une fautive déclaration. Mais cette solution que le bon sens désavoue (car comment considérer le premier venu, qui peut jouer le rôle de déclarant, comme un officier public, et lui accorder à ce titre le même crédit qu'à l'officier de l'état civil ?) est aussi désavouée par les textes. Nous voyons en effet que les déclarants qui font de fautes déclarations sont punis de la peine de la réclusion (P., art. 345). La loi les assimile ainsi à de faux témoins (P., art. 364) et non à des faussaires en écritures publiques (P., art. 445 et 446).

**243.** Si les déclarations faites par les comparants ne font pas foi jusqu'à inscription de faux, quelle est alors leur force probante ? Il faut distinguer. S'agit-il de déclarations conformes à la loi ? Elles feront foi jusqu'à simple preuve contraire. En d'autres termes, celui à qui on oppose une semblable déclaration peut en démontrer l'inexactitude par les moyens de preuve du Droit commun. Mais s'il ne parvient pas à faire cette démonstration, le fait constaté par la déclaration sera tenu pour exact. S'agit-il au contraire de déclarations qui n'auraient pas dû être faites, soit parce qu'elles ne sont pas exigées par la loi, comme par exemple la déclaration dans un acte de naissance que l'enfant est né non viable, soit à plus forte raison parce qu'elles sont contraires à la loi, *v. gr.* la déclaration d'une paternité adultérine

ou incestueuse (arg. art. 335), on les tient pour non avenues, et elles n'ont par suite aucune autorité.

**244.** En résumé, les énonciations contenues dans les actes de l'état civil n'ont pas toutes la même autorité, la même force probante.

Les énonciations qu'on ne peut pas prétendre fausses sans attaquer la véracité de l'officier de l'état civil parlant en cette qualité, sans soutenir en d'autres termes que l'officier de l'état civil a commis un faux soit criminel soit civil, font foi jusqu'à inscription de faux. Il en est ainsi des énonciations relatives à la date de l'acte, à la présence des témoins, à l'accomplissement de toutes les formalités mentionnées dans l'acte, par exemple la lecture de l'acte aux comparants en présence des témoins, enfin aux faits que l'officier de l'état civil atteste comme les ayant vérifiés *propriis sensibus, de visu aut auditu*, par exemple le sexe d'un enfant, le décès d'une personne, le fait que telle déclaration lui a été faite par les comparants. Comme le dit fort bien la Cour d'Aix après le tribunal de Marseille (arrêt du 18 août 1870, S. 72. 2. 69), un acte de l'état civil fait foi jusqu'à inscription de faux de tout ce que l'officier de l'état civil « déclare avoir vu et entendu..., constaté et accompli. »

Quant aux énonciations faites par l'officier de l'état civil d'après la déclaration des comparants, en supposant qu'on ne conteste pas que l'officier de l'état civil les a reproduites telles qu'elles lui ont été faites, elles font foi jusqu'à simple preuve contraire si elles sont du nombre de celles que les déclarants devaient faire et que l'officier de l'état civil devait constater. Dans le cas contraire, elles n'ont aucune force probante. Il en est de même des énonciations que fait l'officier de l'état civil et qu'il n'a pas mission de faire d'après l'esprit du mandat que la loi lui confie.

#### § V. *Des cas dans lesquels la loi autorise exceptionnellement la preuve par témoins des naissances, mariages et décès.*

**245.** Les faits relatifs à l'état civil des personnes, naissances, mariages et décès, ne peuvent en principe être prouvés qu'à l'aide d'actes régulièrement inscrits sur les registres de l'état civil. Ici comme partout, plus peut-être qu'en toute autre matière, le législateur se défie de la preuve testimoniale. Mais quelle que soit sa prévention contre ce mode de preuve, il a dû cependant l'admettre exceptionnellement dans certains cas, où les parties se trouvent, sans qu'il y ait de leur faute, dans l'impossibilité de représenter un acte régulier pour prouver leur état. C'est ce qui résulte de l'article 46 ainsi conçu : « *Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; et dans ce cas les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés que par témoins.* »

La preuve exceptionnelle, dont nous allons maintenant nous occuper, est autorisée par l'article 46 dans deux cas :

1<sup>o</sup> Lorsque le réclamant justifie qu'il n'a pas existé de registres, ce qui peut arriver pendant les temps de troubles politiques.

2<sup>o</sup> Lorsqu'il prouve que les registres de l'état civil qui contenaient la preuve de son état ont été perdus ou détruits par un cas fortuit, par un incendie par exemple ou par un pillage.

Il ne suffit pas au réclamant d'alléguer l'inexistence ou la perte des registres ; il doit en fournir la preuve, et la loi dit que cette preuve sera faite tant par *titres* (c'est-à-dire par des actes écrits) que par témoins ; ce qui signifie, non pas que la preuve devra nécessairement être faite par titres et par témoins tout à la fois, mais qu'elle sera faite soit par l'un soit par l'autre de ces deux modes, c'est-à-dire presque toujours par témoins, les titres étant rares en cette matière. L'Ordonnance de 1667, à laquelle notre disposition a été empruntée, s'exprimait dans les mêmes termes, et elle a toujours été entendue en ce sens.

Quand le réclamant aura prouvé la perte ou l'inexistence des registres, le juge *pourra* (c'est une faculté pour lui) l'admettre à prouver les faits relatifs à son état (naissances, mariages ou décès) par le mode de preuve exceptionnel de l'article 46. En quoi consiste-t-il ? La loi dit que « les naissances, mariages ou décès pourront être prouvés *tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins.* » Ces expressions ont le même sens que les mots « tant par titres que par témoins » qui se trouvent dans la première partie de l'article ; elles signifient donc que la preuve pourra être faite soit par titres soit par témoins. Presque toujours il faudra se contenter de la preuve testimoniale ; car ici encore les titres sont rares. Quand il y en aura, la loi cite comme devant être placés en première ligne « les registres et papiers émanés des pères et mères décédés. » Il n'est guère possible de supposer que les documents qui se trouvent dans ces registres ou papiers ont été préparés pour le besoin de la cause, puisqu'à l'époque où ces documents ont été créés le procès dans lequel on veut les faire servir n'était pas encore né ni peut-être prévu. On comprend que le même crédit ne doit pas être accordé en principe aux documents qui seraient puisés dans les registres ou papiers des pères et mères *encore vivants*, car ceux-là pourraient bien avoir été préparés pour le besoin de la cause de connivence avec celui qui s'en prévaut aujourd'hui. C'est pourquoi la loi n'en parle pas, témoignant ainsi par son silence de son peu de confiance dans ces écrits, sans cependant défendre aux parties de les invoquer et au juge d'y avoir tel égard que de raison.

**246.** La jurisprudence et les auteurs sont d'accord pour affirmer que la disposition de l'article 46 n'est pas limitative en ce qui concerne l'énumération des cas dans lesquels la preuve testimoniale peut être admise par le juge pour prouver l'existence des naissances, des mariages et des décès. Cet article paraît n'être qu'une application du principe général déposé dans l'article 1348, savoir : que la preuve testimoniale est recevable toutes les fois que le réclamant justifie de l'impossibilité où il s'est trouvé de se procurer un titre écrit, ou de la perte de son titre par suite d'un cas fortuit imprévu ou résultant d'une force majeure. D'ailleurs les termes de l'article 46 ne sont pas restrictifs : ce texte ne dit pas que la preuve exceptionnelle dont il parle ne peut être admise que dans les deux cas par lui prévus. Enfin l'Ordonnance de 1667, à laquelle notre disposition a été presque littéralement em-

pruntée, a toujours été entendue en ce sens. Et il serait fort regrettable qu'il en fût autrement ; car il peut y avoir des cas dans lesquels l'admission de la preuve testimoniale pour prouver les naissances, les mariages et les décès est tout aussi juste et tout aussi nécessaire que dans les deux cas prévus par l'article 46 (inexistence ou perte des registres).

Seulement l'accord n'existe plus sur le point de savoir quels sont les cas qui doivent être assimilés à ceux prévus par l'article 46. Presque tous les auteurs admettent l'assimilation dans les deux hypothèses suivantes :

1<sup>o</sup> Quand les registres ont été tenus irrégulièrement et qu'ils présentent des lacunes, comme si par exemple le registre a cessé d'être tenu pendant plusieurs mois d'une même année, et sauf à prouver dans ce cas que la date à laquelle se place la naissance, le mariage ou le décès qu'on veut prouver par témoins correspond à la date des lacunes, car il est clair par exemple que l'existence d'une lacune sur le registre pendant tout le mois de janvier n'expliquerait pas l'absence de l'acte qui a dû être dressé pour constater un décès survenu pendant le mois de mars.

2<sup>o</sup> Quand le registre a été lacéré, n'y eût-il qu'un seul feuillet absent, et à la condition encore, bien entendu, que la date du feuillet qui a disparu coïncide ou à peu près avec la date à laquelle a dû se placer le fait (naissance, mariage ou décès) dont le réclamant demande à faire la preuve par témoins (arg. art. 5 de la loi du 13 janvier 1817).

Dans ces deux cas comme dans ceux prévus par l'article 46, le juge *pourrait*, si le réclamant rend sa prétention vraisemblable, autoriser la preuve par témoins. Ce n'est pas en effet une obligation pour lui, pas plus dans ces deux cas que dans ceux prévus par l'article 46.

Mais faut-il s'en tenir là ? C'est l'avis général. La plupart des auteurs critiquent les décisions judiciaires qui ont admis la preuve par témoins des naissances, mariages ou décès alors qu'il y avait des registres régulièrement tenus et complets en apparence, et que le réclamant alléguait seulement l'omission sur les registres d'un seul acte, celui qui le concernait. Autrement, dit-on, ce serait l'arbitraire le plus complet ; ce serait la preuve testimoniale substituée dans tous les cas à la preuve par les registres de l'état civil. — Ces reproches ne nous semblent pas fondés. L'opinion que l'on repousse n'entend pas dire bien évidemment que les tribunaux doivent admettre dans tous les cas la preuve testimoniale proposée par le réclamant pour prouver une naissance, un mariage ou un décès ; elle entend dire que le juge pourra admettre cette preuve, mais seulement lorsque le demandeur aura préalablement rendu vraisemblable le fait qu'il allègue, à savoir qu'il n'existe pas de titre ; ce qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement, et ce qui peut arriver même dans le cas où les registres sont en apparence régulièrement tenus et ne présentent aucune trace d'altérations. Telle est l'hypothèse suivante qui s'est présentée. Un mari demande à prouver le décès de sa femme par témoins ; il prétend que l'officier de l'état civil a omis par négligence de dresser l'acte de décès. A l'appui de son alléguation, il présente un certificat délivré par l'officier de l'état civil autorisant l'inhumation, et peut-être un certificat du ministre du culte attestant que l'inhumation a eu lieu effectivement tel jour. A cette date, pas de traces de l'acte de décès sur les registres : l'officier de l'état civil a oublié de le dresser. Soutiendra-t-on que le réclamant ne doit pas être admis à prouver le décès de sa femme par le mode de preuve exceptionnel qu'autorise l'article 46, parce que les registres sont régulièrement tenus en apparence, et qu'il allègue l'omission d'un seul acte sur le registre ? Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'en présence de registres régulièrement tenus et ne présentant pas de traces d'altérations, la prétention du réclamant sera ordinairement très-peu vraisemblable et que le juge devra en général la rejeter. Mais, dans le cas contraire, pourquoi n'aurait-il pas le droit de l'admettre ?

En définitive il faut donc considérer l'article 46 comme une application du principe déposé dans l'article 1348, à savoir que la preuve testimoniale est recevable dans toutes les hypothèses où le réclamant justifie qu'il n'a pas pu se procurer un titre pour établir le fait qui sert de base à sa prétention, soit parce que ce titre n'a jamais existé, soit parce que le titre qui lui servait de preuve a été détruit par un cas fortuit imprévu ou résultant d'une force majeure. Or cela peut arriver dans d'autres cas que ceux prévus par l'article 46, qui n'a pas eu la prétention de les indiquer limitativement, mais seulement de signaler ceux qui se présenteront le plus fréquemment.

\* 247. Dans le cas particulier où le réclamant allègue l'omission de l'acte qui le concerne sur des registres d'ailleurs régulièrement tenus, il y aurait peut-être, pour suppléer à cet acte, un moyen de procéder autre que celui qui consiste dans l'application extensive de l'article 46. L'officier de l'état civil, en négligeant de dresser un acte de naissance ou de décès lorsqu'il en est régulièrement requis, ou en négligeant de dresser un acte de mariage immédiatement après la célébration ainsi que le lui ordonne l'article 75 *in fine*, se rend coupable, sinon d'un fait délictueux (car il n'y a pas de texte qui prononce contre lui une peine pour cette omission), tout au moins d'une négligence qui engage sa responsabilité civile (arg. art. 1383). Les intéressés, aux quels préjudicie le défaut d'acte, peuvent donc intenter au civil une action contre l'officier de l'état civil ou après sa mort contre ses héritiers pour obtenir la réparation de ce dommage. Si cette action réussit, il en résultera la preuve que l'officier de l'état civil n'a pas dressé, quand il aurait dû le faire, un acte de naissance, de mariage ou de décès. Le jugement obtenu établira ainsi l'existence de la naissance, du mariage ou du décès allégué, et son inscription sur les registres de l'état civil tiendra lieu de l'acte omis. C'est du moins ce que l'on peut induire par argument des articles 198 à 200. Ces textes supposent qu'un officier de l'état civil a détruit frauduleusement un acte de mariage. L'officier de l'état civil, coupable de cette infraction, peut être poursuivi criminellement par le ministère public, sans préjudice de l'action qui peut être intentée au civil par les intéressés. Si ces poursuites réussissent et que l'officier de l'état civil soit condamné pour avoir frauduleusement supprimé l'acte de mariage, il en résulte la preuve qu'un mariage a été célébré, et la loi dit que l'inscription du jugement de condamnation sur les registres de l'état civil remplacera l'acte de mariage. Maintenant, si l'officier de l'état civil est décédé à l'époque où l'on découvre la fraude par lui commise, il n'est plus possible d'agir au criminel; mais on peut encore agir au civil contre ses héritiers, car si l'action publique meurt avec le coupable l'action civile lui survit. Si les intéressés obtiennent un jugement condamnant les héritiers de l'officier de l'état civil à des dommages-intérêts à titre de réparation du préjudice que celui-ci leur a causé, ce jugement, en constatant l'existence du crime qui a supprimé l'acte de mariage, constate implicitement la célébration du mariage, et la loi admet toujours que l'inscription de ce jugement sur le registre remplacera l'acte de mariage; seulement comme une collusion serait possible entre les intéressés et les héritiers de l'officier de l'état civil, la loi décide (art 200) que l'action au civil sera intentée par le ministère public sur la dénonciation des intéressés. On ne voit pas pourquoi une action semblable, une action civile, ne pourrait pas être intentée sous la même garantie contre l'officier de l'état civil lui-même, qui aurait omis de dresser l'acte de mariage et qui aurait ainsi engagé sa responsabilité au point de vue civil seulement sans l'engager au point de vue pénal. Le jugement qui interviendrait serait alors inscrit sur les registres de l'état civil, et remplacerait l'acte de mariage. Et si ce procédé peut être employé pour les actes de mariage, pourquoi ne pourrait-il pas l'être pour les actes de naissance et de décès?

**248.** Dans tous les cas où la preuve testimoniale est recevable, d'après ce qui vient d'être dit, pour prouver soit le fait de l'existence ou de la perte des registres soit, cette preuve une fois faite, les naissances, les mariages et les décès, il y aurait lieu d'admettre aussi la preuve par les simples présomptions, car c'est un principe général que, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise, les juges sont aussi autorisés à se déterminer par de simples présomptions que la loi abandonne à leur sagesse (V. art. 4353).

### § VI. *Des actes de l'état civil des Français en pays étranger.*

**249.** Un Français se trouve en pays étranger; comment fera-t-il constater les faits relatifs à son état civil? Il s'offre à lui deux moyens entre lesquels il n'a pas toujours le choix.

**250.** PREMIER MOYEN « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger sera valable, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays* » (art. 47). C'est une application de la règle *locus regit actum* (*supra*, n° 83). Ainsi un Français se marie en pays étranger; son mariage sera valable aux yeux de la loi française s'il a été célébré conformément aux prescriptions de la loi du pays. Cela ne fait pas de difficulté quand la loi du pays où le Français se trouve exige un acte écrit pour constater les différents faits relatifs à l'état civil et que les prescriptions de cette loi ont été observées. On est alors littéralement dans les termes mêmes de l'article 47, d'après lequel « l'acte sera valable s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays. »

Mais supposons que la loi du pays où le Français veut se marier n'exige pas la rédaction d'un acte écrit pour constater la célébration des mariages, et autorise l'emploi de la preuve testimoniale pour en établir l'existence. Le Français, qui se sera marié en observant les prescriptions de cette loi, sera-t-il valablement marié aux yeux de la loi française, et pourra-t-il, même en France, établir l'existence de son mariage par témoins? Oui; ainsi l'a jugé la Cour de cassation; ainsi du reste le veut la règle *locus regit actum*. Et si l'article 47 semble supposer la nécessité d'un acte écrit pour constater les actes de l'état civil des Français en pays étranger, c'est parce que, dans presque tous les pays, du moins ceux qui sont civilisés, l'état civil des personnes ne peut être constaté que de cette façon. Ici comme ailleurs : *Lex statuit de eo quod plerumque fit.*

Par application de ces principes, la Cour de Paris a décidé qu'un Français, qui s'est marié dans un pays (État de New-York) où la loi n'exige pas d'acte écrit pour constater la célébration des mariages, mais permet d'en établir l'existence par la simple preuve « du fait de la cohabitation et réputation », a pu valablement prouver son mariage en France par témoins. (Paris, 20 janvier 1873, Sir., 73, 2, 177.)

Le moyen indiqué par l'article 47 peut être employé, soit que l'acte

de l'état civil concerne des Français seulement, soit qu'il concerne à la fois des Français et des étrangers, comme il arriverait si un Français épousait une étrangère en pays étranger ; et c'est pour cela que l'article 47 dit : « Tout acte de l'état civil des Français *et des étrangers*. » Il n'en est pas de même du deuxième moyen dont il nous reste à parler, et qui est indiqué par l'article 48. Ce deuxième moyen n'est applicable que pour les actes de l'état civil qui intéressent des Français seulement, ainsi qu'on va le voir tout à l'heure.

**251.** DEUXIÈME MOYEN : « *Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agents diplomatiques ou par les consuls* » (art. 48). On a dit avec raison que les agents diplomatiques ou consulaires accrédités par le Gouvernement français dans les différents pays étrangers sont les officiers de l'état civil des Français dans ces divers pays. Nos nationaux peuvent s'adresser à eux pour faire constater les faits relatifs à leur état civil, et cette constatation devra être faite, bien entendu, dans les formes prescrites par les lois françaises.

La disposition de l'article 48 est fondée sur une fiction, admise par le droit des gens, et qu'on appelle la fiction de l'*exterritorialité*. Elle consiste en ce que l'hôtel d'un agent diplomatique ou consulaire est considéré comme faisant partie du territoire du pays représenté par cet agent. Cette fiction a été introduite, d'une part pour garantir l'inviolabilité des agents diplomatiques ou consulaires, et d'autre part dans l'intérêt des nationaux qui peuvent notamment s'adresser à ces agents pour faire constater leur état civil conformément aux lois de leur pays.

C'est en vertu de cette fiction que les Français qui se trouvent en pays étranger sont censés être en France, quand ils sont entrés chez l'agent diplomatique ou consulaire accrédité par le Gouvernement français dans ce pays.

**252.** Les agents diplomatiques ou consulaires français, incontestablement compétents pour recevoir les actes de l'état civil intéressant des Français, sont-ils compétents également pour recevoir les actes qui intéressent à la fois des Français et des étrangers ? Ainsi un consul français en Belgique pourrait-il valablement célébrer dans ce pays un mariage entre un Français et une Belge ? On arriverait à résoudre la question affirmativement en poussant jusqu'à ses dernières conséquences la fiction de l'*exterritorialité*. On dirait : l'hôtel du consul français, c'est la France ; or très certainement, si l'on était réellement en France, le mariage pourrait être célébré par un officier public français et conformément aux prescriptions de la loi française. Donc le consul est compétent, il pourra valablement célébrer le mariage. — En raisonnant ainsi on oublie que les fictions sont de droit étroit ; on ne doit pas les étendre en dehors des situations en vue desquelles elles ont été créées. Or la fiction de l'*exterritorialité* n'a été admise qu'en faveur des nationaux du pays représenté par l'agent diplomatique ; elle ne doit donc pas profiter à des étrangers, et elle leur profiterait si, dans un cas quelconque, un agent diplomatique ou consulaire français pouvait dresser des actes de l'état civil dans lesquels des étrangers sont intéressés.

Il y a d'ailleurs entre l'article 48 et l'article 47 une différence de rédaction que l'on doit remarquer. En effet, tandis que l'article 47 parle des actes de l'état civil des Français *et des étrangers*, c'est-à-dire des actes qui intéressent soit des Français seulement, soit des Français et des étrangers tout à la fois, l'article 48 ne parle plus que des actes de l'état civil *des Français*. Comment expliquer cette différence de rédaction, sinon en disant, ce qui est d'ailleurs fort rationnel, que le procédé indiqué par l'article 48 n'est applicable qu'aux actes de l'état civil des Français, tandis que celui indiqué par l'article 47 est applicable soit aux actes de l'état civil qui intéressent des Français seulement soit à ceux qui intéressent à la fois des Français et des étrangers. Cette solution est d'ailleurs toute naturelle. Quand un acte de l'état civil intéresse à la fois un Français et un étranger, il faut que l'officier public qui le dresse soit compétent par rapport aux deux parties à la fois. L'officier public du pays où l'acte est dressé a cette double compétence; la règle *locus regit actum* le rend en effet compétent quant au Français. Mais au contraire l'agent diplomatique français n'est compétent que quant au Français, car la fiction de l'exterritorialité sur laquelle est basée sa compétence ne peut pas être invoquée par l'étranger.

### § VII. *De la sanction des dispositions relatives à la rédaction des actes de l'état civil, à la tenue des registres, etc.*

**253.** Il ne suffisait pas de formuler des règles relatives à la rédaction des actes de l'état civil, à la tenue des registres, à leur conservation, etc., il fallait encore assurer l'obéissance à la loi. Tel est l'objet des articles 50 et suivants.

**254.** Aux termes de l'article 50 : « *Toute contravention aux articles précédents de la part des fonctionnaires y dénommés sera poursuivie devant le tribunal de première instance et punie d'une amende qui ne pourra excéder cent francs.* » C'est par exemple un officier de l'état civil qui a écrit une date en chiffres ou une mention quelconque par abréviation dans un acte de son ministère, violant ainsi la disposition de l'article 42. Il sera passible de l'amende dont parle notre article. Cette amende, dit la loi, sera prononcée par « le tribunal de première instance. » Il faut entendre par là le tribunal de première instance *jugeant au civil*. Quand la loi veut désigner le tribunal de police correctionnelle, elle dit : le tribunal de première instance *jugeant correctionnellement*. Cette interprétation d'ailleurs est fondée en raison, car il s'agit de punir moins un délit qu'une simple négligence, et il ne fallait pas infliger à l'officier de l'état civil qui s'en est rendu coupable l'infamie qui s'attache toujours aux condamnations prononcées par les tribunaux correctionnels. En somme la peine qui le frappe est plutôt civile que correctionnelle, ce qui s'explique surtout par le peu de gravité du fait à réprimer. Voyez au surplus l'avis du Conseil d'Etat du 25 janvier 1804.

\* De là résultent entr'autres deux conséquences :

1<sup>o</sup> Les poursuites, tendant à faire prononcer contre l'officier de l'état civil la peine édictée par notre article, pourront être exercées pendant trente années. Au con-

traire elles ne pourraient être exercées que pendant trois ans, s'il s'agissait d'une peine correctionnelle (I. Cr., art. 638).

2° L'officier de l'état civil condamné à une amende par application de l'article 50 ne sera libéré de l'obligation de la payer que par la prescription de trente ans (art 2262). Il serait au contraire libéré par la prescription de cinq ans (I. Cr. art. 636), si la condamnation prononcée contre lui était correctionnelle.

Les greffiers des tribunaux de première instance, dépositaires des registres de l'état civil, sont incontestablement passibles, de même que les officiers de l'état civil, de l'amende prononcée par l'article 50 pour *toute contravention aux articles précédents*. Cette sanction pénale atteint-elle aussi le président du tribunal ou le procureur de la République, qui ne se seraient pas conformés à quelque-une des obligations que ces mêmes articles leur imposent ? L'affirmative paraît bien résulter, non seulement des termes généraux de l'article 50... « de la part des fonctionnaires y dénommés... », mais aussi de la discussion au Conseil d'Etat. Et toutefois la question est controversée.

**255.** Il est remarquable que la loi ne prononce en aucun cas la nullité des actes de l'état civil pour inobservation des règles qu'elle prescrit. La raison en est sans doute que les irrégularités plus ou moins graves dont peuvent être entachées ces actes sont presque toujours le fait de l'officier de l'état civil, et il a pu paraître injuste d'en faire retomber les conséquences sur les parties en prononçant la nullité de l'acte destiné à constater leur état. Est-ce à dire qu'un acte de l'état civil, quelque irrégulier qu'il soit, ne pourra jamais être déclaré nul ? Non sans doute. Un acte de l'état civil peut être tellement informe que personne ne songe à en soutenir la validité. Qui prétendrait par exemple que l'acte dressé par un individu n'ayant aucun caractère public, par le premier venu, pourrait être déclaré valable ? Mais le législateur a pensé qu'il convenait de ne rien préciser à cet égard, et de laisser par suite aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire. Les juges apprécieront. En ce sens Req. Rejet, 28 novembre 1876, S., 77. 1. 172.

**256.** L'article 51 dispose : « *Tout dépositaire des registres sera civilement responsable des altérations qui y surviendront, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs des dites altérations.* » Les dépositaires des registres de l'état civil (officiers de l'état civil et greffiers des tribunaux civils de première instance) sont chargés de la garde et de la conservation de ces registres, et répondent à ce titre des altérations qu'ils y laisseraient commettre par défaut de surveillance. La loi dit qu'ils en sont *civilement responsables*, ce qui signifie qu'ils sont tenus de fournir des *réparations civiles* ou autrement dit des dommages-intérêts à ceux qui ont souffert de ces altérations ; « sauf leur recours, s'il y a lieu, contre les auteurs des dites altérations, » ajoute notre article, — *s'il y a lieu*, car il peut se faire que l'auteur des altérations ne soit pas responsable, par exemple si c'est un fou ou un animal.

**257.** Notre article suppose, on le voit, que les registres ont subi des altérations provenant du fait d'un tiers. L'article suivant prévoit le cas

d'altérations provenant du fait de l'officier de l'état civil : « *Toute altération, tout faux dans les actes de l'état civil, toute inscription de ces actes faite sur une feuille volante et autrement que sur les registres à ce destinés, donneront lieu aux dommages-intérêts des parties sans préjudice des peines portées au Code pénal* » (art. 52). Les altérations provenant du fait de l'officier de l'état civil font donc naître à sa charge une double responsabilité : *une responsabilité civile*, consistant dans l'obligation de payer des réparations civiles ou dommages et intérêts à ceux auxquels l'altération cause préjudice ; *une responsabilité pénale*, qui le rend justiciable des tribunaux criminels chargés de lui appliquer les peines rigoureuses prononcées pour ces divers cas par le Code pénal (P. art. 145, 148, 254, 255, 192).

Ce dernier article, l'article 492, est relatif à l'hypothèse où l'inscription d'un acte de l'état civil a été faite sur une feuille volante. Ni lui ni aucun autre ne dit quel est le sort de cet acte. Est-il nul ou valable ? Dans le silence de la loi, le plus sûr serait peut-être d'admettre, ainsi que le faisait l'art. 9 de la déclaration du 9 avril 1736, que les tribunaux ont en cette matière un pouvoir discrétionnaire. Ils pourraient donc ou annuler l'acte ou le maintenir, ou même, prenant une sorte de moyen terme entre ces deux extrêmes, le considérer comme un commencement de preuve par écrit pouvant autoriser l'emploi de la preuve testimoniale.

Toutefois il est très-douteux que les juges puissent considérer comme valable un acte de mariage inscrit sur une feuille volante, à cause de l'article 494 qui paraît exiger positivement pour la preuve des mariages un acte *inscrit sur les registres de l'état civil*.

**258.** « *Le procureur de la République au tribunal de première instance sera tenu de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en sera fait au greffe ; il dressera procès-verbal sommaire de la vérification, DÉNONCERA les contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil et QUERRA contre eux la condamnation aux AMENDES* » (art. 53).

D'après cet article dont la disposition était d'ailleurs conforme au système de législation pénale alors en vigueur, le procureur de la République pouvait requérir contre les officiers de l'état civil les condamnations aux *peines civiles* de l'article 50, désignées ici sous le nom d'*amendes* ; mais il devait se borner à *dénoncer* les faits susceptibles de provoquer contre eux des condamnations criminelles. Aujourd'hui le ministère public peut, dans tous les cas, poursuivre directement l'application des peines civiles ou criminelles qu'ont encourues les officiers de l'état civil (I. Cr., art. 22). Toutefois un avis du Conseil d'Etat du 31 juillet 1806 autorise le ministre de la justice à prescrire aux procureurs de la République de l'informer des poursuites qu'ils se proposent d'intenter contre les officiers de l'état civil, et à arrêter celles qui n'auraient pas pour objet des négligences ou des infractions graves.

Le procureur de la République est chargé de vérifier les registres de l'état civil, mais il n'a pas qualité pour rectifier les irrégularités qu'il découvre dans les actes inscrits sur ces registres. Ce droit n'appartient qu'au tribunal de première instance. C'est ce que nous dira l'article 99, et ce que nous apprend par anticipation l'article 34, ainsi conçu : « *Dans tous les cas où un tribunal de première instance connaîtra des actes rela-*

» tifs à l'état civil, les parties intéressées pourront se pourvoir contre le » jugement. »

Cependant une ordonnance du 26 novembre 1823 autorise les procureurs de la République à faire réparer par les officiers de l'état civil les irrégularités que l'on peut corriger sans nuire à la substance des actes, telles que l'absence des signatures requises par la loi, et ce, en présence des personnes qui ont figuré à l'acte comme déclarants ou comme témoins. On a contesté avec raison la légalité de cette ordonnance. Elle modifie en effet une disposition législative; or la loi ne peut pas être modifiée par une simple ordonnance (*supra*, n° 44).

## CHAPITRE II

### DES ACTES DE NAISSANCE

**259.** La loi s'occupe dans ce chapitre : 1° des actes de naissance (art. 55-61); 2° des actes de reconnaissance d'enfants naturels (art. 62).

#### I. Des actes de naissance.

« Les déclarations de naissance seront faites DANS LES TROIS JOURS DE » L'ACCOUCHEMENT A L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL DU LIEU : L'ENFANT » LUI SERA PRÉSENTÉ » (art. 55).

*Dans les trois jours de l'accouchement.* Le jour de l'accouchement ne compte pas conformément à la règle : *dies a quo non computatur in termino*. Le délai de trois jours une fois expiré, l'acte de naissance ne pourrait plus être dressé qu'en vertu d'un jugement (avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire de l'an XI, et argument de l'article 2, al. final, de la loi du 19 juillet 1871).

*A l'officier de l'état civil du lieu...* C'est une application du principe que la compétence de l'officier de l'état civil est territoriale et non personnelle.

*L'enfant lui sera présenté.* Si l'officier de l'état civil n'exigeait pas que l'enfant lui fût présenté, il s'exposerait à devenir le complice involontaire des fraudes que les déclarants pourraient tenter de commettre.

La présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil lui permet de constater :

1° *Que l'enfant est nouveau-né.* S'il apparaissait manifestement que cette condition ne se trouve pas remplie, l'officier de l'état civil devrait refuser de dresser l'acte de naissance.

2° *Quel est le sexe de l'enfant.*

3° *Si l'enfant est vivant.*

Au cas où l'enfant serait mort, l'officier de l'état civil doit se borner à constater que l'enfant qu'on lui a présenté était sans vie (décret du 14 juillet 1806). L'acte qu'il rédige alors doit être inscrit sur le registre

des décès (même décret). L'officier de l'état civil ne doit pas constater dans l'acte la déclaration que lui feraient les comparants, soit que l'enfant est né vivant, soit qu'il est né sans vie ; car la question de savoir si l'enfant est né mort ou vivant peut avoir une importance capitale en matière de succession (art. 721), et la loi n'a pas voulu que cette question pût être préjugée dans un sens ou dans l'autre par la déclaration des comparants, qui n'ont aucun caractère public et qui peuvent avoir intérêt d'ailleurs à trahir la vérité.

Si le transport de l'enfant au bureau de l'officier de l'état civil pouvait mettre sa santé et sa vie en danger, l'officier de l'état civil devrait se transporter au lieu où se trouve l'enfant ; l'article 6 du titre III de la loi du 20 septembre 1792 lui en imposait l'obligation, et si le Code civil ne l'a pas reproduite, c'est vraisemblablement parce qu'il l'a trouvée inutile, tant elle est fondée en raison. L'officier de l'état civil qui se transporte auprès de l'enfant semble devoir apporter avec lui le registre des naissances pour pouvoir rédiger l'acte de naissance *de suite* conformément aux prescriptions de l'article 56, al. final.

260. Aux termes de l'article 56 : « *La naissance de l'enfant sera déclarée par le père ou à défaut du père par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile par la personne chez qui elle sera accouchée. — L'acte de naissance sera rédigé de suite en présence de deux témoins.* »

L'obligation de déclarer la naissance d'un enfant ne pèse pas du même poids sur toutes les personnes indiquées en l'article 56. La loi établit entre elles un certain ordre hiérarchique.

La loi désigne d'abord le père de l'enfant. « La déclaration de naissance est le premier devoir que la paternité impose à un homme vis-à-vis de son enfant. » La loi ne parle pas de la mère, et on comprend pourquoi. Serait-elle en état de se transporter au bureau de l'officier de l'état civil dans les trois jours de son accouchement ?

Le père est tenu de déclarer la naissance de son enfant, qu'il ait ou non assisté à l'accouchement ; *lex non distinguit*. Il est cependant remarquable que l'obligation imposée de ce chef au père n'a de sanction que quand il a assisté à l'accouchement, la peine prononcée par l'article 346 P. étant édictée seulement contre ceux qui « ayant assisté à l'accouchement » n'ont pas déclaré la naissance (*infra*, n° 261).

De l'avis de tous, la disposition qui nous occupe s'applique uniquement au cas où le père de l'enfant est légalement connu, ce qui arrive toujours pour les enfants légitimes (art. 312), mais ce qui n'arrivera guère pour un enfant naturel à moins qu'il n'ait été reconnu par son père avant sa naissance.

Les autres personnes indiquées par l'article 56 ne sont tenues de déclarer la naissance de l'enfant « *qu'à défaut du père.* »

La loi entend dire par là :

1° Lorsque le père est inconnu;

2° Lorsqu'il est mort avant la naissance de l'enfant;

3° Quand il est absent;

4° Quand il est privé de l'usage de ses facultés intellectuelles.

Sur ce point la loi de 1792, art. 3, s'expliquait plus catégoriquement que le Code civil. Elle disait : « *lorsque le mari sera absent ou ne pourra agir, ou lorsque la mère ne sera pas mariée.* » Les termes de l'article 56 sont différents, mais l'idée est la même.

Quelles sont les personnes que la loi charge de déclarer la naissance d'un enfant à défaut du père ? D'abord toutes les personnes qui ont participé, ou même simplement assisté à l'accouchement; la loi cite les docteurs en médecine ou en chirurgie, les sages-femmes et les officiers de santé. En outre si la mère est accouchée en dehors de son domicile, l'obligation de déclarer la naissance de l'enfant incombe à la personne chez qui la mère est accouchée.

La loi n'établissant aucune hiérarchie entre les personnes qu'elle déclare tenues à défaut du père, on doit en conclure que l'obligation de déclarer la naissance de l'enfant pèse sur toutes ces personnes du même poids. Toutes sont donc également tenues, *solidairement* comme on dit.

**261.** Le Code civil, tout en imposant aux personnes qui viennent d'être désignées l'obligation de déclarer les naissances, avait négligé d'assurer l'obéissance à cette prescription par une sanction pénale. Cette sanction avait paru inutile. Pourquoi sanctionner une loi qui, après avoir rencontré des résistances au début (loi de 1792), semblait définitivement entrée dans les mœurs ? Comment croire d'ailleurs qu'une obligation imposée à un aussi grand nombre de personnes pût jamais rester inexécutée ? Mais en cette matière comme en bien d'autres, l'expérience démontra qu'il était imprudent de compter sur la bonne volonté des particuliers pour assurer l'exécution des lois. Dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code civil, beaucoup de naissances ne furent pas déclarées, surtout en ce qui concerne les enfants mâles qu'on espérait par ce moyen soustraire à la conscription. Le besoin d'une sanction se faisait impérieusement sentir; l'article 346 du Code pénal est venu la créer. Aux termes de cet article : « *Toute personne qui ayant assisté à un accouchement n'aura pas fait la déclaration à elle prescrite par l'article 56 du Code civil et dans les délais fixés par l'article 55 du même Code, sera punie d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de seize à trois cents francs.* » Il est remarquable que la peine édictée par notre article n'est prononcée que contre les personnes qui ont assisté à l'accouchement. De là il résulte que le père de l'enfant et la personne chez qui la mère est accouchée échapperont à toute pénalité s'ils n'ont pas assisté à l'accouchement. Bien qu'il soit douteux que telle ait été l'intention du législateur, le principe d'interprétation restrictive qui domine tout notre Droit pénal ne permet pas d'admettre une autre solution.

**262.** L'officier de l'état civil, qui reçoit une déclaration de naissance, doit rédiger l'acte *de suite* en présence de deux témoins (art. 56).

Que doit contenir l'acte de naissance? « *L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère et ceux des témoins* » (art. 57).

En ce qui concerne les prénoms de l'enfant, mentionnons une loi du 11 germinal de l'an XI, encore en vigueur aujourd'hui, qui défend aux officiers de l'état civil d'admettre dans les actes de naissance d'autres prénoms que ceux en usage dans les différents calendriers et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne.

L'énonciation relative aux noms des père et mère de l'enfant donne lieu à plusieurs observations. Pas de difficulté quand l'enfant est légitime : la paternité et la maternité sont des faits honorables, et les parents de l'enfant ne peuvent avoir aucun motif pour vouloir que l'acte de naissance ne révèle pas leurs noms.

Si l'enfant est adultérin ou incestueux, il est sans difficulté également que l'acte de naissance ne devra pas révéler la faute à laquelle l'enfant doit le jour, ni par suite indiquer les noms de la mère et du père tout à la fois (arg., art. 335).

La question est moins facile à résoudre si l'enfant est simplement naturel. On ne conteste pas que le nom du père de l'enfant ne doit pas être indiqué, à moins cependant que l'enfant soit déjà reconnu par son père au moment où son acte de naissance est dressé, ou que le père ne se déclare lui-même à l'officier de l'état civil au moment où il dresse l'acte (arg. art. 334 et 340).

Mais on est loin d'être d'accord sur le point de savoir si le nom de la mère naturelle qui ne veut pas se faire connaître doit être indiqué dans l'acte de naissance.

Tout d'abord les comparants peuvent-ils être forcés de déclarer à l'officier de l'état civil le nom de la mère? La négative semble certaine. L'article 57 dit, il est vrai, que l'acte de naissance doit indiquer les noms des *père et mère*; mais tout le monde reconnaît que le mot *père* ne désigne que le père légitime; alors comment le mot *mère* ne désignerait-il pas aussi exclusivement la mère légitime? Il y a cependant des officiers de l'état civil qui exigent des comparants l'indication du nom de la mère et qui refusent de dresser l'acte de naissance tant que ce nom ne leur est pas indiqué. Et cette pratique a été confirmée par quelques décisions judiciaires. Mais outre qu'elle est d'une justification difficile, en tant qu'elle a pour résultat de forcer le déclarant à violer un secret dont il est souvent dépositaire par suite de sa profession, elle peut conduire et elle a conduit quelquefois à un résultat déplorable : celui de pousser la mère au crime pour sauver son honneur, qui serait nécessairement compromis si le secret de sa faute était trahi par l'acte de naissance de l'enfant.

\* En admettant que les comparants ne soient pas tenus de déclarer le nom de la mère, il reste une difficulté. S'ils le déclarent, l'officier de l'état civil devra-t-il le mentionner dans l'acte? Il y a de très-bonnes raisons pour soutenir la négative. D'abord l'officier de l'état civil ne doit mentionner dans les actes de son ministère que ce qui *doit* être déclaré par les comparants (art. 35), c'est-à-dire ce que la loi oblige les comparants à déclarer. Or on vient de voir qu'elle ne les oblige pas à déclarer le nom de la mère naturelle. Pourquoi d'ailleurs exiger l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel, puisque cet acte de naissance, à la différence de celui des enfants légitimes, ne prouve pas sa filiation? Cette indication ne pourrait présenter pour l'enfant naturel d'autre utilité que de le mettre sur les traces de sa mère, et de lui fournir à cet égard un renseignement tel quel qui lui viendra en aide s'il veut essayer de faire la preuve de sa filiation par témoins conformément à l'article 344; mais on conçoit aisément que le législateur n'ait pas tenu compte de cet intérêt. Malgré ces raisons la pratique est contraire et la jurisprudence est incertaine. L'opinion qui paraît prévaloir en doctrine peut se formuler

ainsi : les comparants ne sont pas obligés d'indiquer le nom de la mère; mais s'il l'indiquent, l'officier de l'état civil doit le mentionner dans l'acte.

**263.** L'article 58 contient quant aux enfants trouvés une disposition qui se suffit à elle-même : « *Toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né sera tenu de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et les autres effets trouvés avec l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été trouvé. — Il en sera dressé un procès-verbal détaillé, qui énoncera en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal sera inscrit sur les registres.* »

Nous nous bornerons également à transcrire les articles 59 à 61 relatifs aux naissances pendant les voyages en mer.

ART. 59. « *S'il naît un enfant pendant un voyage de mer, l'acte de naissance sera dressé dans les vingt-quatre heures, en présence du père, s'il est présent, et de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. Cet acte sera rédigé, savoir : sur les bâtiments du Roi, par l'officier d'administration de la marine ; et sur les bâtiments appartenant à un armateur ou négociant, par le capitaine, maître ou patron du navire. L'acte de naissance sera inscrit à la suite du rôle d'équipage.* »

ART. 60. « *Au premier port où le bâtiment abordera, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaine, maître ou patron, seront tenus de déposer deux expéditions authentiques des actes de naissance qu'ils auront rédigés, savoir : dans un port français, au bureau du préposé à l'inscription maritime ; et dans un port étranger, entre les mains du consul. — L'une de ces expéditions restera déposée au bureau de l'inscription maritime, ou à la chancellerie du consulat ; l'autre sera envoyée au ministre de la marine, qui fera parvenir une copie, de lui certifiée, de chacun desdits actes à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère, si le père est inconnu : cette copie sera inscrite de suite sur les registres.* »

ART. 61. « *A l'arrivée du bâtiment dans le port du désarmement, le rôle de l'équipage sera déposé au bureau du préposé à l'inscription maritime, qui enverra une expédition de l'acte de naissance, de lui signé, au domicile du père de l'enfant, ou de la mère, si le père est inconnu. Cette expédition sera inscrite de suite sur les registres.* »

## II. Des actes de reconnaissance d'enfants naturels.

**264.** La filiation des enfants naturels se constate par un acte de reconnaissance (V. *infra* l'explication de l'article 334). La reconnaissance est un aveu de paternité ou de maternité; elle ne peut aux termes de l'article 334 être faite que par acte authentique. L'officier de l'état civil a qualité pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels. Si la reconnaissance est faite par le père ou par la mère de l'enfant ou par les deux conjointement au moment de la déclaration de naissance et en même temps que cette déclaration, l'officier de l'état civil la constatera dans l'acte de naissance, qui prouvera ainsi, d'une part le fait de la naissance de l'enfant, et d'autre part sa filiation vis-à-vis de celui de ses auteurs qui l'a reconnu ou de tous les deux s'ils l'ont reconnu l'un et l'autre. Si au contraire la reconnaissance est faite après coup, l'officier de l'état civil en dressera un acte distinct. C'est à cette hypothèse que s'applique l'article 62, ainsi conçu : « *L'acte de reconnaissance d'un en-*

» *fant sera inscrit sur les registres à sa date, et il en sera fait mention en marge de l'acte de naissance s'il en existe un.* »

Il y a un lien étroit entre l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel et son acte de naissance : celui-ci prouve *le fait de la naissance* de l'enfant, celui-là *sa filiation*, c'est-à-dire le lien qui le rattache à ses père et mère ou à l'un d'eux, et ils valent ainsi à eux deux ce que vaut pour les enfants légitimes l'acte de naissance tout seul qui prouve tout à la fois leur naissance et leur filiation (V. l'explication des articles 319 et 334). Aussi la loi paraît-elle considérer l'acte de reconnaissance de l'enfant naturel comme le complément de son acte de naissance. C'est du moins ce que l'on peut induire, soit de la place qu'occupe l'article 62 dans le chapitre *Des actes de naissance*, soit de la disposition de cet article qui exige que l'acte de reconnaissance soit mentionné en marge de l'acte de naissance s'il en existe un. Cela posé, on est tout naturellement conduit à décider :

1<sup>o</sup> Que l'acte de reconnaissance dressé par un officier de l'état civil, sera soumis quant à la forme aux mêmes règles que l'acte de naissance : il devra par conséquent être rédigé en présence de deux témoins (arg., art. 56, al. 2) ;

2<sup>o</sup> Que, s'il y a des registres distincts pour les naissances, les mariages et les décès, c'est sur le registre des naissances que l'acte de reconnaissance devrait être inscrit. C'est aussi, ce semble, sur ce même registre qu'il y aurait lieu d'inscrire les actes d'adoption en exécution de la disposition de l'article 359.

**265. Observation.** — Nous renvoyons, comme le font tous les auteurs, l'explication du chapitre III au titre *du Mariage* qui contient un grand nombre de règles nécessaires pour l'intelligence de cette matière.

## CHAPITRE IV

### DES ACTES DE DÉCÈS

**266.** L'intérêt social exige : d'une part que les inhumations ne soient pas trop retardées, pour une raison de salubrité publique ; et d'autre part qu'elles ne soient pas trop précipitées, afin de prévenir le danger des inhumations hâtives. Là comme partout il y a un juste milieu à observer.

La loi ne prescrit aucune mesure pour parer au danger des inhumations tardives ; elle s'en rapporte sur ce point aux parents et aux amis de la personne décédée, qui seraient les premiers à souffrir d'un trop

long retard. Mais elle a cru devoir parer au danger des inhumations précipitées. L'article 77 dit à ce sujet : « *Aucune inhumation ne sera faite* » sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil, qui ne pourra la délivrer qu'après s'être transporté au domicile » de la personne décédée pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre » heures après le décès hors les cas prévus par les règlements de police. »

Deux conditions sont donc exigées pour qu'une inhumation puisse avoir lieu :

1° *Qu'il se soit écoulé vingt-quatre heures au moins depuis le décès.* Des règlements de police peuvent toutefois, d'après la disposition finale de notre article, établir des exceptions à cette règle, par exemple au cas de maladies épidémiques ou contagieuses.

2° *Qu'une autorisation de procéder à l'inhumation ait été délivrée par l'officier de l'état civil.* Cette autorisation doit être donnée sur papier libre et sans frais. Elle peut être accordée avant l'expiration du délai de vingt-quatre heures, mais alors l'autorisation devra indiquer l'heure à laquelle l'inhumation pourra avoir lieu. Cette manière de procéder n'offre aucun inconvénient, et elle n'est pas contraire au texte de l'article 77, les mots *et que vingt-quatre heures après le décès* paraissant ne se rapporter qu'à la première disposition de l'article *aucune inhumation ne sera faite...* et non à la disposition suivante relative à la délivrance de l'autorisation qui se trouve contenue dans une phrase incidente. L'officier de l'état civil ne doit délivrer l'autorisation dont il s'agit qu'après avoir constaté personnellement le fait du décès.

**267.** Il doit être dressé acte de tout décès.

L'acte de décès a pour but de constater : a) le fait même du décès ; b) l'individualité de la personne décédée.

a). *Le fait du décès.* L'officier de l'état civil doit vérifier par lui-même, *propriis sensibus*, le fait du décès. La loi exige à cet effet, qu'il se transporte au domicile de la personne décédée. Dans la pratique, l'officier de l'état civil se décharge de ce soin sur un homme de l'art, médecin ou officier de santé, quelquefois à la campagne une sage-femme, qui se rend à domicile pour constater le décès. Cette manière de procéder, qui est approuvée par les auteurs, ne nous paraît pas conforme au vœu de la loi, et quoi qu'on en dise, la constatation d'un décès par un chirurgien offre beaucoup moins de garanties que sa constatation par l'officier de l'état civil ; non pas sans doute en ce sens que l'officier de l'état civil est plus compétent pour constater un décès douteux qu'un homme de l'art, mais parce que la fausse constatation d'un décès, faite sciemment par l'officier de l'état civil, l'exposant à la peine des travaux forcés à perpétuité comme coupable de faux en écritures publiques, son affirmation peut inspirer toute confiance ; tandis qu'il n'en est pas de même de celle de

l'homme de l'art qui peut, se faisant le complice d'une fraude, trahir la vérité sans s'exposer à des peines aussi sévères.

Quoi qu'il en soit sur ce point, ce qui est certainement contraire au vœu de la loi, c'est l'abstention de certains officiers de l'état civil qui croient sur parole ceux qui viennent leur déclarer un décès sans se donner la peine de contrôler ni de faire contrôler leur déclaration. Rien n'est plus facile, grâce à cette négligence, que de faire constater régulièrement le décès d'un individu plein de vie.

b). L'acte de décès doit constater l'individualité de la personne décédée. Les renseignements nécessaires pour opérer cette constatation sont fournis à l'officier de l'état civil par les comparants. « *L'acte de décès, dit l'article 78, « sera dressé par l'officier de l'état civil sur la déclaration » de deux témoins. Ces deux témoins seront, s'il est possible, les deux plus » proches parents ou voisins ou, lorsque la personne sera décédée hors de » son domicile, la personne chez laquelle elle sera décédée et un parent ou » autre. »*

On remarquera que dans l'acte de décès les mêmes personnes jouent le double rôle de déclarants et de témoins. Il résulte de là qu'elles doivent être du sexe masculin et âgées de vingt et un ans (arg., art. 37).

Aucune sanction pénale n'est édictée contre les personnes désignées en l'article 78, pour le cas où elles négligeraient de faire la déclaration prescrite par cet article. Il n'y a pas non plus de loi qui fixe le délai dans lequel la déclaration doit être faite. Ce ne sont pas là des lacunes ; l'inhumation devant nécessairement avoir lieu dans un délai très-court et ne pouvant pas être faite sans une autorisation de l'officier de l'état civil, la force même des choses conduira à lui déclarer très-promptement le décès, ce qui le mettra en mesure d'en dresser acte.

**268.** Recherchons maintenant quelles sont les déclarations que doivent faire les comparants à l'officier de l'état civil chargé de dresser l'acte de décès. L'article 79 répond à cette question en disant ce que doit contenir l'acte de décès : « *L'acte de décès contiendra les prénoms, nom, âge, » profession et domicile de la personne décédée ; les prénoms et le nom de » l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou veuve ; les prénoms, » noms, âges, professions et domicile des déclarants ; et, s'ils sont pa- » rents, leur degré de parenté. — Le même acte contiendra de plus, » autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, noms, profession et domi- » cile des père et mère du décédé, et le lieu de sa naissance. »*

**269.** La loi ne fait pas figurer parmi les énonciations que doit contenir l'acte de décès l'indication du jour et de l'heure du décès. Ce point est pourtant d'une extrême importance, car c'est au moment même du décès que s'ouvre la succession de la personne décédée (art. 718), et que cette personne devient incapable d'acquérir (arg., art. 725). Mais l'offi-

cier de l'état civil n'aurait pu le préciser que d'après les indications fournies par les comparants. Or il y a quelque raison de se défier de leur sincérité; car ils sont peut-être de ceux qui ont des prétentions à la succession du défunt, et il est possible qu'à ce titre ils soient intéressés à trahir la vérité. Dans ces conditions, on comprend à merveille que la loi ait préféré le silence de l'acte à une indication suspecte dont les auteurs pourraient venir se prévaloir plus tard. De cette façon la question de savoir à quel moment le décès s'est produit, dans les cas où elle pourra offrir de l'intérêt, sera exempte de tout préjugé lorsqu'elle se présentera devant les tribunaux chargés de la résoudre. Nous disons *exempte de tout préjugé*; car si la loi avait exigé l'indication dans l'acte de décès du jour et de l'heure auxquels il s'est produit, l'acte aurait fait foi sur ce point, au moins jusqu'à preuve contraire, et aurait ainsi préjugé cette question fort importante.

Si telle a été l'idée du législateur, et cela paraît infiniment probable à raison du silence que garde l'article 79 relativement au jour et à l'heure du décès, silence qu'on ne peut guère mettre sur le compte d'un oubli, il faudrait décider :

1° Que les comparants ne doivent pas déclarer à l'officier de l'état civil le jour et l'heure du décès;

2° Que si cette déclaration lui est faite, l'officier de l'état civil ne devra pas la relater dans l'acte de décès (arg., art. 35);

3° Enfin que, si la déclaration du jour et de l'heure du décès a été relatée dans l'acte, elle sera considérée comme non avenue, et n'aura aucune force probante.

Les formules délivrées aux officiers de l'état civil par l'Administration contiennent la mention du jour et de l'heure du décès, et en fait presque tous les officiers de l'état civil se conforment à ces modèles. Les actes de décès contiennent donc presque toujours l'indication du jour et de l'heure du décès. D'après ce qui précède, cette indication doit être considérée comme sans valeur. La majorité des auteurs inclinent à décider au contraire qu'elle doit faire foi jusqu'à simple preuve contraire, et cette décision est logique de la part de ceux qui admettent que, malgré le silence de l'article 79, les déclarants doivent indiquer à l'officier de l'état civil le jour et l'heure du décès, et que celui-ci doit relater cette déclaration dans l'acte.

**270.** Les circonstances qui ont accompagné la mort, ne présentant aucun intérêt eu égard au but en vue duquel l'acte de décès est dressé, ne doivent pas être mentionnées, surtout quand elles sont déshonorantes pour la famille du défunt. Aussi l'article 85 dit-il : « *Dans tous les cas de mort violente, ou dans les prisons et maisons de réclusion, ou d'exécution à mort, il ne sera fait sur les registres aucune mention de ces circonstances, et les actes de décès seront simplement rédigés dans les formes prescrites par l'article 79.* »

## HYPOTHÈSES PARTICULIÈRES

**271. I. DÉCÈS DANS LES HOPITAUX CIVILS, MILITAIRES OU AUTRES MAISONS PUBLIQUES.**

« En cas de décès dans les hôpitaux militaires, civils ou autres maisons publiques, les supérieurs, directeurs, administrateurs et maîtres de ces maisons seront tenus d'en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera pour s'assurer du décès, et en dressera l'acte, conformément à l'article précédent, sur les déclarations qui lui auront été faites et sur les renseignements qu'il aura pris. — Il sera tenu en outre, dans lesdits hôpitaux et maisons, des registres destinés à inscrire ces déclarations et ces renseignements » (art. 80).

Les registres dont parle l'alinéa final de notre article n'ont aucun caractère public. Ils ne peuvent être produits en justice qu'à titre de simples renseignements.

**II. CAS OÙ IL Y A DES SIGNES OU INDICES DE MORT VIOLENTE.** « Lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donneront lieu de le soupçonner, on ne pourra faire l'inhumation qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, aura dressé procès-verbal de l'état du cadavre et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il aura pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée » (art. 81).

« L'officier de police sera tenu de transmettre de suite à l'officier de l'état civil du lieu où la personne sera décédée tous les renseignements énoncés dans son procès-verbal, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé. — L'officier de l'état civil en enverra une expédition à celui du domicile de la personne décédée, s'il est connu ; cette expédition sera inscrite sur les registres » (art 82).

Les renseignements qui, d'après l'article 82, doivent être transmis à l'officier de l'état civil, sont seulement ceux relatifs à l'individualité de la personne décédée, noms, prénoms, etc. (art. 79) ; mais non les renseignements du procès-verbal relatifs aux circonstances qui ont accompagné la mort puisqu'elles ne doivent pas être mentionnées dans l'acte de décès.

**III. DÉCÈS PAR SUITE D'EXÉCUTION CAPITALE.** « Les greffiers criminels seront tenus d'envoyer, dans les vingt-quatre heures de l'exécution des jugements portant peine de mort, à l'officier de l'état civil du lieu où le condamné aura été exécuté, tous les renseignements énoncés en l'article 79, d'après lesquels l'acte de décès sera rédigé » (art. 83).

Bien que notre article ne le dise pas, il faut admettre que l'acte de décès doit être rédigé conformément au Droit commun en présence de deux témoins.

**IV. DÉCÈS DANS LES PRISONS OU MAISONS DE RÉCLUSION ET DE DÉTENTION.** « En cas de décès dans les prisons ou maisons de réclusion ou de détention, il en sera donné avis sur-le-champ par les concierges ou gardiens à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera comme il est dit en l'article 80, et rédigera l'acte de décès » (art. 84).

**V. DÉCÈS PENDANT LES VOYAGES EN MER.** « En cas de décès pendant un voyage de mer, il en sera dressé acte dans les vingt-quatre heures, en présence de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. Cet acte sera rédigé, savoir, sur les bâtiments du Roi, par l'officier d'administration de la marine ; et sur les bâtiments appartenant à un négociant ou armateur, par le capitaine, maître ou patron du navire. L'acte de décès sera inscrit à la suite du rôle de l'équipage » (art. 86).

« Au premier port où le bâtiment abordera, soit de relâche, soit pour toute autre cause que celle de son désarmement, les officiers de l'administration de la marine, capitaine, maître ou patron, qui auront rédigé des actes de décès, seront tenus d'en déposer deux expéditions, conformément à l'article 60. — A l'arrivée du bâtiment dans le port du désarmement, le rôle d'équipage sera déposé au bureau du préposé à l'ins-

» *cription maritime; il enverra une expédition de l'acte de décès, de lui signée, à l'officier de l'état civil du domicile de la personne décédée : cette expédition sera inscrite de suite sur les registres* » (art. 87).

Ces deux articles contiennent des dispositions analogues à celles des articles 59 à 61 relatifs aux naissances pendant un voyage en mer. Au point de vue pratique, ils ont plus d'intérêt que ces derniers, les décès pendant les voyages en mer étant plus fréquents que les naissances.

La loi ne parle pas des mariages pendant un voyage en mer, sans doute parce qu'elle considère qu'il n'y a jamais urgence à célébrer un mariage.

VI. DÉCÈS DES OUVRIERS MORTS PAR ACCIDENT DANS LES MINES. Cette matière est régie par les articles 48 et 49 du décret du 3 janvier 1843, qui établissent la distinction suivante :

a). *On retrouve les corps des ouvriers qui sont morts par suite de l'accident. L'acte de décès de chaque ouvrier sera dressé conformément aux règles du Droit commun. Mais l'inhumation ne pourra être autorisée qu'après qu'il aura été dressé un procès-verbal spécial pour constater l'accident.*

b). *On ne peut pas parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des ouvriers. Alors il est dressé par le maire un procès-verbal de l'accident dans lequel cette circonstance est relatée, et ce procès-verbal est annexé au registre des décès.*

Il est vraisemblable que dans l'idée du législateur ce procès-verbal remplace l'acte de décès, même, suivant l'opinion générale, pour prouver la dissolution du mariage des ouvriers ensevelis et autoriser leurs veuves à contracter un nouveau mariage.

Au cas de décès par suite d'un accident survenu dans une mine, il semble qu'il y aurait lieu d'assimiler celui où des personnes mourraient dans un incendie, une inondation, un naufrage ou tout autre événement sans qu'on pût retrouver leurs corps. On ne comprend guère que certains auteurs aient eu l'idée de proposer d'appliquer ici les règles de l'absence. En ce sens, Besançon, 30 juillet 1878 (S., 78. 2. 300).

**272. Observation.** — Le chapitre V intitulé « *Des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire du Royaume* » n'offrant qu'une importance secondaire, nous nous bornerons à renvoyer aux articles 88 à 98 qu'il suffira de lire.

## CHAPITRE VI

### DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

#### I. *Des cas dans lesquels il peut y avoir lieu à cette rectification.*

**273.** Il y a lieu à la rectification d'un acte de l'état civil dans les cas suivants :

1<sup>o</sup> *Si un acte de l'état civil contient des erreurs, des omissions ou des énonciations qui n'auraient pas dû être faites.*

*Des erreurs; par exemple, une erreur sur le sexe de l'enfant dans un acte de naissance, ou des fautes dans l'orthographe d'un nom.*

*Des omissions ;* par exemple, l'omission du nom des père et mère d'un enfant légitime dans son acte de naissance (art. 57).

*Des énonciations qui n'auraient pas dû être faites ;* par exemple, l'indication dans un acte de naissance d'une filiation adultérine ou la désignation du père d'un enfant naturel quand il ne s'est pas déclaré lui-même ou n'a pas donné à un tiers une procuration spéciale et authentique pour faire cette déclaration.

2° *Quand un acte de l'état civil est irrégulier dans la forme,* par exemple, pour n'avoir pas été dressé en présence du nombre de témoins requis par la loi.

3° *Quand un acte a été inscrit sur une feuille volante au lieu de l'être sur le registre à ce destiné.*

4° *Quand un acte de l'état civil a été dressé et inscrit sur les registres après l'expiration du délai fixé par la loi* (avis du Conseil d'État des 8-12 brumaire an XI).

5° *Lorsqu'un acte de l'état civil, régulier dans la forme, a subi après coup des altérations.*

## II. De l'autorité compétente pour ordonner la rectification d'un acte de l'état civil

**274.** Aux termes de l'article 99 : « *Lorsque la rectification d'un acte de l'état civil sera demandée, il y sera statué, sauf l'appel, par le tribunal compétent, et sur les conclusions du procureur du Roi. Les parties intéressées seront appelées, s'il y a lieu.* »

Les tribunaux de première instance sont donc seuls compétents pour ordonner des rectifications aux actes de l'état civil. La raison en est que l'état civil constaté par ces actes constitue une propriété, et les tribunaux civils sont seuls compétents pour trancher les questions de propriété. L'officier de l'état civil n'a donc pas qualité pour opérer d'office ou sur la demande des parties intéressées des rectifications aux actes qu'il a dressés. *Quod scriptum scriptum*, a dit le tribun Siméon au Conseil d'État. L'acte appartient aux intéressés tel qu'il est, avec ses erreurs ou ses imperfections. Voyez cependant les explications données au n° 258 relativement à l'ordonnance du 26 novembre 1823, qui autorise le procureur de la République à faire réparer, sans l'intervention des tribunaux, les irrégularités qui peuvent être rectifiées sans nuire à la substance des actes.

**275.** L'article 99 ne dit pas quel est, parmi les tribunaux de première instance, celui devant lequel devra être portée la demande en rectification. Mais il est facile de suppléer à son silence, parce qu'il y a ici un tribunal désigné par la nature même des choses : c'est le tribunal de la situation des registres sur lesquels se trouve inscrit l'acte dont la rec-

tification est demandée. Il est mieux placé que tout autre pour statuer sur la demande dont il s'agit, puisque c'est à son greffe que sont ou seront déposés les registres contenant l'acte à rectifier.

On admet cependant en général que cette règle devrait souffrir exception au cas où la demande en rectification serait formée incidemment à une autre demande dont est déjà saisi un tribunal autre que celui de la situation des registres. L'article 856, al. 3, Pr., paraît dire en effet que dans ce cas la demande en rectification sera formée par acte d'avoué devant le tribunal déjà saisi.

**276.** Vu l'importance de la cause dont il s'agit, la loi décide :

- 1° Que le tribunal ne statuera que sauf l'appel ;
- 2° Que le procureur de la République devra être entendu dans ses conclusions (Pr., art. 83-2°). Mais si la loi oblige les juges à entendre l'avis du procureur de la République, elle ne les oblige pas à le suivre.

### III. *Par qui la rectification d'un acte de l'état civil peut être demandée.*

**277.** La rectification d'un acte de l'état civil ne peut être demandée que « par les *parties intéressées* » (art. 99). C'est une application de cette règle que, là où il n'y a pas d'intérêt, il n'y a pas d'action ; mais comme la loi ne distingue pas, on doit admettre qu'un intérêt d'honneur pourrait servir de base à la demande en rectification tout aussi bien qu'un intérêt pécuniaire. Dans tous les cas il faut, conformément au Droit commun, que l'intérêt soit *né et actuel*, c'est-à-dire existant dès à présent. Un intérêt éventuel ne suffirait pas.

Le procureur de la République pourrait-il prendre l'initiative de la demande en rectification d'un acte de l'état civil ? Non en principe. Nous voyons en effet que la loi assigne au procureur de la République le rôle de *partie jointe* dans les instances de cette nature en le chargeant seulement de donner ses conclusions (art. 99, C. et 83-2° Pr.). C'est dire implicitement qu'il n'a pas le droit de former une demande en rectification, de saisir le tribunal d'une semblable action, ce qui lui ferait jouer le rôle de *partie principale*. D'ailleurs l'article 99 n'accorde qu'aux parties intéressées le droit de former la demande en rectification.

La doctrine et la jurisprudence admettent cependant une double exception à cette règle :

La première exception a lieu lorsque l'acte qu'il s'agit de rectifier intéresse des indigents. Voyez la décision ministérielle du 6 brumaire de l'an XI, et l'article 3 de la loi du 40 décembre 1850 qui donne formellement au procureur de la République mission de poursuivre les rectifications d'actes de l'état civil nécessaires au mariage des indigents.

La deuxième exception concerne le cas où l'ordre public est intéressé à la rectification (avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire de l'an XI) ; par exemple si, dans le but de soustraire un enfant du sexe masculin à l'application des lois sur le service militaire, ses parents l'ont fait inscrire dans son acte de naissance comme appartenant au sexe féminin.

Dans ces deux hypothèses le procureur de la République agira comme partie principale en qualité de représentant de la société qui est intéressée à la rectification.

**278.** La demande en rectification s'introduit par une requête adressée au président du tribunal compétent (Pr., art. 856). Le président ordonne la communication de cette requête au ministère public, et commet un rapporteur. Le tribunal peut, s'il le juge à propos, ordonner la convocation d'un conseil de famille qui sera chargé de donner son avis. Si la rectification demandée intéresse d'autres personnes que celles qui sont en instance devant le tribunal, celui-ci peut ordonner qu'elles soient mises en cause, afin que le jugement à intervenir ait l'autorité de la chose jugée par rapport à elles et afin de prévenir ainsi, autant que possible, le discrédit qui pourrait résulter pour la justice de deux décisions contradictoires, rendues dans des circonstances identiques entre des personnes différentes.

Pour comprendre ce qui vient d'être dit, il faut savoir qu'aux termes de l'article 400 : « *Le jugement de rectification ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées.* » Ce n'est que l'application faite au cas particulier qui nous occupe du principe général déposé dans l'article 4354, et qui se trouve formulé dans l'adage suivant : *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*. Les jugements sont des vérités légales, *Res judicata pro veritate habetur* ; mais ce sont des vérités relatives, des vérités pour ceux-là seulement qui ont figuré à l'instance ou qui y ont été appelés. Ce qui est jugé entre vous et moi est réputé vrai par rapport à vous et par rapport à moi, mais non par rapport à tous autres. Je pourrai donc me prévaloir contre vous de la décision judiciaire, et vous pourrez vous en prévaloir contre moi. Mais nous ne pourrons, ni l'un ni l'autre, nous en prévaloir contre d'autres, et ceux-ci ne pourront pas s'en prévaloir contre nous. Cela peut conduire dans certains cas à des résultats fort singuliers surtout dans la matière qui nous occupe. Ainsi un homme décédé laisse deux enfants légitimes, Primus et Secundus. Survient un troisième individu, Tertius, qui prétend être lui aussi fils légitime du défunt, bien que son acte de naissance ne lui donne pas cette filiation. Il demande la rectification de son acte de naissance, et réussit à la faire ordonner dans une instance engagée avec Primus. Le voilà frère légitime de Primus. Est-il aussi frère légitime de Secundus ? Il semblerait bien que oui, puisque Secundus est enfant du même père ; et cependant si Secundus n'a pas figuré dans l'instance et n'y a pas été appelé, le jugement qui a ordonné la rectification de l'acte de naissance de Tertius n'aura aucune autorité par rapport à lui. Il pourra donc se faire que, dans un nouveau débat engagé avec lui sur ce point, Tertius succombe, et Tertius se trouvera ainsi, au point de vue légal, être frère légitime de l'un des enfants légitimes du défunt, son cohéritier par conséquent dans la succession paternelle, tandis qu'il n'aura ni l'une ni l'autre de ces qualités vis-à-vis de l'autre enfant. Le tribunal pourra prévenir ce résultat en ordonnant que Secundus soit mis en cause dans l'instance engagée entre Primus et Tertius. ✕

#### IV. *Comment s'opère la rectification d'un acte de l'état civil quand elle a été ordonnée par la justice.*

**279.** Il s'agit de savoir comment on exécute le jugement qui ordonne la rectification. L'article 101 va nous le dire : « *Les jugements de rectification seront inscrits sur les registres par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'ils lui auront été remis, et mention en sera faite en marge de l'acte réformé.* »

Ce texte nous donne à entendre qu'on ne fait subir aucune altération matérielle à l'acte dont un jugement a ordonné la rectification. Cette prescription est reproduite en termes beaucoup plus précis par l'article

✕ Ainsi la succession devra être ainsi partagée  
 $\frac{1}{3}$  à Primus  
 $\frac{1}{2}$  à Secundus

857 Pr., ainsi conçu : « *Aucune rectification, aucun changement ne pourront être faits sur l'acte ; mais les jugements de rectification seront inscrits sur les registres par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'ils lui auront été remis : mention en sera faite en marge de l'acte réformé ; et l'acte ne sera plus délivré qu'avec les rectifications ordonnées, à peine de tous dommages-intérêts contre l'officier qui l'aurait délivré.* »

La mention, mise en marge de l'acte dont la rectification a été ordonnée, avertira les tiers qui consulteront le registre que cet acte a été rectifié ; elle leur fera connaître en quoi consiste la rectification, et leur permettra d'ailleurs de se reporter au jugement qui l'a ordonnée et qui est, comme on l'a vu, inscrit sur les registres. D'autre part, cette mention avertira le depositaire des registres lui-même que, dans les extraits qu'il délivrera de cet acte, il doit indiquer la rectification dont l'acte a été l'objet.

#### APPENDICE AUX ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

**280.** Pendant la période de troubles et de malheurs qu'a enfantée la guerre fatale de 1870-1871, de nombreux registres de l'état civil furent détruits, et beaucoup d'irrégularités furent commises dans la réception des actes de l'état civil. Les moyens que fournit le Droit commun étant absolument insuffisants pour remédier aux situations créées par cet état de choses, une intervention législative était nécessaire. Les principales lois qui ont été rendues dans cet ordre d'idées sont :

1<sup>o</sup> La loi des 6-11 janvier 1872 intitulée : *Loi relative à la réorganisation des actes de l'état civil dans les départements* ; 2<sup>o</sup> la loi des 19-23 juillet 1871 intitulée : *Loi relative à la nullité des actes de l'état civil à Paris et dans le département de la Seine depuis le 18 mars 1871* ; 3<sup>o</sup> la loi des 12-25 février 1872 intitulée : *Loi relative à la reconstitution des actes de l'état civil de Paris* ; 4<sup>o</sup> enfin la loi du 10 juillet 1871 intitulée : *Loi relative au mode de suppléer aux actes de l'état civil du département de la Seine détruits dans la dernière insurrection.* Donnons quelques détails sur chacune de ces lois.

**281.** I. *Loi des 6-11 janvier 1872.* — A dater du 4 septembre 1870, un grand nombre d'irrégularités s'étaient produites relativement à la réception des actes de l'état civil et à la tenue des registres sur lesquels ils doivent être inscrits. La plus grave résultait de l'incompétence des officiers par lesquels ces actes avaient été reçus. Dans un grand nombre de communes, les maires et les adjoints avaient été obligés de cesser leurs fonctions ; on les avait remplacés comme on avait pu, ici par les présidents de comités spéciaux qui s'étaient formés d'eux-mêmes pour remplacer les conseils municipaux, là par un maire et un adjoint provisoires nommés par les habitants du pays eux-mêmes..... Fallait-il annuler les actes de l'état civil reçus par ces officiers de l'état civil improvisés ? La question présentait surtout de l'intérêt au point de vue des mariages. Strictement ces mariages étaient nuls, car les officiers qui les avaient célébrés n'avaient aucun titre légal. Et cependant il avait peut-être été impossible aux parties contractantes de procéder d'une façon plus régulière ! Aussi le législateur a-t-il cru devoir intervenir, et valider tous les actes de l'état civil reçus pendant cette fatale période, quelque irrégulier que fût le titre de l'officier qui les avait reçus, sous la seule condition qu'il eût à ce moment l'exercice public des fonctions municipales ou de celles d'officier de l'état civil.

C'est ce qui résulte de l'article 4<sup>er</sup> de la loi des 6-11 janvier 1872, ainsi conçu : « Les actes inscrits sur les registres de l'état civil depuis le 4 septembre 1870 ne pourront être annulés à raison du seul défaut de qualité des personnes qui les ont reçus, pourvu que ces personnes aient eu à ce moment l'exercice public des fonctions municipales ou de celles d'officier de l'état civil à quelque titre et sous quelque nom que ce soit. »

Aux termes de l'article 2 de la même loi : « La disposition de l'article précédent n'est pas applicable aux actes reçus à Paris et dans les autres communes du département de la Seine pendant la période insurrectionnelle. » En effet le sort de ces actes avait déjà été antérieurement réglé par la loi des 19-23 juillet 1871, à laquelle la loi de 1872 n'a nullement dérogé et dont nous allons maintenant parler.

**282. II. Loi des 19-23 juillet 1871.** — Pendant la période insurrectionnelle qui a pour point de départ le 18 mars 1871, la plupart des officiers de l'état civil de Paris et des communes du département de la Seine avaient cessé de remplir leurs fonctions. Ils avaient été remplacés par des agents issus du pouvoir insurrectionnel, qui pendant leur ~~trop long~~ exercice avaient dressé de nombreux actes de l'état civil. L'ordre une fois rétabli, quel devait être le sort de ces actes? Ils étaient nuls comme émanés d'officiers dépourvus de tout titre légal, et on ne voit guère comment les tribunaux, devant lesquels ces actes auraient été invoqués, auraient pu échapper à la nécessité de reconnaître et de prononcer cette nullité. Cela était grave surtout pour les mariages. On allait donc autoriser ceux qui étaient venus contracter mariage dans le lieu ordinaire consacré à ces solennités et devant l'officier qui se présentait comme seul investi du droit de les présider, à se jouer de la foi promise et à briser le lien qu'ils avaient volontairement accepté. C'était impossible! Le besoin d'une intervention législative était sentie par tout le monde, mais il était permis d'éprouver quelque embarras sur le point de savoir en quel sens elle devait se produire. Fallait-il valider purement et simplement les actes reçus par les agents du pouvoir insurrectionnel? C'eût été le plus simple assurément; mais en procédant ainsi le législateur aurait semblé reconnaître la légitimité de ce pouvoir, et il ne le voulait pas. Aussi a-t-il pris une sorte de moyen terme. L'article 4<sup>er</sup> de la loi du 19 juillet 1871 porte que : « Les actes de l'état civil reçus depuis le 18 mars 1871 à Paris et dans les autres communes du département de la Seine, les mentions inscrites depuis la même époque en marge des registres par tous autres que les officiers publics compétents seront bâtonnés. — Il ne pourra en être délivré aucune expédition. — Mention de la présente loi sera faite en marge des actes bâtonnés. » C'était détruire matériellement l'œuvre des officiers de l'état civil de la Commune, qu'on ne voulait même pas sembler considérer comme investis d'une apparence de titre légal. Mais tout en détruisant cette œuvre, il fallait la reconstituer, et on va voir que, dans plusieurs cas au moins, le législateur l'a reconstituée avec les matériaux mêmes dont il ordonnait la destruction. La loi distingue à cet égard les actes de naissance, les actes de décès, les reconnaissances d'enfants naturels et les mariages.

**A. ACTES DE NAISSANCE.** « Les déclarations de naissance contenues aux actes bâtonnés en vertu de l'article précédent devront être renouvelées sous les peines portées par l'article 346 du Code pénal dans le délai de trente jours (1) à partir de la promulgation de la présente loi devant l'officier de l'état civil, qui en dressera acte sur un registre spécial en présence de deux témoins ».

« Les naissances, qui n'auraient pas été déclarées dans le délai de l'article 55 du Code civil ou dont les déclarations n'auraient pas été renouvelées dans le délai prescrit par le paragraphe précédent, ne pourront être constatées qu'en vertu de jugements rendus en

(1) Le délai de trente jours fixé par ce texte a été prorogé jusqu'au 30 septembre 1871 par la loi du 23 août 1871.

chambre du Conseil, à la requête soit du ministère public, soit des parties intéressées » (art. 2 de la loi).

**B. ACTES DE DÉCÈS.** « Dans le même délai (de trente jours), il sera dressé acte par l'officier de l'état civil, sur le registre mentionné en l'article 2, des décès survenus postérieurement au 18 mars et dont il n'existerait pas d'actes réguliers, sur le vu du certificat du médecin qui aura constaté la mort et en présence de deux témoins. En l'absence du certificat exigé par le paragraphe précédent, les actes de décès ne pourront être dressés qu'en vertu d'un jugement » (art. 4).

**C. et D. ACTES DE RECONNAISSANCE D'ENFANTS NATURELS ET ACTES DE MARIAGE.** En ce qui concerne les reconnaissances d'enfants naturels et les mariages, le législateur n'a pas voulu faire dépendre leur sort de la bonne volonté des auteurs de la reconnaissance ou des époux. D'ailleurs la mort de l'auteur de la reconnaissance ou de l'un des époux pouvait, dans plusieurs cas, mettre un obstacle insurmontable au renouvellement de la reconnaissance ou à une nouvelle célébration du mariage ; aussi allons nous voir ici le législateur autoriser la reconstitution des actes bâtonnés avec les matériaux mêmes empruntés aux actes dont il ordonne la destruction matérielle.

« Les reconnaissances d'enfants naturels, contenues dans les actes bâtonnés en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la présente loi, devront être renouvelées dans le même délai de trente jours. — En cas de décès des auteurs des dites reconnaissances, ou faute par eux de se présenter dans le délai prescrit, le tribunal pourra, à la requête du ministère public ou des parties intéressées, ordonner la transcription des dits actes sur les registres mentionnés en l'article 2. — La transcription ainsi opérée assurera à la reconnaissance ses effets à la date du premier acte » (art. 3).

« Les actes de mariage bâtonnés en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la présente loi seront transcrits dans le même délai de trente jours sur le registre mentionné en l'article 2 en présence des parties et de quatre témoins. — En cas de décès des époux ou de l'un d'eux, ou faute par eux de se présenter dans le délai prescrit, le tribunal, à la requête du ministère public, des parties intéressées ou de l'une d'elles, ordonne la transcription sur le registre mentionné en l'article 2 des actes bâtonnés, sauf les cas prévus par l'article 184 du Code civil. — La transcription assurera au mariage, à la date du premier acte, tous les effets civils tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus du mariage » (art. 3).

Les articles 6 et 7 n'offrent qu'un intérêt secondaire.

**283. III. Loi des 12-25 février 1872.** — Parmi les désastres matériels accumulés par la formidable insurrection de Paris en 1871, l'un des plus considérables fut la destruction des registres de l'état civil. On évalue à sept ou huit millions le nombre des actes dont l'original a ainsi disparu par suite de la perte des deux doubles des registres sur lesquels ils étaient incrits. Les registres déposés au greffe du tribunal de première instance de la Seine ont été entièrement dévorés dans l'incendie du Palais de Justice, et ceux déposés à l'Hôtel-de-Ville ont eu le même sort. Il fallait de toute nécessité se préoccuper de reconstituer les actes ainsi détruits, et l'intervention législative était nécessaire, les moyens que fournit le droit commun se trouvent ici complètement insuffisants. Cette colossale entreprise a été réalisée dans la mesure du possible, en exécution de la loi des 12-25 février 1872. Cette loi, dans l'examen détaillé de laquelle nous n'entrerons pas, confiait à une Commission nommée par le ministre de la justice le soin de reconstituer les actes de l'état civil détruits. Cette reconstitution devait être et a été opérée : « 1<sup>o</sup> D'après les extraits des anciens registres délivrés conformes ; 2<sup>o</sup> sur les déclarations des personnes intéressées ou des tiers et d'après les documents qui auront été déposés à l'appui ; 3<sup>o</sup> d'après les registres tenus par les ministres des différents cultes, les registres des hôpitaux et des cimetières, les tables de décès rédigés par l'administration des Domaines et toutes les pièces qui peuvent reproduire la substance des actes authentiques » (article 2 de la loi).

Les actes de l'état civil reconstitués comme il vient d'être dit n'ont pas tous la même force probante. Ceux qui ont été reconstitués par le moyen d'extraits des anciens registres délivrés conformes, ont la force probante que leur attribue l'article 45 : ils font foi jusqu'à inscription de faux. Au contraire ceux qui ont été rétablis par la Commission d'après les autres documents indiqués en l'article 2 précité, ne font foi que jusqu'à simple preuve contraire (art. 3 de la loi).

**284.** IV. *Loi du 10 juillet 1871.* — Mentionnons enfin une loi du 10 juillet 1871 qui, allant au plus pressé, fixait un mode spécial pour suppléer aux actes de l'état civil du département de la Seine détruits pendant l'insurrection, en attendant que ces actes fussent reconstitués. Cette loi peut encore recevoir son application en ce qui concerne les actes de l'état civil non reconstitués.

## TITRE III

### Du domicile.

#### § I. *Notions générales.*

**285.** *Domicile, résidence, habitation* : trois mots qui expriment des idées différentes.

Un commerçant a le centre de ses affaires à Bordeaux où il habite avec sa famille pendant une partie de l'année. Ce commerçant a une maison de campagne à Lormont ; il s'y installe tous les ans avec sa famille pendant toute la belle saison, et vient alors tous les jours à Bordeaux passer quelques heures pour veiller à ses affaires. Ce même commerçant fait tous les ans un voyage d'agrément dans les montagnes, ou au bord de la mer... Il est *domicilié* à Bordeaux ; il *réside* à Bordeaux pendant l'hiver, à Lormont pendant l'été ; en cours de voyage il *habite* là où il se trouve. Qu'est-ce donc que le domicile ? Qu'est-ce que la résidence ? Qu'est-ce que l'habitation ?

a). Le domicile, c'est le siège légal d'une personne ; c'est son siège juridique et par suite quelquefois fictif. Où est situé ce siège légal, ce siège juridique ? L'article 102 répond : « *Le domicile de tout Français quant à l'exercice de ses droits civils est au lieu où il a SON PRINCIPAL ÉTABLISSEMENT* ». — *Son principal établissement*, c'est-à-dire le centre de ses intérêts, soit de ses intérêts matériels, soit de ses intérêts d'affection, soit des uns et des autres tout à la fois. « Le principal établissement, dit M. Laurent, ce sont les liens de famille, d'intérêts, de fonctions, qui attachent une personne à tel lieu plutôt qu'à tel autre. »

Il y a, on le voit, une certaine intimité entre la personne et la maison, le lieu où est son domicile, et c'est ce que donne fort bien à entendre le mot domicile, de *domum colere*, expression qui indique que le domicile est à la maison, au lieu de prédilection. — Le domicile est une abs-

traction : il est le résultat d'une relation que la loi établit entre une personne et un lieu, celui où elle a son principal établissement. Quelquefois aussi le mot *domicile* se prend dans une autre acception, pour désigner le lieu même où on est domicilié, le lieu même où l'on a son principal établissement. Le mot *domicile* est pris dans le premier sens, dans le sens abstrait, quand on dit : mon domicile est à Bordeaux, ce qui signifie : mon siège légal et juridique est à Bordeaux où se trouve mon principal établissement. Il est pris dans le deuxième sens, dans le sens concret, quand on dit : je vais à mon domicile ; ce qui signifie : je vais à la maison où est établi mon domicile.

b). La résidence est le siège réel, le siège de fait de la personne. Elle est au lieu de l'habitation ordinaire de la personne, par conséquent soit au domicile, soit ailleurs. Une même personne peut avoir plusieurs résidences, une résidence d'été et une résidence d'hiver par exemple, tandis qu'elle ne peut avoir qu'un domicile, parce que le domicile est situé au lieu, nécessairement unique, du principal établissement, c'est-à-dire de celui dont l'importance absorbe celle des autres.

c). Enfin l'habitation est le siège accidentel de la personne. Elle est partout où l'on se fixe, même pour un très court espace de temps, en voyage par exemple dans toutes les localités où l'on s'arrête pour les explorer.

On le voit, la résidence et l'habitation résultent d'un lien *de fait* entre une personne et un certain lieu où elle habite même temporairement, lien aussi facile à rompre qu'à nouer surtout pour l'habitation ; tandis que le *domicile* résulte d'un lien beaucoup plus résistant, d'un lien *de droit* entre la personne et un certain lieu où se trouvent concentrés ses intérêts, où par suite elle est présumée habiter le plus souvent ou tout au moins être représentée par quelqu'un, même en son absence, de sorte qu'au domicile on doit toujours trouver ou la personne elle-même ou son représentant. En résumé le domicile est le résultat d'un *lien de droit*, que la loi établit entre une personne et le lieu où elle a son principal établissement, c'est-à-dire le chef-lieu de ses intérêts. C'est le siège légal et juridique de la personne. La résidence et l'habitation sont le résultat d'un lien de fait entre la personne et le lieu où elle habite, soit ordinairement, ce qui est le caractère de la résidence, soit accidentellement, ce qui est le caractère de la simple habitation. On peut avoir de très-nombreuses habitations, quelques résidences et un seul domicile.

**286.** Les auteurs ne font pas la distinction qui vient d'être établie entre la résidence et l'habitation. Elle semble cependant résulter, non seulement du sens usuel de ces mots, mais aussi des dispositions de la loi. Ainsi nous voyons dans l'article 13 que l'étranger, qui a en France un domicile autorisé, y jouit des droits civils tant qu'il continue *d'y résider*. Tout le monde est d'accord pour dire que quelques absences, un voyage d'affaires par exemple, ne font pas perdre à cet étranger

la jouissance des droits civils. C'est qu'en effet l'habitation passagère dans un lieu autre que celui où on a sa résidence n'empêche pas que l'on continue à résider dans ce dernier lieu, de même que la résidence dans un autre lieu que celui où l'on a son domicile n'empêche pas que l'on conserve son domicile dans ce dernier lieu. En outre l'article 103 dispose que « le changement de domicile s'opère par le fait de l'habitation dans un autre lieu joint à l'intention d'y fixer son principal établissement. » Ce n'est pas une *résidence* que la loi exige ici, ce qui suppose un séjour d'une certaine durée ; elle se contente de l'habitation, c'est-à-dire du fait que l'on s'est transporté dans le nouveau lieu où l'on veut établir son domicile et que l'on en a pris possession. Enfin nous voyons que l'article 69-3° du Code de procédure civile décide que, lorsque le domicile du défendeur est inconnu, il sera assigné « au lieu de sa résidence actuelle », et nul ne soutiendra sans doute que, si le défendeur s'est absenté quelques jours du lieu où il a sa résidence pour aller voir un ami, il pourra être assigné au domicile de cet ami chez lequel il habite passagèrement. La distinction entre l'habitation et la résidence résulte donc des textes de la loi, non moins que de la signification courante de ces expressions.

La loi ne s'est pas toujours conformée à la terminologie qui vient d'être indiquée. C'est ainsi que dans l'article 184 P. qui parle de la violation du domicile, le mot *domicile* est pris dans le sens d'habitation.

**287. Distinction du domicile politique et du domicile civil.**— Le domicile est politique ou civil, suivant qu'il est relatif à l'exercice des droits politiques ou des droits civils. Le domicile politique est en dehors de la sphère du droit civil comme les droits auxquels il s'applique. Et c'est sans doute ce qu'a voulu dire l'article 102, lorsqu'il déclare que « le domicile de tout Français, *quant à l'exercice de ses droits civils*, est au lieu où il a son principal établissement. » Ces mots : *quant à l'exercice de ses droits civils* signifient que le domicile dont la loi va nous parler est le domicile envisagé au point de vue des droits civils, le domicile civil en un mot. C'est comme si l'article avait dit : le domicile *civil* de tout Français est au lieu, etc. On aurait tort d'ailleurs de conclure de l'article 102 que les Français ne peuvent exercer leurs droits civils en général qu'au lieu où ils ont leur domicile civil. L'exercice de la plupart des droits civils est indépendant du domicile ; ainsi on peut acheter, vendre, faire une donation, un testament ailleurs qu'au lieu de son domicile. C'est seulement par exception que certains droits civils ne peuvent être exercés qu'au domicile, ainsi qu'on le verra tout à l'heure.

Nous laisserons de côté tout ce qui est relatif au domicile politique dont le Code civil ne s'occupe pas.

**288.** L'infinie variété des lois qui régissaient la France avant 1789 donnait un intérêt capital à la question de savoir où chacun était domicilié ; car le domicile servait à déterminer pour chaque Français le statut personnel qui réglait son état et sa capacité, et le statut réel qui réglait la transmission de sa succession mobilière. En d'autres termes, tout Français était alors régi quant à son état et à sa capacité par la loi du lieu où il était domicilié ; cette même loi réglait aussi la transmission de sa succession mobilière. La détermination du domicile présentait à ce double point de vue un intérêt égal à celui que présente dans notre société actuelle la détermination de la nationalité.

Aujourd'hui que la loi française est la même pour tous les Français, l'intérêt de la détermination du domicile se trouve singulièrement diminué, mais il n'a pas pour cela disparu.

**289.** Le domicile présente particulièrement de l'intérêt sous les trois points de vue suivants : A. au point de vue de l'exercice de certains droits civils actifs; B. au point de vue de l'exercice des droits civils passifs; C. au point de vue de l'ouverture des successions. — Entrons dans quelques détails sur ces divers points.

A. Certains droits civils actifs ne sont valablement exercés qu'au lieu du domicile. Ainsi :

*a).* Le contrat d'adoption ne peut se former qu'au domicile de l'adoptant et devant le juge de paix de ce domicile (art. 353).

*b).* Le mariage ne peut être célébré qu'au lieu du domicile de l'un des deux époux (art. 74 et 165). Et toutefois le domicile, en ce qui concerne le mariage, s'établit d'une manière toute spéciale (art. 74).

*c).* Quelquefois même le domicile fait naître au profit des personnes certains droits qu'elles n'auraient pas si elles étaient domiciliées ailleurs, par exemple le droit au partage des bois d'affouage (art. 105, C. For.).

B. Le domicile présente plus d'importance au point de vue des droits civils passifs, c'est-à-dire des droits qui peuvent être exercés contre nous, que nous sommes obligés de subir ; par exemple en ce qui concerne l'exécution des obligations dont nous sommes tenus. On peut établir en principe que l'exécution *volontaire* ou *forcée* d'une obligation doit avoir lieu au domicile du débiteur.

L'exécution *volontaire* ou autrement dit le paiement (art. 1247).

L'exécution *forcée*. Ainsi :

1° Le domicile du débiteur détermine le tribunal compétent pour connaître de l'exécution de l'obligation. C'est à ce tribunal que le créancier devra s'adresser pour obtenir que le débiteur soit contraint à exécuter son obligation, s'il refuse de l'exécuter de bonne grâce. C'est ce même tribunal qui sera compétent dans le cas où le débiteur conteste l'existence ou l'étendue de l'obligation (art. 2 et 59 Pr.). En d'autres termes, en matière personnelle, c'est-à-dire quand il s'agit d'obligations, c'est le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent conformément à l'ancien adage « *Actor sequitur forum rei* ».

2° C'est aussi au domicile du débiteur que devra lui être signifiée l'assignation à comparaître devant le tribunal compétent, lorsqu'elle ne lui sera pas remise en mains propres. Cette assignation porte le nom de *citation*, quand le tribunal devant lequel le débiteur est invité à comparaître est la justice de paix, et d'*exploit d'ajournement* quand c'est le tribunal de première instance ou tribunal civil. Ce ne sont pas seulement

les exploits d'ajournement qui doivent ainsi être signifiés à *personne ou domicile*; il en est de même de tous les autres actes du ministère de l'huissier, tels que la sommation et le commandement (1).

C. Aux termes de l'article 110 : « *Le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile.* »

Quel que soit le lieu où une personne vient à mourir, sa succession s'ouvre au lieu où elle était domiciliée. Et l'article 59, al. 6, C. Pr., ne fait que déduire une conséquence de ce principe, quand il attribue compétence au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire du domicile du défunt, pour statuer : « 1° sur les demandes entre héritiers jusqu'au partage inclusivement, 2° sur les demandes qui seraient intentées par les créanciers du défunt avant le partage, 3° sur les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort jusqu'au jugement définitif. » Ce texte a été écrit en vue de centraliser toutes les poursuites et toutes les contestations auxquelles peut donner lieu le règlement de la succession devant un seul et même tribunal, le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, qui est mieux à même que tout autre à raison de sa situation de diriger ces poursuites ou de trancher ces contestations, parce qu'il a le plus souvent sous la main les principaux éléments de décision, notamment les titres et papiers du défunt qu'on suppose réunis à son domicile, la masse des biens du défunt, les documents à consulter. On réalisera ainsi, la loi du moins l'espère, plus d'uniformité dans les différentes décisions judiciaires relatives au règlement de la succession, sans compter que les divers intéressés obtiendront une justice plus facile, plus prompte et moins coûteuse.

La détermination du domicile présente encore de l'intérêt à beaucoup d'autres points de vue. Ainsi le domicile fixe le lieu où s'ouvre la tutelle (art. 406) et celui où la faillite doit être déclarée (Co., art. 438). Mentionnons en outre les cas prévus par les articles 60, 93, 115 et 116, 171, 359, 363, 1057, 2018.

## § II. Des diverses espèces de domicile.

**290.** Il y a deux espèces de domicile civil, savoir : le domicile *ordinaire* qu'on appelle aussi *réel* ou *général*, et le domicile d'*élection* qui est un domicile *spécial*.

### N° 1. Du domicile ordinaire.

**291.** Le domicile *ordinaire* est, disent MM. Aubry et Rau, « celui qui

(1) La sommation est un acte extrajudiciaire qui a pour but de mettre une personne en demeure d'exécuter l'obligation dont elle est tenue.

Le commandement est une mise en demeure plus énergique que la sommation ordinaire. Il ne peut être fait qu'en vertu d'un titre exécutoire ou *paré (paratus ad executionem)*, tel qu'un jugement. Il est en général le préliminaire obligé de la saisie.

s'applique à la généralité des droits et des obligations qui rentrent dans la sphère du Droit civil. » C'est le domicile *ad omnes res (civiles)*. Aussi l'appelle-t-on quelquefois domicile *général* par opposition au domicile d'élection qui est un domicile *ad certas res*, un domicile *spécial*, et plus souvent encore domicile *réel* par opposition à ce même domicile d'élection qui est *factif*.

Le domicile réel ou général peut être établi par la loi ou par la volonté de l'homme. On appelle quelquefois le premier domicile de droit et le deuxième domicile de fait.

## N° 2. Du domicile de droit ou domicile établi par la loi.

**292.** Il y a certaines personnes auxquelles la loi assigne un domicile qu'elles ne sont pas libres de changer. Ces personnes sont : les fonctionnaires nommés à vie, les femmes mariées, les mineurs, les interdits, les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui (art. 106-109).

### I. Fonctionnaires nommés à vie.

**293.** « *L'acceptation de fonctions conférées à vie emportera translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonctions* » (art 107). La loi considère la fonction à vie comme constituant le principal établissement du fonctionnaire qui en est investi. En effet un fonctionnaire nommé à vie doit vouer son existence tout entière à sa fonction ; de plus il est obligé de résider dans le lieu où il l'exerce. Comment donc pourrait-il avoir la prétention d'être domicilié ailleurs ?

Les fonctions à vie sont les seules qui entraînent domicile obligé. Que faut-il entendre par fonctions à vie ? L'article 106 va nous le dire indirectement, en nous indiquant quelles sont les fonctions qui n'ont pas ce caractère et qui par suite n'entraînent pas nécessairement translation de domicile. « *Le citoyen appelé à une fonction publique temporaire ou révocable conservera le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire.* » Pour qu'une fonction ait le caractère de fonction à vie et qu'elle entraîne domicile obligé, il faut donc qu'elle ne soit ni temporaire ni révocable, ou en d'autres termes qu'elle soit perpétuelle et irrévocable.

Une fonction est *perpétuelle* quand elle est conférée pour un temps indéfini, c'est-à-dire sans terme limité à dater duquel elle doit cesser de plein droit. Ainsi les fonctions de percepteur, de notaire, de juge, sont des fonctions perpétuelles ; au contraire celles de député sont temporaires.

Une fonction est *révocable* ou *irrévocable*, suivant qu'elle peut être ou non retirée au fonctionnaire qui en est investi. Ainsi les fonctions de

préfet, de procureur de la République sont révocables ; celles de juge à un tribunal civil, de notaire sont irrévocables.

Une fonction peut être irrévocable, quoique temporaire, par exemple le mandat de député. En sens inverse une fonction peut être révocable quoique perpétuelle, comme la fonction de juge de paix, de procureur de la République.

Cela posé, pour qu'une fonction puisse être considérée comme conférée à vie et entraîne nécessairement à ce titre attribution de domicile au fonctionnaire qui en est investi, il faut qu'elle soit à la fois *perpétuelle* et *irrévocable*. Telles sont les fonctions de juge à un tribunal de première instance, de conseiller à une cour d'appel ou à la Cour des comptes ou à la Cour de cassation, celles de notaire, d'évêque, de curé., mais non les fonctions de procureur de la République, de préfet, de juge de paix., toutes fonctions perpétuelles mais révocables, ni celle de député qui est irrévocable mais temporaire.

Les fonctionnaires nommés à vie sont de droit domiciliés au lieu où ils exercent leurs fonctions *à partir du jour de leur acceptation*. L'acceptation résulte de la prestation de serment ; il s'agit du serment *professionnel*, le serment *politique* étant aujourd'hui aboli. Si donc le citoyen investi d'une fonction à vie était domicilié en un lieu autre que celui où il est appelé à exercer sa fonction, son domicile sera transféré dans ce dernier lieu *immédiatement après son acceptation*, comme le dit l'article 107, et sans qu'il soit nécessaire par conséquent, comme on l'exigeait dans notre ancien Droit, qu'il soit venu s'y établir. Il en résulte une conséquence singulière. Un citoyen est nommé juge au tribunal de Blayo ; il vient prêter serment devant la cour de Bordeaux, et meurt avant d'avoir pu arriver à son poste. Sa succession s'ouvrira à Blayo, où son domicile a été transféré de plein droit et où il n'a peut-être jamais mis le pied ; ce sera par conséquent le tribunal de Blayo qui sera compétent pour régler toutes les difficultés relatives à sa succession.

L'acceptation de toute fonction autre qu'une fonction à vie n'entraîne pas domicile obligé pour le fonctionnaire qui en est investi ; mais une semblable fonction, bien entendu, n'est pas un obstacle à ce que le fonctionnaire soit domicilié dans le lieu où il l'exerce. Il suffira, pour qu'il en soit ainsi, dit l'article 108, que ce fonctionnaire *ait manifesté* l'intention de transférer son principal établissement dans le lieu où il exerce sa fonction. On a prétendu sans motif que cette intention devrait être manifestée *expressément*. L'article 108 ne le dit pas ; il exige seulement que l'intention soit manifestée, sans dire comment. On ne peut donc sur ce point que se référer au Droit commun, qui admet une manifestation tacite aussi bien qu'une manifestation expresse de volonté.

Les militaires ne sont pas domiciliés de droit là où ils tiennent garni-

son, car leur fonction n'est pas irrévocable. Mais ils peuvent y être domiciliés s'ils ont eu l'intention d'y transférer leur principal établissement, et en ce qui concerne la preuve de cette intention le Droit commun leur serait applicable.

## II. *Femme mariée.*

**294.** « *La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari* » (art. 108, al. 1).

L'article 214 impose à la femme l'obligation de résider avec son mari ; notre article lui impose le domicile de son mari. Le mariage établissant entre l'homme et la femme la société la plus intime qui se puisse concevoir entre deux êtres (*erunt duo in carne una*), quoi de plus naturel que de leur donner la même résidence et le même domicile ? Et puisque d'autre part c'est le mari qui est investi de la puissance maritale, puisque c'est lui qui est le chef de la société, la loi devait tout naturellement lui laisser le choix de la résidence et du domicile. La femme devra donc résider partout où son mari jugera à propos de fixer sa résidence ; elle sera domiciliée partout là où il plaira à son mari de fixer son domicile.

La disposition de l'article 108, qui attribue à la femme le même domicile qu'à son mari, est impérative ; et comme elle se rattache à l'ordre public, de même que tout ce qui concerne la puissance maritale, il en résulte qu'aucune déclaration de volonté de la femme, ni même aucune convention par elle faite avec son mari ne pourrait lui donner un autre domicile.

L'acquisition par la femme du domicile de son mari se produit de plein droit, en vertu des seules dispositions de la loi, par le seul fait du mariage, et sans qu'il soit nécessaire que la femme se soit transportée au lieu où son mari est domicilié. Ainsi une Bordelaise épouse à Bordeaux un homme domicilié à Paris ; son domicile est immédiatement transféré à Paris, et, si elle meurt avant de s'y être transportée, sa succession s'ouvrira à Paris.

**295.** La règle : que la femme mariée n'a pas d'autre domicile que celui de son mari, continue-t-elle à recevoir son application quand il y a séparation de corps prononcée entre les époux ? Après quelques hésitations, la doctrine et la jurisprudence paraissent aujourd'hui d'accord pour admettre que la femme séparée de corps peut acquérir un domicile distinct de celui de son mari. Après la séparation de corps en effet, il n'y a plus de motif pour imposer à la femme le domicile de son mari. La communauté de domicile, de même que la communauté d'habitation, est une conséquence de l'intimité que le mariage établit entre les deux époux. La séparation de corps amenant la rupture légale de cette intimité, et dispensant désormais la femme de l'obligation de résider avec son mari, on ne verrait pas pourquoi elle devrait encore nécessairement conserver le domicile de celui-ci. Aussi le rapporteur du Tribunat, Mouricault, a-t-il énoncé cette proposition comme ne pouvant faire l'objet d'un doute. Tel était d'ailleurs notre ancien Droit, et le législateur

aurait été d'autant plus mal inspiré de s'en écarter sur ce point, qu'il peut y avoir en pratique des inconvénients fort graves à imposer à la femme séparée de corps le domicile de son mari. Croit-on par exemple que les significations, qui seraient adressées à la femme séparée de corps au domicile de son mari, parviendraient toujours à leur destinataire? Ne serait-il pas à craindre, vu l'état d'inimitié qui existe entre les époux, que le mari ne se fît un jeu de les escamoter? Ces raisons sont plus que suffisantes pour neutraliser l'argument qu'on emprunte en faveur de l'opinion adverse à l'article 108, dont la disposition est conçue en termes si absolus qu'elle peut paraître s'appliquer même à l'hypothèse de séparation de corps. D'ailleurs c'est le cas de dire qu'ici comme partout *lex statuit de eo quod plerumque fit*; pour être malheureusement trop fréquente, la séparation de corps n'est pas encore devenue le Droit commun entre époux, et le législateur serait bien excusable assurément de l'avoir considérée comme une rare exception et de n'en avoir point parlé dans l'article 108. On pourrait encore répondre d'une manière plus décisive, en disant qu'à l'époque où le titre *Du Domicile* et par suite l'article 108 ont été décrétés, le titre VI relatif à la séparation de corps ne l'était pas encore : la loi alors en vigueur (loi du 20 septembre 1792) n'admettait que le divorce, et nul ne pouvait encore savoir si la séparation de corps serait admise parallèlement au divorce comme cela eut lieu effectivement plus tard. Dans ces conditions il est tout naturel que l'article 108 ait gardé le silence relativement à la séparation de corps. Enfin tout le monde reconnaît que le législateur ayant à peine indiqué les effets de cette dernière institution à laquelle il semble avoir donné comme à regret asile dans le Code civil, tandis qu'il a longuement organisé le divorce, il faut combler cette lacune à l'aide d'emprunts faits soit au titre *Du Divorce*, soit à notre ancien Droit. Or il est incontestable que la femme divorcée avait le droit, d'après le Code civil, d'avoir un domicile autre que celui de son mari, et dans notre ancienne jurisprudence on ne faisait aucune difficulté pour accorder le même droit à la femme séparée de corps.

### III. Mineur non émancipé.

**296.** « *Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur* » (art. 108, al. 2). L'enfant légitime reçoit dès sa naissance un domicile que la loi lui attribue de plein droit : le domicile de ses père et mère. La raison en est que la gestion de ses intérêts est confiée à son père (art. 389), et c'est par suite au domicile de celui-ci que se trouve le siège de ses affaires. Le domicile qu'un enfant acquiert ainsi dès sa naissance porte le nom de *domicile d'origine*.

La mort du père ou de la mère d'un enfant légitime mineur non émancipé donne pour lui ouverture à la tutelle (art. 390). A dater de ce moment l'enfant mineur non émancipé est domicilié de droit chez son tuteur. C'est là en effet qu'est le siège de ses affaires, le centre de ses intérêts, puisque son tuteur est chargé de le représenter dans tous les actes civils (art. 450).

C'est ordinairement le survivant des père et mère qui est tuteur de son enfant mineur non émancipé ; la loi lui défère en effet de plein droit la tutelle (art. 390). Mais il peut arriver que le survivant se fasse excuser, et qu'un autre soit nommé tuteur à sa place. Presque toujours en pareille circonstance l'enfant demeure avec son père ou sa mère qui, bien qu'il ne soit pas tuteur, conserve cependant l'exercice de la puis-

sance paternelle et par suite le droit de garde et de surveillance sur l'enfant (art. 372). Où sera son domicile? chez son tuteur, car c'est là qu'est le siège de ses affaires puisque c'est son tuteur qui est chargé de gérer ses intérêts (art. 450). Cette solution, qui est conforme aux principes, résulte d'ailleurs très-nettement du texte de l'article 108, qui ne dit pas que l'enfant mineur non émancipé est domicilié chez ses père ou mère ou tuteur, mais bien chez ses père et mère ou tuteur. La loi n'attribue donc à l'enfant le domicile paternel que quand il a encore ses père et mère; s'il n'a plus que l'un deux, l'article lui donne le domicile de son tuteur.

Notre article n'impose à l'enfant mineur le domicile de ses père et mère ou tuteur qu'autant qu'il n'est pas émancipé. L'émancipation affranchissant le mineur de la puissance paternelle et de la tutelle, il était tout simple que la loi lui reconnût le droit de se choisir un domicile.

Et cependant le mineur émancipé figure encore dans la catégorie des incapables. Il est sous l'autorité d'un curateur sans l'assistance duquel il ne peut pas accomplir les actes importants de la vie civile, sans compter que cette assistance ne suffit pas toujours pour l'habiliter! Cela prouve que, dans la théorie de la loi, il n'est pas nécessaire d'être capable pour pouvoir se choisir un domicile, et confirme ce qui a été dit plus haut relativement au droit qui appartient à la femme mariée séparée de corps d'avoir un domicile distinct. Qu'importe que la séparation de corps laisse subsister son incapacité, puisque nous voyons par l'exemple du mineur émancipé que la capacité n'est pas une condition nécessaire pour pouvoir se choisir un domicile?

**297.** L'article 108, al. 2, qui attribue à l'enfant mineur non émancipé le domicile de ses père et mère ou tuteur, est-il applicable aux enfants naturels?

Il y a tout d'abord un cas qui n'offre pas de difficulté. Si l'enfant naturel, reconnu ou non, a un tuteur, il sera domicilié chez ce tuteur (arg., art. 108, al. 2). Si l'enfant n'a pas de tuteur, il y a lieu de faire les distinctions suivantes :

a). Les deux auteurs de l'enfant sont légalement inconnus, ce qui arrive s'il n'a été reconnu ni par l'un ni par l'autre. Il est impossible alors de songer à lui donner un domicile paternel. A défaut de tuteur cet enfant sera domicilié dans l'hospice où il a été déposé (art. 15 du décret du 19 janvier 1811) ou chez la personne qui l'a recueilli et le fait élever.

b). Si l'enfant naturel n'a été reconnu que par un de ses auteurs, soit le père, soit la mère, il sera domicilié chez cet auteur, à moins qu'il ne soit sous la tutelle d'une autre personne, cas auquel il serait domicilié chez son tuteur.

c). L'enfant a été reconnu par ses deux auteurs. Ici on n'est plus d'accord. Les uns pensent qu'il devrait être domicilié chez son père. Ils induisent cette solution par argument de l'article 158, qui, en ce qui concerne le mariage de l'enfant naturel, attribue la prééminence au père sur la mère, comme cela a lieu pour les enfants légitimes. Donc, dit-on, quand il s'agit de déterminer quel est le domicile de l'enfant, il faut par analogie faire prévaloir le domicile du père sur celui de la mère. Mais on conviendra que l'analogie est si éloignée qu'elle est à peine saisissable. En définitive on ne voit aucune raison plausible pour faire prévaloir l'un des domiciles sur l'autre, et il semblerait rationnel en conséquence de décider que, si les deux auteurs de l'enfant ont un domicile distinct, l'enfant sera domicilié chez celui avec lequel il demeure.

#### IV. *Majeur interdit.*

**298.** « *Le majeur interdit aura le sien (son domicile) chez son tuteur* » (art. 108, al. 3).

*Chez son tuteur.*—Les deux premières éditions du Code civil, celles de 1804 et de

1807, portaient *chez son curateur*. C'est en ces termes en effet que l'article a été décrété. A cette époque le titre *De l'interdiction* n'était pas encore voté ; quand il le fut, on donna aux interdits un *tuteur* et non un *curateur*. Cette innovation devait amener la substitution du mot *tuteur* au mot *curateur* dans l'article 408, substitution qui ne fut réalisée que dans l'édition de 1814.

L'attribution de domicile faite à l'interdit se justifie par les mêmes motifs que celle faite au mineur non émancipé.

\* La loi ne contenant aucune distinction, on doit en conclure que l'interdit légalement, comme l'interdit judiciairement, aurait son domicile chez son tuteur.

Mais la disposition de notre article ne peut pas être étendue au prodigue et au faible d'esprit munis d'un conseil judiciaire (art. 499 et 513). Quoique la loi parle de ces incapables à propos de l'interdiction, ce ne sont point des interdits ; leur incapacité est beaucoup moins étendue, et on ne peut leur appliquer une disposition de la loi qui, par cela même qu'elle déroge au Droit commun, est de stricte interprétation. Ils conserveront donc leur domicile.

L'application du principe que l'interdit est domicilié chez son tuteur conduit à des résultats assez singuliers, quand l'interdit est un homme marié. Si sa femme est nommée tutrice, ce que permet l'article 507, le mari sera domicilié chez son tuteur, c'est-à-dire chez sa femme, de sorte qu'ici, par une assez singulière inversion des règles ordinaires, c'est le domicile de la femme qui fixe celui du mari. Si le mari interdit est placé sous une tutelle autre que celle de sa femme, alors le mari étant domicilié chez son tuteur aux termes de l'article 408, al. 3, et la femme aux termes du même article n'ayant pas d'autre domicile que celui de son mari, celle-ci sera domiciliée chez le tuteur de son mari comme et avec celui-ci. La bizarrerie de cette solution n'est pas une raison suffisante pour la faire rejeter.

Ce n'est pas par accident que l'article 408 s'exprime au présent dans son premier alinéa, et au futur dans les deux derniers. En imposant à la femme mariée le domicile de son mari, le législateur a reproduit l'ancien Droit. Il a donc consacré sur ce point l'état de choses existant, et c'est pour cela qu'il a dit : la femme mariée n'a pas d'autre domicile que celui de son mari. Au contraire, en imposant au mineur et à l'interdit le domicile de leur tuteur, il a innové ; car dans l'ancien Droit on admettait généralement que les mineurs conservaient le domicile paternel, même quand ils étaient sous la tutelle d'un autre que leur père ou leur mère survivant (Pothier, Introduction aux coutumes, n° 47) ; et c'est pour cela que le législateur s'est exprimé ainsi : le mineur non émancipé AURA son domicile chez ses père et mère *ou tuteur*, indiquant par l'emploi du temps futur qu'il consacrait une innovation.

#### V. *Majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui.*

299. « *Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison* » (art. 109). Donc trois conditions pour que celui qui sert ou travaille chez autrui soit domicilié chez la personne qu'il sert ou pour laquelle il travaille. Il faut :

1° *Qu'il soit majeur*. Tous les auteurs remarquent à ce sujet que la disposition de la loi est sur ce premier point à la fois trop compréhensive et trop restrictive.

*Trop compréhensive*, car elle semblerait comprendre dans sa généralité tous les majeurs, et par conséquent même la femme mariée qui sert

ou travaille habituellement chez autrui; or on est d'accord pour décider qu'elle conserve le domicile de son mari. Il y a ici conflit entre la disposition de l'article 108, al. 1, et celle de l'article 109; dans ce conflit il convient de faire prévaloir, en ce qui concerne la femme, celui des deux domiciles qui lui est attribué par la loi en vertu d'une cause permanente, la puissance maritale, qui est aussi une cause touchant à l'ordre public.

*Trop restrictive*, car elle semblerait inapplicable à tous les mineurs, par conséquent même aux mineurs émancipés. Or telle n'a pu être l'intention du législateur. Il est tout simple que l'article 109 ne s'applique pas au mineur non émancipé: en effet il a déjà un domicile imposé par la loi, celui de son tuteur; mais on ne comprendrait pas qu'il ne s'appliquât pas au mineur émancipé qui peut se choisir un domicile.

2° *Qu'il serve ou travaille HABITUELLEMENT chez autrui.* Donc notre article serait inapplicable à celui qui sert ou travaille *accidentellement* chez autrui. Remarquons d'ailleurs que les mots « *qui servent ou travaillent* » ont la plus grande généralité, et comprennent, non-seulement ceux qui sont attachés à la personne d'un maître auquel ils rendent des services subalternes, serviteurs, domestiques, concierges, mais aussi ceux qui exercent au service d'autrui une profession d'un ordre plus élevé, telle que celle de secrétaire, précepteur, bibliothécaire, intendant, régisseur. Le mot *servent* désigne les gens de la condition la plus humble, le mot *travaillent* ceux d'une condition plus élevée.

3° *Qu'ils demeurent avec la personne chez laquelle ils servent ou travaillent et dans la même maison.* Donc notre article est étranger au garde-chasse et au jardinier habitant dans une maison séparée de celle qu'habite leur maître. Il serait inapplicable aussi au fermier, non-seulement lorsqu'il demeure dans une autre maison que le maître, mais aussi quand il demeure dans la même maison. En effet on ne peut pas dire du fermier qu'il sert ou travaille *chez autrui*. Le fermier travaille pour lui-même et chez lui-même; car la ferme qu'il habite, il l'habite en qualité de fermier, c'est-à-dire de locataire. Il peut bien être logé dans la même maison que le propriétaire, mais il n'est pas logé chez celui-ci: on est chez soi dans la maison dont on est locataire.

Maintenant pourquoi la loi impose-t-elle aux majeurs, logeant chez un maître qu'ils servent ou pour le compte duquel ils travaillent habituellement, le même domicile que celui de leur maître? Parce que leur principal établissement, le plus souvent même *leur établissement unique*, est chez leur maître. Nous disons *leur établissement unique*, et cela explique la différence que la loi établit, au point de vue du domicile, entre les serviteurs et les fonctionnaires publics. Le fonctionnaire public investi d'une fonction temporaire ou révocable n'est pas domicilié de droit au lieu où il exerce sa fonction (art. 406), parce qu'il a souvent un autre établissement qui peut être le principal et qui fixera son domicile. Au contraire les personnes de condition plus ou moins subalterne, dont parle l'art. 409, sont de droit domiciliées chez leur

maître, bien que leurs fonctions soient à la fois temporaires et révocables, parce qu'en général elles n'ont pas d'autre établissement que celui qu'elles se créent en se mettant au service d'autrui, et quand elles abandonneront cet établissement, ce sera pour en prendre un autre semblable.

Un maître qui est domicilié à Bordeaux a auprès de Libourne une maison de campagne, où sa femme demeure pendant toute l'année et où il réside avec elle le plus souvent possible. Dans cette maison de campagne il a des domestiques qui ne viennent jamais à Bordeaux, mais qui sont exclusivement attachés au service de la maison de campagne. Ces domestiques seront-ils domiciliés à Bordeaux ou à la campagne? L'article 109, qui leur donne le même domicile qu'à leur maître, répond : à Bordeaux; mais le bon sens semble dicter la solution contraire. Le principal établissement de ces domestiques n'est-il pas dans la maison qu'ils habitent avec leur maître, et non dans celle, qu'ils n'ont jamais vue peut-être, où se trouve le domicile de leur maître? Nous inclinons à le penser. L'article 109 statue vraisemblablement *de eo quod plerumque fit*, c'est-à-dire en vue du cas où le maître est domicilié dans la maison qu'il habite avec les personnes qui sont à son service.

**300.** Il nous reste à rechercher quand cesse le domicile imposé par la loi, qu'on peut appeler *domicile de dépendance*. La cessation de la cause qui a fait attribuer le domicile *de dépendance* ne suffit pas pour le faire cesser de plein droit. Seulement à partir du moment où cette cause aura disparu, ce domicile ne sera plus obligatoire pour celui auquel la loi l'imposait. Il pourra donc s'en choisir un autre, mais il conservera l'ancien jusqu'à ce qu'il ait fait l'acquisition d'un nouveau. Ainsi une femme mariée devient veuve; cesse-t-elle de plein droit d'avoir le domicile qu'avait son mari? Non; seulement ce domicile ne lui est plus imposé; elle peut donc en acquérir un autre. Il en est de même de la femme séparée de corps, qui restera domiciliée chez son mari jusqu'à ce qu'elle ait acquis un autre domicile. On doit adopter la même solution pour un fonctionnaire public inamovible qui a cessé ses fonctions, pour un interdit relevé de l'interdiction, etc.

### N° 3. Domicile établi par la volonté de l'homme ou domicile de fait.

**301.** Toute personne à laquelle la loi n'impose pas un domicile déterminé peut s'en créer un où elle le juge à propos.

Le législateur semble considérer l'acquisition d'un domicile par la volonté de l'homme comme correspondant toujours à la perte d'un domicile antérieur. C'est du moins ce que l'on peut induire de cette circonstance, que les textes ne parlent que du *changement de domicile* (art. 103), expressions qui donnent à entendre, d'une part que celui qui acquiert un domicile par sa volonté en avait déjà un, et d'autre part que l'acquisition du nouveau domicile entraînera la perte de l'ancien (*infra*, n° 304).

Comment s'opère le changement de domicile?

Aux termes de l'article 103 : « *Le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu joint à l'intention d'y fixer son principal établissement.* » Deux conditions sont donc requises pour l'acquisition d'un nouveau domicile, comme pour celle de la possession : le fait et l'intention; *le fait* qui consiste dans la prise de possession d'un autre lieu d'habitation, *l'intention* qui consiste dans la volonté de transférer son principal établissement dans ce nouveau lieu.

Ainsi je veux transférer mon domicile de Bordeaux à Libourne. Il

faut que j'aie habité Libourne : il ne suffirait pas que j'y eusse fait transporter mes meubles et préparer la maison qui doit me recevoir ; et il faut en outre que j'aie l'habiter avec l'intention d'y transférer mon principal établissement, c'est-à-dire le siège de mes intérêts.

Ces deux conditions sont requises cumulativement ; l'une ne suffirait pas sans l'autre, ni le fait sans l'intention, ni l'intention sans le fait. Ainsi, reprenant l'exemple précédent, j'exprime mon intention de transférer mon domicile de Bordeaux à Libourne en faisant les déclarations dont parle l'article 104 : l'une à la municipalité de Bordeaux, l'autre à la municipalité de Libourne, cette dernière par l'intermédiaire d'un mandataire. Je loue ou j'achète une maison à Libourne : je la fais installer et j'y envoie mes meubles. Je suis au moment de partir de Bordeaux où je n'ai peut-être plus de gîte, et la mort me surprend. Ma succession s'ouvrira à Bordeaux ; car mon domicile n'était pas encore transporté à Libourne, où je n'ai jamais habité.

**302.** Reste à savoir comment on prouvera, en cas de difficulté, l'accomplissement des deux conditions exigées pour qu'il y ait changement de domicile.

La preuve du fait, c'est-à-dire de l'habitation réelle dans un autre lieu, sera facile.

Il n'en sera pas toujours ainsi de celle de l'intention. L'article 104 dit à ce sujet : « *La preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu qu'on quittera qu'à celle du lieu où on aura transféré son domicile.* Et l'article 105 ajoute : « *A défaut de déclaration expresse la preuve de l'intention dépendra des circonstances.* » La volonté de transférer son domicile d'un lieu dans un autre peut donc être manifestée expressément ou tacitement.

La manifestation expresse, qui n'est guère en usage, consiste dans la double déclaration faite tant à la municipalité du lieu qu'on quitte qu'à celle du lieu où l'on veut s'établir. Une déclaration, faite seulement à la municipalité du lieu qu'on quitte, ne ferait pas à elle seule preuve complète de l'intention : on la considère comme n'annonçant qu'un simple projet, tant qu'elle n'a pas été complétée par une déclaration faite à la municipalité du lieu où l'on veut établir son nouveau domicile. Il en serait de même de la déclaration faite seulement à la municipalité du nouveau lieu que l'on est allé habiter.

Le plus souvent la volonté de changer de domicile ne sera pas exprimée dans la forme qui vient d'être indiquée. Alors la preuve pourra en être faite à l'aide des circonstances qui ont accompagné le changement d'habitation, car la loi admet que la volonté de changer de domicile peut être manifestée par des faits, *facto*, aussi bien que par des paroles, *verbis*.

Quelles sont les circonstances qui sont de nature à prouver la volonté de changer de domicile? Ce n'est plus là, on le comprend facilement, qu'une question de fait qui en cas de difficulté doit être résolue par les juges. Les principales circonstances auxquelles ils devront avoir égard sont :

1° *L'établissement du ménage dans le nouveau lieu où la personne est allée se fixer.* Celui qui emmène avec lui sa femme, ses enfants, ses domestiques... manifeste en général l'intention de faire dans le nouveau lieu qu'il va habiter un établissement stable et durable.

2° *La durée de la résidence.* Plus il s'est écoulé de temps depuis l'époque où une personne a quitté son ancien domicile, et plus il devient probable qu'elle y a renoncé pour en acquérir un nouveau.

3° *Le paiement de la contribution personnelle au lieu de la nouvelle habitation ;* car la contribution personnelle n'est due que dans la commune où l'on a son domicile, et par suite celui qui la paie dans une commune reconnaît implicitement qu'il y a son domicile. Le paiement de la contribution mobilière ne fournirait pas la même induction, car elle est due partout où l'on a du mobilier.

4° *La vente des propriétés que la personne possédait au lieu de son ancienne habitation, et l'acquisition d'autres propriétés dans le lieu de la nouvelle habitation.*

5° *L'exercice permanent au lieu de la nouvelle habitation d'un commerce ou d'une industrie.*

6° *La déclaration que la personne a faite dans des contrats ou dans des actes qu'elle est domiciliée au lieu de sa nouvelle habitation ;* de même que sa comparution, en matière personnelle, devant le tribunal du nouveau lieu où elle habite sans exciper de son incompétence, en supposant que ce tribunal soit autre que celui de l'ancien domicile.

Si l'intention reste douteuse, il n'y aura pas translation de domicile ; car la loi exige que l'intention existe, et elle n'est pas certaine lorsque les circonstances la laissent indécise.

Quand les deux conditions exigées par l'article 103 se trouvent remplies, le domicile est immédiatement transféré. Il n'est pas nécessaire que la résidence au lieu du nouveau domicile ait une certaine durée. L'article 175 de la Coutume de Paris exigeait une résidence d'*an et jour*, et lors de la discussion du Code civil on proposa de reproduire cette exigence ; mais cette proposition ne fut pas accueillie.

**303.** Deux questions nous restent à étudier : 1° Peut-on n'avoir aucun domicile ? 2° peut-on en avoir plusieurs ?

**PREMIÈRE QUESTION.** Peut-on n'avoir aucun domicile ? Le Code civil répond négativement ; le Code de procédure au contraire semble consacrer l'affirmative.

Le Code civil répond négativement. En effet l'article 102 dit : « Le domicile de tout Français est au lieu où il a son principal établissement. » Donc tout Français a un domicile. D'autre part le législateur dans notre titre ne parle nulle part de l'ac-

quisition pure et simple d'un domicile, c'est-à-dire de l'acquisition d'un domicile par une personne qui n'en avait pas, mais seulement du *changement de domicile* (art. 103) ; il suppose donc que l'acquisition d'un domicile entraîne nécessairement la perte d'un autre, et par suite que toute personne qui acquiert un domicile en avait déjà un. Enfin la loi n'attribue-t-elle pas de plein droit un domicile à l'enfant qui vient de naître, le domicile paternel (art. 108)? Or il est naturel que ce domicile soit conservé jusqu'à ce qu'on l'ait perdu par l'acquisition d'un nouveau (Cass., 12 déc. 1877, Sir., 78. 4. 48). Donc tout Français a un domicile.

Le Code de procédure civile, avons nous dit, semble consacrer une solution contraire. L'article 59, al. 4, est ainsi conçu : « En matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile ; s'IL N'A PAS DE DOMICILE devant le tribunal de sa résidence. » Donc on peut ne pas avoir de domicile. — On a cherché à réfuter cet argument en disant que ces mots « *s'il n'a pas de domicile* » sont expliqués par l'article 69-S qui parle du cas où le défendeur n'a pas en France *de domicile connu* : par cette dernière disposition le législateur paraît supposer que le défendeur a nécessairement un domicile, que seulement ce domicile peut être ignoré ; il a voulu, dit-on, exprimer la même idée dans l'article 59, quand il parle d'un défendeur qui n'a pas de domicile. On pourrait encore faire cette réponse qui est peut-être plus péremptoire. L'article 59, qui parle du cas où le défendeur n'a pas de domicile en France, a peut-être en vue le cas où ce défendeur est étranger : on sait en effet, que, dans certains cas, les étrangers peuvent être traduits devant les tribunaux français (*supra*, n° 449). Entendu en ce sens, l'article 59, al. 4 Pr. n'infirmait en rien la proposition qui résulte de l'article 102 C., à savoir que tout Français a un domicile en France.

Telle paraît bien en effet avoir été l'idée de notre législateur. On prétend cependant qu'il y a des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles certains Français se trouvent sans domicile. Examinons-les.

On cite d'abord celle dans laquelle la maison qui sert de domicile à un citoyen viendrait à être complètement détruite. Le domicile, dit-on, disparaît avec elle. Est-ce bien exact? La loi ne dit pas que le domicile de tout Français est nécessairement dans une maison ; elle dit que ce domicile est au lieu où il a son principal établissement, et de fait il y a des cas dans lesquels la loi assigne à un citoyen son domicile en un certain lieu sans qu'il soit possible de rattacher ce domicile à une habitation déterminée. Un citoyen qui accepte une fonction à vie est immédiatement domicilié dans le lieu où il doit exercer sa fonction (*supra*, n° 293), même avant de s'y être transporté. Jusqu'à ce qu'il ait fait choix d'une habitation dans ce lieu, il sera impossible de rattacher son domicile à une autre maison déterminée, et cependant il y sera domicilié : c'est là que sa succession s'ouvrira s'il vient à mourir ; c'est devant le tribunal de ce lieu qu'il devra être traduit en matière personnelle, etc. La situation sera la même pour celui dont la maison a été détruite, et elle restera telle jusqu'à ce qu'il ait acquis un nouveau domicile.

On cite ensuite le cas de l'enfant qui est né de parents sans résidence fixe, de parents qui résident partout et nulle part, comme les comédiens ambulants, les marchands colporteurs, etc. Quel domicile cet enfant, qui est peut-être né dans une auberge ou même dans une voiture, pourrait-il recevoir lors de sa naissance? Donc il est sans domicile. — On ne peut nier qu'il sera souvent difficile, impossible même de déterminer son domicile. Mais résulte-t-il de là qu'il n'en ait pas? Non ; car apparemment parmi les ancêtres de l'enfant il y en a bien un qui avait un domicile ; or ce domicile il l'a transmis à tous ses descendants successivement, de sorte qu'au bout d'un certain nombre de générations la trace de ce domicile peut bien être perdue, mais il n'en existe pas moins. Le cas dont il s'agit est donc celui d'un individu dont le domicile est inconnu.

On cite enfin le cas de l'enfant naturel dont le père et la mère sont inconnus. Celui-là, dit-on, naît bien sans domicile paternel. C'est absolument comme si on disait qu'un enfant naît sans père et sans mère, parce que l'un et l'autre sont inconnus. L'enfant naturel a bien un père et une mère apparemment. Eh bien ! il a aussi un domicile, le domicile paternel (art. 408); seulement il est clair que ce domicile sera inconnu tant que le père et la mère resteront légalement inconnus, ce qui n'empêchera pas que l'enfant ait un domicile.

Les faits, pas plus que les textes, n'infirmement donc aucunement cette proposition que tout Français a un domicile. Elle trouverait au besoin un point d'appui solide dans les travaux préparatoires de la loi. Le projet portait un article ainsi conçu : « Le domicile *se formera* par l'intention jointe au fait d'une habitation réelle. » Le Conseil d'Etat supprima cette disposition, qui pouvait donner à entendre qu'un individu *sans domicile* peut en acquérir un, par ce motif que toute personne a un domicile d'origine. Enfin les dispositions du Code pénal relatives au *vagabondage* ne prouveraient-elles pas au besoin que tout Français a un domicile, puisque la loi punit celui qui par sa vie vagabonde rend son domicile incertain (art. 270, P.).

Tout Français a donc nécessairement un domicile ; seulement ce domicile peut ne pas être connu. Mais la loi ne dit pas que tout Français a nécessairement un domicile *en France*. Il a été jugé qu'un Français peut acquérir un domicile en pays étranger sans perdre pour cela l'esprit de retour en France et par suite sa qualité de Français. Toutefois, si l'acquisition d'un domicile en pays étranger ne fait pas nécessairement perdre à un Français sa qualité de Français, elle lui fait perdre tout au moins le domicile qu'il avait en France, car nul ne peut avoir deux domiciles, ainsi qu'on va le voir maintenant.

**304. DEUXIÈME QUESTION.** Peut-on avoir deux domiciles? La solution négative n'est pas douteuse; elle résulte :

1<sup>o</sup> De l'article 402 aux termes duquel le domicile est au lieu *du principal établissement*. Or le principal établissement est nécessairement unique, puisque c'est l'établissement qui domine tous les autres. Donc d'après l'article 402 on ne peut avoir qu'un domicile.

2<sup>o</sup> Des articles 403 et suivants qui donnent à entendre que l'acquisition d'un nouveau domicile fait toujours perdre l'ancien, puisqu'ils parlent uniquement du changement de domicile (*supra*, n<sup>o</sup> 304).

3<sup>o</sup> De l'article 440 qui suppose que toute succession s'ouvre en un lieu unique et décide que ce lieu est celui du domicile du défunt.

4<sup>o</sup> Des travaux préparatoires de la loi et notamment du discours de Malherbe au Corps législatif.

Toutefois, bien qu'en droit le domicile de toute personne soit unique, en fait les choses se passeront quelquefois comme si une même personne avait plusieurs domiciles. Il peut arriver en effet qu'on ait plusieurs établissements de même importance, et qu'en fait il soit fort difficile de reconnaître le principal. Ainsi un commerçant a deux établissements de commerce de même nature et de même importance, l'un à Bordeaux, l'autre à Nantes. Il passe à peu près la moitié de son existence à Nantes et l'autre à Bordeaux. Quel est de ces deux établissements le principal, et quel est par suite celui qui déterminera le domicile? Les tiers seront peut-être bien embarrassés pour le savoir; et, si ce commerçant n'a rien fait pour le leur apprendre, il n'aura pas le droit de se plaindre s'ils ont agi en le considérant comme domicilié en l'un de ces deux endroits alors qu'il prétend être domicilié dans l'autre. Notamment les tiers pourraient être considérés en pareil cas comme étant dans leur droit, en traduisant ce commerçant en matière personnelle soit devant le tribunal de Bordeaux soit devant celui de Nantes. S'il veut échapper à cette situation d'être

traité en fait comme s'il avait deux domiciles, qu'il dissipe l'équivoque à laquelle peut donner lieu l'état de choses qu'il a lui-même créé, par exemple en faisant à la municipalité des diverses villes où il a des établissements de commerce une déclaration analogue à celle dont parle l'article 104. Jusque-là les tiers ne doivent pas souffrir des conséquences d'une situation dont ils ne sont certainement pas les auteurs.

## § II. *Du domicile d'élection.*

**305.** Le domicile d'élection est un domicile spécial choisi par les parties pour l'exécution d'un acte ou d'une convention. Exemple : un individu domicilié à la Rochelle vient me proposer de lui affermer une propriété qui m'appartient et qui est située dans l'arrondissement de Bordeaux où je suis domicilié. Je lui répons : Les propositions que vous me faites me paraissent acceptables ; mais je ne voudrais pas, dans le cas où je serais obligé d'avoir recours à la justice pour l'exécution du contrat, être exposé au danger d'aller plaider devant le tribunal de la Rochelle où est situé votre domicile. Je veux que vous fassiez élection de domicile à Bordeaux, c'est-à-dire que vous choisissiez un domicile spécial dans cette ville pour l'exécution de la convention que nous allons conclure ; et si je suis obligé d'avoir recours au juge pour cette exécution, nous plaiderons devant le tribunal de Bordeaux ; j'obtiendrai ainsi justice sans avoir à me déplacer.

Telle est l'élection de domicile. L'article 111 dit à ce sujet : « *Lors-  
qu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles,  
élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu  
que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites re-  
latives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu, et devant le  
juge de ce domicile.* »

L'élection de domicile peut être faite, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention des parties.

a). L'élection de domicile est rendue obligatoire par la loi dans les cas prévus par les articles 176 et 2148.

M. Laurent cite après M. Boncenne un édit de février 1580, qui ordonna que toutes personnes ayant seigneuries ou maisons fortes ou autres de difficile accès seraient tenues d'élire domicile en la plus prochaine ville royale de leur demeure et résidence ordinaire où les exploits leur seraient valablement signifiés. Il fallait permettre d'assigner ces seigneurs de loin, parce qu'il était dangereux de les assigner de près, vu qu'ils ne se gênaient pas pour couper les oreilles aux sergents qui avaient l'audace de venir leur présenter des assignations, ou pour les jeter par la fenêtre quand ils ne jugeaient pas à propos de les tuer.

b). Le plus souvent l'élection de domicile est faite en vertu d'une convention. L'article 111 ne parle que de cette hypothèse (argument tiré de ces mots : « *domicile convenu* »).

Ce texte indique suffisamment que l'élection de domicile pour l'exé-

cution d'une convention peut être faite par les deux parties à la fois ou par l'une d'elles seulement.

**306.** En réglant ce qui concerne l'élection de domicile faite pour l'exécution d'une convention, le législateur a statué en vue de ce qui arrive le plus fréquemment : *Lex statuit de eo quod plerumque fit*. Il a voulu nous dépeindre la convention relative à l'élection du domicile telle qu'elle se présente ordinairement dans la pratique. On ne doit donc pas argumenter des termes de l'article 444 pour proscrire certaines modalités, qui sont demeurées en dehors des prévisions de la loi, et que les circonstances peuvent inspirer aux parties.

Ainsi la loi suppose que l'élection de domicile est faite « dans un autre lieu que celui du domicile réel. » Résulte-t-il de là que cette élection ne puisse pas être faite au lieu même du domicile réel? Non certainement. On conçoit fort bien que les parties y aient parfois intérêt, par exemple pour parer aux conséquences que pourrait entraîner le décès de l'une d'elles ou son changement de domicile. Les parties peuvent désirer que ces événements demeurent sans influence sur la compétence du tribunal qui devra connaître le cas échéant de l'exécution de la convention, et la combinaison qui vient d'être indiquée leur fournit un moyen facile d'arriver à ce résultat. Pourquoi donc la proscrire? Sa légitimité est admise en doctrine et en jurisprudence.

De même, la loi suppose que l'élection de domicile est faite au moment même de la convention et par l'acte qui la constate. Résulte-t-il de là qu'elle ne puisse pas être faite par un acte postérieur? On n'en verrait pas le motif. Aussi est-on d'accord pour reconnaître que les termes de l'article 444 doivent être considérés à cet égard comme purement énonciatifs.

Le même article suppose encore que l'élection de domicile est contenue dans un acte, c'est-à-dire dans un écrit qui constate la convention. Il en sera en effet presque toujours ainsi, car l'élection de domicile suppose une convention d'une certaine importance, qui sera ordinairement constatée par écrit, ainsi que l'élection de domicile relative à son exécution. Mais pourtant supposons que les parties aient fait une convention verbale et qu'elles aient verbalement aussi élu domicile en un certain lieu pour l'exécution de cette convention. Le fait est reconnu, on le suppose, par les parties. Dira-t-on que cette élection est nulle pour n'avoir pas été faite par écrit, par acte, conformément à l'article 444? Mais les principes généraux n'autorisent-ils pas les parties à faire verbalement en principe toutes sortes de conventions? Pourquoi faudrait-il absolument que celle qui nous occupe fût constatée par écrit? On n'en verrait pas la raison. La convention verbale et la clause de cette convention relative à l'élection de domicile seront donc valables, sauf les difficultés de la preuve. Et une des conséquences de cette doctrine sera que le tribunal, saisi en vertu de cette convention verbale dont les parties sont d'accord pour reconnaître l'existence, n'aurait pas le droit de se déclarer incompétent, sous prétexte qu'il n'est pas le tribunal du domicile du défendeur et que la convention relative à l'élection de domicile est nulle pour n'avoir pas été constatée par écrit.

Enfin l'article 444 suppose que l'élection de domicile est faite par une clause *expresse* de l'acte qui constate la convention. Conclura-t-on de là que la volonté des parties d'élire domicile en un certain lieu pour l'exécution de la convention doit résulter d'une stipulation expresse et qu'elle ne pourrait pas s'induire des clauses de l'acte ou des circonstances? Cette conclusion serait difficilement acceptable. D'après le Droit commun, la volonté des parties ne doit-elle pas être exécutée toutes les fois qu'elle est certaine, aussi bien lorsqu'elle est manifestée tacitement que lorsqu'elle l'est expressément? Quelle raison y aurait-il de ne pas appliquer cette règle en matière d'élection de domicile?

Il y a toutefois controverse sur ce point. D'après plusieurs auteurs, la volonté des parties d'élire domicile doit être expressément manifestée. L'élection de domicile, disent-ils, est une dérogation au Droit commun; elle ne peut être admise qu'en vertu d'une volonté certaine. La volonté qui s'induit par le raisonnement des clauses d'un acte ou des circonstances n'a pas ce caractère, elle est toujours plus ou moins douteuse; or dans le doute c'est le Droit commun qui est applicable. On s'explique donc fort bien que l'article 111 exige une déclaration expresse de volonté pour l'élection de domicile.

Au fond ces deux opinions diffèrent assez peu. Les partisans de la première comme ceux de la seconde reconnaissent en effet que l'élection de domicile ne peut résulter que d'une volonté certaine et par suite clairement manifestée. Toute la question est de savoir si la volonté qui s'induit des circonstances ou des clauses de l'acte peut avoir ce caractère. Réduite à ces termes, la difficulté devient une question de fait plutôt que de droit, et il serait dangereux de vouloir établir ici une règle inflexible. Tout ce que l'on peut dire, c'est que les partisans de la première opinion seraient peut-être embarrassés pour citer l'exemple d'une clause ou d'un fait qui fasse nécessairement supposer la volonté chez les parties ou chez l'une d'elles d'élire domicile en tel endroit. Ainsi on reconnaît généralement que l'indication d'un lieu autre que celui du domicile du débiteur pour le paiement n'emporte pas élection de domicile en ce lieu, ni par suite compétence du tribunal de ce lieu pour la solution des difficultés qui pourront résulter de l'exécution de la convention. Autre chose en effet est l'exécution volontaire de la convention, autre chose l'exécution forcée; et de ce que le débiteur a consenti à payer, c'est-à-dire à exécuter volontairement la convention en un lieu autre que celui de son domicile, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il ait entendu perdre le bénéfice de son domicile en ce qui concerne la compétence qui y est attachée. L'article 420 Pr., qui, en matière commerciale, attribue exceptionnellement compétence au tribunal du lieu du paiement, confirme pleinement cette solution.

#### *Effets de l'élection de domicile.*

**307.** La loi en indique deux dans l'article 111 : « *Les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte pourront être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile.* »

PREMIER EFFET. Les significations, demandes et poursuites, relatives à l'acte pour l'exécution duquel l'élection de domicile est intervenue, pourront être faites au domicile élu. Ainsi le créancier, qui a un titre exécutoire, peut donner un commandement au domicile élu. De même les exploits d'ajournement et les différents actes de la procédure pourront être signifiés à ce domicile.

\* Il faut étendre cette solution aux jugements qui ordonnent l'exécution de la convention. On objecte qu'aux termes de l'article 111 le domicile élu n'est relatif qu'à l'exécution de la convention; or une fois qu'il a été rendu un jugement qui l'ordonne, il ne peut plus être question d'exécuter la convention, mais bien le jugement; donc, dit-on, cette exécution ne peut pas avoir lieu au domicile élu qui n'a été choisi qu'en vue de l'exécution de la convention elle-même; donc par suite c'est au domicile réel qu'il faudra faire la signification du jugement, qui est un préliminaire de son exécution. — On a fort bien répondu que le jugement obtenu par le créancier n'est qu'un moyen de parvenir à l'exécution de la convention. Sa signification peut donc être faite au domicile élu comme tous les autres actes relatifs à l'exécution de la convention.

DEUXIÈME EFFET. L'élection de domicile est attributive de compétence, c'est-à-dire qu'elle rend le tribunal du lieu où elle a été faite compétent pour connaître de toutes les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution de l'acte.

**308.** On reconnaît en général que l'élection de domicile n'est relative qu'à l'exécution forcée de la convention en vue de laquelle elle a été faite. Elle devrait donc demeurer étrangère à son exécution volontaire c'est-à-dire au paiement. Les termes de l'article 444 qui parle de significations, demandes et poursuites ne font allusion qu'à l'exécution forcée. D'ailleurs il y a tout au moins un doute sur le point de savoir si le débiteur, qui a fait élection de domicile en un certain lieu pour l'exécution de la convention, a entendu renoncer au bénéfice du Droit commun pour le cas d'exécution volontaire, et ce doute doit être tranché en sa faveur (arg., art. 4247).

**309.** L'élection de domicile est faite le plus souvent par le débiteur et dans l'intérêt du créancier. Elle constitue alors un bénéfice pour celui-ci, bénéfice auquel il a le droit de renoncer. Le créancier pourrait donc, s'il le préfère, faire les significations, demandes et poursuites relatives à l'exécution de l'acte au domicile réel du débiteur, et l'assigner devant le tribunal de ce domicile. Aussi l'article 111 dit-il que « les significations... POURRONT être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile », ce qui indique une simple faculté pour le créancier.

Il n'en sera ainsi toutefois qu'autant qu'il ne résultera pas des clauses de l'acte ou des circonstances que l'élection de domicile a été aussi faite dans l'intérêt du débiteur. Elle fait naître alors un droit pour le débiteur comme pour le créancier, droit dont il ne peut pas être privé sans sa volonté. Le consentement mutuel des parties serait donc nécessaire en ce cas pour anéantir les effets de l'élection de domicile (arg., art. 1134 ; Cass., 14 juin 1875 ; Sir., 76. I. 172).

Bien plus, s'il apparaissait, comme il arrivera rarement, que l'élection de domicile a été faite exclusivement dans l'intérêt du débiteur, il faudrait dire que le débiteur pourrait renoncer au bénéfice qu'elle était destinée à lui procurer et forcer le créancier à en revenir au Droit commun.

**310.** Le plus souvent l'élection de domicile est faite chez une personne déterminée. Elle contient alors un mandat donné à cette personne de recevoir les différentes significations qui lui seront faites pour le compte de celui qui a élu domicile et de les lui transmettre.

Comme il est assez indifférent à celui qui doit bénéficier de l'élection de domicile que ce domicile soit établi chez telle personne plutôt que chez telle autre, pourvu que ce soit dans la même localité, on admet que celui qui a fait l'élection de domicile chez une telle personne peut plus tard en désigner une autre dans la même localité. Ce changement peut d'ailleurs devenir nécessaire par le décès de la personne primitive-

ment désignée, ou bien parce qu'elle refuse d'accepter le mandat qui lui a été confié ou y renonce, et pour d'autres causes encore.

Il peut se faire qu'un domicile soit élu dans telle localité, à Bordeaux par exemple, sans indication d'une personne déterminée de cette localité chez laquelle le domicile est établi. Alors l'élection de domicile ne produit que le deuxième effet dont il a été parlé plus haut, savoir l'attribution de compétence au tribunal du lieu.

**311.** Tels sont les effets de l'élection de domicile. Ils sont susceptibles d'être modifiés en plus ou en moins par la volonté des parties contractantes. Ainsi rien n'empêche de convenir que le paiement pourra être fait au domicile élu. En sens inverse, on pourrait convenir que l'élection de domicile ne sera pas attributive de compétence. Tout dépend en cette matière de la volonté des parties; l'article 111 ne fait qu'interpréter cette volonté quand elles ne se sont pas expliquées.

**312. Différences entre le domicile réel et le domicile d'élection.** — On peut en signaler plusieurs et particulièrement les suivantes :

1° Le domicile réel est *général*; le domicile d'élection est *spécial*, c'est-à-dire établi en vue d'une affaire déterminée.

2° Le domicile réel d'une personne n'est pas transmissible à ses héritiers après son décès; ceux-ci ont leur domicile propre indépendant de celui du défunt. Au contraire le domicile d'élection est transmissible aux héritiers des parties, soit activement, soit passivement, c'est-à-dire que ces héritiers succèdent aux droits ou aux obligations résultant de l'élection de domicile; ils peuvent s'en prévaloir comme on peut la leur opposer (arg., art. 1122).

3° On ne peut avoir qu'un domicile réel (*supra*, n° 304); on peut avoir au contraire plusieurs domiciles d'élection établis en vue de l'exécution de plusieurs conventions différentes.

4° On peut, sauf dans les cas où on a un domicile imposé par la loi, changer de domicile réel. Au contraire on n'a pas, en principe, le droit de changer, sans le consentement de l'autre partie, le domicile que l'on a élu en vertu d'une convention, en ce sens du moins qu'on ne peut pas sans ce consentement élire domicile en un autre lieu, car il est permis d'élire domicile chez une autre personne dans le même lieu.

## TITRE IV

**Des absents.**

## NOTIONS GÉNÉRALES

**313.** Le Droit romain, si riche en monuments dans presque toutes les matières juridiques, est à peu près muet sur l'absence.

Notre ancien Droit n'offrait guère plus de ressources au législateur du Code civil. Quelques rares dispositions de nos anciennes coutumes, principalement en ce qui concerne l'envoi en possession des héritiers présomptifs, voilà tout ce qu'il a pu mettre à profit. Cette circonstance doit lui servir d'excuse pour les imperfections que renferme cette partie de son œuvre. Il faut lui tenir compte aussi de la difficulté du sujet, qui a toujours passé pour un des plus ardues, *crux juris studiosorum*.

**314.** Dans le langage du monde on donne la qualification d'*absent* à toute personne qui n'est pas là où l'on devait espérer la rencontrer ; ainsi on dit d'un étudiant, qui n'est pas présent à un cours auquel il est tenu d'assister, qu'il est *absent*.

Mais dans la langue du Droit le mot *absent* a un sens beaucoup plus restreint : il désigne une personne dont l'existence est incertaine, parce qu'elle a disparu et qu'elle n'a pas donné de ses nouvelles depuis un certain temps. Ce qui caractérise l'absence, c'est l'incertitude où l'on est sur le point de savoir si l'absent est mort ou vivant.

On distingue deux catégories d'absents :

1<sup>o</sup> *Les présumés absents*. Ce sont ceux dont l'absence n'a pas encore été déclarée par une décision judiciaire.

2<sup>o</sup> *Les déclarés absents*, ou absents proprement dits, ainsi nommés parce que leur absence a été déclarée, c'est-à-dire constatée par un jugement.

Quant à ceux sur l'existence desquels ne plane aucun doute, bien qu'ils soient éloignés de leur domicile ou de leur résidence, on les appelle *non-présents*. Nos lois civiles ne contiennent qu'un très petit nombre de dispositions applicables aux non-présents. Voyez notamment les articles 819 et 840 C., et 928, 942 et 943 Pr.

Telle est la terminologie la plus exacte en matière d'absence ; mais le législateur ne s'y est pas toujours conformé. C'est ainsi qu'il désigne quelquefois sous la dénomination d'*absents* des non-présents (C. art. 316, et Pr. art. 909, 910, 911, 942, 943). D'autre part il emploie fréquemment le mot *absent* pour désigner soit des présumés soit des déclarés absents. Ce défaut de précision dans le langage enlève presque toute valeur aux arguments que l'on prétendrait tirer des dénominations employées par la loi pour la solution des différentes difficultés que notre matière soulève.

**315.** Le Code civil distingue en matière d'absence trois périodes :

1<sup>o</sup> *La présomption d'absence*. Cette période s'ouvre aussitôt que des

doutes sérieux commencent à s'élever sur l'existence de l'absent. Elle a pour terme la déclaration d'absence. Pendant cette première période la loi se préoccupe exclusivement des intérêts du présumé absent, et autorise en cas de nécessité l'application de mesures conservatoires relativement à ses biens.

2° *La déclaration d'absence.* Cette deuxième période a pour point de départ le jugement qui *déclare* l'absence. Ce jugement ne peut être rendu qu'après cinq ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent s'il n'a pas laissé de procureur fondé, et qu'après onze ans dans le cas contraire. L'absence une fois déclarée, et dans la supposition que l'absent est mort le jour où il a donné le dernier signe de vie, c'est-à-dire le jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, on fait provisoirement ce que l'on ferait définitivement s'il était prouvé que cette supposition est conforme à la réalité. On admet donc tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent à les exercer provisoirement ; notamment on autorise ses héritiers présomptifs au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles à se faire attribuer provisoirement les biens de l'absent. Cela s'appelle *l'envoi en possession provisoire ; envoi en possession*, parce que les divers intéressés sont mis en possession des biens de l'absent ; *provisoire*, parce que cette attribution ne leur est faite que sous réserve des droits de l'absent auquel ils devront restituer tous ses biens s'il reparait et en outre le plus souvent une certaine partie des revenus perçus pendant l'envoi provisoire. Les envoyés sont simplement administrateurs des biens dont la possession provisoire leur a été déférée, la loi dit même des *dépositaires* (art. 125) ; les actes de disposition leur sont donc interdits.

Le retour de l'absent étant, sinon probable, du moins très possible pendant la deuxième période, la loi organise à son profit d'importantes garanties de restitution. Ces garanties cessent aussitôt que s'ouvre la troisième période, qui a pour point de départ l'envoi en possession définitif, parce que le retour de l'absent devient de plus en plus invraisemblable.

3° *La période de l'envoi en possession définitif.* — L'envoi en possession définitif n'est la plupart du temps qu'un développement de l'envoi provisoire. Il consolide le titre des envoyés, en ce sens que, tout au moins dans leurs rapports avec les tiers, ils sont considérés comme propriétaires incommutables des biens de l'absent ; de sorte que les aliénations qu'ils consentent de ces biens ne peuvent en aucun cas être critiquées par l'absent de retour. Mais ils ne sont pas considérés comme propriétaires dans leurs rapports avec l'absent, auquel ils seront tenus de restituer, si par impossible il reparait, tout ce dont ils se sont enrichis à ses dépens, déduction faite des fruits. — L'envoi en possession définitif peut être obtenu par les divers intéressés après trente ans écoulés depuis la

déclaration d'absence, ou même avant l'expiration de ce délai, s'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent.

## CHAPITRE I

### DE LA PRÉSUMPTION D'ABSENCE

**316.** Un homme a disparu de son domicile ou de sa résidence depuis un certain temps; sa femme, ses enfants, ses parents, ignorent où il est; on n'a de lui aucune nouvelles récentes, et cependant son silence est inexplicable, car il a laissé de nombreux intérêts en souffrance! Un doute s'élève: peut-être cet homme est-il décédé; s'il était vivant, laisserait-il ainsi sa famille et ses biens à l'abandon? Ce doute constitue la présomption d'absence. Le présumé absent est donc celui dont l'existence est devenue incertaine à raison du défaut de nouvelles depuis qu'il a quitté son domicile ou sa résidence. On comprend que cette incertitude naîtra après un temps plus ou moins long suivant les circonstances; aussi la loi s'est-elle abstenue de rien préciser, laissant au juge du fait la plus grande latitude d'appréciation sur ce point.

**317.** La présomption d'absence ne donne lieu à l'application d'aucune mesure relativement aux biens de l'absent, tant que ces biens ne sont pas en souffrance. La nécessité seule peut légitimer l'immixtion de la justice dans la gestion de ses intérêts, car cette immixtion, quelque discrète qu'elle soit, expose toujours plus ou moins l'absent au danger de voir les tiers pénétrer le secret de ses affaires; aussi l'article 112 dit-il: *« S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance sur la demande des parties intéressées ».*

Ce texte paraît exiger deux conditions pour que la justice puisse pourvoir à l'administration des biens d'une personne présumée absente, savoir: 1<sup>o</sup> qu'il y ait nécessité de pourvoir à cette administration; 2<sup>o</sup> que l'absent n'ait pas laissé de procureur fondé. Mais en réalité ces deux conditions se réduisent à une seule, la première. En effet on ne conçoit la présence d'un procureur fondé comme pouvant exclure l'intervention de la justice, qu'autant que ce procureur a des pouvoirs suffisants pour administrer les biens de l'absent et qu'il les administre en réalité; il n'y a alors aucune nécessité de pourvoir à l'administration des biens de l'absent, puisqu'il y a pourvu lui-même efficacement. Mais il peut arriver, soit que le procureur laissé par l'absent n'ait qu'un mandat tout à fait spécial et limité, qui ne lui donne pas des pouvoirs suffisants pour administrer les biens de l'absent, ou bien, si ce procureur a des pouvoirs suffisants, qu'il résigne son mandat, ou enfin qu'il se trouve dans l'impossibilité de le remplir, par sa mort par exemple. Dans ces différents cas il y aura peut-être nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens du présumé absent. La justice pourra-t-elle intervenir sur la demande des intéressés et ordonner les mesures nécessaires? Oui assurément. On a objecté, il est vrai, que la loi n'autorise l'intervention de la justice que lorsqu'il n'y a pas de procureur fondé (art. 112); or ici il y en a un. La réponse est qu'en réalité l'absent n'a pas de procureur fondé relativement aux biens qui

sont en souffrance, ce qui d'après le texte autorise la justice à intervenir s'il y a nécessité. En définitive de deux choses l'une : ou le présumé absent a laissé un procureur chargé de l'administration de tous ses biens qui remplit son mandat, et alors la justice n'a pas à intervenir *parce qu'il n'y a pas nécessité*, aucun bien n'étant en souffrance ; ou l'absent a laissé un procureur qui n'a pas de pouvoirs suffisants pour administrer tout le patrimoine, ou qui, ayant des pouvoirs suffisants, ne les exerce pas, et alors il peut être nécessaire que la justice intervienne pour pourvoir à l'administration des biens qui sont en souffrance. La nécessité est donc la seule condition requise pour que la justice ait le droit d'intervenir.

**318.** La nécessité, qui seule peut autoriser l'intervention de la justice relativement à l'administration des biens de l'absent, détermine aussi les limites de cette intervention. En d'autres termes, la justice ne doit intervenir que quand cela est nécessaire, et seulement dans la limite du nécessaire. Quant à savoir quelles sont les mesures que la nécessité exige et que la justice doit ordonner, ce n'est plus là qu'une question de fait que le législateur ne pouvait pas régler et pour la solution de laquelle il s'en est pleinement rapporté à la prudence du juge. Ce seront presque toujours des mesures simplement conservatoires, des mesures relatives à l'administration des biens, comme dit l'article 112, par exemple des réparations urgentes, la vente de récoltes parvenues à maturité, des baux de maisons ou de fonds de terre.

Rien ne s'oppose à ce que la justice, ainsi que cela se faisait ordinairement dans notre ancien Droit, nomme un curateur au présumé absent. Mais il est désirable que le juge, en nommant ce curateur, détermine l'étendue de ses pouvoirs. Les actes accomplis par le curateur dans la limite de ses attributions seraient opposables à l'absent de retour.

**319.** La loi laisse donc au juge la plus grande latitude en ce qui concerne le choix des mesures à ordonner : ce qui allait de soi, puisque ces mesures dépendent toujours des circonstances. Il y a cependant un cas particulier dans lequel le législateur a cru devoir fixer le mode d'après lequel le tribunal doit pourvoir à la conservation des droits de l'absent. C'est celui prévu par l'article 113, ainsi conçu : « *Le tribunal, à la requête de la partie la plus diligente, commettra un notaire pour représenter les présumés absents dans les inventaires, comptes, partages et liquidations, dans lesquels ils seront intéressés* ».

Un présumé absent se trouve avoir des droits dans une société ou une communauté dissoute, ou dans une succession ouverte avant sa disparition ou ses dernières nouvelles (si la succession ne s'était ouverte que depuis cette époque, l'absent n'y aurait aucun droit d'après l'article 135). Il y a des inventaires à faire, des comptes, des liquidations, des partages, toutes opérations qui intéressent le présumé absent. Par qui sera-t-il représenté dans ces diverses opérations ? Il le sera, nous dit la loi, par un notaire que le tribunal commettra. Ici le tribunal n'a pas le choix de la mesure à prendre. Le législateur la lui impose, et on peut dire qu'elle était imposée au législateur lui-même : le notaire, à raison de ses connaissances spéciales devait nécessairement être choisi comme représentant des présumés absents dans les opérations dont il s'agit.

La justice ne devant jamais intervenir que dans la mesure de la nécessité, on est d'accord pour dire qu'il n'y aurait pas lieu de commettre le notaire dont parle l'article 443, si le présumé absent avait laissé un procureur fondé muni de pouvoirs suffisants.

Le notaire commis par le tribunal aux termes de l'article 443 n'aurait pas qualité, à moins qu'il n'y ait été autorisé par une décision spéciale du tribunal, pour *provoquer* le partage au nom de l'absent. L'exercice de l'action en partage est un acte de disposition, que la loi ne permet pas facilement d'accomplir pour le compte d'autrui (art. 845 et s.), et que la justice elle-même ne devra autoriser le notaire à accomplir au nom de l'absent que lorsqu'il y aura nécessité, ce qui sera fort rare.

Mais le notaire commis purement et simplement par le tribunal aurait au contraire qualité pour représenter le présumé absent dans le partage qui serait provoqué par ses consorts, parce que le partage devient alors un acte nécessaire (art. 845).

S'il y avait plusieurs présumés absents intéressés dans une même succession, société ou communauté, il serait certainement conforme au vœu de la loi qu'ils fussent représentés chacun par un notaire différent, puisqu'ils ont des intérêts opposés. Par où l'on voit qu'il ne faut pas confondre le notaire commis aux termes de l'article 443 avec celui qui est chargé de représenter de simples non-présents pour la levée des scellés aux termes des articles 928, 934 et 942 Pr. Ce dernier, à la différence du premier, peut représenter plusieurs non-présents. De plus il est nommé d'office par le président du tribunal, et sa mission se termine avec l'inventaire, tandis que le notaire dont parle l'article 443 est commis par le tribunal tout entier sur la réquisition de la partie la plus diligente, et sa mission dure jusqu'au partage.

**320.** Les différentes mesures relatives à l'administration des biens d'un présumé absent ne peuvent pas être ordonnées d'office par la justice, mais seulement sur la demande « des parties intéressées » (art. 112) ou du ministère public (art. 114).

Quelles sont les personnes que la loi entend désigner sous la dénomination de « parties intéressées » ? Un point tout d'abord paraît certain, c'est que les personnes qui n'ont qu'un intérêt d'affection ne sont pas *parties intéressées* dans le sens de notre article, mais seulement celles qui ont un intérêt pécuniaire à la conservation des biens du présumé absent : les intérêts pécuniaires sont en général les seuls dont la loi se préoccupe. Cela posé, on doit considérer comme parties intéressées dans le sens de l'article 112 :

1<sup>o</sup> *Les créanciers du présumé absent* ; même les créanciers dont la créance est à terme ou conditionnelle. Tout créancier, quel qu'il soit, a un intérêt pécuniaire à la conservation du patrimoine de son débiteur, puisque ce patrimoine est son gage (art. 2092) ; sans préjudice du droit qui appartient aux créanciers dont la créance est exigible de poursuivre immédiatement leur paiement sur les biens du présumé absent.

2<sup>o</sup> *Les héritiers présomptifs du présumé absent*. Ils sont intéressés à la conservation de ses biens, puisqu'ils sont appelés éventuellement à recueillir sa succession.

3<sup>o</sup> *Le conjoint du présumé absent*. Il a un intérêt pécuniaire évident à la conservation des biens du présumé absent dont les revenus sont affectés aux besoins du ménage.

On voit que nous considérons comme parties intéressées dans le sens de l'arti-

cle 443 non seulement les personnes qui ont un intérêt pécuniaire *né et actuel*, c'est-à-dire actuellement existant, mais celles aussi qui n'ont qu'un intérêt futur et éventuel à la conservation des biens de l'absent, tels que les créanciers conditionnels et les héritiers présomptifs. Ce serait en effet restreindre arbitrairement la portée des termes si généraux employés par la loi « *les parties intéressées* » que de les considérer comme applicables, ainsi que le veulent quelques auteurs, à une certaine catégorie seulement d'intéressés, ceux qui ont un intérêt né et actuel. La doctrine se prononce en général en ce sens, ainsi que la jurisprudence.

Le droit de provoquer l'application des mesures nécessaires à la conservation des biens du présumé absent, appartient en outre au ministère public. C'est du moins ce qui paraît résulter de l'article 114, ainsi conçu : « *Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes, et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent.* »

La première partie de cette disposition, en imposant d'une manière générale au procureur de la République l'obligation de veiller aux intérêts des présumés absents, l'autorise implicitement à provoquer les mesures conservatoires dont parle l'article 443. La deuxième partie de ce même texte, confirmée sur ce point par l'article 837° du Code de procédure civile, exige que toutes les causes qui intéressent les présumés absents soient communiquées au ministère public pour que celui-ci donne ses conclusions. C'est un point constant en doctrine et en jurisprudence.

**321.** Quel est le tribunal compétent pour ordonner, sur la réquisition de qui de droit, les mesures indispensables à la conservation du patrimoine du présumé absent? La loi nous dit (art. 443) que c'est un tribunal *de première instance*, ce dont personne n'aurait douté alors même qu'elle ne s'en fût pas expliquée, mais elle omet de nous indiquer lequel, ce qui eût été beaucoup plus utile. Cette omission a été l'origine d'une controverse. Toutefois la difficulté n'existe que dans le cas où le domicile du présumé absent et ses biens ou quelques-uns sont situés dans le ressort de tribunaux différents, car l'hésitation n'est possible qu'entre le tribunal du dernier domicile du présumé absent et celui de la situation des biens, et par suite il n'y a plus de question quand le domicile et tous les biens se trouvent situés dans le ressort d'un même tribunal. La difficulté fut soulevée au Conseil d'Etat lors de la confection de la loi, et on s'arrêta à la solution que voici. Le tribunal du dernier domicile du présumé absent sera compétent pour décider s'il y a présomption d'absence, et, ce point une fois résolu dans le sens de l'affirmative, il appartiendra au tribunal de la situation des biens de pourvoir à leur administration. — Ce système exigeait, on le voit, plusieurs jugements, au moins quand tous les biens n'étaient pas situés dans le ressort du même tribunal que le domicile : un pour constater la présomption d'absence, un autre ou plusieurs autres pour organiser l'administration des biens laissés par le présumé absent. C'était peut-être coûteux, mais c'était du moins logique, car le tribunal du domicile est le mieux situé pour apprécier les circonstances d'où résulte la présomption d'absence, et le tribunal de la situation des biens pour en régler l'administration. Quelques auteurs pensent que ce système doit encore être suivi. Mais il est généralement rejeté; car en définitive, par suite d'un oubli peut-être, l'opinion à laquelle s'était arrêté le Conseil d'Etat n'a pas été convertie en loi : c'est le Corps législatif et non le Conseil d'Etat qui votait la loi. Le législateur ayant gardé le silence, on ne peut qu'appliquer les principes généraux. Or, en règle générale, le tribunal compétent, quand la loi n'en indique pas un autre, est celui du domicile du défendeur qui est ici l'absent : *Actor sequitur forum rei* (Pr., art. 59). Donc la compétence appartiendra au tribunal du dernier domicile ou, si ce domicile n'est pas connu, de la dernière résidence du présumé absent. Et ce tribunal sera compétent, non seulement pour apprécier s'il y a présomption d'ab-

sence, mais aussi pour pourvoir à l'administration de tous les biens, même de ceux qui sont situés en dehors de son ressort, sans qu'il soit nécessaire qu'un jugement distinct soit rendu pour constater l'absence et un autre pour régler l'administration des biens. Cette solution, en même temps qu'elle est plus conforme aux principes généraux, procure une économie de frais, puisqu'un seul jugement suffira dans tous les cas. — On objecte que le tribunal du domicile sera souvent dans l'impossibilité de pourvoir utilement à l'administration de biens situés au loin. Il faut répondre que le tribunal du domicile, s'il éprouve quelque embarras, pourra adresser une commission rogatoire au tribunal de la situation des biens. Voyez au surplus l'article 859 Pr. pour la procédure à suivre sur les demandes tendant à ce qu'il soit pourvu à l'administration des biens du présumé absent.

**322.** La justice pourrait-elle, sur la demande des intéressés, pourvoir en cas de nécessité à l'administration des biens d'une personne qui est simplement non-présente, c'est-à-dire d'une personne qui est éloignée de son domicile ou de sa résidence, sans que son existence soit incertaine? Les articles 443 et suivants ne parlent que des présumés absents; et comme ils contiennent des dispositions exorbitantes du Droit commun, puisqu'ils autorisent la justice à s'immiscer dans les affaires d'un particulier, on ne doit pas les étendre d'un cas à un autre. — On objecte que l'article 434 *in fine* permet l'application des mesures conservatoires prescrites par l'article 442 aux biens de l'absent qui réparaît ou donne de ses nouvelles après la déclaration d'absence, par conséquent aux biens d'un non-présent. — D'accord; mais ici l'intervention de la justice se conçoit facilement, car elle a déjà pénétré dans le secret des affaires de l'absent puisque son absence a été déclarée, et il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'elle continue son rôle. Tout autre est le cas qui nous occupe : il s'agit de s'ingérer pour la première fois dans l'administration des biens d'un particulier, ce qui est beaucoup plus grave. En tout cas, il paraîtrait bien difficile d'admettre que la justice pût pourvoir d'une manière générale à l'administration des biens d'un non-présent, par exemple en lui nommant un curateur; tout au plus pourrait-on concéder qu'elle a le droit d'ordonner, en cas de nécessité, certaines mesures spéciales pour la conservation de ses biens, *v. gr.* des réparations urgentes, et encore il nous paraîtrait plus sûr de ne pas faire cette concession.

**323. Comment la présomption d'absence prend fin.** — La présomption d'absence prend fin :

- 1<sup>o</sup> Par la preuve acquise du décès de l'absent;
- 2<sup>o</sup> Par la preuve acquise de son existence;
- 3<sup>o</sup> Par la déclaration d'absence, dont nous allons maintenant nous occuper.

## CHAPITRE II

### DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE

**324.** Les doutes qui existent sur le sort d'un absent s'accroissent avec le temps. Chaque jour qui s'écoule sans nouvelles rend son décès plus probable. Aussi la loi, qui, pendant la première période, celle de la présomption d'absence, s'est préoccupée à peu près exclusivement des intérêts de l'absent parce que son retour paraissait probable, va-t-elle pen-

dant la deuxième période, celle de la déclaration d'absence, se préoccuper aussi des intérêts de ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent et principalement de ses héritiers.

*I. Du tribunal compétent pour prononcer la déclaration d'absence.*

**325.** Le tribunal compétent pour prononcer la déclaration d'absence est le tribunal de première instance du dernier domicile, ou, si le domicile n'est pas connu, de la dernière résidence de l'absent (arg. de l'art. 115 C., de l'art. 59 Pr., et de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 13 janvier 1817).

*II. A quelle époque la déclaration d'absence peut être demandée.*

**326.** La loi distingue :

*a). L'absent n'a pas laissé de procuration.* — Alors la déclaration d'absence peut être demandée après quatre ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles. « *Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura point eu de nouvelles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribunal de première instance afin que l'absence soit déclarée* » (art. 116).

*b). L'absent a laissé une procuration.* — Le délai, après lequel la déclaration d'absence peut être demandée, est alors porté à dix ans. « *Si l'absent a laissé une procuration, ses héritiers présomptifs ne pourront poursuivre la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire qu'après dix années révolues depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles* » (art. 121).

Le texte qui vient d'être cité a été placé à tort dans le chapitre III ; il devrait être placé dans notre chapitre, le chapitre II. D'après le projet, l'existence d'une procuration devait retarder seulement l'envoi en possession provisoire et non la déclaration d'absence. Dans ce système il était tout simple que l'article 12 figurât dans le chapitre III. Il aurait dû être reporté dans le chapitre II, lorsqu'il reçut sa rédaction actuelle, d'après laquelle l'existence d'une procuration retarde, non-seulement l'envoi en possession provisoire, mais aussi la déclaration d'absence.

Il est facile de comprendre pourquoi l'existence d'une procuration retarde le moment où la déclaration d'absence peut être demandée. L'absent, qui a laissé un procureur fondé chargé de l'administration de ses biens, a par cela même manifesté l'intention de rester longtemps éloigné de son domicile. Son silence prolongé est plus facilement explicable que celui de l'absent qui a disparu sans pourvoir à la gestion de ses intérêts. On doit donc s'inquiéter moins promptement sur le sort du premier que sur celui du second.

**327.** Quel est le point de départ du délai de quatre ans ou de dix ans passé lequel la déclaration d'absence peut être demandée ? Si on n'a reçu aucunes nouvelles de l'absent, il va de soi que le délai courra à dater du jour de sa disparition. Une difficulté s'élève au contraire, si on a reçu de ses nouvelles : le délai courra-t-il à dater du jour de l'émission ou à dater de celui de la réception des dernières nouvelles ? Ainsi la dernière lettre de l'absent a été écrite le 1<sup>er</sup> janvier et reçue le 1<sup>er</sup> fé-

vrier; le délai courra-t-il à partir du 1<sup>er</sup> janvier ou du 1<sup>er</sup> février? Rationnellement, le délai doit avoir pour point de départ le jour où l'existence de l'absent a cessé d'être certaine, par conséquent le jour de l'émission des dernières nouvelles, car l'existence de l'absent n'est certaine qu'à ce moment : elle devient incertaine immédiatement après. La lettre écrite par l'absent le 1<sup>er</sup> janvier prouve bien qu'il existait à cette date, mais elle ne prouve certes pas qu'il existait un mois plus tard, époque à laquelle sa lettre est parvenue à destination. L'article 121, qui fait courir le délai de dix ans à compter « des dernières nouvelles », confirmerait cette solution plutôt qu'il ne la contredirait. Mais l'article 145 fait naître quelque doute sur son exactitude quand il dit « et que depuis quatre ans ON N'EN AURA POINT EU de nouvelles ». Ici la loi paraît bien s'attacher à la date de leur réception. Peut-être le législateur a-t-il supposé, ce qui arrive en effet le plus souvent, que l'absent n'a donné aucune nouvelle depuis sa disparition. Ainsi entendu, ce texte ne contrarie-rait en rien la solution qui vient d'être développée et qui est généralement admise.

**328.** Autre question. — Une procuration quelconque suffit-elle pour retarder jusqu'à l'expiration du délai de dix ans la demande en déclaration d'absence; ou bien faut-il une procuration générale? Les termes de la loi semblent faire allusion à une procuration générale. En effet l'article 120 dit : « Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration *pour l'administration de ses biens*..... » Or une procuration *pour l'administration DES BIENS*, c'est-à-dire du patrimoine, est une procuration générale. Et quand l'article 121 ajoute sans autre explication : « Si l'absent a laissé *une procuration*..... », il est bien évident que la procuration dont il parle est la même que celle dont parle l'article précédent, une procuration générale par conséquent. L'idée du législateur paraît donc être que la procuration laissée par l'absent ne retardera la déclaration d'absence qu'autant qu'elle sera générale. Cette solution d'ailleurs est fondée en raison. L'existence d'une procuration générale, qui ne laisse aucun bien en souffrance, explique jusqu'à un certain point le silence prolongé de l'absent : il ne donne point de ses nouvelles, parce qu'il sait que tous ses intérêts sont sauvegardés. On doit donc concevoir moins promptement des inquiétudes sur son compte, et moins se hâter de prononcer la déclaration d'absence. Au contraire une procuration spéciale, surtout si elle laisse un grand nombre d'intérêts en souffrance, n'explique pas ou n'explique que fort imparfaitement le silence prolongé de l'absent. A quel titre pourrait-elle donc être prise en considération pour retarder la déclaration d'absence? Il n'y a d'ailleurs aucun inconvénient pratique à décider qu'une procuration spéciale ne porte pas nécessairement à dix ans le délai après lequel la déclaration d'absence peut être demandée; car les juges seront toujours autorisés à tenir compte de cette procuration pour ne pas faire droit à une demande qui leur paraîtrait prématurément formée. Aussi l'opinion que nous venons d'exposer est-elle généralement admise.

**329.** Il peut arriver que la procuration générale laissée par l'absent vienne à cesser. Si elle cesse par une cause étrangère à sa volonté, par exemple par la mort du mandataire ou par son interdiction, ces événements qui sont inconnus de l'absent n'affaiblissent aucunement l'induction que la loi tire de la procuration qu'il a laissée. Il a pourvu à la gestion de ses intérêts : il les croit bien gérés; son silence se comprend. On applique alors sans difficulté l'article 121 ainsi conçu : « *Il en sera de même* » (c'est-à-dire la déclaration d'absence ne pourra être poursuivie qu'au bout de dix ans) « *si la procuration vient à cesser, et dans ce cas il*

» sera pourvu à l'administration des biens de l'absent comme il est dit  
» au chapitre I du présent titre. »

Mais cette solution doit-elle encore être admise si la procuration prend fin par l'expiration du terme que l'absent lui-même a assigné aux pouvoirs de son mandataire? Ainsi la procuration laissée par l'absent porte pouvoir de gérer ses biens, mais pour deux ans seulement; on ne reçoit de lui aucune nouvelle; faudra-t-il néanmoins attendre dix ans pour demander la déclaration d'absence? L'affirmative semble résulter de l'article 122, dont le texte ne fait aucune distinction entre les diverses causes qui peuvent mettre fin au mandat. Mais pourtant la procuration que l'absent a donnée pour deux ans explique bien jusqu'à un certain point son silence pendant deux ans; mais après l'expiration de ce délai son silence n'est guère plus explicable que dans l'hypothèse où il n'a pas laissé de procuration; aussi plusieurs auteurs, faisant prévaloir l'esprit de la loi sur son texte, décident-ils que la déclaration d'absence pourra être demandée quatre ans après l'expiration du terme assigné par l'absent aux pouvoirs de son mandataire.

Quelque parti que l'on prenne sur le point qui précède, on doit admettre qu'une procuration donnée par l'absent pour un délai plus long que celui de dix années ne retarderait pas la déclaration d'absence au-delà du terme fixé par l'article 121. Du moins la demande formée à l'expiration de ce terme ne devrait pas être déclarée non recevable comme prématurée; car le tribunal aurait certainement le droit de la rejeter par application de l'article 117, ainsi conçu: « *Le tribunal, en statuant sur la demande, aura d'ailleurs égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent.* »

### III. Qui peut demander la déclaration d'absence.

**330.** La loi répond: « Les parties intéressées » (art. 115). Pour déterminer le sens de ces expressions, il faut savoir que l'intérêt de la déclaration d'absence consiste dans l'envoi en possession provisoire qui en est la conséquence: c'est là le fruit de la déclaration d'absence. Il en résulte qu'elle ne pourra être demandée que par ceux qui, l'absence une fois déclarée, ont droit à l'envoi en possession provisoire, principalement par les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles et par ses légataires (V. *infra*, n° 336). Le droit de demander la déclaration d'absence n'appartiendrait donc ni aux créanciers de l'absent ni au procureur de la République qui, l'absence une fois déclarée, ne pourraient pas obtenir l'envoi en possession provisoire.

On remarquera d'ailleurs:

a). *En ce qui concerne les créanciers*: que la déclaration d'absence leur serait non-seulement inutile, mais le plus souvent préjudiciable; car, par suite de l'envoi en possession provisoire qui en résulte, les biens de l'absent seront fréquemment morcelés ou tout au moins divisés entre divers ayant-droit, ce qui rendra les poursuites des créanciers plus onéreuses. C'est à tel point qu'on s'explique difficilement comment l'article 11 de la loi du 13 janvier 1817 sur les militaires absents a pu faire figurer les créanciers parmi les personnes qui ont le droit de demander la déclaration d'absence.

b). *En ce qui concerne le ministère public*: qu'il est spécialement chargé de veiller aux intérêts de l'absent (art. 114), et que par suite, loin d'avoir le droit de former

une demande en déclaration d'absence, il est tenu de proposer au nom de l'absent tous les moyens propres à faire échouer celle formée par les divers ayant-droit, car l'absent est intéressé à ce que son absence ne soit pas déclarée, ne fût-ce que pour conserver la jouissance entière de ses revenus dont l'envoi en possession provisoire, fruit de la déclaration d'absence, aura pour résultat de lui faire perdre une partie considérable (art. 127).

On voit que le mot *parties intéressées* n'a pas dans l'article 115 le même sens que dans l'article 112. Les parties intéressées de l'article 112 sont toutes personnes ayant intérêt à la conservation des biens de l'absent; les parties intéressées de l'article 115 sont toutes personnes ayant des droits subordonnés au décès de l'absent.

#### IV. De la procédure à suivre sur la demande en déclaration d'absence.

**331.** En organisant cette procédure la loi s'est proposé : d'une part de mettre le tribunal à même de savoir s'il n'a été reçu aucune nouvelle de l'absent, d'autre part d'informer l'absent de la demande en déclaration d'absence, et de le provoquer ainsi à donner signe de vie. Voici maintenant les détails.

La demande en déclaration d'absence s'introduit par une requête adressée au président du tribunal. Il faut se reporter sur ce point à l'article 860 du Code de procédure civile applicable à la déclaration d'absence, bien qu'il ne parle que de l'envoi en possession provisoire, parce qu'il y a un lien étroit entre ces deux demandes qui d'ailleurs dans la pratique sont presque toujours formées simultanément.

Aux termes de l'article 116 : « *Pour constater l'absence, le tribunal, d'après les pièces et documents produits, ordonnera qu'une enquête soit faite contradictoirement avec le procureur de la République, dans l'arrondissement du domicile et dans celui de la résidence, s'ils sont distincts l'un de l'autre.* » — L'enquête est un moyen d'arriver à la découverte de la vérité par l'audition de témoins.

Pour que la demande en déclaration d'absence soit recevable, il faut qu'on n'ait pas reçu de nouvelles de l'absent depuis quatre ans ou dix ans, suivant les cas (Voy. *supra*, n° 326). Le meilleur moyen d'éclairer le juge sur le point de savoir si cette condition est remplie a paru être l'enquête. Aussi la loi ne permet-elle pas au tribunal de déclarer l'absence sans avoir préalablement ordonné cette mesure d'instruction. Les personnes les mieux renseignées sur le sort de l'absent devant naturellement se trouver au dernier domicile et à la dernière résidence de l'absent, la loi exige qu'une enquête soit faite dans l'arrondissement du domicile et dans celui de la résidence tout à la fois s'ils sont distincts l'un de l'autre. C'est le tribunal du dernier domicile de l'absent qui est seul compétent pour ordonner l'enquête. S'il arrive que l'absent ayant eu sa dernière résidence dans un arrondissement autre que celui de son domicile, il y ait lieu de procéder à une double enquête, le tribunal du domicile adressera une commission rogatoire au tribunal de la résidence pour qu'il procède à la seconde. Dans tous les cas l'enquête doit être faite *contradictoirement avec le procureur de la République*. Cela signifie que ce magistrat doit figurer

dans l'enquête, au nom de l'absent, comme contradicteur de ceux qui demandent la déclaration d'absence. A ce titre il a le droit dans une contre-enquête de faire entendre ses témoins pour contredire les assertions de ceux qui sont venus déposer dans l'enquête. L'absent, étant représenté par le procureur de la République dans l'instance relative à la déclaration d'absence, ne pourrait pas après son retour se pourvoir par tierce-opposition contre le jugement qui déclare l'absence.

Il est à remarquer que, si le tribunal ne peut pas déclarer l'absence sans ordonner préalablement l'enquête dont parle l'article 117, il peut au contraire fort bien, s'il se trouve suffisamment éclairé, si par exemple il a sous les yeux une lettre récente de l'absent, rejeter la demande en déclaration d'absence *de plano*, c'est-à-dire sans enquête préalable.

« *Le procureur de la République enverra aussitôt qu'ils seront rendus* » les jugements tant préparatoires que définitifs au grand juge ministre » de la justice qui les rendra publics » (art 118).

Sous le nom de *jugement préparatoire*, ce texte désigne le jugement qui ordonne l'enquête. D'après la terminologie adoptée depuis lors par le Code de procédure civile, il faudrait dire jugement *INTERLOCUTOIRE*.

Quant au jugement *définitif*, c'est celui qui déclare l'absence. Le ministre de la justice rend ces jugements publics par la voie du *Journal officiel*. Cette mesure de publicité est à l'adresse de l'absent. La loi espère que le *Journal officiel* qui va dans tous les pays tombera entre ses mains, et qu'informé de ce qui se passe, il se décidera à donner de ses nouvelles s'il est encore en vie.

La Cour de Nîmes avait jugé que la publication du jugement ordonnant l'enquête n'était pas nécessaire pour que l'absence pût être déclarée; son arrêt a été cassé par la Cour suprême le 15 juillet 1878 (Sir., 78. 4. 452).

Enfin aux termes de l'article 119 : « *Le jugement de déclaration d'absence ne sera rendu qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête.* » En ajoutant ce délai d'un an au délai de quatre ans ou de dix ans avant l'expiration duquel la déclaration d'absence ne peut pas être utilement demandée, on arrive à un délai total de cinq ans ou de onze ans qui représente la durée *minimum* de la période de la présomption d'absence à laquelle la déclaration d'absence met fin.

## CHAPITRE III

### DES EFFETS DE L'ABSENCE (1)

#### SECTION I

##### DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX BIENS QUE L'ABSENT POSSÉDAIT AU JOUR DE SA DISPARITION

**332.** — La loi s'occupe ici successivement :

(1) Les articles 129 à 138 qui composent les sections I et II de ce chapitre ne font pas partie du programme du premier examen de Baccalauréat.

De l'envoi en possession provisoire ;  
 Du droit d'option accordé au conjoint de l'absent ;  
 De l'envoi en possession définitif ;  
 De la fin de l'absence.

Ces matières feront l'objet d'autant de paragraphes distincts.

Nous y ajouterons un appendice dans lequel il sera traité de l'action en pétition de la possession de l'hérédité.

### § I. *De l'envoi en possession provisoire.*

#### N° 1. Généralités.

**333.** Pendant la première période de l'absence, il est toujours pourvu d'une manière assez imparfaite à l'administration du patrimoine de l'absent ; on ne prend que des demi-mesures parcequ'on espère le prompt retour de l'absent ; et encore souvent surviennent-elles trop tard par suite des lenteurs de la justice ou de la négligence des intéressés. Quelquefois le tribunal nomme un curateur salarié qui administre comme peut administrer un homme, dont les actes ne sont soumis à aucun contrôle, et que sa gestion n'intéresse qu'au point de vue des émoluments qu'elle lui procure. Bref les cinq ou onze années, et quelquefois davantage, que dure la présomption d'absence, équivalent ordinairement, comme le dit M. Laurent, à autant d'années d'abandon. L'intérêt des héritiers de l'absent et généralement de tous ceux qui ont des droits subordonnés à son décès, l'intérêt de l'absent lui-même s'il est encore en vie, l'intérêt social enfin qui n'est que la somme des intérêts particuliers exigent que cette situation ne se prolonge pas indéfiniment. Il est temps, la déclaration d'absence une fois prononcée, de prendre des mesures un peu mieux définies qui, dans l'intérêt de tous, assureront la conservation du patrimoine de l'absent. En les organisant la loi s'est certainement préoccupée à la fois des intérêts de l'absent et de ceux des personnes qui ont des droits subordonnés à son décès ; mais c'est une grosse question qui sera examinée plus loin que celle de savoir quel est celui de ces deux intérêts qui est dominant aux yeux du législateur. Nous verrons que c'est celui de l'absent.

Quoi qu'il en soit sur ce point, voici le système de la loi. Les meilleurs administrateurs d'un bien sont ceux auxquels ce bien appartient ou doit appartenir un jour ; il faut par conséquent confier l'administration des biens de l'absent à ceux auxquels ces biens doivent revenir après sa mort, à ceux en un mot qui ont sur ces biens des droits subordonnés à son décès. Ainsi on confiera au légataire les biens que l'absent lui a légués, à ses héritiers les plus proches ceux dont il n'a pas disposé par testament. C'est là ce que l'on appelle l'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE. —

*Envoi en possession*, parce que chaque intéressé est mis en *possession* des biens sur lesquels il a un droit subordonné au décès de l'absent; *provisoire*, parce que cette attribution n'est faite que *provisoirement*, en ce sens surtout que les biens devront être restitués à l'absent s'il reparait.

L'envoi en possession provisoire est pour les envoyés la source d'un avantage important : ils gagnent une grande partie des fruits par eux perçus (art. 127). La loi veut ainsi sans doute, dans l'intérêt même de l'absent, les convier à demander l'envoi en possession provisoire; vraisemblablement ils ne l'auraient pas sollicité, s'il n'avait dû entraîner pour eux que la charge de l'administration des biens sans aucun profit.

**334.** La plupart des auteurs établissent comme principe, au début de cette matière, que l'absent est présumé mort le jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et que par suite sa succession est réputée provisoirement ouverte à dater de cette époque. Cette présomption n'est écrite dans aucun texte, et en conséquence on ne doit pas l'admettre en vertu de ce principe, certain celui-là, qu'il n'y a pas de présomption légale sans un texte qui l'établisse. Comme le dit fort bien la Cour de cassation dans un arrêt récent (Civ. Rej. 29 janvier 1879, S. 79. 1. 159), « l'absent n'est légalement réputé ni vivant ni mort ». Il y a incertitude sur son existence; voilà tout. Ce point est important à constater dès le début, car un faux principe engendre de fausses conséquences. Notre sujet en offre des exemples.

N° 2. A quelle époque l'envoi en possession provisoire peut être demandé.

**335.** L'envoi en possession provisoire est le fruit de la déclaration d'absence. Il peut donc être demandé aussitôt que l'absence est déclarée. C'est ce que disent les articles 120 et 121.

D'après le projet primitif, l'existence d'une procuration laissée par l'absent devait retarder, non pas la déclaration d'absence, mais seulement l'envoi en possession provisoire. Ce système ayant été abandonné, on aurait dû reporter l'article 121 dans le chapitre II en effaçant les mots « et l'envoi provisoire », et supprimer en outre dans l'article 120 les mots « dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens ». Par mégarde sans doute, on a omis de faire ces modifications, de sorte que, au point de vue de la rédaction, la loi est assez défectueuse. Il n'y a d'ailleurs aucun doute sur le sens qu'elle doit recevoir.

L'envoi en possession provisoire doit être demandé à la justice.

Le tribunal compétent pour l'accorder est celui qui a déclaré l'absence. Dans la pratique il est d'usage, pour diminuer les frais, de demander à la fois la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire, de manière qu'il soit statué sur le tout par un même jugement.

N° 3. Par qui l'envoi en possession provisoire peut être demandé.

**336.** L'envoi provisoire peut être demandé par tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent. Pour déterminer quels ils

sont, il faut se reporter au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, c'est-à-dire au jour où il a donné le dernier signe de vie. En effet c'est à cette époque que l'absent sera considéré comme mort si on ne reçoit jamais de ses nouvelles. La fixation de toute autre époque eût été arbitraire.

L'envoi en possession pourra donc être obtenu :

1<sup>o</sup> *Par les héritiers présomptifs de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles*, c'est-à-dire par ceux qui auraient recueilli sa succession si elle s'était véritablement ouverte à cette époque. L'article 120 dit à ce sujet : « *Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens* » (on sait que ces premiers mots doivent être effacés, *supra* n<sup>o</sup> 335), « *ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles pourront, en vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration.* »

Sous le nom d'héritiers, la loi comprend ici non-seulement les héritiers légitimes de l'absent, mais aussi ses successeurs irréguliers. Il y a un texte en ce qui concerne le conjoint (art. 140), et il n'est pas douteux que les autres successeurs irréguliers, principalement les enfants naturels et l'État, aient aussi le droit de demander l'envoi en possession provisoire, le cas échéant.

Notre article accorde l'envoi en possession provisoire aux héritiers présomptifs de l'absent *au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles*, et non à ses héritiers présomptifs au jour où l'envoi est demandé. En d'autres termes, pour déterminer quels sont ceux auxquels l'envoi en possession provisoire doit être accordé, il faut supposer l'absent mort, non pas le jour où l'envoi en possession est demandé, mais le jour où il a donné le dernier signe de vie, c'est-à-dire le jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. C'est à celui qui était son héritier présomptif à cette époque que l'envoi provisoire devra être accordé, ou à ses successeurs s'il est décédé, car le droit à l'envoi s'est irrévocablement fixé sur sa tête. Exemple : au moment de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, son héritier présomptif était son conjoint, l'absent n'ayant alors, on le suppose, aucun parent au degré successible (art. 767); ce conjoint meurt avant la déclaration d'absence, laissant un frère pour héritier. Par qui l'envoi en possession provisoire pourra-t-il être obtenu? S'il devait être attribué à l'héritier présomptif au jour où l'envoi est demandé, c'est l'État qui l'obtiendrait (art. 768), puisque l'absent à cette époque n'a plus ni parent ni conjoint. Mais en vertu de notre principe on l'accordera à l'héritier du conjoint, son frère dans l'espèce, le beau-frère de l'absent, bien qu'il n'ait aucun titre personnel pour succéder à l'absent, parce que le droit à l'envoi provisoire s'est fixé irrévocablement sur la tête du conjoint dont il est héritier.

2<sup>o</sup> *Par les légataires.* On les mettra provisoirement en possession des biens qui leur ont été légués.

\* Si un légataire est mort depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, l'envoi en possession provisoire sera accordé à son héritier, car le droit à l'envoi s'est fixé sur la tête du légataire, par cela seul qu'il était vivant au moment du départ ou des dernières nouvelles (arg., art. 120 et 1039).

\* Mais comment saura-t-on quels sont les légataires de l'absent? On ouvrira son testament s'il est cacheté à la réquisition des intéressés ou du procureur de la République (art. 123).

\* 3° *Par les donataires* (art. 123). Il s'agit des donataires de biens à venir (art. 1082 et s.) et non des donataires de biens présents. En effet l'envoi en possession n'a lieu qu'au profit de ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent. Or le donataire de biens à venir est seul dans ce cas : le donataire de biens présents a un droit indépendant du décès du donateur (art. 894).

\* 4° *Par toutes les autres personnes qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès*; ce qui s'applique notamment :

a). *Au nu-propriétaire d'un bien dont l'absent était usufruitier.*

b). *Au donateur qui a donné un bien à l'absent avec stipulation du droit de retour.*

c). *Aux appelés à une substitution dont l'absent était grevé.*

**337.** Régulièrement les héritiers présomptifs de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles doivent obtenir d'abord l'envoi en possession de tous les biens composant le patrimoine de l'absent; puis ils délivrent sur leur demande aux autres intéressés, tels que les légataires, les biens particuliers sur lesquels ils ont des droits subordonnés au décès de l'absent. Cette marche qui est éminemment rationnelle, puisque les héritiers étant appelés à l'universalité des biens sont les contradicteurs naturels de tous ceux dont la prétention tend à distraire quelque chose de cette universalité, est indiquée par l'article 123 ainsi conçu : « *Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire, le testament, s'il en existe un, sera ouvert à la réquisition des parties intéressées, ou du procureur du Roi près le tribunal; et les légataires, les donataires, ainsi que tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès, pourront les exercer provisoirement, à la charge de donner caution.* »

Mais supposez que les héritiers présomptifs ne veuillent pas demander l'envoi en possession. Peut-être ont-ils leurs raisons pour ne pas agir; ils savent par exemple que le testament de l'absent les dépouille et ils se disent : à quoi bon nous donner de la peine pour le profit des légataires. Leur inaction va-t-elle tenir en échec les droits des autres intéressés? Ce serait certainement injuste. Mais hâtons-nous de dire que la loi ne consacre pas cette injustice. En effet les termes de l'article 123 ne sont pas restrictifs. Ce texte ne dit pas que les légataires et autres intéressés ne pourront exercer provisoirement leurs droits que lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession. Il porte simplement, statuant *de eo quod plerumque fit*, que, lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession, les autres intéressés devront s'adresser à eux pour obtenir l'exercice de leurs droits. Le cas qui nous occupe est ainsi resté en dehors des prévisions de la loi, parce qu'il est de nature à se présenter rarement, et il doit être résolu d'après les principes généraux. Or ces principes ne permettent pas que le droit qui nous appartient puisse être paralysé par le mauvais vouloir d'autrui. Comprendrait-on d'ailleurs que les légataires et autres intéressés, qui ont incontestablement le droit de demander la déclaration d'absence sans la participation des héritiers (*supra*, n° 330), eussent besoin de cette participation quand ils veulent obtenir l'envoi en possession provisoire qui est le fruit de la déclaration d'absence? Aussi cette solution triomphe-t-

elle en jurisprudence, et la doctrine l'accepte aussi, sauf quelques dissentiments. Voici la marche que les intéressés doivent suivre en pareil cas : ils mettront au moyen d'une sommation les héritiers en demeure de demander l'envoi, et si ceux-ci s'y refusent, ils s'adresseront à la justice pour obtenir d'elle l'exercice provisoire de leurs droits.

En procédant d'une manière analogue les légataires, ou du moins ceux qui se présument tels, pourraient, si les héritiers présomptifs refusent de demander l'envoi en possession, obtenir l'ouverture du testament de l'absent, bien que normalement l'envoi en possession des héritiers doive précéder cette ouverture (art. 123).

On est d'ailleurs d'accord pour penser qu'une mise en demeure préalable des héritiers légitimes ne serait plus nécessaire, s'il s'agissait d'un légataire universel saisi aux termes de l'article 1006. Il pourrait demander directement l'envoi en possession à son profit, car il est *heredis loco*.

**338.** A qui attribuera-t-on les fruits des biens de l'absent recueillis depuis son départ jusqu'à l'envoi en possession provisoire ? Ils doivent, en leur qualité d'accessoires, suivre le sort de la chose qui les a produits. On attribuera donc les fruits de la chose léguée au légataire, ceux de la chose dont l'absent était usufruitier au nu-propriétaire... Et remarquez que ces fruits sont attribués aux divers intéressés comme capital, par conséquent sauf restitution à l'absent s'il reparait. Aussi l'article 126 ordonne-t-il qu'il soit fait emploi de ces fruits.

#### N° 4. A quels biens s'applique l'envoi en possession provisoire ?

**339.** L'envoi en possession provisoire s'applique à tous les biens et seulement aux biens qui appartenaient à l'absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (art. 120). Il comprend donc tous les droits tant réels que personnels qui lui appartenaient alors, même les droits conditionnels.

\* La loi n'autorisant l'envoi en possession provisoire que relativement aux biens « qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles » (art. 120 et rubrique du chapitre II), il en résulte que l'envoi en possession provisoire ne s'appliquerait pas aux biens *qui sont sortis du patrimoine de l'absent*, et sur lesquels les envoyés peuvent avoir des droits subordonnés à son décès. De là nous tirerons deux conséquences qui toutes deux, la seconde surtout, sont contestées.

\* 1° Les envoyés en possession provisoire, quand ils sont héritiers réservataires de l'absent, ne peuvent pas demander la réduction des donations qu'il a faites, et qui excèdent la quotité disponible. Le donataire attaqué par l'action en réduction répondrait victorieusement : votre droit de demander la réduction de la donation qui m'a été faite par l'absent est subordonné au décès de celui-ci ; prouvez donc ce décès : *actori incumbit probatio*. Jusque-là vous devez être déclaré non recevable dans votre demande.—Inutilement les envoyés répliqueraient-ils que l'absent est présumé mort au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Comme le dit fort bien la Cour de cassation, cette présomption légale n'est écrite nulle part : l'absent n'est légalement réputé ni mort ni vivant (1). La jurisprudence est en ce sens (2) ainsi que la doctrine, sauf quelques dissentiments.

(1) Cass., 29 janvier 1879. Sir., 79. 1. 159.

(2) Caen, 24 février 1872. Sir., 72. 2. 241.

\* 2° Les héritiers présomptifs, envoyés en possession provisoire des biens laissés par l'absent, ne peuvent pas se demander respectivement le rapport des donations qu'ils ont reçues de l'absent sans clause de préciput. Les biens donnés par l'absent à l'un de ses héritiers présomptifs étaient définitivement sortis de son patrimoine quant à lui. Les cohéritiers du donataire n'en peuvent demander le rapport qu'à la condition de prouver le décès de l'absent, c'est-à-dire l'ouverture de sa succession. Les considérations d'équité qui militent en faveur du rapport ne sauraient empêcher l'application des principes. La doctrine en général se prononce en sens contraire.

#### N° 5. Des garanties de restitution établies par la loi au profit de l'absent.

**340.** Bien que la supposition du décès de l'absent soit assez vraisemblable lorsque l'absence est déclarée, son retour est cependant possible. En vue de cette éventualité qui, si elle se réalise, aura pour résultat d'obliger les envoyés en possession provisoire à la restitution des biens de l'absent, la loi devait organiser au profit de celui-ci certaines garanties. La loi nous a déjà dit (art. 120 et 123) que les envoyés en possession provisoire doivent fournir caution. A cette garantie l'article 126 en ajouta trois autres, savoir : l'inventaire, la vente du mobilier et l'emploi du prix et des fruits échus. Etudions-les successivement.

1° Les envoyés en possession provisoire doivent fournir *caution* (art. 120 et 123 *in fine*). Cette règle ne souffrirait exception qu'en ce qui concerne l'État, *fiscus semper solvendo censetur* ; elle s'appliquerait même aux enfants de l'absent.

La caution que doivent fournir les envoyés en possession provisoire est une caution légale : c'est la loi qui en établit l'obligation. Elle devrait donc satisfaire aux conditions exigées par les articles 2018 et 2019 (art. 2040).

A défaut de caution les envoyés en possession provisoire devraient être admis à fournir des sûretés équivalentes, savoir : un gage en nantissement suffisant (art. 2041) ou une hypothèque.

\* Mais qu'arrivera-t-il si un envoyé en possession provisoire ne peut pas trouver de caution et qu'il n'ait pas de sûretés équivalentes à offrir ? L'opinion générale admet l'application par analogie des mesures prescrites par les articles 602 et 603. Cette solution suppose que l'envoi en possession provisoire a été établi par la loi dans l'intérêt des envoyés plutôt que dans l'intérêt de l'absent. Si l'on admet au contraire qu'il a été organisé dans l'intérêt de l'absent plutôt que dans celui des envoyés, il faut dire que les articles 602 et 603 ne sont pas applicables et décider que l'intéressé qui ne peut pas fournir caution n'obtiendra pas l'envoi : il devra être accordé à celui ou à ceux qui sont appelés après lui s'ils offrent les garanties nécessaires, et, à défaut de toute personne intéressée pouvant offrir ces garanties, il y aurait lieu à la continuation des mesures provisoires prescrites par l'article 112.

2° *Inventaire*. La confection d'un inventaire est une garantie exigée par la loi de tous les administrateurs du bien d'autrui, même de ceux qu'elle n'oblige pas à fournir caution, par exemple du tuteur. L'article 126, al. 1, dit au sujet de l'inventaire : « *Ceux qui auront obtenu l'envoi*

» provisoire, ou l'époux qui aura opté pour la continuation de la communauté, devront faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur du Roi près le tribunal de première instance, ou d'un juge de paix, requis par ledit procureur du Roi. »

3<sup>o</sup> Vente du mobilier. « Le tribunal ordonnera s'il y a lieu de vendre tout ou partie du mobilier » (art. 126, al. 2). Le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour décider quels meubles doivent être vendus et quels autres conservés. Ordinairement il ordonnera la vente des meubles périssables, c'est-à-dire de ceux qui perdent beaucoup de leur valeur par l'effet du temps : l'absent a intérêt à les voir convertir en un capital dont il pourra être fait un emploi sûr et rémunérateur. La loi n'indique pas les formes dans lesquelles la vente doit avoir lieu. Toute latitude est donc laissée sur ce point au tribunal, qui ordonnera suivant les circonstances une vente à l'amiable ou aux enchères publiques.

4<sup>o</sup> Emploi du prix provenant de la vente du mobilier et des fruits échus. « Dans le cas de vente il sera fait emploi du mobilier ainsi que des fruits échus » (art. 126, al. 2). La loi gardant le silence en ce qui concerne le mode d'emploi des deniers et le délai dans lequel cet emploi devra être fait, on en conclut qu'il appartiendrait au tribunal de régler ces différents points.

**341.** Aux termes de l'article 126, al. final : « Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire pourront requérir pour leur sûreté qu'il soit procédé par un expert nommé par le tribunal à la visite des immeubles à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué en présence du procureur de la République ; les frais en seront pris sur les biens de l'absent. » C'est là une mesure organisée dans l'intérêt des envoyés plus que dans celui de l'absent ; aussi est-elle facultative. Elle a pour but de prévenir un procès entre l'absent de retour, qui soutiendrait que l'envoyé a reçu ses immeubles en bon état et qu'il doit les restituer tels, et l'envoyé qui prétendrait au contraire avoir reçu les immeubles en mauvais état.

Qu'arrivera-t-il si l'état dont il s'agit n'a pas été dressé ? Plusieurs auteurs décident que l'envoyé sera présumé avoir reçu les immeubles en bon état et devra les restituer tels. Ils induisent cette solution de l'article 1734 ainsi conçu : « S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire ». Mais il y a une raison puissante pour ne pas appliquer l'article 1734 au cas qui nous occupe : cet article établit une présomption légale, et il est de principe que les présomptions légales ne s'étendent pas d'un cas à un autre, surtout quand l'analogie fait défaut. Or c'est précisément ce qui arrive ici. Le locataire ayant le droit d'exiger que la chose louée lui soit délivrée en bon état (art. 1719), il n'aura très-probablement pas manqué de le faire. La loi devait donc supposer dans le doute qu'il a reçu la chose en bon état : *præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Au contraire, l'envoyé provisoire prend les biens dans l'état où il les trouve, c'est-à-dire presque toujours en mauvais état (*supra*, n<sup>o</sup> 333). Présumer qu'il les a reçus en bon état, ce

serait donc supposer le contraire de ce qui arrive ordinairement. Il faut en conclure que la preuve de l'état des biens, en cas de contestation entre l'absent de retour et l'envoyé, devra être faite conformément au Droit commun.

La loi nous dit que les frais faits en vue de constater l'état des immeubles seront pris sur les biens de l'absent (art. 126). Elle nous donne à entendre par là qu'il doit en être de même des frais occasionnés par l'inventaire et par la vente des meubles. Si la loi fait payer à l'absent les frais d'une mesure qui est prise dans l'intérêt des envoyés, à plus forte raison a-t-elle dû vouloir lui faire supporter les frais de mesures qui sont prises principalement ou même exclusivement dans le sien. D'ailleurs les envoyés sont par rapport à l'absent des mandataires, et l'article 1999 accorde au mandataire le remboursement de ses frais, même quand le mandat, comme dans l'espèce, est salarié.

#### N° 6. Effets de l'envoi en possession provisoire.

**342.** L'envoi en possession provisoire confère aux envoyés l'administration des biens de l'absent. La loi leur alloue à titre de rémunération la plus grande partie des revenus produits par ces biens. Enfin les envoyés doivent payer à l'Etat le droit de mutation, qu'ils paieraient si la succession de l'absent était réellement ouverte. Tels sont les effets de l'envoi en possession provisoire ; il faut les examiner successivement.

**343.** I. Les envoyés en possession provisoire sont chargés de l'administration des biens de l'absent. Aux termes de l'article 125 : « *La possession provisoire ne sera qu'un dépôt qui donnera à ceux qui l'obtiennent l'administration des biens de l'absent et qui les rendra comptables envers lui au cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles.* »

La possession provisoire ne sera qu'un DÉPÔT, dit la loi. Il serait facile de signaler de nombreuses différences entre le dépôt et la possession provisoire. Les deux principales consistent : 1° en ce que le dépositaire n'est pas chargé d'administrer la chose qui lui a été confiée à titre de dépôt, tandis que les envoyés administrent les biens dont la possession provisoire leur a été déférée; 2° en ce que le dépôt est gratuit de sa nature (art. 1917), tandis que l'administration provisoire est salariée et largement salariée (art. 127). Ce sont là des différences essentielles. Alors pourquoi la loi dit-elle que l'administration provisoire est un dépôt ? C'est pour qu'il soit bien entendu que l'envoyé en possession provisoire, de même que le dépositaire, possède à titre précaire. Il faut que les envoyés sachent qu'ils possèdent, non pour leur compte personnel, mais pour le compte de l'absent; il faut qu'ils le reconnaissent comme propriétaire; d'où résulte notamment cette conséquence que les envoyés en possession provisoire ne peuvent jamais prescrire contre l'absent par quelque laps de temps que ce soit (arg. art. 2236).

Peut-être aussi le législateur voyait-il une autre analogie entre le dépôt et la possession provisoire : de même que le dépôt a lieu dans l'intérêt du déposant et non du dépositaire, de même l'administration provisoire est organisée dans l'intérêt de l'absent bien plus que dans celui des envoyés. La loi, dans l'intérêt de l'absent dont

elle espère le retour malgré la déclaration d'absence, a recherché les meilleurs administrateurs de ses biens, et elle a cru devoir choisir à ce titre ceux qui ont des droits subordonnés à son décès et auxquels ces biens doivent revenir un jour s'ils ne leur appartiennent déjà. Mais ce n'est pas leur intérêt que la loi a principalement en vue.— On objecte que l'article 127 accorde aux envoyés en possession provisoire la portion la plus considérable des fruits produits par les biens de l'absent, les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou même la totalité suivant les cas. Cela prouve, dit-on, que la loi se préoccupe avant tout des intérêts des envoyés; quant à ceux de l'absent, elle ne les fait plus figurer qu'au deuxième plan. Comment expliquer autrement que la loi ait ainsi sacrifié les intérêts de l'absent à ceux des envoyés en leur attribuant une fraction des revenus hors de toute proportion avec le salaire dû à un administrateur? Mais on peut répondre qu'il fallait bien offrir des avantages aux envoyés pour les déterminer à se charger de l'administration des biens de l'absent, et c'est dans l'intérêt même de celui-ci que la loi s'est montrée généreuse à ses dépens : l'important après tout n'est-il pas que l'absent retrouve son capital intact? Voilà ce dont la loi s'est surtout préoccupée. L'absent retrouvera même son capital sensiblement augmenté, s'il reparaît avant l'envoi en possession définitif, puisque les envoyés lui restitueront une partie des fruits.

**344.** Si l'absent a laissé plusieurs héritiers présomptifs au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, ils ont tous droit à l'envoi provisoire. Comment se répartira entre eux l'administration des biens de l'absent? Les envoyés en possession provisoire devront diviser entre eux cette administration proportionnellement à leurs droits héréditaires; s'ils ne peuvent pas s'entendre, la justice règlera le différend. Il paraît difficile d'admettre, comme on le fait généralement, que les envoyés en possession provisoire puissent procéder à un partage de la propriété des biens de l'absent, partage qui deviendrait plus tard irrévocable par l'envoi en possession définitif. Comment un partage de propriété pourrait-il intervenir entre des administrateurs, entre des dépositaires? (art. 127.) L'article 129 d'ailleurs, en accordant à tous les ayant-droit, après l'envoi en possession définitif, le droit de demander le partage des biens de l'absent, ne suppose-t-il pas que ce droit n'existe pas auparavant?

\* **345** On demande si les envoyés en possession provisoire sont tenus de payer les dettes de l'absent, et dans le cas de l'affirmative s'ils en sont tenus *ultra vires* ou seulement *intra vires bonorum*. D'après l'opinion générale, les dettes de l'absent se divisent de plein droit entre les envoyés en possession provisoire; mais ils n'en sont tenus que *intra vires bonorum*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils détiennent, et cela sans qu'une acceptation sous bénéfice d'inventaire soit nécessaire. M. Laurent (t. II, p. 167) critique avec raison, ce nous semble, cette solution. En supposant, suivant l'opinion générale, que la succession de l'absent doive être considérée comme provisoirement ouverte par la déclaration d'absence, et les envoyés par suite comme des héritiers, comment admettre qu'ils puissent être traités comme héritiers bénéficiaires sans avoir accepté sous bénéfice d'inventaire? N'est-il pas plus logique de décider que les envoyés en possession provisoire ne sont pas autre chose que des dépositaires, des administrateurs (art. 127), et qu'ils doivent, comme tout administrateur, payer les dettes de l'absent, mais seulement bien entendu sur ses biens. Trouve-t-on dans la loi des traces de cette fiction qu'on invoque dans l'opinion commune et d'après laquelle la succession de l'absent est réputée provisoirement ouverte?

**346.** Quels sont maintenant les pouvoirs des envoyés en possession provisoire relativement aux biens dont la possession leur a été déférée?

Ce sont les pouvoirs qui appartiennent à tout administrateur du bien d'autrui en général. Ainsi les envoyés en possession provisoire peuvent et doivent :

1° Faire tous les actes conservatoires des biens de l'absent; par exemple interrompre les prescriptions qui peuvent courir contre lui (l'absence n'est pas une cause de suspension de la prescription); toucher les capitaux dûs à l'absent; faire exécuter toutes les réparations qui peuvent être nécessaires sans distinction entre les grosses réparations, celles d'entretien et les réparations locatives.

2° Donner à bail les biens de l'absent. La loi ne contenant aucune disposition relativement à la durée des baux faits par les envoyés, ils devront se conformer sur ce point aux règles prescrites par les articles 1429 et 1430, qui forment, on peut le dire, le Droit commun en cette matière (V. art. 481, 595, 1718).

3° Placer les capitaux de l'absent.

4° Défendre à toutes les actions intentées contre lui. L'article 134 dit à ce sujet: « *Après le jugement de déclaration d'absence, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens ou qui auront l'administration légale.* »

Les envoyés en possession provisoire peuvent-ils intenter les actions qui appartiennent à l'absent? En ce qui concerne les actions mobilières, on leur reconnaît le droit de les exercer, car ce droit appartient à tout administrateur en général (arg. des art. 464, 482, 1428). Restent les actions immobilières au sujet desquelles il y a controverse. L'exercice de ces actions est en général refusé aux administrateurs (art. 464, 482, 1428). Il semblerait donc qu'on dût le refuser aux envoyés en possession, que du moins l'exercice de ces actions ne dût leur être accordé qu'avec l'autorisation de la justice. C'est l'avis de plusieurs auteurs. L'opinion contraire nous paraît préférable. En effet, aux termes de l'article 847, les envoyés en possession provisoire peuvent exercer l'action en partage qui appartiendrait à l'absent. Cela implique qu'ils ont l'exercice de toutes les autres actions, même immobilières; car l'action en partage est une de celles dont la loi accorde le plus difficilement l'exercice. On pourrait même citer un administrateur, le mari dotal, qui a l'exercice de toutes les actions, sauf de l'action en partage (arg., art. 847 et 1549). Donc quand la loi accorde l'exercice de cette dernière action, elle accorde implicitement l'exercice de toutes les autres.

**347.** Mais si les envoyés en possession provisoire ont qualité pour accomplir tous les actes d'administration, l'exercice des actes de disposition leur est interdit. Ainsi les envoyés ne peuvent pas :

1° Aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. « *Tous ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire ne pourront aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent* » (art. 128).

Ce texte ne parlant que des immeubles, il semble en résulter par argument *a contrario* que les envoyés en possession provisoire peuvent aliéner les meubles de l'absent. C'est l'avis de quelques auteurs. Nous préférons le sentiment contraire.

L'argument *a contrario*, on le sait, est en général peu probant. Ici il n'a presque aucune valeur, parce que le silence de l'article 128 en ce qui concerne les meubles reçoit une explication; le législateur n'en a pas parlé dans cette disposition, parce qu'il s'en est déjà occupé ailleurs et dans un texte où il semble refuser aux envoyés le droit d'aliénation. C'est l'art. 126, al. 2, où il dit : « Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier. » N'est-ce pas dire implicitement que les envoyés ne peuvent pas vendre les meubles sans l'autorisation de la justice? Quand la justice ordonne, ainsi qu'elle en a le droit, que telle partie du mobilier soit vendue, elle ordonne bien implicitement que le reste soit conservé. D'ailleurs, d'une manière générale, les administrateurs n'ont point en cette seule qualité le droit de vendre le mobilier, et il faudrait un texte bien précis pour qu'une autre règle dût s'appliquer aux envoyés en possession provisoire.

Il est bien entendu que l'absent devrait respecter les aliénations de meubles consenties par les envoyés au profit d'acquéreurs qui seraient en situation d'invoquer la maxime : en fait de meubles possession vaut titre (art. 2279).

Il peut être nécessaire dans certaines circonstances d'aliéner des biens appartenant à l'absent ou d'emprunter de l'argent avec hypothèque sur ses biens. Par exemple l'absent a des dettes dont il doit l'intérêt à 5 %, et son patrimoine ne comprend que des immeubles qui rapportent 2 %. Il est urgent d'aliéner une partie des immeubles pour payer les dettes; autrement la ruine est imminente. Ou bien de grosses réparations sont indispensables pour la conservation d'un immeuble appartenant à l'absent, et celui-ci n'a pas de capitaux. Il faut nécessairement, pour se procurer les fonds nécessaires, ou vendre une partie des immeubles ou emprunter sur hypothèque. Comment y parvenir? L'article 126 permet à la justice d'autoriser la vente des meubles de l'absent. D'un autre côté l'article 2126 lui permet d'autoriser les envoyés à contracter un emprunt sur hypothèque. De là à décider que la justice peut aussi autoriser en cas de besoin l'aliénation des immeubles, il n'y a qu'un pas, et il faut le faire sans hésiter.

2° Les envoyés en possession provisoire ne pourraient pas transiger sur des droits appartenant à l'absent, acquiescer à une demande immobilière, accepter ou répudier une succession échue à l'absent avant sa disparition ou ses dernières nouvelles; du moins ils ne pourraient pas accomplir ces actes sans l'autorisation de la justice, parce qu'ils excèdent le mandat d'un administrateur.

\* **348.** De quelle diligence les envoyés en possession provisoire sont-ils tenus dans la gestion des intérêts de l'absent? En d'autres termes, de quelles fautes sont-ils responsables dans leur administration? Un parti important dans la doctrine les déclare responsables seulement des fautes graves. On induit cette solution de l'article 804, aux termes duquel l'héritier bénéficiaire « n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il s'est chargé. » Il est incontestable qu'il existe une certaine analogie entre la situation de l'héritier bénéficiaire et celle des envoyés en possession provisoire. Il y a une différence cependant, et elle est capitale : l'héritier bénéficiaire administre des biens qui sont certainement à lui, tandis que les envoyés en possession provisoire administrent un patrimoine qui peut être encore la propriété de l'absent. Cela suffit, ce semble, pour qu'on ne puisse pas appliquer aux envoyés en possession provisoire la disposition qui détermine la responsabilité de l'héritier bénéficiaire, d'autant plus qu'elle déroge au Droit commun. Les envoyés en possession provisoire seront donc responsables conformément au Droit commun de la *culpa levis in abstracto* (art. 1437). Cpr. art. 1927, 1928 et 1992.

**349.** Les actes, valablement accomplis par les envoyés en possession provisoire dans les limites de leur mandat d'administrateur, sont opposables à l'absent de retour. Ainsi l'absent ne pourrait pas former tierce opposition (Pr., art. 474) aux jugements rendus contre les envoyés en possession provisoire dans les procès où il a été valablement représenté par eux. Au contraire l'absent de retour pourrait critiquer les actes accomplis par les envoyés en possession provisoire en dehors des limites de leur mandat. *Qui excessit fines mandati aliud quid facere videtur.*

**350.** II. Aux termes de l'article 127 : « *Ceux qui, par suite de l'envoi* » provisoire ou de l'administration légale, auront joui des biens de l'absent, ne seront tenus de lui rendre que le cinquième des revenus, s'il reparaît avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition ; et le dixième s'il ne reparaît qu'après les quinze ans. — Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartiendra ».

Faisons sur ce texte trois remarques préliminaires :

1° Les fruits que la loi permet ici aux envoyés de conserver en partie ou en totalité, suivant les cas, sont ceux perçus depuis l'envoi en possession provisoire. Quant aux fruits perçus auparavant, notre article ne s'en occupe pas ; nous savons qu'ils doivent être attribués aux envoyés *comme capital*, ce qui implique l'obligation de les restituer en totalité à l'absent s'il reparaît.

2° La portion de fruits attribuée aux envoyés en possession provisoire est calculée par la loi proportionnellement à la durée de l'absence, et non proportionnellement à celle de la gestion des envoyés.

3° Enfin le calcul, qui sert de base à la répartition opérée par l'article 127, doit s'effectuer sur la valeur des fruits, déduction faite des frais correspondants, tels que les frais de culture, de conservation des récoltes..., et aussi les frais occasionnés par les réparations d'entretien qui sont charge de fruits (arg., art. 602). La loi emploie le mot *revenu*, or c'est seulement l'excédant des produits sur les dépenses qui constitue le *revenu* ou revenu net. Il n'y aurait pas lieu d'imputer sur les fruits les sommes dépensées pour les grosses réparations, car elles sont charge du capital et doivent rester à ce titre au compte de l'absent.

**351.** Cela posé, voici comment la loi règle les droits respectifs de l'absent et des envoyés en ce qui concerne les fruits.

a). L'absent reparaît avant quinze ans depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles. — Les envoyés n'auront à lui restituer qu'un cinquième des fruits par eux perçus depuis l'envoi provisoire : ils garderont par conséquent les quatre cinquièmes.

b). L'absent reparaît après quinze ans depuis son départ ou ses derniè-

res nouvelles. — Les envoyés n'auront à lui restituer qu'un dixième des fruits par eux perçus depuis l'envoi provisoire, même de ceux perçus avant les quinze ans : ils garderont par conséquent les neuf dixièmes.

Si l'envoi en possession provisoire n'a été prononcé qu'après quinze ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, les envoyés commenceront de suite à n'être comptables envers l'absent que d'un dixième des fruits.

c). « Après trente ans d'absence », dit la loi, les envoyés en possession provisoire pourront conserver la totalité des revenus par eux perçus. Ils n'auront donc à restituer à l'absent aucune portion des revenus perçus depuis l'envoi provisoire, même avant les trente ans.

Quel est le point de départ de ces trente ans ? Il s'élève quelques difficultés à ce sujet. On a prétendu que les trente ans d'absence dont il est parlé dans l'article 127 signifient les trente ans écoulés à compter de la déclaration d'absence, car l'absence proprement dite ne commence qu'à la déclaration d'absence. Mais nous savons que le langage de la loi en matière d'absence n'est pas toujours d'une précision rigoureuse. On s'expliquerait d'ailleurs difficilement que chacune des trois périodes prévues par l'article 127 n'eût pas le même point de départ, savoir la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent. Enfin on remarquera que c'est aux envoyés en possession provisoire que la loi fait l'attribution des fruits après trente ans d'absence ; or, si la loi avait entendu donner pour point de départ aux trente ans la déclaration d'absence, elle aurait dû attribuer les fruits aux envoyés en possession définitive, car après trente ans depuis la déclaration d'absence il y a lieu à l'envoi en possession définitif, et il n'est pas probable que les envoyés en possession provisoire négligent de le demander ; ils y ont le plus grand intérêt. Aussi admet-on généralement que ces mots « après trente ans d'absence » signifient : *après trente ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent.*

On le voit, la portion de fruits que la loi alloue aux envoyés en possession provisoire est considérable, si considérable qu'il est impossible de la regarder comme constituant exclusivement le salaire de l'administration dont ils sont chargés. En dotant si largement l'envoi en possession provisoire, la loi a voulu, dans l'intérêt même de l'absent, engager ceux auxquels cet envoi est offert à le demander. Elle a tenu compte aussi de la propension si naturelle qu'ont les envoyés à se considérer comme propriétaires des biens de l'absent et par suite à dépenser les revenus qu'ils perçoivent. On aurait souvent ruiné les envoyés en les obligeant à restituer une portion considérable des revenus qu'ils ont touchés pendant de longues années et le plus souvent dépensés. Et comme chaque jour qui s'écoule sans nouvelles rend le retour de l'absent moins probable, et que par suite à mesure que l'absence se prolonge les envoyés doivent être de plus en plus disposés à dépenser les revenus qu'ils perçoivent, il est tout simple que la loi fasse décroître avec le temps la portion des fruits qu'elle réserve à l'absent.

**352.** III. Aux termes de l'article 40 de la loi du 28 avril 1816 : « Les héritiers, légataires et tous autres appelés à exercer des droits subordonnés au décès d'un in-

dividu dont l'absence est déclarée, sont tenus de faire, dans les six mois du jour de l'envoi en possession provisoire, la déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils étaient appelés par l'effet de la mort, et d'acquitter les droits sur la valeur entière des biens ou droits qu'ils recueillent. En cas de retour de l'absent, les droits payés seront restitués sous la seule déduction de celui auquel aura donné lieu la jouissance des héritiers. »

La succession de l'absent n'est pas ouverte par l'envoi en possession provisoire (arg., art. 748). Régulièrement donc les envoyés ne devraient pas payer au fisc le droit de mutation par décès; il a fallu une loi spéciale pour les y obliger. Cette loi se justifie par cette considération que la plupart du temps l'envoi provisoire devient définitif, le sort de l'absent demeurant toujours ignoré, et que rarement par suite les envoyés en possession provisoire sont troublés dans la paisible possession des biens de l'absent. On a donc pu, au point de vue fiscal, les considérer dès à présent comme héritiers, sauf à leur restituer plus tard, si l'absent reparaît, les droits qu'ils se trouveront avoir indûment payés.

#### N° 7. Des événements qui mettent fin à l'envoi en possession provisoire.

**353.** La possession provisoire prend fin :

1° Par le retour de l'absent ;

2° Par la réception de ses nouvelles. « *Si l'absent reparaît ou si son existence est prouvée pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement qui aura déclaré l'absence cesseront; sans préjudice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au chapitre I<sup>er</sup> du présent titre pour l'administration de ses biens* » (art. 131).

Dans ces deux premiers cas, les envoyés cessent d'avoir droit aux fruits pour l'avenir, et sont tenus de restituer à l'absent de retour ses biens augmentés s'il y a lieu de la portion des revenus déterminée par l'article 127.

3° Par le décès prouvé de l'absent. On règle alors définitivement la succession de l'absent en se reportant à l'époque de son décès. De là il résulte que les envoyés en possession provisoire pourront avoir à restituer les biens de l'absent à ceux qui, n'étant pas ses héritiers présomptifs lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, avaient cette qualité lors de son décès prouvé. « *La succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit de ses héritiers les plus proches à cette époque; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent seront tenus de les restituer sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127* » (art. 130). Exemple : l'envoi en possession provisoire a été obtenu par le conjoint de l'absent à défaut de parents; le conjoint meurt, puis on apprend que l'absent lui-même est mort à une époque postérieure au décès de son conjoint; les héritiers du conjoint devront restituer les biens de l'absent à l'Etat qui est héritier au jour du décès prouvé.

4° Par l'envoi en possession définitif, dont nous traiterons plus loin.

#### II. Droit d'option accordé au conjoint de l'absent.

**354.** Aux termes de l'article 124 : « *L'époux commun en biens, s'il opte*

» pour la continuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi provi-  
 » soire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition  
 » du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'adminis-  
 » tration des biens de l'absent. Si l'époux demande la dissolution provi-  
 » soire de la communauté, il exercera ses reprises et tous ses droits légaux  
 » et conventionnels, à la charge de donner caution pour les choses suscep-  
 » tibles de restitution. — La femme, en optant pour la continuation de la  
 » communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite. »

L'absent était marié sous le régime de la communauté; son conjoint est présent; l'absence est déclarée. Telle est l'hypothèse que prévoit notre article. S'il n'existait pas, voici ce qui arriverait nécessairement. La communauté serait provisoirement considérée comme dissoute au jour du départ ou des dernières nouvelles de l'absent, et liquidée d'après son état à cette époque. Puis le conjoint présent serait admis à exercer provisoirement ses droits tant dans la communauté ainsi liquidée que sur les biens personnels de l'absent. Le surplus des biens de la communauté représentant la part de l'absent, ainsi que tous les autres biens personnels de celui-ci, seraient provisoirement attribués à ses héritiers présomptifs au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles et à tous autres ayant des droits subordonnés à son décès (art. 120 et 123). Si le conjoint présent veut accepter ce résultat, il en a le droit. Mais la loi lui permet de l'écarter en optant pour la continuation de la communauté. S'il prend ce dernier parti, la communauté sera provisoirement considérée comme existant encore; en conséquence, il conservera ou prendra l'administration des biens de la communauté et aussi des biens personnels de l'absent qui n'étaient point entrés en communauté.

L'époux présent commun en biens a donc un droit d'option dont voici les deux termes : dissolution provisoire de la communauté, continuation provisoire de la communauté. Le conjoint présent restant enfermé dans les liens du mariage tant que le décès de l'absent n'est pas prouvé (art. 139 et 227), la justice exigeait qu'il pût demander le maintien de ses conventions matrimoniales, sur la foi desquelles le mariage a été contracté. Puisqu'on lui oppose son mariage comme faisant obstacle à la création d'un nouveau lien, il doit pouvoir l'invoquer en tant qu'il est pour lui la source d'avantages pécuniaires. D'ailleurs le droit certain de l'époux présent devait être préféré au droit « incertain et précaire » des héritiers présomptifs. Enfin l'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté a pour résultat de concentrer dans ses mains l'administration de tous les biens de l'absent, qui sans cela serait peut-être divisée et morcelée entre de nombreux ayant-droit au grand préjudice des biens de l'absent. Voilà plus de raisons qu'il n'en faut pour justifier le droit d'option accordé au conjoint présent marié sous le régime de la communauté.

**355.** Ce qui peut surprendre, c'est que la loi limite sa faveur au cas où l'époux présent est « commun en biens », c'est-à-dire marié sous le régime de la communauté, car il y avait exactement les mêmes raisons pour la lui accorder dans tous les cas. En effet, quel que soit le régime nuptial auquel il est soumis, l'époux présent peut avoir intérêt au maintien provisoire de ses conventions matrimoniales. Ainsi, sous le régime dotal, le mari dont la femme est déclarée absente peut avoir intérêt à la continuation du régime sur la foi duquel il a contracté et qui lui donne le droit de jouir de tous les biens dotaux de son épouse (art. 1549). Il est pourtant impossible, vu le caractère exceptionnel et tout de faveur de la disposition dont il s'agit, de l'étendre en dehors du cas prévu par la loi. L'interprète a le droit de le regretter et de solliciter sur ce point une réforme législative; mais il ne lui est pas permis de corriger l'œuvre imparfaite de la loi.

S'il ne faut pas étendre au-delà de ses justes limites la disposition de l'article 124, il ne faut pas non plus en restreindre arbitrairement la portée. L'article devra donc être appliqué, toutes les fois qu'il y a communauté de biens entre les époux (la loi dit « l'époux commun en biens... »), non-seulement par conséquent lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, mais aussi lorsqu'ils sont mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts.

**356.** La loi suppose que l'époux présent exerce son droit d'option avant que l'envoi provisoire soit accordé (argument de ces mots : et empêcher l'envoi provisoire). C'est en effet ce qui arrivera le plus souvent. Mais supposer n'est pas disposer, et on est d'accord pour décider que, la loi n'ayant fixé aucun délai au conjoint, il pourrait exercer son droit d'option même après l'envoi provisoire et le faire ainsi cesser.

La loi n'indique pas non plus la forme dans laquelle doit être exercé le droit d'option, et de là il résulte qu'aucune forme particulière n'est requise. Il suffira que l'époux ait manifesté sa volonté d'une manière quelconque, même tacitement.

Cela posé, étudions successivement les deux termes de l'option accordée à l'époux présent.

**357. A. L'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté.** — Quand l'époux prend ce premier parti, la communauté est réputée dissoute à partir du jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. Elle doit être provisoirement liquidée d'après son état à cette époque, et l'époux présent exerce provisoirement, tant sur les biens de cette communauté que sur les biens personnels de l'absent qui n'étaient point entrés en communauté, « *tous ses droits légaux et conventionnels* » (art. 124).

*Tous ses droits légaux.* L'époux présent aura donc droit à la reprise de ses propres, au paiement des indemnités qui lui sont dues par la communauté et à sa moitié des biens communs.

*Tous ses droits conventionnels.* Ainsi l'époux présent pourra réclamer provisoirement le bénéfice des donations que l'absent lui a faites sous condition de survie. De même il pourra exercer provisoirement le droit de préciput que son contrat lui accorde, ou le droit qu'il a stipulé

dans ce même contrat de prendre une part de la communauté plus forte que la moitié...

L'époux présent qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté est tenu « de donner caution pour les choses susceptibles de restitution » (art. 124). La femme devra donc donner caution pour tout ce qu'elle prend, même pour ses biens personnels, à l'exception de ceux dont son mari n'avait pas l'administration et la jouissance; car, sauf ces derniers biens elle devra tout restituer à son mari s'il reparaît. Quant au mari, il doit certainement caution pour les biens qu'il prend en qualité de légataire de sa femme ou de donataire de celle-ci sous condition de survie; il y aura lieu en effet à la restitution de ces biens par les héritiers du mari, s'il vient à être prouvé que la femme lui a survécu. Mais le mari ne devrait pas caution pour ses biens personnels, à la restitution desquels il ne peut être tenu en aucun cas, ni même, suivant l'opinion générale, pour la portion des biens de la communauté qui lui est provisoirement attribuée.

L'époux présent qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté n'a que les pouvoirs d'un envoyé en possession provisoire, c'est-à-dire d'un administrateur, sur tous les biens qui lui ont été attribués par suite de l'exercice provisoire de ses droits et qui sont sujets à restitution. L'obligation que la loi lui impose de fournir caution prouve bien qu'elle le considère seulement comme un administrateur et non comme un propriétaire.

Cela posé, il semble que l'époux présent qui opte pour la dissolution de la communauté devrait être tenu de faire inventaire. Cette obligation n'incombe-t-elle pas, en règle générale, à tout administrateur du bien d'autrui? Ne voyons-nous pas la loi l'imposer même à certains administrateurs, desquels elle n'a pas cru devoir exiger une caution, par exemple au tuteur? — Ces raisons sont graves; mais sont-elles suffisantes en présence du texte de l'article 126, qui n'assujettit à l'obligation de faire inventaire que l'époux *qui a opté pour la continuation de la communauté*, et semble par suite en dispenser celui qui a opté pour la dissolution?

**358. B.** *L'époux présent opte pour la continuation provisoire de la communauté.* — Quand l'époux présent prend ce parti, le régime matrimonial sous la foi duquel son union a été contractée est provisoirement maintenu.

Cette option produit deux effets :

1° Elle empêche l'envoi en possession provisoire au profit des héritiers présomptifs de l'absent et aussi l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à son décès.

Il est facile de justifier la préférence accordée au conjoint présent sur les héritiers présomptifs de l'absent et même sur les légataires et les héritiers contractuels de celui-ci; le droit certain du conjoint présent, résultant de son contrat de mariage, devait primer le droit incertain et éventuel des héritiers et légataires de l'absent. Mais la loi mérite d'être critiquée en tant qu'elle préfère le conjoint présent aux

autres intéressés qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent, tel que le nu-propriétaire d'un bien dont l'absent était usufruitier; car les intéressés dont il s'agit ont eux aussi un droit certain, et on s'explique difficilement que l'exercice de leur droit puisse être paralysé, pendant un temps qui sera peut-être fort long, par l'option de l'époux présent pour la continuation provisoire de la communauté. Quoi qu'il en soit, *statuit lex*.

2° L'époux présent qui a opté pour la continuation provisoire de la communauté peut « *prendre ou conserver* par préférence l'administration des biens de l'absent ». Cette administration est dite *légal*e, parce qu'elle dérive de la loi.

**PRENDRE l'administration.** Ces mots font allusion à la femme. Elle *prendra* l'administration qui appartenait à son mari. Or cette administration s'appliquait aux biens personnels du mari, aux biens de la communauté et aux biens personnels de la femme, la plupart du temps au moins. En ce qui concerne les biens du mari, on doit remarquer que la femme en prend l'administration dans tous les cas où elle opte pour la continuation de la communauté, même quand elle est mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts. La loi dit qu'elle prend l'administration *des biens de l'absent* et non pas seulement des biens de la communauté. Ce point a été contesté à tort.

La femme, relativement aux biens dont elle prend l'administration, n'a pas d'autres pouvoirs que ceux d'un envoyé en possession provisoire. Elle aurait donc besoin de l'autorisation de la justice pour aliéner ou pour hypothéquer ces biens (Cpr. art. 222 et 1427). Mais la femme n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour chaque acte d'administration qu'elle veut accomplir; cette exigence rendrait sa gestion impossible. Le jugement qui l'autorise à administrer l'autorise par cela même d'une manière générale à accomplir tous les actes qui dépendent de l'administration. Et toutefois il faut en excepter le cas où la femme voudrait ester en justice relativement à des actes d'administration: une autorisation spéciale lui serait alors nécessaire. Cpr. art. 223, 1536, 1576.

**CONSERVER l'administration.** Cela fait allusion au mari. Avant la disparition de la femme, il administrait (outre ses biens propres) les biens personnels de sa femme et les biens de la communauté. Cette administration il la conserve, dit la loi. Dire qu'il conserve l'administration, c'est dire qu'il continue à l'exercer comme autrefois, avec les mêmes pouvoirs. Le mari conservera donc sur les biens de la femme les droits que lui accordent les articles 1428 et suivants et sur ceux de la communauté les pouvoirs déterminés par les articles 1421 et s. Par conséquent les actes de disposition à titre onéreux accomplis par le mari relativement aux biens de la communauté, et même les actes de disposition à titre gratuit dans les limites fixées par l'article 1422 seront valables,

quoi qu'il arrive, par application de ce principe que les actes faits conformément à la loi doivent être validés.

Il peut se faire que la femme ait des biens personnels dont elle s'était réservé, par une clause de son contrat, l'administration et la jouissance. Le mari *prendra* l'administration de ces biens. Mais ses pouvoirs ne dépasseraient pas en ce cas ceux d'un envoyé en possession provisoire.

**359.** La loi impose à l'époux présent qui opte pour la continuation de la communauté, que ce soit le mari ou la femme, l'obligation de faire inventaire (art. 126, al. 1<sup>er</sup>). Cet inventaire doit s'appliquer, non-seulement aux biens personnels de l'absent, mais aussi aux biens de la communauté qui sont d'ailleurs, à bien prendre, des biens de l'absent, puisque celui-ci en est copropriétaire.

Rationnellement, l'époux qui opte pour la continuation provisoire de la communauté devrait fournir caution, au moins pour les biens sujets à restitution dont il prend ou conserve l'administration; mais il est difficile de lui imposer cette obligation dans le silence des textes, silence qu'on ne peut guère mettre sur le compte d'un oubli; car l'article 124 parle de la caution, et ne l'exige que de l'époux qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté? Relativement aux garanties à fournir par l'époux présent, suivant le sens dans lequel il exerce son droit d'option, la loi paraît avoir été rédigée avec une grande légèreté: elle soumet l'époux qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté à l'obligation de fournir caution, mais non à celle de faire inventaire; elle exige au contraire l'inventaire, mais non la caution, de l'époux qui opte pour la continuation provisoire de la communauté. Tout cela n'est pas bien concordant.

**360.** Aux termes de l'art. 124, al. final: « La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conserve le droit d'y renoncer ensuite. » C'était utile à dire; autrement on aurait pu penser qu'en optant pour la continuation provisoire de la communauté, la femme se mettait dans l'impossibilité d'y renoncer plus tard. En effet cette faculté de renonciation lui a été principalement accordée pour ce motif qu'elle ne doit pas être forcée de subir les conséquences d'une gestion qui est entièrement l'œuvre de son mari (art. 1421). Cette raison n'existant pas, ou n'existant plus qu'en partie, quand la femme opte pour la continuation de la communauté, puisqu'elle prend alors l'administration des biens communs, on aurait peut-être été tenté de décider, si la loi ne s'en était pas expliquée, que la femme perd le droit de renoncer à la communauté et de répudier ainsi les conséquences d'une gestion qui lui est personnelle au moins pour partie. La loi a condamné par avance cette solution, parce qu'elle considère la faculté de renoncer comme essentielle (art. 1453).

**361.** La continuation provisoire de la communauté résultant de l'option de l'époux présent et l'administration légale qui en est la conséquence prennent fin :

1<sup>o</sup> *Par la preuve acquise de l'existence de l'absent.* Alors la communauté a duré en réalité depuis la disparition de l'absent et dure encore, et il y a lieu de pourvoir à son administration suivant les termes du Droit commun (art. 1421 et s.).

2<sup>o</sup> *Par la preuve acquise du décès de l'absent.* On liquide alors la communauté, et on la partage d'après l'état de choses existant à l'époque du décès.

3° *Par l'envoi en possession définitif*, qui peut être obtenu trente ans après que l'époux présent a pris l'administration des biens de l'absent ou cent ans après la naissance de ce dernier (art. 129). Alors l'absent est réputé mort, et par suite la communauté dissoute, du jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. C'est d'après l'état de choses existant à cette époque qu'on la liquide et qu'on la partage, sauf à revenir sur ce qui a été fait si l'absent reparait ou si l'on apprend l'époque de son décès.

4° *Par la mort du conjoint présent*. Dans ce cas comme dans le précédent, la communauté est réputée dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. Elle devra donc être liquidée d'après l'état de choses existant à cette époque. Puis les héritiers du conjoint absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, et ceux de l'autre conjoint, obtiendront respectivement l'envoi en possession pour les parts attribuées à leurs auteurs.

5° *Par la volonté de l'époux présent* qui, après avoir opté pour la continuation de la communauté, renonce ensuite à cette continuation. C'est un droit pour lui ; car la faculté de demander la continuation de la communauté est une faveur que la loi lui accorde, et il est libre d'y renoncer pour en revenir au Droit commun. S'il le fait, la communauté sera réputée dissoute à dater de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, et il sera procédé comme dans le cas précédent.

L'époux qui aurait opté pour la dissolution de la communauté ne pourrait pas ensuite, changeant d'avis, opter pour la continuation ; car son option pour la dissolution a fait naître au profit des intéressés des droits qu'il ne doit plus pouvoir leur ravir.

**362.** L'époux administrateur légal est assimilé par la loi à un envoyé en possession provisoire en ce qui concerne l'acquisition des fruits (art. 127). Il gagnera donc les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou la totalité des fruits qu'il percevra, suivant les distinctions établies en l'article 127. Quant à la portion de fruits qu'il n'a pas le droit de conserver, il la restituera avec les biens auxquels ils sont afférents à ceux à qui la restitution de ces biens est due.

Tous les auteurs critiquent l'assimilation que l'article 127 établit entre l'époux administrateur légal et les envoyés en possession provisoire au point de vue de l'acquisition des fruits. Chaque jour qui s'écoule sans nouvelles rend plus probable le décès de l'absent, et fortifie ainsi les espérances des envoyés en possession provisoire, en rendant leurs droits plus certains. Il est donc tout naturel que la portion de fruits que la loi leur alloue augmente avec le temps, c'est-à-dire avec leur bonne foi. Toute autre est la situation du conjoint administrateur légal. Son droit devient de plus en plus incertain, à mesure que l'existence de l'absent devient plus problématique. De jour en jour il voit s'approcher l'époque où son administration légale devra prendre fin par suite de l'envoi définitif, qui sera prononcé quand sera perdu tout espoir du retour de l'absent. Logiquement donc ses droits aux fruits auraient dû diminuer plutôt qu'augmenter avec le temps.

## § III. — De l'envoi en possession définitif.

N° 4. Quand il y a lieu à l'envoi en possession définitif.

**363.** Nous voici arrivés à la troisième période de l'absence. L'article 129 va nous dire quels sont les événements qui lui donnent ouverture : « *Si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les cautions seront déchargées; tous les ayant-droit pourront demander le partage des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession définitif par le tribunal de première instance.* »

On voit qu'il y a lieu à l'envoi en possession définitif dans deux cas :

1° Quand il s'est écoulé trente ans sans nouvelles de l'absent depuis l'envoi provisoire ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun en biens a pris l'administration des biens de l'absent.

Malgré les termes si précis de l'article 129, qui fixe le point de départ des trente ans, après lesquels l'envoi définitif peut être obtenu, *au jour de l'envoi provisoire* ou bien *à celui où le conjoint de l'absent a pris l'administration de ses biens*, la plupart des auteurs enseignent que les trente ans courent du jour de la déclaration d'absence, c'est-à-dire du jour où l'envoi AURAIT PU être obtenu, du jour où l'époux présent AURAIT PU prendre l'administration des biens. On en donne principalement pour raison que la loi a dû confondre dans sa pensée, la déclaration d'absence et l'envoi provisoire, comme elle paraît l'avoir fait en sens inverse dans l'art. 860, Pr., parce que l'un est la conséquence de l'autre, et que la plupart du temps d'ailleurs l'envoi provisoire est demandé en même temps que la déclaration d'absence. On ajoute que la probabilité du décès de l'absent est toujours aussi forte après trente ans écoulés sans nouvelles depuis la déclaration d'absence, quelle que soit d'ailleurs l'époque à laquelle l'envoi provisoire a été demandé et alors même qu'il ne l'aurait pas été. Ces motifs sont-ils suffisants pour prévaloir contre le texte si précis de l'article 129?

2° S'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent.

Il n'est pas nécessaire en ce cas que l'envoi provisoire ait été obtenu; mais au moins faut-il que la déclaration d'absence ait été prononcée. D'ailleurs les intéressés pourraient, le cas échéant, demander en même temps et obtenir en vertu d'un seul et même jugement la déclaration d'absence et l'envoi définitif tout à la fois.

**364.** Quand il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire, ce qui fait au moins trente-cinq ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent (*supra*, n° 331), ou quand il s'est écoulé cent ans révolus depuis sa naissance, la probabilité du décès de l'absent équivaut presque à une certitude; aussi la loi va-t-elle organiser pendant cette période de l'absence un régime dans lequel les intérêts de l'absent sont presque oubliés, j'allais dire sacrifiés. D'ailleurs, à supposer que l'absent vive encore, serait-il bien fondé à se plaindre des mesures qui vont être prises contre lui? Ne sont-elles pas la conséquence de son impar-

donnable négligence? Puisqu'il a oublié tout le monde en ne donnant de ses nouvelles à personne, ne doit-il pas s'attendre à être oublié à son tour?

Le plus souvent, l'envoi en possession définitif est obtenu par ceux auxquels a été accordé l'envoi provisoire; l'envoi définitif est alors un développement de l'envoi provisoire.

Le contraire arriverait cependant si l'envoi en possession provisoire avait été accordé à d'autres qu'aux véritables ayant-droit; ceux-ci devraient alors sur leur demande obtenir l'envoi définitif. Ainsi l'absent avait au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles un frère et un cousin. Le cousin a obtenu l'envoi provisoire, par exemple parce que le frère ne l'a pas demandé. Le frère pourra obtenir l'envoi définitif en supposant que son droit ne soit pas prescrit à l'époque où il le fait valoir.

Il peut même arriver que l'envoi définitif soit prononcé sans qu'il y ait eu d'envoi provisoire, notamment lorsque le conjoint de l'absent a opté pour la continuation de la communauté et que son administration a duré jusqu'à l'envoi définitif.

L'envoi définitif n'a jamais lieu de plein droit après l'expiration des délais fixés par la loi; il doit être demandé à la justice. Le tribunal compétent pour prononcer cet envoi est le même que celui qui est compétent pour déclarer l'absence.

La loi n'indique pas la procédure à suivre pour arriver à l'envoi définitif. Le tribunal pourra, s'il le juge utile, ordonner une nouvelle enquête à l'effet de s'assurer qu'il n'est parvenu aucune nouvelle de l'absent.

#### N° 2. Des effets de l'envoi définitif.

**365.** Le mot *envoi définitif* semblerait indiquer que les envoyés deviennent propriétaires incommutables des biens de l'absent. Ils devaient l'être d'après le projet, qui n'admettait d'exception à cette règle qu'en faveur des enfants de l'absent mineurs lors de son décès prouvé; l'absent lui-même, s'il reparaisait après l'envoi définitif, ne pouvait pas réclamer aux envoyés la restitution de ses biens. Ce système, dont la rigueur touchait à l'injustice, et qui d'ailleurs blessait les vrais principes de la matière d'après lesquels la succession d'un homme vivant ne peut pas être considérée comme ouverte (*viventis non est hereditas*), a été définitivement abandonné; et toutefois en renonçant à la chose on a conservé le nom.

Voici le système auquel notre législateur s'est arrêté. Les envoyés en possession définitive deviennent propriétaires des biens de l'absent; mais leur droit de propriété est *révocable* à l'égard de l'absent, s'il reparait, ou de ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé. Toutefois vis-à-vis du premier comme à l'égard des seconds, le droit de propriété des envoyés en possession définitive n'est révocable que *in futurum*, non *in præteritum*. En d'autres termes, les envoyés sont à consi-

dérer, même vis-à-vis de l'absent ou de ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé, comme ayant été propriétaires jusqu'au jour où l'absent a révélé son existence, ou jusqu'au jour de la réclamation faite par ses véritables héritiers. Les actes accomplis par eux jusqu'à l'une ou l'autre de ces époques devront donc être considérés comme émanant *a vero domino*, même les aliénations, et ne pourront pas être critiqués par l'absent de retour ou par ses héritiers. Que pourront-ils donc réclamer aux envoyés? Les biens qu'ils possèdent encore et le profit par eux retiré de ceux qu'ils ont aliénés.

Tout cela revient à dire que vis-à-vis des tiers les envoyés en possession définitive doivent être considérés comme propriétaires incommutables des biens de l'absent, mais que vis-à-vis de l'absent ou de ses héritiers ils sont considérés comme n'ayant qu'un droit de propriété révocable.

Tel est l'*envoi définitif*. Cette expression, défectueuse peut-être, puisque tout n'est pas nécessairement fini quand l'envoi définitif a été prononcé, peut cependant se justifier à ce double point de vue : d'une part que l'envoi définitif est le dernier, et d'autre part que les envoyés en possession définitive sont propriétaires incommutables à l'égard des tiers.

Voici maintenant le développement de ce système et l'exposé des principales conséquences que la loi en a déduites.

**366. A.** S'il y a plusieurs envoyés en possession définitive, ils deviennent copropriétaires des biens de l'absent, et par suite chacun des intéressés peut, aux termes de l'article 815, demander qu'il soit procédé au partage de ces biens (art. 129). Jusqu'à l'envoi définitif les envoyés n'ont pu régulièrement procéder qu'à un partage d'administration, non à un partage de propriété, ni même à un partage de jouissance (*supra*, n° 344).

Le partage, auquel procéderont les envoyés en possession définitive, devra être opéré conformément au Droit commun. La masse partageable sera donc formée suivant les règles générales de la matière, et les intéressés pourront, le cas échéant, se demander respectivement le rapport des différentes libéralités qu'ils auront reçues de l'absent, de même qu'ils auront le droit de demander la réduction des libéralités faites par l'absent et qui excèdent la quotité disponible.

\* Quant aux dettes de l'absent, en supposant, ce qui sera rare, qu'elles ne soient pas toutes payées, les envoyés devront aussi les répartir entre eux comme ils l'entendront. Mais ils n'en seraient tenus vis-à-vis des créanciers que *intra vires*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur des biens de l'absent, car l'obligation de payer les dettes *ultra vires* est une conséquence de la saisine, et les envoyés en possession définitive ne sont pas saisis, la saisine ne pouvant résulter que de l'ouverture de l'hérédité (arg., art. 718 et 724).

**367. B.** L'absent de retour est obligé de respecter tous les actes de disposition, et principalement toutes les aliénations et toutes les consti-

tutions de droits réels accomplies par les envoyés jusqu'à l'époque où il a fait connaître son existence. C'est ce qui résulte de l'article 132, ainsi conçu : « *Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, même* » après l'envoi définitif, *il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus.* »

L'absent, dit la loi, « recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront. » Donc il devra respecter les droits réels tels que servitude, usufruit, hypothèque, constitués par les envoyés. L'absent recouvrera « le prix de ceux (de ses biens) qui auront été aliénés... » Donc il doit respecter les aliénations, même les aliénations à titre gratuit, bien que la loi paraisse n'avoir en vue que les aliénations à titre onéreux puisqu'elle parle d'un prix. Les envoyés sont en effet propriétaires jusqu'au jour où l'existence de l'absent leur est révélée, et le propriétaire peut consentir des aliénations à titre gratuit aussi bien que des aliénations à titre onéreux.

L'article 132, qui nous dit implicitement que l'absent est obligé de respecter tous les actes accomplis par les envoyés en possession définitive, nous dit explicitement ce que l'absent de retour peut réclamer aux envoyés. Ce texte a permis de formuler le principe suivant dont il contient plusieurs applications particulières : La restitution que l'absent de retour demande aux envoyés en possession définitive ne doit être pour eux la source d'aucune perte ; mais en revanche ils doivent restituer à l'absent tout ce dont ils se trouvent enrichis à ses dépens, à l'exception toutefois des fruits qu'ils ont perçus, car l'article 127 les dispense à cet égard de toute restitution. En d'autres termes, les envoyés en possession définitive ne sont tenus envers l'absent de retour que *quatenus locupletiores facti sunt*.

**368.** Ce principe conduit aux applications suivantes :

a). L'absent reprendra en nature tous ceux de ses biens dont les envoyés n'auront pas disposé, mais dans l'état où ils seront ; d'où il résulte : 1<sup>o</sup> que l'absent les reprendra sous la charge des divers droits réels dont les envoyés les auront grevés ; 2<sup>o</sup> que si les biens ont été détériorés par les envoyés, il n'aura droit de ce chef à aucune indemnité. *Qui rem quasi suam neglexit nulli querelæ subjectus est* (l. 31, § 3, D., *De hereditatis petitione*, V. 3).

Si les envoyés ont fait des dépenses en vue d'améliorer les biens de l'absent, auront-ils droit à une indemnité ? La négative semblerait résulter de l'article 132, aux termes duquel l'absent reprendra ses biens « dans l'état où ils se trouveront », par conséquent améliorés s'ils l'ont été, et sans payer d'indemnité, puisque les envoyés ne lui en paient pas pour les détériorations. La solution contraire est plus généralement admise. L'article 132, dit-on, a été écrit en faveur des envoyés ; il ne faut donc pas le retourner contre eux pour leur refuser une indemnité que les principes

généraux leur accordent (arg., art. 555). Sans cette indemnité ils seraient en perte; l'absent s'enrichirait à leurs dépens.

b). Si les envoyés ont aliéné à titre onéreux les biens de l'absent, celui-ci aura droit à la contre-valeur acquise par les envoyés, à moins qu'ils ne justifient l'avoir dissipée ou perdue. Par exemple, si un envoyé a consenti à l'échange d'un bien de l'absent, celui-ci aura droit au bien acquis en contre-échange. De même si un bien de l'absent a été vendu et que le prix soit encore dû, la créance du prix appartiendra à l'absent. Si le prix de la vente a été touché par l'envoyé, l'absent pourra en exiger la restitution, à moins que le premier ne prouve qu'il a dissipé ce prix ou qu'il l'a perdu par suite d'un mauvais placement, preuve qui sera difficile au moins quand le placement, comme il arrivera le plus souvent, n'aura pas été fait au nom de l'absent.

c). L'absent de retour n'a droit à aucune indemnité pour la valeur de ceux de ses biens que les envoyés en possession définitive auraient aliénés à titre gratuit; car ces donations n'ont pas enrichi les envoyés, et ils ne sont tenus que *quatenus locupletiores facti sunt*. Le contraire aurait lieu cependant, si l'envoyé en possession définitive avait employé les biens de l'absent pour faire une donation qu'à défaut de cette ressource il eût certainement faite sur ses biens personnels. Ainsi il a constitué en dot à sa fille un immeuble appartenant à l'absent et qui vaut 100,000 fr. L'absent de retour ne pourra pas reprendre l'immeuble, car il doit respecter l'aliénation faite par l'envoyé; mais il aura droit à une indemnité, car, en employant les biens de l'absent à doter sa fille, l'envoyé a fait un profit, en ce sens qu'il a conservé la portion de son patrimoine qu'il aurait certainement consacrée à doter sa fille à défaut des biens de l'absent : *locupletior factus est quatenus propria pecuniæ pepercit*. L'indemnité due de ce chef à l'absent ne sera pas toujours égale à la valeur du bien constitué en dot, car l'envoyé ne doit tenir compte que de ce dont il est enrichi; or il ne s'est enrichi que de la somme dont il aurait doté sa fille s'il eût été réduit à ses propres ressources. Ainsi, au lieu de donner en dot un bien valant 100,000 fr., l'envoyé, s'il ne s'était pas cru propriétaire des biens de l'absent, n'aurait peut-être donné que 60,000 fr.; son enrichissement n'est donc que de 60,000 fr., et il ne doit compte que de cette somme. En cas de contestation les juges apprécieront.

d). Les envoyés en possession définitive n'étant plus responsables vis-à-vis de l'absent des fautes qu'ils pourront désormais commettre dans leur gestion ni même de celles qu'ils ont pu commettre pendant l'envoi provisoire, non-seulement la loi ne devait organiser au profit de l'absent aucune garantie de restitution pour l'avenir, mais elle devait même supprimer celles établies pour le passé. C'est ce qu'a fait l'article

129 en déchargeant les cautions qui ont dû être fournies par les envoyés en possession provisoire. Et remarquez que la décharge des cautions est complète, absolue, applicable au passé comme à l'avenir. Remarquez aussi que les cautions sont déchargées par cela seul qu'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire ou cent ans depuis la naissance de l'absent, par cela seul que le moment fixé par la loi pour que l'envoi définitif puisse être demandé est arrivé, et sans qu'il y ait lieu de se préoccuper du point de savoir si l'envoi définitif a été ou non demandé : il n'est pas au pouvoir des cautions de demander l'envoi définitif, et la loi n'a pas voulu subordonner leur décharge à la diligence des envoyés. Les cautions sont donc déchargées par le seul effet du temps et de plein droit ; c'est la loi qui les décharge.

#### § IV. *De la fin de l'absence.*

**369.** L'absence prend fin :

1<sup>o</sup> *Par le retour de l'absent, ou par la preuve acquise de son existence.* Les envoyés doivent alors restituer à l'absent ses biens, conformément à l'article 132. Cette restitution peut être demandée par l'absent, quel que soit le délai écoulé depuis l'envoi définitif ; car par rapport à lui il n'y a pas de prescription possible au profit des envoyés (arg., art. 125 et 2236 cbn).

2<sup>o</sup> *Par la preuve acquise du décès de l'absent.* — Il faut alors, pour régler sa succession, se reporter à l'époque de son décès. « *La succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque ; et ceux qui auraient joui des biens de l'absent seront tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127* » (art. 130).

De là il résulte que les envoyés en possession définitive pourront avoir à restituer les biens de l'absent à ceux qui étaient ses héritiers les plus proches lors de son décès prouvé ; car de ce que les envoyés étaient les héritiers présomptifs de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, il n'en résulte pas qu'ils avaient encore cette qualité à l'époque de son décès.

\* **370.** L'action, qui appartient aux héritiers les plus proches de l'absent au jour de son décès prouvé, pour se faire restituer les biens faisant partie de sa succession par ceux qui en ont été indûment envoyés en possession, n'est qu'un cas particulier de l'action en *pétition d'hérédité*. On désigne sous ce nom l'action par laquelle une personne réclame, en qualité d'héritier, des biens dépendant d'une succession, contre quelqu'un qui détient ces biens à titre d'héritier. De sorte que, dans la pétition d'hérédité, le demandeur et le défendeur se prétendent héritiers, et c'est précisément la question qui est litigieuse entre eux. Cette action pourrait être exercée contre les envoyés, soit pendant l'envoi provisoire, ce qui est admis par tout le

monde, soit même après l'envoi définitif, ce qui est contesté par quelques-uns. Mais le doute ne paraît guère possible sur ce dernier point, en présence du texte de la loi qui ne fait aucune distinction. La généralité des termes de l'article 130 est d'autant plus concluante à cet égard que sa rédaction primitive excluait l'exercice de notre action après l'envoi définitif. En effet, dans le texte du projet, après ces mots : « du jour de son décès prouvé », on lisait ceux-ci : « pendant l'envoi provisoire ». Or ces derniers mots ont été supprimés dans la rédaction définitive.

Les envoyés en possession, contre lesquels est exercée l'action en pétition d'hérédité, ne sont tenus de restituer les biens de l'absent que « sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127 » (art. 130). Donc si l'action est intentée pendant l'envoi provisoire, les envoyés seront autorisés à garder les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou la totalité des fruits, suivant les distinctions établies en l'article 127; ils ne restitueront par conséquent que le surplus. Et si l'action est intentée après l'envoi définitif, les envoyés auront dans tous les cas le droit de garder la totalité des fruits par eux perçus (art. 127, al. final). En outre, dans cette dernière hypothèse, les demandeurs seront tenus de reprendre les biens dans l'état où ils se trouveront (arg., art. 132); car ils ne peuvent pas avoir plus de droits que n'en aurait l'absent, s'il réclamait lui-même la restitution de ses biens.

Qu'elle soit exercée pendant l'envoi provisoire ou après l'envoi définitif, l'action en pétition d'hérédité qui nous occupe ne peut être intentée utilement que dans les trente ans à dater du décès de l'absent (arg., art. 2262), sauf les suspensions et les interruptions de prescription telles que de droit. Toutefois la prescription ne commence à courir au profit des envoyés qu'à compter du jour où ils se sont mis en possession des biens de l'absent, parce qu'il s'agit d'une prescription acquisitive.

## APPENDICE

### DE L'ACTION EN PÉTITION DE LA POSSESSION DE L'HÉRÉDITÉ

\* **371.** Pour qu'il y ait lieu à l'action en pétition d'hérédité relativement à la succession d'un absent, il faut que le décès de l'absent soit prouvé. Le demandeur en pétition d'hérédité vient alors dire aux envoyés : je suis l'héritier le plus proche de l'absent au jour de son décès; je suis par conséquent propriétaire de ses biens que vous détenez en qualité d'envoyés, et j'en réclame la restitution.

Autre est l'action dite *en pétition de la possession de l'hérédité*; celle-ci suppose que le décès de l'absent n'est pas prouvé. Le demandeur dans cette action vient dire aux envoyés : c'est moi qui étais l'héritier présomptif de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles; par erreur ou par tout autre motif vous avez obtenu l'envoi en possession à mon préjudice; je viens en réclamer aujourd'hui le bénéfice, et je demande en conséquence que vous me mettiez en possession des biens de l'absent afin que je les administre à votre place. Telle est l'action en pétition de la possession d'hérédité: elle est intentée par un héritier *putatif*, tandis que l'action en pétition d'hérédité est intentée par un héritier réel. Marcadé dit que l'action en pétition d'hérédité a pour objet la propriété des biens, tandis que l'action en pétition de la possession d'hérédité a pour objet la possession des biens seulement. La vérité est que les deux actions ont le même objet, savoir : la possession des biens que le réclamant n'a pas et qu'il veut obtenir; c'est par leur cause qu'elles diffèrent et non par leur objet : dans la première le réclamant se fonde sur ce qu'il est héritier et par suite propriétaire; dans la deuxième sur ce que c'est lui qui avait droit à l'envoi provisoire ou définitif.

\* **372.** L'action en pétition de la possession d'hérédité se prescrit par trente ans

comme l'action en pétition d'hérédité (arg., art. 2262). Mais le point de départ des trente ans n'est pas le même pour les deux actions. Les trente ans courent du jour du décès de l'absent pour la pétition d'hérédité; ils courent au contraire du jour de l'envoi provisoire pour l'action en pétition de la possession de l'hérédité.

Cette dernière action peut être exercée même après l'envoi définitif, si elle n'est pas prescrite : ce qui pourrait arriver soit par suite de suspension ou d'interruption de la prescription, soit parce que l'envoi définitif aurait été prononcé moins de trente ans après l'envoi provisoire, sur ce fondement qu'il s'est écoulé cent années depuis la naissance de l'absent.

Si l'action dont s'agit est intentée pendant l'envoi provisoire, les envoyés, au cas où la prétention du demandeur serait reconnue fondée, devront restituer, outre les biens, la portion de fruits qui ne leur serait pas acquise aux termes de l'article 427.

Que si la demande est intentée après l'envoi définitif, les envoyés ne pourront en aucun cas être tenus à la restitution des fruits, et ne seront obligés de restituer les biens eux-mêmes que « dans l'état où ils seront » (art. 432). En effet les ayant-cause de l'absent ne peuvent pas avoir plus de droits que n'en aurait l'absent lui-même s'il reparaisait.

\* **373.** Relativement à l'action en pétition d'hérédité, les enfants de l'absent restent soumis au Droit commun; ils ne pourront donc intenter cette action que dans les trente ans du décès prouvé, sauf les suspensions et interruptions de prescription telles que de droit. Mais les enfants et descendants de l'absent jouissent d'une faveur spéciale que justifie leur titre en ce qui concerne l'action en pétition de la possession de l'hérédité. « *Les enfants et descendants directs de l'absent pourront également, dans les trente ans, à compter de l'envoi définitif, demander la restitution de ses biens, comme il est dit en l'article précédent* » (art. 433).

Le privilège accordé aux enfants et descendants de l'absent consiste en ce qu'ils peuvent agir dans les trente ans à compter de l'envoi définitif, tandis que, si on leur eût appliqué le Droit commun, ils n'auraient pu agir que dans les trente ans à compter de l'envoi provisoire. Mais leur droit n'est pas imprescriptible comme celui de leur père. D'ailleurs les enfants qui agissent après l'envoi définitif sont obligés de reprendre les biens dans l'état où ils se trouvent (arg., art. 433); ils ne sauraient en effet avoir plus de droits que n'en aurait leur père s'il reparaisait.

Ainsi les descendants de l'absent sont privilégiés en ce qui concerne l'envoi en possession des biens de l'absent; ils peuvent réclamer cet envoi contre les collatéraux qui l'ont obtenu à leur préjudice, tant qu'il ne s'est pas écoulé trente ans à dater de l'envoi définitif.

\* **374.** On discute la question de savoir si le délai de trente ans, pendant lequel les enfants de l'absent peuvent agir à dater de l'envoi définitif, constitue une véritable prescription. Voici où est l'intérêt de la question. S'il s'agit d'une véritable prescription, il y aura lieu à suspension au profit des enfants de l'absent, au cas où ils seraient mineurs ou interdits (arg., art. 2252), ce qui pourra beaucoup retarder la réalisation de la prescription. S'il s'agit au contraire, comme quelques-uns le pensent, d'une déchéance résultant de l'expiration d'un délai *préfix*, il n'y aura pas place pour la suspension, et les enfants seront, quoi qu'il arrive, nécessairement déchus au bout de trente ans s'ils n'ont pas intenté leur action. On invoque en faveur de ce dernier sentiment l'article 2264, aux termes duquel « les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliqués dans les titres qui leur sont propres ». Mais cet argument est bien fragile. L'article 2264 ne signifie pas que les règles établies au titre *De la Prescription* (et par conséquent celles relatives à la suspension) sont inapplicables aux prescriptions

établies par le législateur en dehors du titre spécial consacré à la matière; il signifie simplement que le titre *De la Prescription* n'abroge pas les règles particulières édictées par le législateur en dehors de ce titre pour certaines prescriptions spéciales. Ce qui rend d'ailleurs infiniment probable qu'il s'agit ici d'une véritable prescription, c'est que le délai fixé est précisément celui qui forme le Droit commun en matière de prescription (art. 2262).

## SECTION II

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS  
QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT

**375.** L'envoi en possession provisoire s'applique à tous les droits acquis à l'absent, c'est-à-dire à tous ceux qui étaient entrés dans son patrimoine à l'époque de son départ ou de ses dernières nouvelles, peu importe qu'il s'agisse de droits purs et simples, à terme ou conditionnels. Mais il ne s'applique pas aux droits *éventuels* dont il est question dans notre section.

La loi entend ici par *droits éventuels* ceux dont l'acquisition est subordonnée à la condition de l'existence du titulaire à l'époque de leur ouverture; tels sont :

a). *Le droit de succession*; car « pour succéder il faut nécessairement exister à l'instant où s'ouvre la succession » (art. 725).

b). *Le droit de l'héritier contractuel* (art. 1089).

c). *Le droit résultant d'un legs*; car aux termes des articles 1039 et 1040 le legs est caduc si le légataire n'est pas vivant au moment de l'ouverture du legs, c'est-à-dire au moment de la mort du testateur et en outre de la réalisation de la condition si le legs est conditionnel.

d). *Le droit de retour conventionnel* (art. 951).

e). *Le droit aux arrérages d'une rente viagère* (art. 1983).

Il ne suffit pas, pour qu'un droit soit éventuel *hoc sensu*, que son acquisition soit subordonnée à une condition quelle qu'elle soit; il faut que cette condition soit celle de l'existence du titulaire lors de l'ouverture du droit. Les droits éventuels dont parle la rubrique de notre section sont donc des droits conditionnels d'une nature particulière.

**376.** C'est un principe constant que le demandeur doit prouver le bien-fondé de sa demande. *Probatio incumbit ei qui agit*. Par conséquent celui qui réclame soit de son propre chef soit du chef d'autrui un droit *éventuel*, doit prouver que le titulaire du droit existait lors de son ouverture; c'est là en effet une condition nécessaire de l'acquisition du droit et par suite du bien-fondé de la demande de celui qui le réclame. Cette preuve sera ordinairement toute faite, si c'est le titulaire lui-même qui réclame le droit. Mais il n'en sera pas de même, si le droit est réclamé du chef du titulaire par un de ses ayant-cause; il faudra que

le réclamant démontre que son auteur, c'est-à-dire celui dont il tient le droit, était vivant lors de son ouverture, et s'il ne fait pas cette preuve il devra succomber dans sa demande. C'est ce que dit l'article 135 ainsi conçu : « *Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à cette preuve il sera déclaré non recevable dans sa demande.* »

Puis l'article 136 fait l'application de ce principe à un cas particulier, celui d'une succession : « *S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.* »

Un homme meurt laissant comme plus proches parents deux cousins germains, *Primus* et *Secundus*, dont l'un, *Primus*, est absent. Les enfants de l'absent viennent dire à *Secundus* : nous réclamons du chef de notre père la moitié de la succession qui vient de s'ouvrir; nous allons par conséquent la partager avec vous. *Secundus* répondra : votre père, de chef de qui vous réclamez la moitié de la succession, n'a pu acquérir quelque droit dans cette succession qu'à la condition d'être vivant lors de son ouverture (art. 725). Prouvez donc que votre père était vivant à cette époque. Si vous ne faites pas cette preuve, vous n'aurez pas démontré le bien-fondé de votre demande; elle devra par suite être rejetée, et je prendrai toute la succession.

L'article 136, on l'a dit, ne contient qu'une application particulière du principe posé par l'article 135; c'est celle qui est de nature à se présenter le plus fréquemment. Mais le principe est général, et la jurisprudence l'étend avec raison à tous les cas où le sort du procès dépend de l'existence d'un absent. Ainsi il a été jugé qu'on ne doit pas tenir compte pour la fixation de la réserve des héritiers réservataires dont l'existence est incertaine lors de l'ouverture de la succession.

**377.** On voit que, lorsqu'il s'agit de droits éventuels, la loi considère comme décédés les titulaires qui sont absents lors de l'ouverture de ces droits, et qu'elle les attribue à leur exclusion à ceux qui étaient appelés concurremment avec eux, ou même à ceux qui n'étaient appelés qu'à leur défaut.

\* Ce principe donne la solution d'une question sur laquelle la controverse paraît aujourd'hui éteinte. Dans les successions où la représentation est admise, les enfants de l'héritier dont l'existence était incertaine lors de l'ouverture de la succession peuvent-ils être admis à le représenter? Ainsi un homme meurt laissant deux enfants dont l'un est absent. Les enfants de l'absent pourront-ils représenter leur père pour arriver à la succession de leur aïeul concurremment avec leur oncle? Oui; car la loi considère ici l'absent comme décédé, ce qui permet à ses enfants de le représenter. Et c'est la réponse toute simple que feront les enfants si on leur objecte qu'aux termes de l'article 740 on ne représente pas les personnes vivantes, et qu'ils ne peuvent par conséquent représenter leur père qu'à la condition de prouver son décès à l'époque de l'ouverture de la succession. D'ailleurs les enfants

pourraient dire à leur adversaire : ou notre père était vivant, ou il était mort lors de l'ouverture de la succession ; choisissez. S'il était vivant, il avait droit à sa part et nous la réclamons de son chef ; s'il était mort nous avons droit de le représenter. En toute hypothèse donc, vous ne pouvez pas prétendre à la totalité de la succession.

**378.** Le principe consacré par l'article 135 s'applique toutes les fois que l'existence du titulaire est incertaine lors de l'ouverture du droit. Or il n'est pas nécessaire pour cela que son absence ait été déclarée ; il suffit qu'il y ait absence présumée. La remarque en a été faite au Conseil d'État, et, pour qu'il n'y eût aucun doute à cet égard, on a remplacé le mot *absent*, qui figurait dans la rédaction primitive, par les mots « dont l'existence ne sera pas reconnue ». Mais au moins faut-il qu'il y ait incertitude sur l'existence du titulaire du droit ; il ne suffirait pas qu'elle fût méconnue par les intéressés. La loi ne parle pas d'un individu dont l'existence n'est pas reconnue *par les intéressés* ; elle parle d'un individu « dont l'existence n'est pas reconnue », c'est-à-dire dont l'existence est douteuse pour tout le monde. En un mot, pour que les articles 135 et 136 soient applicables, il faut que le titulaire du droit soit au moins présumé absent. S'il est simplement non-présent, il y aura lieu à l'application des mesures conservatoires, apposition des scellés et inventaire, prescrites par les articles 909 3<sup>o</sup>, 928, 931 et 942, Pr. En cas de difficulté c'est à la justice qu'il appartiendra de décider s'il y a simplement non-présence ou présomption d'absence. Et il faut bien en vérité qu'il en soit ainsi ; autrement chacun courrait le risque, en s'éloignant de son domicile pour quelques jours, de voir les droits qui viendraient à s'ouvrir à son profit pendant son absence, usurpés par un insolvable contre lequel il n'aurait souvent à son retour qu'un recours illusoire.

\* Un droit éventuel s'étant ouvert et l'existence de l'un des titulaires de ce droit se trouvant alors incertaine, il peut se faire que, par un sentiment de délicatesse, les consorts de l'absent ne veuillent pas profiter du bénéfice de l'article 136, et qu'ils agissent comme si son existence était démontrée, lui faisant par exemple sa part dans le partage d'une succession. Si plus tard l'absence est déclarée, les biens ainsi attribués à l'absent devront-ils être compris dans l'envoi provisoire accordé à ceux qui ont des droits subordonnés à son décès ? La négative résulte de cette règle que l'envoi provisoire ne s'applique qu'aux biens et aux droits qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles (art. 120). Que deviendront alors ces biens ? Ils devront être attribués à ceux auxquels les attribue l'article 136 et qui auraient pu s'en emparer dès le début, c'est-à-dire à ceux appelés au défaut de l'absent : ce qui est de toute justice, car ils ne doivent pas être victimes de leur délicatesse. Ils pourraient même demander l'attribution de ces biens avant la déclaration d'absence, et lorsque les doutes qui existaient au début sur l'existence de l'absent se sont aggravés.

\* **379.** Ceux à qui un droit éventuel est attribué à l'exclusion d'un absent par application de l'article 135, ne recueillent pas ce droit en qualité d'envoyés en possession provisoire, mais bien en qualité de propriétaires ou mieux de titulaires du droit. Cela vaut la peine d'être noté ; car autre chose est l'envoi en possession provisoire, autre chose l'attribution faite en vertu de l'article 136, ainsi qu'on va le voir.

1<sup>o</sup> L'envoi en possession provisoire ne peut être obtenu qu'après la déclaration d'absence, c'est-à-dire au plus tôt cinq ou onze années, suivant les cas, après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent. Au contraire la dévolution opérée aux termes de l'article 136 se produit par cela seul que l'existence du titulaire est incertaine au moment de l'ouverture du droit.

2<sup>o</sup> La loi, dans l'intérêt de l'absent, impose aux envoyés en possession provisoire certaines mesures conservatoires, telles que l'inventaire et la caution. Au contraire aucune garantie de restitution n'est exigée de ceux qui sont appelés à recueillir un droit éventuel à l'exclusion de l'absent. On ne saurait donc approuver les quelques décisions judiciaires qui ont imposé en pareil cas l'obligation de faire inventaire. La loi peut être justement critiquée pour son défaut de prévoyance, mais il n'appartient pas au juge de réformer son œuvre. Rappelons-nous le mot de Dargentré : « *Stulta sapientia quæ vult lege sapientior esse.* »

3<sup>o</sup> Les envoyés en possession provisoire possèdent à titre précaire; par suite ils ne peuvent jamais prescrire contre l'absent les biens qu'ils détiennent en qualité d'envoyés (arg., art. 125 et 2236). Au contraire ceux qui recueillent des biens au lieu et place d'un absent, en vertu de l'article 136, possèdent ces biens à titre de propriétaires et peuvent en prescrire la propriété contre lui. C'est ce que dit l'article 137 ainsi conçu : « *Les dispositions des deux articles précédents auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent ou à ses représentants ou ayant-cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription.* »

Nous savions déjà que la dévolution faite aux termes de l'article 136 n'a lieu que sauf réserve des droits de l'absent ou de ses ayant-cause, s'il vient à être établi plus tard qu'il était vivant au moment de l'ouverture du droit. Mais l'action, que la loi accorde à l'absent ou à ses ayant-cause pour faire valoir ses droits, est prescriptible comme toutes les actions en général.

Par quel délai se prescrira-t-elle? Cela dépend des hypothèses, et voilà pourquoi la loi n'a pas indiqué le délai de la prescription, s'en référant sur ce point aux règles du Droit commun. Ordinairement la prescription s'accomplira par trente ans (art. 2262). C'est ce qui arriverait dans le cas d'une hérédité ouverte au profit de l'absent, et recueillie par d'autres en son lieu et place. L'action, qu'il intentera en sa qualité d'héritier, lui ou ses ayant-cause, pour se faire restituer les biens dépendant de cette hérédité par ceux qui les détiennent en qualité d'héritiers (action en pétition d'hérédité), se prescrira par trente ans à compter du jour où ceux appelés à son défaut se sont mis en possession. La prescription pourrait être accomplie plus tôt au profit de ceux qui possèdent les biens dépendant de la succession, s'ils les possédaient en une qualité autre que celle d'héritiers ou de successeurs universels des héritiers, par exemple en qualité d'acheteurs. Ce ne serait plus alors la pétition d'hérédité que l'absent exercerait, mais bien une action en revendication. Or l'action en revendication peut se prescrire par dix à vingt ans quand le possesseur a juste titre et bonne foi (art. 2265); elle peut même être prescrite immédiatement quand il s'agit d'objets mobiliers corporels (art. 2279).

Dans le cas où c'est un legs que réclame l'absent de retour, la prescription s'accomplira par trente ans également. Elle s'accomplirait par cinq années seulement, s'il s'agissait des arrérages d'une rente viagère dont l'absent de retour viendrait demander le paiement (art. 2277).

4<sup>o</sup> Les envoyés en possession provisoire ne gagnent ordinairement qu'une partie des fruits par eux perçus (art. 127). Au contraire ceux qui ont recueilli au lieu et place de l'absent les biens dévolus à celui-ci, gagneront tous les fruits par eux perçus à la condition qu'ils soient de bonne foi. « *Tant que l'absent ne se représentera pas,*

» ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi » (art. 138).

Ce que la loi dit des biens dépendant d'une succession échue à l'absent, doit être étendu à tous ceux que d'autres auraient recueillis au lieu et place de l'absent par application des articles 135 et 136, par exemple aux biens légués à l'absent, et que l'héritier légitime aurait conservés parce que l'existence du légataire à l'époque de l'ouverture du legs n'était pas démontrée. La loi n'a parlé que du cas où le droit réclamé par l'absent est un droit de succession, parce que c'est le cas le plus fréquent, et puis peut-être aussi parce qu'on aurait pu être tenté, si la loi ne s'en était pas expliquée, d'appliquer ici les dispositions du Droit romain qui obligeait le possesseur de bonne foi d'une hérédité à restituer tout ce dont il se trouvait enrichi au moment de la demande par suite des fruits qu'il avait perçus, c'est-à-dire tous les fruits qu'il n'avait pas consommés (L. 40, § 1, D., *De hereditatis petitione*).

**380.** Les actes, accomplis relativement aux biens d'une succession par ceux qui l'ont appréhendée en vertu de l'article 136 au lieu et place d'un absent, sont-ils valables par rapport à l'absent de retour, ou à ses ayant-cause qui démontrent son existence à l'époque de l'ouverture de la succession ? En d'autres termes les actes accomplis par l'héritier apparent sont-ils valables par rapport à l'héritier véritable dont les droits sont aujourd'hui reconnus ? La question présente surtout de l'importance au point de vue des aliénations consenties par l'héritier apparent. L'héritier apparent a vendu par exemple un bien héréditaire; le véritable héritier qui était absent lors de l'ouverture de l'hérédité sera-t-il tenu de respecter cette vente, ou pourra-t-il la tenir pour non avenue et reprendre le bien aliéné entre les mains du détenteur ? On suppose bien entendu que ce tiers détenteur n'est pas protégé par la prescription, laquelle le mettrait à l'abri de toute action.

Cette question fait difficulté; et cependant, si l'on s'en tient aux principes, sa solution paraît toute simple.

L'héritier apparent était propriétaire; la loi lui attribue implicitement ce titre dans l'article 136. Mais il n'était propriétaire que sous condition résolutoire, sous cette condition résolutoire que l'existence du véritable ayant-droit lors de l'ouverture de la succession serait plus tard démontrée; car la loi n'attribue la succession ouverte au profit de l'absent à ceux appelés à son défaut que sous la réserve de ses droits. Or c'est un principe certain que personne ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a. *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Donc l'héritier apparent qui n'était propriétaire que sous condition résolutoire n'a pu transférer que des droits résolubles, et l'événement qui produira la résolution de son droit de propriété entraînera nécessairement par voie de conséquence la résolution des droits qu'il aura lui-même consentis sur les choses héréditaires, conformément à la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (art. 2125). Le véritable héritier pourra donc tenir pour nuls les actes accomplis par l'héritier apparent et revendiquer par suite les biens héréditaires aliénés par celui-ci.

Ces principes étant certains, on s'étonne que la question qui nous occupe puisse être controversée. La difficulté vient de ce que la solution dictée par les principes est en opposition avec les nécessités de la pratique, et conduit à des conséquences qui peuvent paraître d'une rigueur excessive; on arrive à briser des contrats que l'on voudrait maintenir, à ne considérer que la bonne foi des parties et l'impossibilité où elles se sont souvent trouvées de connaître la vérité. Aussi la jurisprudence, sur laquelle la considération des faits exerce une très grande influence, a-t-elle trop souvent en cette matière reculé devant la courageuse application des principes, et elle a été encouragée à suivre cette voie par bon nombre d'auteurs. La meilleure preuve peut-être que l'on puisse donner de la fausse direction dans laquelle la ju-

jurisprudence et une partie de la doctrine se sont engagées sur cette question, c'est l'infinie diversité des systèmes proposés par les auteurs dissidents et le peu d'harmonie qui existe dans les différentes décisions de la jurisprudence. C'est toujours ce qui arrive quand on veut faire la loi au lieu de l'appliquer : chacun la fait à sa guise, et les décisions des arrêts ne concordent pas plus que les opinions des auteurs. Aussi n'entrerons-nous pas dans l'exposé des divers systèmes qui ont été proposés. Nous nous bornerons à indiquer non pas le système de la jurisprudence, car elle n'en a pas (elle flotte au gré des faits), mais les solutions qu'elle a données dans les principales hypothèses sur lesquelles elle a été appelée à statuer. On y remarquera des contradictions qu'il serait bien difficile d'expliquer.

Elle considère comme nulles à l'égard de l'héritier véritable : 1<sup>o</sup> la vente que l'héritier apparent a faite de l'hérédité tout entière ; 2<sup>o</sup> les donations entre-vifs ou testamentaires de biens héréditaires faites par ce même héritier ; 3<sup>o</sup> les cessions qu'il a consenties de créances héréditaires. — Elle déclare valables au contraire les actes d'administration, les transactions et les ventes d'immeubles accomplies par l'héritier apparent. Toutefois, pour valider les ventes d'immeubles, elle exige certaines conditions qui ne sont pas toujours les mêmes : tantôt la bonne foi de l'acquéreur seulement, tantôt la bonne foi du vendeur et de l'acquéreur... L'existence de la bonne foi, à laquelle on attache tant d'importance, ne peut pourtant produire d'autres effets que ceux déterminés par la loi : or les seuls effets légaux de la bonne foi sont l'acquisition des fruits (art. 549 et 550) et l'abréviation des délais de la prescription (art. 2265, 2279).

### SECTION III

#### DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE

**381.** Le mariage dans notre Droit ne peut être dissous que par le décès prouvé de l'un des époux (art. 227). Donc l'absence, quelque prolongée qu'elle soit, n'entraînera pas la dissolution du mariage de l'absent ; car l'absence ne prouve pas la mort, elle n'est pas même une présomption légale de mort. La loi a bien pu, sur ce fondement que le décès de l'absent est devenu plus ou moins probable, régler provisoirement le sort de ses biens comme il aurait été réglé en cas de décès prouvé, sauf à en assurer la restitution au profit de l'absent s'il reparait ; mais elle ne pouvait pas, on le comprend, à aucune période de l'absence, déclarer le mariage de l'absent provisoirement dissous, ce qui aurait eu sans doute pour conséquence d'autoriser le conjoint présent à contracter provisoirement une nouvelle union. La nature même du mariage n'admet pas plus le provisoire quant à sa dissolution que quant à sa célébration.

Le conjoint présent ne peut donc pas contracter un nouveau mariage tant qu'il ne rapporte pas la preuve du décès de son conjoint absent, se fût-il écoulé plus de cent ans depuis la naissance de celui-ci (art. 147).

**382.** Cependant en fait il peut arriver que l'époux présent ait contracté un nouveau mariage ; les défenses formulées par la loi ne sont pas toujours respectées. Ce mariage devra-t-il nécessairement être an-

nulé? Non; car le seul obstacle qui s'opposait à sa validité était l'existence du conjoint absent, et cette existence n'est pas démontrée. En un mot on ne permet pas à l'époux présent de contracter un nouveau mariage tant que dure l'absence de son conjoint, parce que la mort de celui-ci n'est pas certaine; mais si en fait l'époux présent a contracté un nouveau mariage, sa nullité ne pourra pas être demandée tant que l'absence durera, parce que l'existence du conjoint absent à l'époque de la célébration de ce deuxième mariage n'est pas démontrée. C'est ce qui résulte de l'article 139, ainsi conçu: « *L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par un fondé de pouvoirs muni de la preuve de son existence* ».

Bien que ce texte parle de l'époux *absent*, expression qui dans la rigueur du langage juridique désigne l'époux *déclaré absent*, on admet en général que l'article 139 est applicable même au cas où l'époux au préjudice duquel le nouveau mariage a été contracté est simplement présumé absent. *Eadem est ratio*. Nous avons d'ailleurs déjà remarqué que le langage de la loi n'est pas toujours en cette matière d'une précision rigoureuse.

On admet généralement aussi que le mandataire dont parle l'article 139 est un mandataire *spécial*, c'est-à-dire un mandataire spécialement chargé par l'absent d'attaquer le mariage contracté par le conjoint présent, et non un mandataire général. En effet le mandat ne comprend que ce qu'il a été dans l'intention des parties d'y faire entrer; or le mandat général donné par l'absent avant son départ n'était vraisemblablement relatif dans son idée qu'à l'administration de ses biens; il ne comprenait pas par conséquent le droit d'attaquer le mariage que pourrait contracter son conjoint. Comment supposer, quand il ne s'en est pas expliqué, que l'absent ait prévu le cas tout à fait extraordinaire où son conjoint viendrait à contracter un nouveau mariage à son préjudice, et ait entendu charger son mandataire général du soin d'attaquer ce mariage le cas échéant?

Il s'agit donc d'un mandataire spécial.

La loi dit que la demande en nullité formée par ce mandataire ne sera recevable qu'autant qu'il sera muni de la preuve de l'existence de l'absent. Mais la procuration donnée par l'absent n'est-elle pas une preuve certaine de son existence? Un mort peut-il donc donner une procuration? — Cela est vrai. Mais d'abord la procuration peut avoir été donnée par l'absent, avant que le mariage fût contracté et alors qu'il était seulement projeté. En ce cas la procuration ne prouve pas que l'absent fût vivant au moment de la célébration du mariage, ce qui est cependant nécessaire pour que le mariage soit nul. Et puis le mandat s'éteint

par la mort du mandant; or cette mort peut être probable, si la procuration est de date ancienne. Dans ces deux cas le mandataire pourra être obligé de se munir de la preuve de l'existence de l'absent.

**383.** Voici une question qui est beaucoup plus délicate. Tant que l'absence dure, l'application de l'article 439 est sans difficulté : dans l'incertitude où l'on est sur le point de savoir si l'absent existait ou s'il était décédé lors du mariage de son conjoint, la loi ne permet pas que ce mariage soit attaqué. Mais voilà que l'absence cesse : on reçoit des nouvelles de l'absent, ou même il est là, de retour, sur les lieux. Faudra-t-il dire encore que lui seul est recevable à attaquer le mariage contracté par son conjoint, et que s'il juge bon de garder le silence nul ne pourra l'attaquer à sa place? On l'a soutenu. Mais l'exposé seul des conséquences auxquelles ce système conduirait ne doit-il pas suffire pour le faire rejeter? Comment! parce que l'absent trouve à propos de garder le silence, il faudra que tous les intéressés se taisent aussi! La société elle-même, représentée par le ministère public, n'aura pas le droit d'élever la voix pour faire cesser le scandale que cause la situation d'un homme qui a légalement deux femmes présentes, ou d'une femme qui a deux maris! Il faudrait un texte bien formel pour que l'on fût condamné à accepter une solution aussi immorale! L'article 439 l'est-il suffisamment, ainsi que l'ont prétendu plusieurs auteurs et tout récemment M. Laurent? S'il en était ainsi, on devrait s'incliner; car il n'appartient pas à l'interprète de réformer la loi, sous prétexte que son application peut entraîner des inconvénients. Mais il nous semble que la loi ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Elle parle de *l'époux absent*; or l'époux absent c'est celui dont l'existence est incertaine. Tant que cette incertitude durera, personne ne pourra attaquer le mariage, excepté l'absent lui-même ou son fondé de pouvoirs. Mais une fois que l'absence aura cessé, le droit commun reprendra son empire, et la nullité du mariage pourra être demandée par toutes les personnes désignées en l'article 484.

D'après une autre interprétation, la nullité du mariage contracté par le conjoint de l'absent ne pourrait être demandée que par l'absent ou son fondé de pouvoirs tant que l'absent n'est pas de retour sur les lieux, et cela alors même que son existence serait démontrée. Aussitôt que l'absent serait de retour sur les lieux, toutes les personnes que désigne l'article 484 pourraient demander la nullité.— Au point de vue rationnel, ce système est assez satisfaisant; car aussitôt que l'absent est de retour sur les lieux, il y a un scandale à faire cesser, et on ne comprendrait pas que la société elle-même eût les mains liées quand l'absent garde le silence; tandis qu'il n'y a pas de scandale, ou du moins le scandale est beaucoup moins grave, quand l'absent n'a pas encore reparu à son domicile, bien qu'on ait de ses nouvelles, et on comprendrait que cette circonstance eût pu déterminer le législateur à refuser à tout autre qu'à l'absent le droit d'attaquer le mariage. Mais la question est de savoir, non pas ce que le législateur aurait pu ou dû faire, mais bien ce qu'il a fait. Pour que l'interprétation qui vient d'être indiquée fût admissible, il faudrait que les mots « l'époux absent » de l'article 439 signifiasent « l'époux qui n'est pas présent sur les lieux ». Or cette interprétation est bien difficile à admettre, non-seulement parce que ce n'est pas le sens ordinaire de ces expressions, mais aussi parce que dans l'article suivant (art. 440) elles n'ont pas ce sens. Est-il probable que, dans deux articles voisins et relatifs à un même ordre d'idées, le législateur ait employé les mêmes expressions en leur donnant un sens différent?

**384.** La femme dont le mari est absent n'est pas relevée de l'incapacité dont elle est atteinte en sa qualité de femme mariée. Seulement, comme il lui est impossible d'obtenir l'autorisation de son mari, cette autorisation devra être suppléée par celle de la justice (art. 222).

Mais supposons qu'en fait la femme ait contracté sans l'autorisation de la justice; devra-t-elle pour ce seul motif obtenir sur sa demande la nullité du contrat? Non, surtout si en contractant elle s'est déclarée veuve; car peut être le mari était-il mort à l'époque où le contrat a été passé, cas auquel il est certainement valable, l'incapacité de la femme cessant avec le mariage. La femme demanderesse en nullité devra donc prouver que son mari était vivant à l'époque où elle a contracté; cette condition est en effet nécessaire au succès de son action, et tout demandeur doit prouver le bien-fondé de sa demande. A défaut de cette preuve elle devrait succomber. En ce sens, Caen, 43 décembre 1875, S., 76. 2. 437.

**385.** Aux termes de l'article 140 : « *Si l'époux absent n'a point laissé de parents habiles à lui succéder, l'autre époux peut demander l'envoi en possession provisoire* ». Ce texte se borne à forer une solution que l'on aurait très-facilement déduite des articles 120 et 767 combinés; il est donc tout à fait inutile.

## CHAPITRE IV

### DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU

**386.** Un père ou une mère dont les enfants sont mineurs disparaît. Comment sera réglé le sort des enfants? Qui exercera sur eux la puissance paternelle ou la puissance tutélaire? Telle est la question que prévoit et règle notre chapitre. Il la règle incomplètement toutefois; car d'une part il ne s'occupe que de la disparition du père, et d'autre part il ne parle que du cas où l'absence est présumée, laissant de côté celui où elle est déclarée. Nous aurons à combler ces lacunes.

#### I. *Le père ou la mère qui a disparu est en état d'absence présumée.*

**387.** Toutes les dispositions de notre chapitre sont exclusivement relatives à ce cas (argument des mots *disparu, disparition*, qu'on trouve dans la rubrique et dans les articles 141, 142, 143, et de ces mots de l'art. 142 : *avant que l'absence ait été déclarée*). Toutes aussi, sauf celle de l'article 143, sont relatives à la disparition du père seulement.

Nous allons examiner successivement les conséquences de la disparition du père et de celle de la mère.

#### A. *Disparition du père.*

**388.** La loi prévoit trois hypothèses :

1<sup>o</sup> *Disparition du père, la mère étant vivante.* — Ce cas est régi par l'article 141, ainsi conçu : « *Si le père qui a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens.* » Tant que dure le mariage, la puissance paternelle sur la personne et sur les biens des enfants mineurs appartient collectivement au père et à la mère (art. 372). Il est donc tout naturel que, lorsque le père, qui seul a l'exercice de cette puissance pendant la durée du mariage (art. 373), vient à disparaître, cet exercice

passé à la mère. C'est ce que dit en substance notre article, qui permet à la mère d'exercer « tous les droits du mari relativement à l'éducation des enfants et à l'administration de leurs biens », c'est-à-dire tous les droits résultant de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens des enfants ; car les droits sur la personne des enfants se résument dans le droit d'éducation, et les droits sur leurs biens dans le droit d'administration.

La mère aura donc sur la personne de ses enfants le droit de correction, l'un des corollaires du droit d'éducation. Toutefois elle ne pourra l'exercer qu'avec la restriction qui lui est imposée pour le cas où elle est veuve par l'article 384, car cette restriction tient au sexe. Il impliquerait d'ailleurs contradiction que la femme pût exercer le droit de correction avec plus de plénitude quand son mari est absent que quand il est mort. La loi, il est vrai, dit que la femme exerce « tous les droits du mari », par conséquent le droit de correction ; mais elle ne dit pas qu'elle les exercera de la même manière que lui.

Sur les biens de ses enfants la femme aura le droit d'administration qui appartenait au père (art. 389). Aura-t-elle besoin, pour accomplir les différents actes que cette administration comporte, de l'autorisation de la justice par application de l'article 222 ? Non : cette exigence rendrait l'administration impossible. Nous voyons d'ailleurs que, dans tous les cas où la femme est autorisée par la loi ou par contrat à administrer son propre patrimoine, elle n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour chaque acte d'administration (C. art. 223, 1449, 1536, 1576 ; Co., art. 5).

La femme aura aussi sur les biens de ses enfants le droit de jouissance légale de l'article 384 ; puisque la mère a les charges de l'administration, il est juste qu'elle en ait les émoluments. Et toutefois cette solution est gravement contestée, principalement parce que l'article 384 n'accorde le droit de jouissance légale à la mère qu'après la dissolution du mariage. Cela est vrai ; mais ici comme partout *lex statuit de eo quod plerumque fit*. Le cas d'absence du mari, précisément parce qu'il est fort rare, ne s'est pas présenté à l'esprit du législateur. C'est ainsi qu'il a pu dire dans l'article 384 que le droit de jouissance légale appartient au père durant le mariage, de même qu'il a dit dans l'article 373 que le père seul exerce la puissance paternelle durant le mariage. Et puisque les termes de l'article 373 ne font pas obstacle à ce que la puissance paternelle passe à la mère durant le mariage en cas d'absence du mari, ceux de l'article 384 ne doivent pas non plus faire obstacle à ce que dans la même hypothèse la femme ait le droit de jouissance légale.

Le pouvoir, que la femme exerce en cas d'absence présumée de son mari sur la personne et sur les biens de ses enfants, n'est pas une tutelle. La tutelle ne s'ouvre que par la mort de l'un des époux (art. 390), et la mort de l'absent n'est pas prouvée, elle n'est même pas présumée. D'ailleurs la loi décide que la femme exerce « les droits du mari ». Or le mari n'était pas tuteur, mais administrateur légal (art. 389). Il en résulte qu'il n'y aura pas lieu de nommer un subrogé-tuteur à la mère, et que ses biens ne seront pas grevés d'une hypothèque légale au profit de ses enfants mineurs.

**389.** 2<sup>o</sup> *Disparition du père, la mère étant déjà décédée.* — Cette hypothèse, ainsi que la suivante, est régie par l'article 142, ainsi conçu : « Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, la surveillance des enfants sera déferée, par le conseil

» de famille, aux ascendants les plus proches, et à leur défaut, à un tuteur provisoire. »

Ici le père était tuteur au moment où il a disparu ; car la tutelle avait été ouverte par la mort de la mère, et le père avait été de plein droit investi des fonctions de tuteur (art. 390). La loi dispose qu'avant de prendre les mesures dont il va être parlé on attendra pendant six mois ; il ne faut pas que l'on s'ingère précipitamment dans les affaires de l'absent. Pendant ces six mois il pourra y avoir lieu, sur la réquisition des parties intéressées, à l'application des mesures conservatoires prescrites par les articles 112 et s. Une fois les six mois expirés, « la surveillance des enfants sera déferée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches et à leur défaut à un tuteur provisoire. »

Ici c'est d'une véritable tutelle qu'il s'agit, bien que la loi emploie le mot *surveillance*. Ce n'est guère douteux, quand, à défaut d'ascendants, le conseil de famille défère la surveillance des enfants à un collatéral ou même à un étranger : la loi le désigne en effet sous le nom de TUTEUR *provisoire*. Et comment dès lors en serait-il autrement quand la surveillance a été déferée à un ascendant ? Comment le même mot *surveillance* pourrait-il désigner une tutelle quand elle est confiée à un autre qu'à un ascendant et autre chose qu'une tutelle quand elle est déferée à un ascendant ? Il y a donc tutelle ; par suite il y a lieu à la nomination d'un subrogé-tuteur (arg., art. 420) et le tuteur sera grevé sur ses biens d'une hypothèque légale (arg., art. 2121). D'ailleurs cette tutelle est provisoire, ce qui signifie qu'elle devra être restituée au père s'il reparaît.

\* On peut se demander pourquoi la loi, au lieu de désigner elle-même l'ascendant qui devra gérer la tutelle à la place du père, comme elle le fait dans les autres cas où il y a lieu à la tutelle des ascendants (art. 402 et s.), laisse au conseil de famille le soin de faire cette désignation. Il y a là, on ne peut se le dissimuler, un défaut de concordance dans la loi. Voici d'où il vient. Le projet du titre *De la tutelle* laissait au conseil de famille, dans tous les cas où il y avait lieu à la tutelle des ascendants, le soin de désigner celui des ascendants qui serait tuteur. L'article 442 contient une application de ce système, et s'il eût été maintenu la loi aurait offert en cette matière une parfaite harmonie dans ses dispositions. Mais lors de la discussion du titre *De la tutelle* on adopta un système nouveau d'après lequel l'ascendant chargé de gérer la tutelle était désigné de plein droit par la loi elle-même et non par le conseil de famille. Les articles 402 et suivants furent rédigés et votés en ce sens. Ce changement aurait dû entraîner comme conséquence logique le remaniement de l'article 442 en vue de le mettre en harmonie avec le nouvel état de choses ; mais on n'y a pas songé.

Quoi qu'il en soit, quelques auteurs estiment que l'interprète doit réparer cet oubli ; ils décident en conséquence que l'ascendant, chargé de gérer provisoirement la tutelle en cas d'absence du père, sera celui que les articles 402 et suivants désigneraient de plein droit pour remplacer le père si son décès était prouvé. Mais cette solution, qui a pour résultat d'abroger l'article 442 *in parte qua*, paraît inadmissible. Au législateur seul il appartient d'abroger la loi : ce qu'il peut faire expressément ou tacitement. D'abrogation expresse, il n'y en a pas ici, et d'abrogation tacite non plus ; car l'article 442 n'est pas incompatible avec les articles 402 et suivants, ni avec aucun autre texte de loi. Donc cet article subsiste tel qu'il est.

**390.** 3<sup>o</sup> *Disparition du père suivie du décès de la mère avant la déclara-*

*tion d'absence* (art. 142). Aussitôt après la disparition du père, la mère exerce à sa place la puissance paternelle, comme on l'a vu sous l'article 142. Si elle vient à mourir, cet événement donne ouverture à la tutelle de ses enfants mineurs, et cette tutelle revient de plein droit au père absent (art. 390). On retombe alors dans l'hypothèse précédente : le père est tuteur et la mère est morte. Voici donc comment il y aura lieu de procéder. Si, au moment de la mort de la mère, il s'est écoulé plus de six mois depuis la disparition du père, on appliquera de suite l'article 142, c'est-à-dire que le conseil de famille déférera immédiatement la surveillance des enfants aux ascendants les plus proches ou à leur défaut à un tuteur provisoire. Dans le cas contraire, on ne l'appliquera qu'à l'expiration des six mois.

#### B. *Disparition de la mère.*

**391.** La loi n'a pas prévu cette hypothèse ; mais il est facile à l'interprète de combler cette lacune dans les différents cas qui peuvent se présenter.

1° *Disparition de la mère le père étant présent.* Cet événement ne changera rien à la situation du père par rapport à ses enfants. Jusqu'à la déclaration d'absence, il continuera donc à exercer la puissance paternelle comme avant la disparition de la mère et au même titre.

2° *Disparition de la mère le père étant décédé.* La mère était tutrice au moment de sa disparition (art. 320). Il y aura donc lieu, six mois après cette disparition, à la délation provisoire de la tutelle conformément à l'article 142 qui doit être appliqué ici par analogie.

3° *Disparition de la mère suivie du décès du père avant la déclaration d'absence.* On appliquera encore ici par analogie l'article 142.

**392.** Aux termes de l'article 143 : « *Il en sera de même dans le cas où l'un des époux qui aura disparu laissera des enfants mineurs issus d'un mariage précédent.* » Un veuf ou une veuve ayant des enfants mineurs de son premier mariage en contracte un nouveau, puis vient à disparaître, ses enfants du premier lit étant encore mineurs et sous sa tutelle. Notre article dit qu'on appliquera l'article 142, c'est-à-dire que six mois après la disparition la tutelle appartenant à l'absent sera déférée provisoirement par le conseil de famille aux ascendants les plus proches ou à leur défaut à un tuteur provisoire. A vrai dire cette disposition était inutile ; le cas dont il s'agit rentrait en effet dans les prévisions de l'article 142, puisque l'un des auteurs de l'enfant est décédé quand l'autre vient à disparaître. Cette circonstance : que le père survivant ou la mère survivante qui a disparu est remariée, ne pouvait pas empêcher l'application de l'article 142 ; car le nouveau conjoint est un étranger par rapport aux enfants du premier lit, et la loi ne pouvait pas compter sur lui pour surveiller leurs intérêts.

## II. *Le père ou la mère qui a disparu est en état d'absence déclarée.*

**393.** On enseigne généralement que les dispositions des articles 141 à 143 cessent d'être applicables, quand l'absence de l'époux qui a disparu a été déclarée. Tout semble prouver en effet que les articles 141 à 143 n'ont été écrits qu'en vue de la présomption d'absence : la rubrique du chapitre d'abord qui parle du père « qui a disparu », puis le texte des articles 141 à 143 qui emploient à plusieurs reprises les mots *disparu*, *disparition*, enfin ces mots de l'article 142 « avant que l'absence du père ait été déclarée ». Qu'arrivera-t-il donc, la déclaration d'absence une fois prononcée ? La tutelle des enfants mineurs sera déferée provisoirement d'après les règles du Droit commun, car la déclaration d'absence donne lieu à l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés au décès de l'absent. Cette délation de la tutelle pourra amener dans certains cas la cessation des mesures provisoires prises en exécution des articles 141-143.

# TITRE V

## Du mariage.

### INTRODUCTION

**394.** Les titres V à X auraient pu n'en former qu'un seul divisé en plusieurs chapitres. Ces titres réglementent en effet l'organisation de la famille. Les titres V, VI, VII et VIII ont trait à la formation de la famille, et les titres IX et X à l'organisation du pouvoir domestique qui se présente sous deux formes : puissance paternelle quand le père et la mère existent, et tutelle quand l'un des deux est décédé.

#### I. *Notions générales sur la famille.*

**395.** La famille est l'ensemble des personnes unies entre elles par un lien de parenté ou d'alliance. Quelquefois le mot *famille* se prend dans un sens plus restreint, comme désignant seulement l'ensemble des personnes qui sont unies par le lien de la parenté.

**396.** A. *De la parenté.* La parenté résulte des rapports de filiation. On peut la définir : le lien qui unit les personnes descendant les unes des autres ou d'un auteur commun. On voit par cette définition qu'il existe deux espèces de parenté, savoir la parenté directe, qui relie entre elles les personnes descendant les unes des autres, par exemple le père et le fils, l'aïeul et le petit-fils, et la parenté collatérale (*quasi a latere*) existant entre personnes qui, sans descendre les unes des autres, descendent d'un auteur commun, par exemple entre deux frères dont

l'auteur commun est le père, ou entre deux cousins-germains dont l'auteur commun est l'aïeul.

Mes parents, directs ou collatéraux, sont dits paternels ou maternels, suivant qu'ils me sont parents par mon père ou par ma mère. Ainsi mon père et tous ses parents sont mes parents paternels ; ma mère et tous ses parents sont mes parents maternels. Une même personne peut m'être parente par mon père et par ma mère ; elle est alors mon parent paternel et maternel tout à la fois. Eclaircissons tout cela par des exemples. Deux frères qui ont le même père et une mère différente sont l'un par rapport à l'autre parents paternels ; on les appelle frères *consanguins* (*vulgo* frères de père). Deux frères qui ont la même mère et un père différent sont parents maternels ; on les appelle frères *utérins* (*vulgo* frères de mère). Enfin deux frères issus du même père et de la même mère sont parents paternels et maternels tout à la fois ; on les appelle frères *germains*.

**397.** On distingue en matière de parenté la ligne et le degré.

La *ligne* est la série des parents qui descendent les uns des autres ou d'un auteur commun. Il y a donc deux lignes : la ligne directe et la ligne collatérale.

La *ligne directe* comprend la série des parents directs. Elle est ascendante ou descendante suivant qu'on envisage les auteurs ou la postérité d'une personne : — *ses auteurs*, ou autrement dit *ses ascendants*, père, mère, aïeuls, aïeules, etc., d'où le nom de ligne ascendante ; — *sa postérité* : fils, petits-fils, arrière-petits-fils., ou autrement dit *ses descendants*, d'où le nom de ligne descendante. En d'autres termes la ligne directe est ascendante ou descendante suivant qu'on envisage la série des parents qu'elle comprend en remontant ou en descendant : *en remontant* du fils au père, de celui-ci à l'aïeul, de celui-ci au bisaïeul ; *en descendant* du père au fils, du fils au petit-fils, de celui-ci à l'arrière-petit-fils, etc.

La *ligne collatérale* comprend la série des parents collatéraux. La ligne collatérale est une ligne double qui a son point de jonction à l'auteur commun.

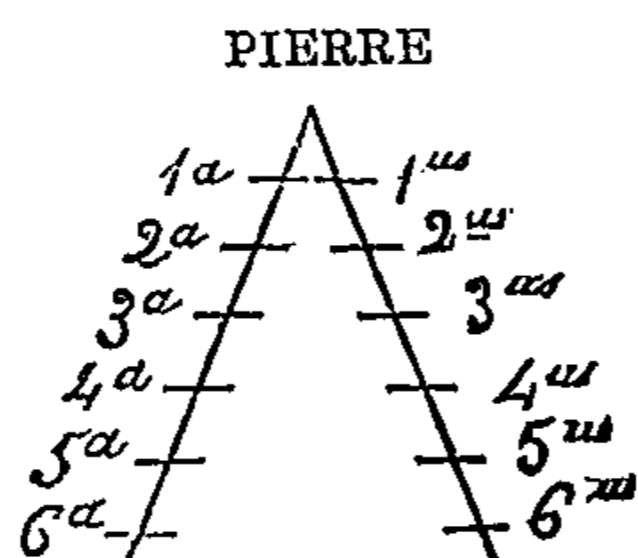
Le *degré* est la distance qui existe entre deux parents. On calcule cette distance par le nombre des générations.

Entre deux parents en ligne directe il y a autant de degrés que de générations : ainsi le père et le fils sont parents au premier degré, l'aïeul et le petit-fils au deuxième, et ainsi de suite.

Le calcul du degré est un peu plus compliqué pour les parents collatéraux. La difficulté vient de ce que les collatéraux descendent, non les uns des autres, mais d'un auteur commun : ainsi deux frères descendent d'un auteur commun qui est le père, deux cousins germains d'un au-

teur commun qui est l'aïeul, de sorte que, pour mesurer la distance qui sépare deux parents collatéraux ou autrement dit leur degré de parenté, il y a deux lignes de parenté à considérer, ou plus exactement deux branches d'une même ligne, qui ont leur point de convergence à l'auteur commun.

Le trait d'union qui existe entre deux parents collatéraux étant l'auteur commun, il est tout naturel de calculer la distance qui sépare deux collatéraux, ou en d'autres termes leur degré de parenté, en faisant la somme des distances qui existent entre chacun des collatéraux et l'auteur commun. De là cette règle, écrite dans l'article 738, que pour compter les degrés en ligne collatérale, il faut remonter de l'un des parents jusqu'à l'auteur commun, en comptant le nombre de générations ou de degrés qui les séparent, et y ajouter le nombre de générations ou de degrés que l'on trouve en redescendant de l'auteur commun jusqu'à l'autre parent. On trouve ainsi que deux frères sont parents au deuxième degré. En effet l'auteur commun de deux frères est le père. De moi à mon père il y a un degré, de mon père à mon frère un autre degré; total deux degrés. C'est le degré le plus rapproché en ligne collatérale : il n'y a pas ici de premier degré, ou si l'on veut le premier degré est le deuxième. On trouverait de la même façon qu'un neveu est parent au troisième degré avec son oncle : de moi à mon aïeul, auteur commun, deux degrés; de mon aïeul à mon oncle (frère de mon père), un degré; total trois degrés entre moi et mon oncle. Je serais parent au quatrième degré avec mon cousin germain fils de mon oncle, et ainsi de suite. C'est ce que l'on voit très facilement à l'aide de la figure suivante dans laquelle chaque individu est père ou mère de la personne qui se trouve immédiatement au-dessous d'elle sur la même ligne. Cette figure a en outre l'avantage de présenter aux yeux la parenté collatérale sous la forme imagée sous laquelle on la présente ordinairement à l'esprit, celle d'une échelle double ayant son sommet à l'auteur commun et dans laquelle chaque génération est représentée par un degré de l'échelle. *Gradus dicti sunt a similitudine scalarum.*



Dans cette figure Pierre est père de *Primus* et de *Prima* (on écrit par abréviation  $1^{us}$ ,  $1^a$ ).  $1^{us}$  est père de  $2^{us}$ , celui-ci de  $3^{us}$ , celui-ci de  $4^{us}$ ... De même  $1^a$  est mère de  $2^a$ , celle-ci de  $3^a$ , celle-ci de  $4^a$ ... On a pris des

mâles d'un côté et des femmes de l'autre pour conserver les mêmes numéros de chaque côté de l'échelle, mais cela est indifférent. La figure est disposée de manière à ce que le numéro qui représente le nom de chaque individu représente en même temps le nombre de générations qui existent entre lui et l'auteur commun. Ainsi entre 2<sup>us</sup> et Pierre, de même qu'entre 2<sup>a</sup> et Pierre, il existe deux générations. Partant 1<sup>us</sup> et 1<sup>a</sup> qui sont frère et sœur sont au deuxième degré ( $1 + 1 = 2$ ); 1<sup>us</sup> et 2<sup>a</sup>, oncle et nièce, au troisième ( $1 + 2 = 3$ ); 2<sup>us</sup> et 2<sup>a</sup>, cousins germains, au quatrième ( $2 + 2 = 4$ ); 3<sup>us</sup> et 3<sup>a</sup> cousins issus de germains au sixième...; 6<sup>us</sup> et 6<sup>a</sup> au douzième ( $6 + 6 = 12$ ). Au-delà de ce degré la parenté existe encore, mais elle ne donne plus le droit de succession (art. 755).

**398.** Le Droit canonique a une autre manière de compter les degrés en ligne collatérale. Nous croyons devoir en parler, car les empêchements au mariage religieux à raison de la parenté sont établis d'après la supputation canonique. Suivant ce mode de calcul, on ne compte les générations que d'un seul côté. Ainsi deux frères sont parents au premier degré en ligne collatérale, deux cousins germains au deuxième. Dans les deux cas qui viennent d'être cités, il y a la même distance entre l'auteur commun et chacun des parents, et il est indifférent par conséquent de compter les degrés d'un côté ou de l'autre. On est alors *in linea collateralis æquali*. Il n'en est plus de même quand les deux parents sont inégalement distants de l'auteur commun, comme il arrive pour l'oncle et la nièce dont l'auteur commun est l'aïeul. On voit, en se reportant à la figure ci-dessus, qu'entre l'oncle et l'auteur commun il n'y a qu'une génération et par suite un degré, tandis qu'entre ce même auteur et l'autre parent, la nièce, il y a deux générations et par suite deux degrés. De quel côté faudra-t-il compter dans le Droit canonique? Du côté où il y a le plus de générations, du côté de la nièce par conséquent dans l'espèce proposée. On trouvera ainsi que l'oncle et la nièce sont parents au deuxième degré. Mais nous venons de voir que les cousins germains sont aussi parents au deuxième degré d'après la même supputation. Alors comment distinguer, quand on parlera de parents au deuxième degré, s'il s'agit de cousins germains ou d'un oncle et de ses neveu ou nièce? Pour qu'on puisse le savoir, il faut que l'on dise si les parents sont en *collatérale égale*, *in linea collateralis æquali* ou en *collatérale inégale*, *in linea collateralis inæquali*. Deux parents au deuxième degré en collatérale égale sont des cousins germains, en collatérale inégale un oncle ou une tante et son neveu ou sa nièce.

**399.** La parenté peut être légitime, naturelle ou adoptive, suivant la nature des rapports qui lui servent de base.

La parenté légitime est celle qui résulte de la filiation légitime, et la filiation légitime a elle-même sa source dans le mariage.

La parenté naturelle est celle qui résulte de la filiation naturelle, c'est-à-dire de la filiation qui a sa source dans les rapports de deux personnes non légitimement mariées l'une à l'autre ; elle est naturelle simple, adultérine ou incestueuse suivant la nature des rapports auxquels elle doit son origine.

Enfin la parenté adoptive est celle qui a sa source dans une filiation purement civile et par suite fictive, la filiation résultant de l'adoption.

Ainsi la parenté naturelle a son fondement dans la nature seule, la parenté adoptive dans la loi seule (c'est une parenté purement civile), et la parenté légitime dans la nature et dans la loi (c'est une parenté naturelle et civile tout à la fois). La nature qui ne joue aucun rôle dans la parenté adoptive, joue donc un rôle exclusif dans la parenté naturelle, et un rôle important dans la parenté légitime. Aussi emploie-t-on quelquefois l'expression *enfants naturels* par opposition à celle d'*enfants adoptifs* pour distinguer tous les enfants dans la filiation desquels la nature joue un rôle, et cette expression comprend alors même les enfants légitimes.

**400. Effets de la parenté.**— La parenté confère des droits, impose des obligations et entraîne des incapacités.

*Elle confère des droits* : ainsi le droit de succéder (art. 731 et s., 757 et s.), le droit de réclamer des aliments (art. 205 et s., 349), le droit de provoquer l'interdiction.

*Elle impose des obligations* : par exemple l'obligation d'être tuteur ou membre d'un conseil de famille, l'obligation de payer la dette alimentaire.

*Elle entraîne des incapacités.* Ces incapacités sont très nombreuses. Il suffit de citer : l'incapacité d'être témoin dans les actes notariés qui frappe certains parents du notaire ou des parties (loi du 25 ventôse an XI, art. 9 et s.), l'incapacité dont sont frappés certains officiers ministériels d'instrumenter pour leurs parents, les empêchements au mariage (art. 161 et s.), etc.

**401. B. De l'alliance ou affinité.** — Le Code civil qui définit la parenté (art. 736 et s.) ne définit pas l'alliance ; il appartient à la doctrine de suppléer à son silence. L'alliance est le lien qui existe entre chaque époux et les parents de l'autre. Chaque époux entre comme allié dans la famille de son conjoint. En me mariant, je deviens l'allié de tous les parents de ma femme. Réciproquement ma femme devient l'alliée de tous mes parents. C'est donc le mariage qui est la source de l'alliance. Cela était admis en Droit romain. *Affinitatis causa fit ex nuptiis*, disent les lois 4, § 3 et 8, D., *De Gradibus et affinibus*, XXXVIII, 10, et Pothier

définissait pareillement l'alliance : « le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage et les parents de l'autre. »

Le lien de l'alliance n'existe qu'entre chaque époux et les parents de l'autre : il n'existe pas entre les parents d'un époux et les parents de l'autre. Ainsi je suis bien l'allié de tous les parents de ma femme ; mais mes parents ne sont pas les alliés de ceux de ma femme. Dans le monde beaucoup de personnes croient à tort le contraire.

L'alliance emprunte à la parenté sa ligne et son degré ; elle est en effet, comme on l'a fort bien dit, une image affaiblie de la parenté, le miroir de la parenté. Ainsi un parent au troisième degré de ma femme en ligne collatérale est mon allié au troisième degré en ligne collatérale.

L'alliance est légitime, naturelle ou adoptive, suivant qu'elle s'applique aux parents légitimes, aux parents naturels ou aux parents adoptifs de mon conjoint. Ainsi je suis l'allié légitime de tous les parents légitimes de mon conjoint ; je suis l'allié naturel de ses parents naturels, par exemple de son père naturel, et l'allié adoptif de ses parents adoptifs, par exemple de son père adoptif. Pour l'adoption, cette assimilation fait quelque difficulté. La Cour de cassation a résolu la question en ce sens par un arrêt en date du 6 décembre 1844 (Sir., 45. 1. 116).

Beaucoup des effets de la parenté sont communs à l'alliance. Ainsi l'alliance comme la parenté donne droit aux aliments et oblige à en fournir (art. 206). De même la plupart des incapacités qui résultent de la parenté s'appliquent à l'alliance : incapacité d'être témoin dans les actes, empêchements au mariage. Mais il y a d'autres effets qui découlent exclusivement de la parenté. Ainsi la parenté confère le droit de succéder, l'alliance au contraire n'hérite pas. De même l'alliance ne donne naissance à aucun des droits ni des devoirs qui se rattachent à la puissance paternelle.

Le Code civil, qui ne dit pas comment l'alliance prend naissance, ne dit pas non plus comment elle prend fin. Certains effets de l'alliance cessent de se produire, lorsque le mariage qui lui a donné naissance est dissous et qu'il n'en reste plus d'enfants. Il en est ainsi notamment de l'obligation alimentaire produite par l'alliance (C., art. 206). Voyez aussi les art. 283 et 378 C. Pr. Faut-il conclure de là que l'alliance cesse d'exister par la mort de l'époux qui la produit et des enfants issus du mariage ? On a essayé de le soutenir, et à l'argument tiré des textes qui viennent d'être cités, on en a ajouté un autre tiré de l'autorité de notre ancien Droit où s'était accrédité l'adage « morte ma fille, mort mon gendre ». Mais cette solution est repoussée par une jurisprudence constante à laquelle il est difficile de ne pas souscrire. De ce que la mort de l'époux qui produit l'alliance et des enfants issus de son mariage avec l'autre

époux met fin à certains effets de l'alliance, il ne résulte pas nécessairement que ces événements mettent fin à l'alliance elle-même. Il faudrait pour cela un texte formel, et ce texte n'existe pas. L'alliance survivra donc, et continuera à produire tous ses effets autres que ceux exclus par un texte spécial, notamment les empêchements au mariage.

## II. *Notions générales sur le mariage.*

**402.** Le mariage est l'union légitime de deux personnes de sexe différent dans le double but de fonder une famille nouvelle et de se prêter mutuellement secours et assistance.

Le mariage intéresse principalement les deux époux, mais il intéresse aussi leur famille et la société.

*La famille des époux*; car outre que chaque époux devient l'allié des parents de l'autre, leurs deux familles verront entrer dans leur sein les enfants qui naîtront du mariage.

*La société*; car le mariage est la source des familles qui elles-mêmes sont la base de la société et de l'État, ce qui a fait dire à un de nos anciens que « le mariage est la pépinière de l'État ».

Aussi tous les législateurs ont-ils réglementé le mariage que la loi naturelle a créé. A leur tour les diverses religions ont appelé sur lui, suivant des rites divers, les bénédictions du ciel; la religion catholique en a fait un sacrement. « Le mariage, dit Toullier, doit son institution à la nature, sa perfection à la loi, sa sainteté à la religion qui l'a élevé à la dignité de sacrement ».

**403.** On a vu (*supra*, n° 216) comment dans notre ancien Droit le mariage civil et le mariage religieux se trouvaient confondus; pour mieux dire le mariage civil y avait été absorbé par le mariage religieux. Cette législation violentait dans leurs convictions religieuses les citoyens qui appartenaient à un autre culte que le culte catholique, en les forçant, pour contracter un mariage valable aux yeux de la loi civile, à faire bénir leur union par les ministres d'une religion à laquelle ils ne croyaient pas. Elle fut abolie au moins en partie par un édit de Louis XVI de 1787 qui, en rendant aux protestants la liberté de leur culte, leur permit de faire constater leurs mariages par les officiers de justice de leur domicile. Mais l'édit de 1787 laissait subsister le droit antérieur relativement aux catholiques.

L'Assemblée constituante ayant proclamé le principe de la liberté des cultes, il en résultait nécessairement que les particuliers ne pouvaient plus être obligés de faire bénir leurs mariages suivant les rites d'une religion particulière. Cette conséquence fut expressément formulée dans l'article 7 du titre II de la Constitution du 3 septembre 1791, ainsi conçu : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. » Il suffit donc désormais, pour qu'un mariage fût valable aux yeux de la

loi civile, qu'il fût contracté et constaté conformément aux prescriptions de la loi civile, quelles que fussent d'ailleurs les croyances religieuses des contractants. C'est là ce que l'on appelle le principe de la *sécularisation* du mariage. Le projet de Code civil le reproduisait à peu près dans les mêmes termes que la Constitution de 1791 : « La loi ne considère le mariage que sous les rapports civils. » La discussion, à laquelle cette disposition a donné lieu, nous apprend qu'elle n'a été supprimée que comme inutile.

L'indépendance du mariage civil et du mariage religieux est donc aujourd'hui nettement établie. Le mariage civil a ses conditions d'existence et de validité tout à fait distinctes de celles du mariage religieux ; de telle sorte que tel mariage, contracté conformément aux prescriptions de la loi civile et valable par suite aux yeux de cette loi, peut être nul aux yeux de la loi religieuse dont les prescriptions particulières n'ont pas été observées, et réciproquement. C'est aux particuliers qui tiennent à être mariés valablement aux yeux de la loi civile et aux yeux de la loi religieuse à se mettre en règle avec l'une et l'autre loi.

**404.** Du principe de l'indépendance du mariage religieux et du mariage civil il aurait dû résulter logiquement que les particuliers peuvent à leur gré, ou contracter un mariage civil et un mariage religieux tout à la fois, ou bien un mariage civil seulement, ou bien un mariage religieux seulement. Notre loi autorise les personnes qui ont d'abord contracté mariage conformément aux prescriptions de la loi civile à contracter ensuite un mariage religieux suivant les rites de leur religion. Elle les autorise aussi à se contenter du mariage civil. Mais elle ne les autorise pas à se contenter seulement du mariage religieux, et par suite elle leur défend de contracter le mariage religieux avant le mariage civil. On lit en effet dans l'article 54 de la loi du 18 germinal de l'an X, qui contient les articles organiques du Concordat : « Les curés ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront en bonne et due forme avoir contracté mariage devant l'officier civil ». Et cette disposition trouve sa sanction pénale dans les articles 199 et 200 du Code pénal, où sont édictées des peines assez sévères contre tout ministre d'un culte qui procéderait aux cérémonies religieuses d'un mariage sans qu'il lui ait été justifié de la célébration régulière du mariage civil. Pourquoi cette atteinte à la liberté des particuliers et aussi à la logique, qui, le principe de l'indépendance des deux mariages une fois admis, semblerait devoir autoriser les particuliers à se contenter du mariage religieux ? Parce qu'il y a quelque chose qui est au-dessus de la liberté des particuliers et de la logique elle-même, c'est la conservation de la société, et par suite du bon ordre social. L'expérience a prouvé qu'un grand nombre de personnes qui ne se préoccupent que de la loi religieuse, ce qui est un tort, se

contenteraient du mariage religieux; il semble à leurs yeux que la loi civile usurpe sur la loi religieuse en voulant régler elle aussi le mariage. Beaucoup vivraient ainsi dans un état qui, aux yeux de la loi civile, ne peut être qu'un concubinage, et donneraient le jour à des enfants que cette même loi serait obligée de considérer comme bâtards. Il fallait couper ce mal par la racine. Sans doute tous les cultes doivent être libres; mais il ne faut pas que le principe de la liberté des cultes puisse paralyser l'application de la loi civile. La loi civile est faite dans l'intérêt de tous, et elle doit l'emporter dans les sociétés humaines sur la loi religieuse qui est faite dans l'intérêt de quelques-uns.

## CHAPITRE I

### DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE

**405.** Les conditions requises pour pouvoir contracter mariage ne le sont pas toutes avec la même rigueur. Il y en a dont l'absence rendrait le mariage *inexistant*; il y en a d'autres dont l'absence rendrait le mariage *nul*; il y en a enfin dont l'absence forme seulement un obstacle à la célébration du mariage, mais ne permettrait pas d'en prononcer la nullité si le mariage avait été célébré.

Nous allons pour le moment étudier ces différentes conditions pêle-mêle, comme le fait la loi dans notre chapitre, et nous dirons au chapitre des nullités dans quelle catégorie chacune doit rentrer.

En voici l'énumération dans l'ordre où nous les étudierons : 1<sup>o</sup> différence de sexe entre les deux parties contractantes; 2<sup>o</sup> consentement des parties; 3<sup>o</sup> âge compétent chez les deux époux; 4<sup>o</sup> nécessité pour les futurs d'obtenir dans certains cas le consentement ou de requérir le conseil de certaines personnes; 5<sup>o</sup> absence pour chaque futur d'un lien conjugal antérieur non dissous; 6<sup>o</sup> absence entre les deux futurs conjoints d'un lien de parenté ou d'alliance au degré où le mariage est prohibé.

**406. PREMIÈRE CONDITION.** *Les deux contractants doivent être de sexe différent.* — Il faut bien mentionner cette condition puisque les auteurs la mentionnent. Mais n'auraient-ils pas mieux fait d'imiter sur ce point le silence du législateur? il y a des choses qui sont trop évidentes pour avoir besoin d'être dites! Aussi bien les recueils de jurisprudence sont-ils à peu près muets sur cette première condition; on peut voir toutefois à titre de curiosité une décision de la Cour de Montpellier du 8 mai 1872, S., 72. 2. 272.

**407.** DEUXIÈME CONDITION. *Consentement des futurs époux.* — Le mariage est un contrat. Or la base essentielle de tout contrat est le consentement des parties contractantes, c'est-à-dire le concours de leurs volontés (art. 1108). Aussi l'article 146 nous dit-il en termes énergiques qu'il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.

De là il résulte que ceux qui sont incapables de consentir, comme les fous, ne peuvent pas contracter mariage. Il en résulte également que, si le consentement de l'une des parties a été très-profondément vicié, par exemple par la violence, le mariage pourra être annulé. C'est ce que nous verrons sous l'article 180.

**408.** TROISIÈME CONDITION. *Il faut que les deux époux aient atteint l'âge compétent.*—Quand une personne de l'un ou de l'autre sexe a acquis un développement suffisant pour qu'elle puisse engendrer des enfants, elle est dite *pubère*. La puberté arrive plus tôt ou plus tard suivant les climats et, sous un même climat, suivant les individus ; il y en a de plus ou moins précoces ; partout les femmes deviennent pubères plus tôt que les hommes. Le législateur ne pouvait pas consacrer en cette matière les mille caprices de la nature et admettre autant de règles que d'individus. Il devait fixer un âge, le même pour tous suivant le sexe, avant lequel le mariage ne pourrait pas être contracté, et il devait pour déterminer cet âge se tenir plutôt au-dessus qu'au-dessous de la limite fixée par la nature. D'une part en effet, pour fonder une race fortement constituée, il ne faut pas autoriser le mariage trop tôt. Comme le dit Portalis : « Il eût été impolitique de permettre à des êtres à peine affranchis de la stérilité de l'enfance de perpétuer dans des générations imparfaites leur propre débilité. » Et d'autre part le mariage exige non seulement le développement du corps, mais aussi une certaine maturité d'esprit qui ne survient ordinairement que plus tard. Le législateur a cru répondre à ces diverses exigences en décrétant que « *L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage* » (art. 144). Cet âge est celui de la puberté légale.

En Droit romain les femmes pouvaient se marier à douze ans, et les hommes à quatorze. Cette limite d'âge, qui pouvait être convenable pour le climat d'Italie, n'était pas assez reculée pour le nôtre, ce qui n'empêcha pas notre ancien Droit de l'admettre. Il aurait pu en résulter des conséquences désastreuses pour notre race, si « mieux conseillés par la nature que par la loi la presque totalité des citoyens ne s'étaient abstenus d'user de cette faculté ». La loi du 20 septembre 1792 recula la limite d'âge pour le mariage jusqu'à treize ans pour les femmes et quinze ans pour les hommes. Ce n'était pas assez encore, et beaucoup de bons esprits pensent que le Code civil n'est pas allé lui-même assez loin en exigeant quinze ou dix-huit ans suivant les sexes.

**409.** Toute règle a ses exceptions. Aux termes de l'article 145 : « *Néanmoins il est loisible au Roi d'accorder des dispenses d'âge pour des*

» *motifs graves* ». La cause la plus fréquemment invoquée est la grossesse de la femme. Ici la nature a donné un démenti à la loi, qui présume qu'une femme de moins quinze ans n'est pas encore pubère, « *malitia supplevit ætatem* ». Puisque le mal est fait, il ne peut être question que de le réparer. La loi devait en fournir le moyen aux coupables qui en ont la bonne volonté. Pour éviter le scandale d'un accouchement avant mariage, on demandera et on obtiendra une dispense d'âge. Ce n'est pas le seul cas dans lequel une dispense puisse être accordée. La loi dit « pour des motifs graves » sans préciser autrement. C'est au chef de l'État chargé d'accorder la dispense qu'il appartient d'apprécier la gravité du motif allégué. Voyez à ce sujet les circulaires du Ministre de la justice du 10 mai 1824 et du 29 avril 1832, qui citent, entre autres, le cas où le mariage projeté doit assurer à la personne qui n'a pas atteint la limite d'âge fixée par la loi des moyens d'existence, ou mettre ses mœurs à l'abri du danger qu'elles courent. En ce qui concerne le mode de la délivrance des dispenses, il y a lieu de se référer à l'arrêté du 20 prairial an XI, art. 1, 2 et 5.

Si la loi fixe un âge au-dessous duquel on ne peut contracter mariage, elle ne fixe pas d'âge passé lequel le mariage devient impossible. La vieillesse la plus avancée n'est donc pas un empêchement au mariage. Nous n'avons pas dans nos lois, et il ne faut pas s'en plaindre, de disposition analogue à celle du Code russe, qui décide que « nul ne peut contracter mariage s'il est âgé de quatre-vingt-dix ans révolus. »

Est-il utile de dire que la plus grande disproportion d'âge entre les contractants n'est pas un empêchement au mariage, ainsi que l'a décidé la Cour de Paris pour le cas d'un mariage contracté par un homme de trente ans avec une femme de soixante-dix ans !

La loi qui nous régit actuellement admet, par cela seul qu'elle ne les prohibe pas, les mariages *in extremis*, c'est-à-dire ceux qui sont contractés aux approches de la mort. On voit assez fréquemment ces mariages se produire dans la pratique pour réparer dans la mesure du possible une vie de désordre, et surtout pour légitimer des enfants naturels. L'ordonnance de 1639, sans prohiber les mariages *in extremis*, décidait qu'ils ne produiraient pas d'effets civils; notamment les enfants issus de l'union transformée en mariage n'étaient pas légitimés, et par suite ne succédaient pas à leur père. Le législateur de 1639 avait voulu sans doute éloigner les citoyens des unions illicites en leur enlevant l'espoir de les réhabiliter au moment de leur mort. L'expérience a appris au législateur de 1804 que des mesures de ce genre sont impuissantes à prévenir le mal; elles empêchent seulement de le réparer. Il fallait donc les supprimer.

**410.** QUATRIÈME CONDITION. *Les futurs époux doivent obtenir le con-*

*sentement ou requérir le conseil de certaines personnes.* — La loi permet à des mineurs, à des incapables par conséquent, de contracter mariage. On peut le regretter ; mais, le principe une fois admis, il fallait tout au moins entourer d'une protection particulière ceux qui usent de cette faculté. Le législateur aurait failli à son devoir, s'il avait abandonné à eux-mêmes, quand ils accomplissent l'acte le plus important de leur vie, des personnes qu'il déclare incapables d'accomplir des actes d'un bien moindre intérêt, ceux relatifs au patrimoine (art. 450 et 1125). La mesure de protection à leur appliquer était d'ailleurs tout indiquée : il fallait assurer au mineur qui se marie l'appui de ses protecteurs naturels, c'est-à-dire de ses ascendants, et à leur défaut de la famille. C'est ce qu'a fait le législateur.

Le majeur lui-même qui se marie ne devait pas être complètement abandonné à ses seules lumières, au moins lorsqu'il a des ascendants ; leurs conseils sont précieux à recueillir à tout âge en une matière aussi délicate. D'ailleurs le mariage n'intéresse pas seulement les époux ; il intéresse aussi leur famille et principalement leurs ascendants qui en sont les chefs. L'intervention de la famille se justifie donc à un double titre, l'intérêt des époux d'abord, et puis l'intérêt de la famille elle-même. Les articles 148 et suivants déterminent la nature et les limites de cette intervention.

La loi distingue s'il s'agit d'enfants légitimes ou d'enfants naturels.

**411.** Première hypothèse. — Il s'agit d'enfants légitimes. Il y a lieu de sous-distinguer s'ils ont ou s'ils n'ont pas d'ascendants.

**412.** A. L'enfant légitime qui veut se marier a un ou plusieurs ascendants. — Tant qu'il n'aura pas atteint sa majorité matrimoniale, cet enfant ne pourra pas se marier sans le consentement de ses ascendants ou de certains d'entre eux. Après sa majorité matrimoniale, ce consentement ne lui sera plus nécessaire ; mais à son défaut il devra requérir leur conseil à l'aide d'un ou de plusieurs actes respectueux.

La majorité matrimoniale est une majorité spéciale quant au mariage. Elle a lieu à vingt-cinq ans pour les fils et à vingt-un ans pour les filles ; elle coïncide par conséquent pour ces dernières avec la majorité civile. C'est à cette majorité spéciale quant au mariage que l'article 488 fait allusion, lorsqu'après avoir dit : « La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis ; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile », il ajoute : « sauf la restriction portée au titre du mariage. »

On donne d'assez mauvaises raisons pour justifier la différence que la loi établit, au point de vue de la majorité matrimoniale, entre les fils et les filles. A défaut de meilleures il faut bien s'en contenter. On dit que les filles deviennent plus promptement nubiles que les hommes, et que l'âge où il leur est difficile de se marier convenablement survient aussi plus vite ; qu'il importe donc de les rendre plus tôt les

arbitres de leur propre sort, en les affranchissant de la nécessité d'obtenir le consentement de leurs ascendants pour contracter mariage ; que d'ailleurs les filles sont en général plus soumises que les fils, et qu'une révolte contre l'autorité paternelle est par suite moins à craindre de leur part ; enfin que le mariage du fils intéresse plus la famille que celui de la fille, puisque c'est lui qui transmet le nom, et que la loi a dû pour ce motif accorder aux ascendants un droit de contrôle plus prolongé et par cela même plus efficace sur le mariage du fils.

Cela posé, étudions successivement la situation qui est faite à l'enfant suivant qu'il a ou qu'il n'a pas atteint sa majorité matrimoniale.

**413. a).** *L'enfant n'a pas atteint sa majorité matrimoniale.* — Il ne peut pas se marier sans le consentement de ses ascendants ou de certains d'entre eux. Voici à cet égard les distinctions qui doivent être faites.

**414. a.** *L'enfant a encore ses père et mère.* — « *Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.* »

Ainsi le père consent au mariage, la mère refuse d'y consentir ; le mariage sera possible. En sens inverse le mariage sera impossible, si la mère y consent et que le père refuse son consentement. C'est donc toujours l'avis du père qui prévaut. Il fallait bien trancher le conflit, et il était difficile de le trancher autrement. « Entre deux associés qui sont en désaccord la loi devait se décider pour celui qui exerce tout ensemble la puissance paternelle et la puissance maritale. »

La loi dit : « *en cas de dissentiment le consentement du père suffit.* » *En cas de dissentiment* : donc la mère doit être consultée ; car il ne peut y avoir dissentiment entre elle et le père qu'autant qu'elle manifeste un avis contraire, ce qui suppose qu'on la consulte. Ne dites pas qu'il est inutile de consulter la mère, puisqu'en définitive on ne tiendra pas compte de son avis. D'abord les convenances exigent que la mère soit consultée. Et puis, quoiqu'elle n'ait pas ici le rôle prépondérant, il est possible que ses observations déterminent soit l'enfant à renoncer au mariage, soit le père à donner un consentement qu'il avait d'abord refusé.

La loi exigeant que la mère soit consultée, il en résulte que l'officier de l'état civil doit refuser de procéder à la célébration du mariage s'il n'a pas la preuve que cette formalité a été remplie. Comment la lui fournira-t-on ? Si la mère assiste au mariage, il n'y aura pas de difficulté. Requête de déclarer si elle consent au mariage, la mère répondra affirmativement ou négativement, et quelle que soit sa réponse le mariage devra être célébré si le père consent. Au cas où la mère se proposerait de ne pas assister à la célébration du mariage, l'enfant pourra se procurer la preuve qu'il l'a consultée en faisant constater son refus de consentir par un acte notarié dressé dans la forme prescrite par l'article 73, et dont il remettra une expédition à l'officier de l'état civil lors du mariage. Si la mère refuse de concourir à cet acte, alors l'enfant lui adresse un acte respectueux conformément aux articles 454 et s.

La loi ne faisant aucune distinction, il faut décider que la mère doit être consultée pour le mariage de son enfant, même quand il y a séparation de corps entre elle et son mari.

**415. b.** L'un des deux auteurs de l'enfant est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. — « *Si l'un des deux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit* » (art. 149). Ainsi, le père est mort; le consentement de la mère suffira; l'enfant ne sera pas obligé d'obtenir le consentement de ses ascendants paternels. Il en serait ainsi, alors même que la mère serait remariée, alors même aussi que s'étant remariée elle n'aurait pas été maintenue dans la tutelle de son enfant (art. 395). *Lex non distinguit.*

Régulièrement le décès du père ou de la mère doit être prouvé à l'aide d'un acte de décès. S'il était impossible de se le procurer, on pourrait le remplacer par un acte de notoriété dressé dans la forme prescrite par l'article 71 ou même par la simple attestation du survivant. C'est du moins ce que l'on peut induire par argument *a fortiori* de l'avis du Conseil d'État du 4 thermidor de l'an XIII.

La loi assimile à la mort de l'un des auteurs de l'enfant le cas où il se trouverait dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Cette impossibilité peut être physique, morale ou légale.

*Physique*; en cas d'absence déclarée ou même simplement présumée d'un des auteurs de l'enfant.

*Morale*; en cas de folie. Si l'état de l'aliéné présente des intervalles lucides, on devra en profiter pour lui demander son consentement.

*Légale*; en cas d'interdiction soit judiciaire, soit légale. Celui qui est interdit soit judiciairement soit légalement est de par la loi incapable d'exprimer une volonté.

**416. c.** Les deux auteurs de l'enfant sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou bien l'un est mort et l'autre dans l'impossibilité de manifester sa volonté :

« *Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent : s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. — S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emportera consentement* » (art. 150).

La preuve du décès des père et mère doit régulièrement être faite à l'aide d'actes de décès. A défaut il suffira que les aïeuls et aïeules attestent ce décès. C'est du moins ce qui paraît résulter plus encore des considérants que du texte même de l'avis du Conseil d'État des 27 messidor-4 thermidor de l'an XIII. Quant à l'impossibilité où seraient les auteurs de l'enfant ou l'un d'eux de manifester leur volonté, elle devrait être prouvée ainsi qu'il vient d'être dit tout à l'heure.

Cela posé, quand les père et mère de l'enfant qui n'a pas encore atteint sa majorité matrimoniale sont morts ou dans l'impossibilité de

manifestent leur volonté, ils sont remplacés par les aïeuls et aïeules. Le texte de la loi conduit à cet égard à la distinction suivante.

Il n'y a d'ascendants que dans une seule ligne. — Exemple : l'enfant qui veut se marier a encore son aïeul et son aïeule paternels ; tous ses ascendants maternels sont morts. L'enfant devra obtenir le consentement de son aïeul et de son aïeule. Toutefois, s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule, le consentement de l'aïeul suffira. La loi applique donc à l'aïeul et à l'aïeule de la même ligne la même règle qu'au père et à la mère (art. 148) : l'avis de l'aïeul, quel qu'il soit, l'emporte sur l'avis de l'aïeule son épouse. Il y avait en effet même motif de décider. Dans tous les cas l'aïeule doit être consultée.

Il y a des aïeuls ou aïeules dans les deux lignes. — La loi décide que le partage entre les deux lignes emportera consentement, c'est-à-dire que le consentement d'une des deux lignes suffira pour que le mariage soit possible ; mais les ascendants des deux lignes doivent être consultés. Maintenant chaque ligne sera réputée consentir, quand l'ascendant unique qui la représente aura donné son consentement, ou quand l'aïeul aura consenti si l'aïeul et l'aïeule existent. Cela conduit aux applications qui suivent.

*Première application.* L'enfant a d'un côté son aïeul et son aïeule paternels et de l'autre son aïeul et son aïeule maternels. L'aïeul maternel consent, les trois autres ascendants refusent leur consentement. Le mariage sera possible, car l'aïeul maternel ayant consenti la ligne maternelle consent, et il importe peu que l'autre ligne ne consente pas, puisque le partage emporte consentement. Le consentement d'un aïeul paternel ou maternel peut donc l'emporter sur le dissentiment des trois autres aïeuls.

*Deuxième application.* L'enfant a dans la ligne paternelle son aïeul et son aïeule ; dans la ligne maternelle il n'a plus que son aïeule. Celle-ci consent : les deux autres aïeuls refusent leur consentement. Le mariage sera possible, car la ligne maternelle représentée exclusivement par l'aïeule maternelle consent ; il y a donc partage et par suite consentement. Par où l'on voit que la prépondérance du sexe qui a lieu entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne ne s'exerce plus d'une ligne à l'autre.

**417.** Si les aïeuls et aïeules sont tous morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ils sont remplacés par les bisaïeuls. Le mot aïeuls qu'emploie l'article 150 est générique, et comprend même les bisaïeuls qui sont deux fois aïeuls, *bis-aïeuls*. D'ailleurs la preuve que la loi comprend ces derniers sous la dénomination d'aïeuls, résulte de la combinaison des articles 173 et 174 (argument des mots « à défaut d'aucun ascendant » de l'article 174).

\* *Quid* s'il n'y a d'aïeuls que dans une ligne, et que dans l'autre il y ait des bisaïeuls ? On enseigne en général que les bisaïeuls remplacent dans la ligne à laquelle

ils appartiennent les aïeuls et aïeules décédés. Leur consentement rendrait donc le mariage possible malgré le refus des aïeuls. Chaque ligne, dit-on, a un droit propre qui, à défaut des ascendants les plus proches, passe à ceux qui les précèdent immédiatement. Ce n'est pas notre sentiment. Quand le père est mort et que la mère existe, le droit de consentir au mariage se concentre sur sa tête; les aïeuls paternels ne l'exercent pas concurremment avec elle. Alors c'est donc que chaque ligne n'a pas, comme on le dit, un droit propre. Si la mère donne l'exclusion aux aïeuls, pourquoi les aïeuls ne donneraient-ils pas l'exclusion aux bisaïeuls? On n'en verrait pas le motif. Il est d'ailleurs facile de concevoir que la loi ait concentré le droit de consentir au mariage sur la tête des ascendants du degré le plus rapproché; car, outre qu'ils sont plus jeunes et mieux à même de donner un consentement éclairé, le mariage les intéresse aussi plus directement que les ascendants d'un degré plus éloigné.

**418.** A quel moment doit être donné le consentement des père et mère et autres ascendants? Il doit exister au moment même de la célébration du mariage; il est en effet nécessaire pour habiliter l'enfant à contracter mariage, et la raison nous dit qu'il doit être habilité au moment même où il contracte. Le plus souvent les ascendants dont le consentement est requis assisteront à la célébration. En ce cas ils manifesteront leur consentement devant l'officier de l'état civil au moment même où celui-ci procède à la célébration du mariage, et le vœu de la loi sera ainsi complètement rempli. Si les ascendants dont le consentement est requis ne peuvent ou ne veulent pas assister à la célébration, alors ils donneront leur consentement par anticipation. L'article 73 paraît exiger qu'en pareil cas leur consentement soit constaté par acte authentique. *« L'acte authentique du consentement des père et mère, aïeuls et aïeules » ou, à leur défaut, celui de la famille contiendra les prénoms, noms, profession et domicile du futur époux et de tous ceux qui auront concouru à l'acte ainsi que leur degré de parenté. »* Ce texte serait bien inutile, si le consentement des père et mère et autres ascendants pouvait être prouvé conformément aux règles du Droit commun.

L'acte qui énonce le consentement des père et mère ou autres ascendants, doit-il indiquer le nom de la personne que l'enfant se propose d'épouser; ou bien l'ascendant qui donne son consentement par anticipation, peut-il autoriser d'une manière générale son enfant à se marier sans dire avec qui, ou, ce qui serait équivalent, peut-il valablement laisser en blanc le nom de la personne que l'enfant se propose d'épouser? La question est controversée. N'est-elle pas résolue cependant par l'article 73, qui exige que l'acte de consentement indique « les prénoms, noms, profession et domicile du futur époux? » Ces mots semblent bien désigner la personne que se propose d'épouser l'enfant auquel le consentement est donné, et non cet enfant lui-même. Comment croire en effet que la loi ait pu songer à cet enfant? N'est-il pas évident que l'ascendant qui donne un consentement à mariage, doit dire à qui il le donne, et était-il besoin qu'une vérité si palpable fût formulée dans un texte de loi? D'ailleurs la mission que la loi confie ici aux père et mère et autres ascendants est une mission sérieuse, et ils doivent s'en acquitter sérieusement, car il y va du bonheur de l'enfant et de l'honneur de la famille. Or l'ascendant n'abdiquerait-il pas son autorité en disant à l'enfant : va, marie toi quand et comme tu voudras; ce qui

revient à lui dire : je me désintéresse de ton mariage ! Sans doute cette exigence peut quelquefois présenter des inconvénients pratiques, mais ce n'est pas une raison pour violer le texte de la loi. Concluons donc que l'acte de consentement qui n'énoncerait pas le nom de la personne que l'enfant se propose d'épouser ne satisferait pas au vœu de la loi, et qu'en conséquence l'officier de l'état civil serait fondé à refuser de passer outre à la célébration du mariage tant qu'on ne lui justifierait pas d'un consentement plus régulier.

Quoi qu'il en soit sur ce point, il est certain que l'enfant n'a aucune voie de recours à exercer contre la décision de ses père et mère ou autres ascendants, qui lui refusent le consentement nécessaire à son mariage. Les parents de l'enfant ne sont même pas obligés d'indiquer les motifs qui les portent à refuser leur consentement. Ils ont le droit de dire : *Sic volo sic jubeo, sit pro ratione voluntas*, ou, ce qui serait plus simple encore, de ne rien dire du tout.

Le consentement des père, mère ou autres ascendants devant exister au moment même de la célébration du mariage, il en résulte :

1° Que si l'ascendant dont le consentement est nécessaire retire le consentement qu'il a donné par anticipation, la célébration du mariage ne sera pas possible. L'ascendant qui veut retirer son consentement doit en informer officiellement l'officier de l'état civil compétent pour la célébration du mariage par voie de notification ou d'opposition ; autrement l'officier de l'état civil, ignorant la rétractation du consentement, célébrerait le mariage sur le vu d'une expédition de l'acte de consentement.

2° Que si l'ascendant qui a donné son consentement par acte meurt avant la célébration du mariage, l'enfant devra obtenir le consentement de l'ascendant qui le remplace. Ainsi la mère d'un enfant dont le père est décédé donne son consentement par acte notarié à son fils qui se propose de contracter mariage. La mère meurt avant la célébration du mariage ; l'enfant devra obtenir le consentement de ses aïeuls et aïeules.

**419. b).** *L'enfant a atteint sa majorité matrimoniale, vingt-un ans ou vingt-cinq ans suivant les sexes.* — Il devient alors quant au mariage l'arbitre de son propre sort. Le refus de ses ascendants ne pourra plus être un obstacle insurmontable à la célébration du mariage qu'il se propose de contracter. Toutefois, comme à tout âge, l'enfant doit honneur et respect à ses ascendants ; comme d'un autre côté on fait des folies à tout âge, et que de bons conseils venus de ses protecteurs naturels pourront quelquefois arrêter sur le bord de l'abîme un enfant qui, dominé par la passion, se propose de contracter une union mal assortie ; comme enfin le mariage projeté intéresse toute la famille du futur époux surtout les ascendants qui en sont les représentants et qu'il est juste que la famille puisse au moins faire entendre sa voix, la loi ne permet pas à l'enfant même parvenu à sa majorité matrimoniale de se marier sans consulter ses ascendants. L'enfant majeur quant au

mariage devra donc, à défaut du consentement de ses ascendants, requérir tout au moins leur conseil. C'est ce que dit l'article 151 : « *Les enfants de famille ayant atteint la majorité fixée par l'article 148, sont tenus, avant de contracter mariage, de demander, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère, ou celui de leurs aïeux et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté* ». L'enfant qui veut se marier contre le gré de sa famille, se trouve ainsi obligé d'entrer en quelque sorte en lutte ouverte avec elle. La loi espère, cette espérance est malheureusement souvent déçue, que cette lutte se terminera par un accord, soit que les parents réussissent par leurs conseils à détourner l'enfant de son projet de mariage, soit que les ascendants se laissent fléchir et finissent par donner leur consentement.

L'acte, par lequel un enfant requiert le conseil de ses père et mère, aïeux ou aïeules, porte le nom d'*acte respectueux*. On disait dans notre ancien Droit et on dit souvent encore aujourd'hui dans le langage du monde *sommation respectueuse*, expression assez mal choisie, comme le dit Bigot-Préameneu, pour désigner un acte de soumission et de respect. Désireux de mettre le nom d'accord avec la chose (*consequentia nominationibus esse studentes*), notre législateur a remplacé l'expression *sommations respectueuses* par celle d'*actes respectueux*.

Les *sommations respectueuses* paraissent avoir été rendues pour la première fois obligatoires dans notre ancien Droit par la déclaration du 26 novembre 1639. Si un enfant s'était marié sans obtenir le consentement de ses ascendants et sans requérir leur conseil, ceux-ci pouvaient l'exhérer et révoquer les donations qu'ils lui avaient faites.

Les *sommations respectueuses* furent abolies par la loi du 20 septembre 1792. Plusieurs blâment notre législateur de les avoir rétablies.

Le nom même d'*acte respectueux* dit assez que cet acte ne doit rien contenir d'injurieux ni même de blessant pour l'ascendant auquel il s'adresse. On doit éviter d'y employer le mot *sommation*.

**420.** De quels ascendants l'enfant doit-il requérir le conseil par le moyen des actes respectueux ? De tous ceux qui refusent de consentir à son mariage, et dont il serait tenu de demander le consentement s'il n'avait pas atteint sa majorité matrimoniale. Cette formule est beaucoup plus simple que celle de l'article 152. Ainsi l'enfant a son père et sa mère; tous deux refusent leur consentement; il devra requérir le conseil des deux par deux actes respectueux distincts. Un seul acte respectueux dont une copie serait adressée à chaque parent ne suffirait pas. Si l'un des deux consent au mariage, on se borne à requérir le conseil de l'autre. Il en sera de même si l'un des auteurs de l'enfant est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Enfin, si le père et la mère sont tous les deux morts ou dans l'impossibilité de manifester leur

volonté, l'enfant qui ne peut pas obtenir le consentement de ses aïeuls et aïeules devra requérir leur conseil.

L'enfant, qui a requis le conseil de ses ascendants conformément à l'article 151, peut-il immédiatement sur leur refus passer outre à la célébration de son mariage ? La solution négative résulte des articles 152 et 153 : « *Depuis la majorité fixée par l'article 148 jusqu'à l'âge de trente ans* » accomplis pour les fils, et jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis pour les filles, l'acte respectueux prescrit par l'article précédent, et sur lequel il n'y aurait pas de consentement au mariage, sera renouvelé deux autres fois, de mois en mois ; et un mois après le troisième acte, il pourra être passé outre à la célébration du mariage » (art. 152).

« *Après l'âge de trente ans* » (ajoutez : ou de vingt-cinq ans pour les filles), « *il pourra être, à défaut de consentement sur un acte respectueux,* » passé outre, un mois après, à la célébration du mariage » (art. 153).

La loi exige donc tantôt trois actes respectueux tantôt un seul.

Elle en exige trois, quand l'enfant a moins de vingt-cinq ans si c'est une fille, ou moins de trente ans si c'est un fils. Remarquez qu'elle exige alors trois actes respectueux : c'est ce que prouvent ces mots de l'art. 152 : « l'acte respectueux sera *renouvelé* » ; il faut donc un nouvel acte respectueux, puis encore un nouvel acte respectueux. Il ne suffirait pas, pour la deuxième et la troisième épreuves, de donner une copie du premier acte respectueux.

L'acte respectueux, dit la loi, doit être renouvelé *de mois en mois*. Donc le premier acte respectueux ayant été fait le 10 juin, le deuxième pourra être fait le 10 juillet, et le troisième le 10 août.

La loi n'exige plus qu'un seul acte respectueux après trente ans pour les fils (art. 153) ; ajoutez : ou vingt-cinq ans pour les filles, ainsi que cela résulte très-nettement de l'article précédent. Un mois après l'acte respectueux unique ou le troisième acte respectueux, suivant que la loi en exige un ou trois, il peut être passé outre à la célébration du mariage. La nécessité d'accomplir la formalité des actes respectueux a donc pour conséquence d'apporter à cette célébration un retard d'un mois au moins et de trois mois au plus. On a vu plus haut quelle est, dans l'idée du législateur, l'utilité de ce sursis ; il espère voir en découler un accord entre l'enfant et sa famille.

La loi fixe un délai minimum avant l'expiration duquel le mariage ne peut pas être célébré ; mais il ne fixe pas de délai après lequel il ne peut plus l'être. Les actes respectueux conservent donc indéfiniment leur vertu.

**421. Des formes auxquelles sont soumis les actes respectueux.** — « *L'acte respectueux sera notifié à celui ou ceux des ascendants* » désignés en l'article 151 par deux notaires ou par un notaire et deux

» *témoins; et dans le procès-verbal qui doit en être dressé il sera fait mention de la réponse* » (art. 154).

Dans notre ancien Droit, les sommations respectueuses étaient notifiées par des huissiers. A une époque où on disait *sommation respectueuse* le ministère de l'huissier était tout indiqué, car les sommations rentrent dans leurs attributions. Notre législateur, qui a changé le nom de ces actes, a aussi changé l'officier chargé de leur notification. Au lieu de l'huissier il a choisi le notaire, afin d'éviter, comme le dit Bigot-Prémameneu, l'impression toujours pénible que font les officiers chargés d'exécuter les ordres rigoureux de la justice.

Le notaire ou les notaires, qui procèdent à la notification des actes respectueux, doivent demander à voir l'ascendant ou les ascendants auxquels ces actes sont adressés. Le vœu de la loi est que le notaire puisse leur parler et conférer avec eux. L'article 154 le prouve bien en disant que, dans le procès-verbal dressé par le notaire, « il sera fait mention de la réponse » de l'ascendant. On pourrait même être tenté d'induire de cette disposition que le notaire doit nécessairement lui parler. Mais, s'il en est ainsi, l'ascendant va donc pouvoir rendre impossible la notification de l'acte respectueux en se tenant éloigné de son domicile, ou en refusant de recevoir le notaire ou même de lui répondre après l'avoir reçu ! C'est bien évidemment impossible. Tout ce que l'on peut raisonnablement induire de la disposition dont il s'agit, c'est que le notaire doit chercher à voir l'ascendant ; il doit demander à être reçu. Il ne satisferait certainement pas au vœu de la loi, s'il épiait le moment où l'ascendant est absent pour se présenter à son domicile. Mais si l'ascendant est absent lorsque le notaire se présente ou si étant présent il refuse de le recevoir, le notaire ne sera pas obligé de se représenter, et pourra laisser l'acte respectueux au domicile de l'ascendant, sauf à mentionner ces faits dans son procès-verbal ; de même aussi que si l'ascendant ayant reçu le notaire refuse de lui répondre, le notaire mentionnera ce refus. Après tout refuser de répondre c'est faire une réponse. Le notaire la mentionne telle quelle.

En imposant au notaire l'obligation de mentionner dans son procès-verbal la réponse de l'ascendant, l'article 154 nous donne à entendre que l'enfant ne doit pas nécessairement être présent à la notification de l'acte respectueux. En effet la loi n'a pu raisonnablement exiger la mention de la réponse faite par l'ascendant que pour que cette réponse fût transmise à l'enfant ; cette exigence ne se concevrait pas, si l'enfant devait nécessairement être là, présent, et entendre par suite la réponse de l'ascendant. Il y avait de bonnes raisons d'ailleurs pour ne pas exiger la présence de l'enfant à la notification, car elle aurait pu dans plusieurs cas être l'occasion de scènes regrettables. Et cependant il y a quelques doutes sur ce point à cause des explications qui ont été données par Bigot-Prémameneu, lors de la confection de la loi, et de l'autorité toujours si grave de Pothier qui exigeait la présence de l'enfant lors de la notification des sommations respectueuses. Mais nous voyons que

l'opinion de Pothier n'était point suivie dans la pratique, et il est peu probable que notre législateur ait entendu la consacrer.

**422.** L'article 155 prévoit une hypothèse particulière :

*En cas d'absence de l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux, il sera passé outre à la célébration du mariage, en représentant le jugement qui aurait été rendu pour déclarer l'absence, ou, à défaut de ce jugement, celui qui aurait ordonné l'enquête, ou s'il n'y a point encore eu de jugement, un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte contiendra la déclaration de quatre témoins appelés d'office par ce juge de paix.*

L'application de ce texte ne souffre aucune difficulté, quand l'ascendant absent est le seul qui reste à l'enfant. Ainsi le père d'un enfant qui a atteint sa majorité matrimoniale est déclaré absent, sa mère et tous ses autres ascendants sont morts ; il pourra être passé outre à la célébration du mariage sur la simple représentation du jugement qui a déclaré l'absence.

Mais supposons que l'enfant dont le père est absent et la mère décédée ait un aïeul encore vivant : pourra-t-il procéder à la célébration de son mariage en représentant le jugement qui a déclaré l'absence de son père ? Non : il devra en outre adresser un acte respectueux à son aïeul. Cela résulte, non pas de notre article qui paraîtrait plutôt dire le contraire, mais de l'article 151 qui dispose que, si les père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'enfant majeur quant au mariage doit requérir le conseil de ses aïeuls et aïeules. Or le père est ici dans l'impossibilité de manifester sa volonté, du moins il est impossible de requérir son conseil, ce qui est équivalent. Donc il y a lieu de requérir celui de l'aïeul.

**423.** Des causes de nullité des actes respectueux. — La loi n'en indique aucune. Personne ne voudrait conclure de là qu'un acte respectueux, si informe qu'il soit, ne pourra jamais être déclaré nul. Il y a lieu ici de faire l'application de la théorie des nullités virtuelles (*supra*, n° 96), qui se résume à ceci : l'interprète ne peut pas créer de nullités, il ne doit admettre que celles qui résultent de la loi. Mais le législateur n'est pas obligé de manifester à cet égard sa volonté expressément, il la manifeste quelquefois tacitement ; l'interprète doit alors la rechercher et la constater. Par application de ce principe, un acte respectueux devra être considéré comme nul toutes les fois qu'il y aura absence d'une formalité substantielle, c'est-à-dire d'une formalité tenant à la substance de l'acte, d'une formalité dont l'absence empêcherait l'acte respectueux de remplir le but que le législateur a voulu atteindre. On considère généralement comme ayant ce caractère et comme devant par suite être observés à peine de nullité :

<sup>1</sup>° *La rédaction et la notification de l'acte par un notaire.* La loi a en effet désigné cet officier public, parce qu'à raison de la nature de ses fonctions, qui le rendent le confident de bien des secrets, il a paru plus apte que tout autre à remplir une mission de conciliation extrêmement délicate. Mettez un huissier à la place du notaire, et vous dénaturez l'institution des actes respectueux ; vous faites dégénérer un acte de soumission et de respect en un acte d'hostilité.

2° *Les formalités requises à peine de nullité pour les actes notariés en général par la loi du 25 ventôse de l'an XI.* En faisant de l'acte respectueux un acte notarié, le Code civil l'a implicitement soumis, quant à sa validité, à toutes les conditions de forme prescrites pour les actes notariés.

3° *La notification de l'acte respectueux à chaque ascendant auquel il doit être adressé.* Une copie distincte doit être laissée pour chacun d'eux. Ainsi, quand l'acte respectueux est adressé au père et à la mère, le notaire doit laisser une copie pour le père et une autre pour la mère.

4° *Le renouvellement de l'acte respectueux quand la loi exige une triple épreuve, et l'observation des délais prescrits pour ce renouvellement.*

5° *Enfin la rédaction de l'acte en termes respectueux.*

**424. B.** *L'enfant légitime n'a plus aucun ascendant.*—« *S'il n'y a ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt-un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille* » (art. 160).

Ainsi l'enfant qui n'a plus d'ascendants est-il majeur de vingt-un ans? Il peut se marier sans le consentement de personne. Est-il mineur de vingt-un ans? Il ne peut se marier sans le consentement d'un conseil de famille. Le conseil de famille est une assemblée de parents ou d'alliés du mineur.

On voit que, lorsqu'il n'existe plus d'ascendants, la majorité matrimoniale est fixée à vingt-un ans pour les fils comme pour les filles, tandis que, lorsqu'il existe des ascendants, les fils n'atteignent leur majorité matrimoniale qu'à l'âge de vingt-cinq ans. Cette différence est assez difficile à justifier.

Les enfants mineurs de vingt-un ans qui n'ont plus d'ascendants ne peuvent, dit notre article, contracter mariage « sans le *consentement* du conseil de famille ». Le conseil de famille n'est pas appelé ici à donner un simple *avis*, mais bien un *consentement*. Aussi décide-t-on généralement que l'enfant n'a pas de recours contre le refus de consentement du conseil de famille, pas plus qu'il n'aurait de recours contre le refus de consentement de ses ascendants. L'article 883 Pr. n'infirmes en rien cette solution: il permet en effet d'attaquer, et encore dans certains cas seulement, les avis du conseil de famille, ainsi que cela résulte de la rubrique du titre dans lequel est situé l'article 883 « *Des avis de parents* ».

Si l'on admet cette solution, on doit décider que la délibération du conseil de famille, qui refuse à un enfant le consentement nécessaire à son mariage, n'a pas besoin d'être motivée, même quand elle n'est pas prise à l'unanimité; car la loi, dans les cas ordinaires, n'a pu exiger que les délibérations du conseil de famille fussent motivées qu'en vue du recours dont elles peuvent être l'objet.

#### **425. Deuxième hypothèse. Des enfants naturels.**

Notre ancien Droit n'obligeait pas les enfants naturels à prendre le consentement de leurs père et mère quand ils voulaient se marier, mais seulement celui de leur tuteur ou curateur. On considérait alors le droit pour les ascendants de consentir au mariage de leurs descendants comme un attribut de la puissance paternelle, et cette puissance elle-même comme un fruit du mariage. Dans notre Droit actuel, « la puissance paternelle est moins un droit qu'un devoir, devoir

d'élever l'enfant, de le protéger », et à ce titre elle existe sur l'enfant naturel comme sur l'enfant légitime. Les articles 158 et 159 contiennent des conséquences de ce principe.

**426.** En ce qui concerne les enfants naturels, la loi dans les articles 158 et 159 établit la distinction suivante :

a). L'enfant naturel a été légalement reconnu, et il a encore ses père et mère ou l'un d'eux. — « *Les dispositions contenues aux articles 148 et 149, et les dispositions des articles 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère dans le cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus* » (art. 158).

La reconnaissance d'un enfant naturel n'établit de lien qu'entre lui et son père ou sa mère qui l'a reconnu, mais elle ne fait pas entrer l'enfant dans la famille de son père ou de sa mère. L'enfant naturel légalement reconnu a donc aux yeux de la loi un père ou une mère, ou les deux à la fois s'il a été reconnu par l'un et l'autre ; mais il n'a pas d'aïeuls ni d'aïeules, et c'est pourquoi l'article 158 renvoie aux articles 148 et 149 relatifs au consentement à obtenir du père et de la mère, mais non à l'article 150 relatif au consentement à obtenir des aïeuls et aïeules. C'est pour le même motif que notre article déclare applicables à l'enfant naturel les articles 151, 152, 153, 154 et 155, mais dans celles de leurs dispositions seulement qui sont relatives aux actes respectueux à faire aux père et mère, ce qui exclut l'application des dispositions de ces articles relatives aux actes respectueux qui doivent être faits aux aïeuls et aïeules. Bref l'enfant naturel reconnu, qui a encore ses père et mère ou l'un d'eux, est placé vis-à-vis d'eux relativement à son mariage dans la même situation qu'un enfant légitime. Il devra donc, suivant les cas, obtenir leur consentement ou requérir leur conseil, comme il devrait le faire s'il était enfant légitime.

b). L'enfant naturel n'a point été reconnu, ou bien ses père et mère qui l'ont reconnu sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté. — Ce cas est réglé par l'article 159, ainsi conçu : « *L'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt-un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur ad hoc qui lui sera nommé.* »

Ainsi l'enfant naturel dont il s'agit n'a besoin pour se marier du consentement de personne s'il est majeur. Il doit obtenir le consentement d'un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire d'un tuteur nommé spécialement pour cet objet, s'il est mineur. Pourquoi d'un tuteur *ad hoc*, et non d'un conseil de famille, comme cela a lieu en pareil cas pour l'enfant légitime (art. 160)? L'enfant naturel, qu'on le remarque bien, n'a pas de famille, non-seule-

ment lorsqu'il n'a pas été légalement reconnu, mais aussi lorsque l'ayant été il a perdu ses père et mère. Ses père et mère, voilà toute sa famille, puisque leurs parents ne sont rien par rapport à lui ! Il était donc impossible de composer à cet enfant un conseil de famille à proprement parler, c'est-à-dire une assemblée formée d'une réunion de parents ou d'alliés ; il n'eût été possible de lui composer qu'un simulacre de conseil de famille, formé d'amis de son père ou de sa mère, soit la plupart du temps d'indifférents. Une pareille assemblée aurait-elle bien pris son rôle au sérieux, si on l'avait investie du soin de veiller aux destinées de l'enfant naturel ? La loi n'a pas osé l'espérer ; elle a mieux aimé les confier à un tuteur *ad hoc*. Mais, direz-vous, ce tuteur *ad hoc* sera un indifférent lui aussi ! Peut-être bien. Mais en tout cas il offre une garantie que n'offre pas une assemblée d'indifférents : c'est que se sentant seul responsable, il prendra peut-être à cœur la mission qui lui est confiée, et se fera un point d'honneur de s'en acquitter consciencieusement.

Qui nommera le tuteur *ad hoc* ? Le conseil de famille, répond-on en général ; c'est le Droit commun (arg., art. 405). Oui ; mais on vient de voir ce que peut être le conseil de famille d'un enfant naturel qui n'a pas de père ni de mère légalement connus ou qui ne les a plus : une assemblée d'indifférents. Aussi quelques auteurs pensent-ils que la nomination devrait être faite par le tribunal. Après tout la loi ne dit pas par qui ce tuteur doit être nommé. Et s'il y a un texte (art. 405) qui donne au conseil de famille le pouvoir général de nommer les tuteurs, on n'en trouve pas qui lui accorde d'une manière spéciale le droit de nommer les tuteurs *ad hoc*. Il y a une lacune dans la loi, et c'est à l'interprète de la combler pour le mieux.—Rien ne s'opposerait d'ailleurs à ce que la fonction de tuteur *ad hoc* fût confiée au tuteur de l'enfant s'il en a déjà un ; mais cette fonction ne lui est pas attribuée de plein droit, il faut qu'elle lui soit conférée ; la loi veut en effet qu'il soit nommé à l'enfant un tuteur *ad hoc*.

**427. Sanction des dispositions relatives à l'obligation imposée aux enfants d'obtenir le consentement de leurs ascendants ou de requérir leur conseil.** — Ce peut être quelquefois la nullité du mariage célébré sans les consentements requis, ainsi qu'on le verra sous les articles 180 et s. Nous ne nous occuperons ici que de la sanction pénale qui atteint l'officier de l'état civil.

Aux termes de l'article 156 : « *Les officiers de l'état civil qui auraient*  
 » *procédé à la célébration des mariages contractés par des fils n'ayant pas*  
 » *atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, ou par des filles n'ayant pas*  
 » *atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, sans que le consentement des*  
 » *pères et mères, celui des aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans le*  
 » *cas où ils sont requis, soient énoncés dans l'acte de mariage, seront, à*  
 » *la diligence des parties intéressées et du procureur du Roi près le tri-*  
 » *bunal de première instance du lieu où le mariage aura été célébré, con-*  
 » *damnés à l'amende portée par l'article 192, et, en outre, à un emprison-*

» *nement dont la durée ne pourra être moindre de six mois* ». Ce texte est relatif au cas où le consentement requis par la loi pour la validité du mariage de l'enfant existe, mais n'a pas été énoncé dans l'acte de mariage.

Plus grave est le cas où l'officier de l'état civil aurait célébré le mariage en l'absence des consentements exigés par la loi; aussi l'article 493 du Code pénal prononce pour ce cas une peine plus sévère. « Lorsque, pour la validité d'un mariage, la loi prescrit le consentement des père et mère ou autres personnes, et que l'officier de l'état civil ne se sera pas assuré de l'existence de ce consentement, il sera puni d'une amende de seize francs à trois cents francs et d'un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus. » On a prétendu sans aucun fondement que ce texte abroge l'article 156 du Code civil. L'article 156 C. et l'article 493 P. sont parfaitement susceptibles de se concilier l'un avec l'autre, puisqu'ils prévoient deux hypothèses différentes, l'un le défaut de mention d'un consentement qui existe, l'autre l'absence de ce même consentement. Chaque article recevra donc son application dans le cas spécial qu'il prévoit. Et c'est ce que dit au surplus en toutes lettres l'article 495 P., qui est le complément de l'article 493 : « sans préjudice aussi des autres dispositions pénales du titre V du livre I<sup>er</sup> du Code civil ».

La sanction destinée à assurer l'observation des dispositions relatives aux actes respectueux est moins sévère, parce que la violation de ces dispositions ne peut jamais entraîner la nullité du mariage. L'article 157 dit à ce sujet : « *Lorsqu'il n'y aura pas eu d'actes respectueux, dans les cas où ils sont prescrits, l'officier de l'état civil qui aurait célébré le mariage, sera condamné à la même amende, et à un emprisonnement qui ne pourra être moindre d'un mois* ». On voit que d'une part la peine est moins forte que celle prononcée par l'article 156, et que d'autre part cette peine atteint seulement l'officier de l'état civil qui a célébré un mariage sans que les actes respectueux prescrits par la loi aient été faits, et non celui qui a simplement omis de mentionner dans l'acte de mariage l'existence des actes respectueux.

**428.** CINQUIÈME CONDITION. Aucun des époux ne doit être engagé dans les liens d'une précédente union non dissoute. — « *On ne peut contracter un deuxième mariage avant la dissolution du premier* », dit l'article 147. La polygamie est prohibée et sévèrement réprimée par nos lois (P. art. 340).

L'article 147 contient une disposition d'ordre public. Telle était bien l'idée de Portalis lorsqu'il disait : « En approchant des pays où la polygamie est permise, il semble qu'on s'éloigne de la morale même. » Aussi est-il sans difficulté que l'article 147 serait applicable aux étrangers qui se trouvent en France (arg., art. 3), même à ceux dont le statut personnel autorise la polygamie; ils ne pourraient pas, en invoquant ce statut, contracter en France un deuxième mariage avant la dissolution du premier.

\* Un premier mariage non dissous, même quand il est nul et tant que la nullité

n'en a pas été prononcée par une décision judiciaire, forme un empêchement à la célébration d'un second. Que si en fait le deuxième mariage a été célébré avant l'annulation du premier, la question de savoir s'il est valable et si l'on doit appliquer à celui qui l'a contracté la peine édictée par l'article 340 P. dépend de la validité ou de la nullité du premier mariage. C'est là une question qui doit être jugée préalablement et qu'on appelle pour ce motif une *question préjudicielle* (Cpr., C., art. 489).

On peut contracter non seulement un deuxième mariage après la dissolution du premier, mais un troisième après la dissolution du second, et ainsi de suite. D'une manière générale on peut contracter un nouveau mariage après la dissolution du précédent. Voy. cependant art. 228.

**429. SIXIÈME CONDITION.** Les futurs conjoints ne doivent pas être parents ni alliés au degré où le mariage est prohibé. — L'oubli des prescriptions de la loi sur ce point constitue ce que l'on appelle l'*inceste*, expression qui, dans un sens plus large; désigne le commerce, même hors mariage, de deux personnes parentes au degré où le mariage est prohibé.

A la différence de ce qui a lieu dans la plupart des autres législations, l'inceste n'est pas puni comme tel par la loi pénale française. On en donne pour raison que la constatation de l'inceste est difficile, et qu'elle serait d'ailleurs pleine de scandale. Mais ni l'un ni l'autre de ces motifs n'existe en cas de mariage célébré. On aurait donc dû punir l'inceste au moins dans ce cas.

Très-anciennement le Droit canonique formulait des prohibitions de mariage fort étendues à raison de la parenté ou de l'alliance. Il interdisait le mariage entre parents collatéraux jusqu'au septième degré, ce qui peut correspondre au quatorzième d'après la supputation civile. Ces prohibitions qui nous paraissent aujourd'hui exagérées, n'avaient peut-être pas pour but unique de créer une source de revenus à l'Église, en obligeant les particuliers à demander des dispenses qu'on leur faisait payer. Après l'invasion ce fut une grande pensée que celle d'amener la fusion des races diverses qui peuplaient la Gaule. Des prohibitions fort étendues au mariage à raison de la parenté pouvaient concourir dans une certaine mesure à la réalisation de ce but. D'autre part le Droit canonique, en formulant ces prohibitions, a pu se préoccuper aussi d'assurer la pureté des mœurs au sein de la famille, à une époque surtout où les familles étaient nombreuses : enlever aux proches parents qui vivent ensemble sous le même toit tout espoir de mariage, c'est les détourner de l'idée d'un commerce criminel. Mais à ce point de vue, le seul dont notre législateur se préoccupe, on peut se montrer très-sobre de prohibitions de mariage; aussi notre législateur en a-t-il considérablement rétréci le cercle, puisqu'il les restreint en ligne collatérale au troisième degré, ce qui correspond au degré d'oncle et nièce, tante et neveu (art. 463). Et toutefois il n'est pas certain qu'en s'arrêtant à cette limite, il n'ait pas commis une exagération en sens inverse, car la question a aussi une autre face : il faut se préoccuper de l'abâtardissement de la race résultant, au dire des physiologistes, des mariages entre proches parents. A ce point de vue il eût été bon peut-être de prohiber les mariages entre cousins germains, qui donnent si souvent naissance à des fous ou à des épileptiques.

Ces préliminaires posés, voyons quels sont les empêchements au mariage résultant de la parenté ou de l'alliance.

**430.** Aux termes de l'article 161 : « *En ligne directe le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels et les alliés dans la même ligne.* »

Entre parents en ligne directe la prohibition du mariage est donc absolue. Cette règle était écrite dans le cœur de tous les hommes avant de l'être dans leurs Codes.

La prohibition embrasse les parents et les alliés en ligne directe *in infinitum*.

*Les parents en ligne directe.* Ainsi le père ne peut pas épouser sa fille ou sa petite-fille...

*Les alliés en ligne directe.* Ainsi après la mort de ma femme je ne puis épouser sa mère, ou la fille qu'elle a eue d'un autre mariage.

La prohibition, édictée entre parents et alliés en ligne directe, comprend *les parents et alliés naturels* aussi bien que les parents et alliés légitimes.

*Les parents naturels.* Ainsi un père ne peut pas épouser sa fille naturelle ou la fille naturelle de son fils.

*Les alliés naturels.* Ainsi un fils naturel ne peut pas épouser la femme légitime de son père après le décès de celui-ci. Mais il pourrait épouser la femme avec laquelle son père a vécu en concubinage. Le concubinage engendrait, il est vrai, dans notre ancien Droit, qui avait suivi sur ce point les traditions du Droit canonique, une alliance naturelle qui produisait des empêchements au mariage comme l'alliance légitime. Mais le Droit canonique et notre ancien Droit sont abrogés, et on ne trouve dans nos lois aucun texte qui permette de penser que le concubinage engendre l'alliance. L'alliance ne résulte actuellement que du mariage.

**431.** Voyons maintenant quels sont les empêchements au mariage résultant de la parenté collatérale. Ils sont indiqués par les articles 162-164. Aux termes de l'article 162 : « *En ligne collatérale le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels et les alliés au même degré* ».

*Légitimes ou naturels.* Les frères et sœurs sont légitimes ou naturels suivant qu'ils sont enfants légitimes ou enfants naturels, ou en d'autres termes suivant qu'ils doivent le jour à un mariage ou à une union illégitime.

La loi formulant en termes absolus la prohibition de se marier entre frères et sœurs, il en résulte qu'elle existe entre frères et sœurs utérins ou consanguins aussi bien qu'entre frères et sœurs germains soit légitimes soit naturels.

La loi ajoute « et les alliés au même degré ». Le mariage est donc interdit entre beau-frère et belle-sœur. Ainsi je ne puis pas épouser la sœur de ma femme après la mort de celle-ci, ni la femme de mon frère après la mort de celui-ci.

**432.** Pour constituer un empêchement au mariage dans les cas prévus par les articles 161 et 162, la parenté naturelle doit-elle être *légalement établie*, c'est-à-dire constatée par une reconnaissance volontaire ou forcée (art. 334 et s.)? Ou bien au contraire peut-elle être établie, contrairement aux règles du Droit commun, par un mode de preuve quelconque, principalement par la preuve testimoniale? A l'appui de cette dernière solution, on a argumenté des termes des articles 161 et 162 qui disent : « entre les ascendants ou descendants *légitimes ou*

*naturels....* » (art. 161), « entre le frère et la sœur *légitimes ou naturels....* » (art. 162), sans ajouter à la suite ces mots : *légalement reconnus*, comme la loi le fait ordinairement lorsqu'elle entend que la parenté naturelle soit légalement établie (V. notamm. art. 158). Et cette omission, ajoute-t-on, paraît avoir été faite intentionnellement; car la Cour de Lyon, dans ses observations, avait précisément proposé l'addition des mots *légalement reconnus*. Cela est vrai; mais nous ne savons pas en définitive pour quel motif le législateur n'a pas donné suite à cette proposition : le plus probable est qu'elle a passé inaperçue. Peut-être aussi, tout en partageant au fond l'avis de la Cour de Lyon, a-t-il jugé inutile l'addition des mots « légalement reconnus » ; car en définitive cette addition revenait à dire que pour la preuve de la parenté naturelle, on suivrait les règles du Droit commun, et une semblable proposition n'a pas besoin d'être formulée dans un texte de loi ; il va de soi que le Droit commun s'applique toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé. Mais alors, dit-on, un homme va donc pouvoir épouser une femme qui passe aux yeux de tous pour être sa fille naturelle et qui l'est en réalité, et cela parce que la filiation de cette femme n'est pas légalement établie ! Et l'on crie au scandale. — La question est de savoir s'il ne vaut pas mieux tolérer ce scandale, dont la pratique d'ailleurs ne semble pas offrir d'exemple, que d'en autoriser un autre plus grave encore, et en tout cas plus fréquent, en permettant, pour le cas spécial dont il s'agit, la preuve de la paternité ou de la maternité naturelle par tous les moyens, même par la preuve testimoniale dont la loi, ici plus qu'en toute autre matière, se défie à juste titre. C'est pour des raisons d'ordre public que le législateur a réglementé d'une manière sévère la preuve de la filiation naturelle : il a craint le scandale des procédures en recherche de la paternité ou de la maternité et aussi le trouble qu'elles jetteraient dans les familles. Les règles qu'il a tracées en cette matière doivent donc être appliquées toutes les fois qu'il n'y a pas été dérogé par une disposition formelle. Les articles 161 et 162 la contiennent-ils ? — La jurisprudence est sans monuments sur la question ; la doctrine est divisée.

**433.** « *Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu* » (art. 163). La loi n'ajoute plus ici, comme dans les articles précédents, les mots « légitimes ou naturels » ; et comme il n'y a pas en matière de mariage d'autres empêchements que ceux qui sont établis par la loi, il en résulte qu'un homme peut épouser sa nièce naturelle (la fille naturelle de son frère), ou une femme son neveu naturel. C'est ce qu'a jugé la Cour de Cassation.

Le motif qui a fait édicter cette prohibition est que l'oncle et la tante sont naturellement appelés à servir de père et de mère à leurs neveux et nièces après le décès de leurs parents; ils sont, comme le disait la loi romaine, *loco parentum*.

Ce motif semblant s'opposer avec une force plus grande encore au mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce, la grand'tante et le petit-neveu (4), il peut paraître naturel de considérer ce mariage comme compris dans la prohibition de l'article 163, d'autant plus que les dénominations d'oncle et tante, nièce et neveu, sont génériques et paraissent comprendre le grand-oncle et la grand'tante d'une part, le petit-neveu et la petite-nièce d'autre part ; telle était d'ailleurs la solution admise par le Droit romain. La jurisprudence paraît se fixer en ce sens (Cass., 28 nov. 1877, Sir., 78. 4. 337).

(4) Mon petit-neveu ou ma petite-nièce, c'est le petit-fils ou la petite-fille de mon frère ou de ma sœur.

Et toutefois il y a une grave raison de douter. Elle est tirée de ce grand principe, qui domine toute la matière, qu'il n'y a pas d'autres empêchements au mariage que ceux qui résultent d'un texte formel de loi. Le seul texte que nous possédions est l'article 163. Or il y a au moins quelque doute sur le point de savoir si le législateur y comprend le grand-oncle et la grand'tante, le petit-neveu et la petite-nièce sous les dénominations *d'oncle et tante, neveu et nièce*. Ce doute ne doit-il pas s'interpréter en faveur du mariage ?

Dans le sens de la dernière solution il existe un avis du Conseil d'Etat du 23 avril 1808, et dans le sens de la première une décision de l'Empereur du 7 mai de la même année. Mais on peut considérer ces deux documents comme se neutralisant complètement ; ils n'ont en effet ni l'un ni l'autre l'autorité législative, l'avis du Conseil d'Etat parce qu'il n'a pas été approuvé par l'Empereur (*supra*, n° 98), et la décision de l'Empereur parce qu'elle n'a pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets ; elle n'est même pas signée par l'Empereur, ni par un ministre. Ces documents laissent donc la question entière.

**434. Dispenses à raison de la parenté ou de l'alliance.** — Les empêchements au mariage résultant de la parenté ou de l'alliance en ligne directe ne peuvent jamais être levés. Il en est de même, en ligne collatérale, de l'empêchement qui existe au mariage du frère et de la sœur. Les autres empêchements peuvent être levés en vertu de dispenses. L'article 164 dit à ce sujet : « *Néanmoins il est loisible au Roi de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées par l'article 162 aux mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et par l'article 163, aux mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu.* » C'est à la loi du 16 avril 1832 que l'article 164 doit sa rédaction actuelle. Voici qu'elle était sa rédaction primitive : « *Néanmoins il est loisible au Roi de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées au précédent article.* » C'est donc seulement depuis 1832 qu'il a pu être accordé des dispenses pour les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs.

Il résulte d'une instruction ministérielle du 29 avril 1832 que l'existence entre les impétrants d'un commerce illicite ne doit pas, en principe, être considérée comme une juste cause de dispense. La circulaire cite comme exemples de causes qui peuvent être invoquées avec succès : « l'intérêt des enfants qui retrouveraient dans un oncle la protection d'un père, dans une tante les soins d'une mère », l'intérêt des époux eux-mêmes et de leurs familles : comme si le mariage peut avoir « pour résultat de conserver une exploitation ou un établissement dont la ruine blesserait des intérêts importants..., de prévenir ou terminer un procès, d'empêcher un partage nuisible, de favoriser des arrangements de famille..., de procurer à l'un des époux un état ou des moyens d'existence ».

En ce qui concerne le mode d'obtention des dispenses, voyez l'arrêté du 20 prairial an XI.

**435.** Il n'y a pas, aux yeux de la loi civile, d'autres empêchements au mariage à raison de la parenté ou de l'alliance que ceux qui viennent d'être indiqués. C'est ainsi que le mariage est permis entre cousins germains.

De même deux frères peuvent épouser les deux sœurs. Deux sœurs peuvent se marier, l'une avec le père, l'autre avec le fils. Mon fils d'un premier lit et la fille que

ma deuxième femme a eue d'un premier mariage peuvent également se marier ensemble. Un homme peut épouser la belle-mère de sa femme décédée. « C'est précisément, dit M. Demolombe, pour empêcher ces sortes d'unions que les canonistes, avant le troisième concile de Latran, avaient imaginé trois sortes d'alliances. Mais la vérité est que ces empêchements étaient fondés, non pas sur l'alliance, mais sur des motifs d'honnêteté publique et peut-être un peu aussi sur le désir, en multipliant les empêchements, de multiplier les revenus de la cour de Rome ».

**436. Empêchements de mariage.**— Nous connaissons les conditions requises par la loi pour pouvoir contracter mariage. L'absence d'une de ces conditions constitue un *empêchement*. Les empêchements au mariage sont absolus ou relatifs, prohibitifs ou dirimants.

*Absolus ou relatifs.* Un empêchement est *absolu* quand il met une personne dans l'impossibilité de se marier avec qui que ce soit : tel est l'empêchement résultant du défaut d'âge. L'empêchement est *relatif* lorsqu'il n'existe qu'à l'égard de certaines personnes seulement : tel est l'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance.

*Prohibitifs ou dirimants.* L'empêchement *prohibitif* (de *prohibere*) est celui qui met un obstacle légal à la célébration du mariage, mais n'a pas assez de puissance pour le faire annuler, si en fait il a été célébré au mépris de l'empêchement; tel est l'empêchement résultant du défaut d'actes respectueux dans les cas où la loi en exige. L'officier de l'état civil qui s'apercevra de cette omission devra refuser de procéder à la célébration du mariage; mais si pour une cause quelconque, négligence ou fraude, il y a procédé, le mariage sera inattaquable. L'empêchement *dirimant* (de *dirimere*, détruire) a une plus grande puissance. Non seulement il met, comme l'empêchement prohibitif, un obstacle légal à la célébration; mais il permet, si l'obstacle a été franchi, d'attaquer le mariage et de le faire annuler. Tel est l'empêchement résultant de l'existence d'un premier mariage non dissous ou bien encore de la parenté ou de l'alliance au degré où le mariage est prohibé.

**437.** Les empêchements au mariage, résultant de l'absence d'une des conditions qui viennent d'être passées en revue et que le législateur énumère dans notre chapitre I<sup>er</sup>, ne sont pas les seuls. On en trouve encore quelques autres résultant soit de dispositions du Code civil soit de textes spéciaux. En voici l'énumération :

1<sup>o</sup> Aux termes de l'article 228 : « *La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent* ». Pendant ces dix mois il y a donc empêchement à un nouveau mariage pour la femme veuve. Suivant l'opinion générale, cet empêchement est seulement prohibitif.

2<sup>o</sup> L'article 348 indique toute une série d'empêchements au mariage résultant de l'adoption. Nous les étudierons en temps et lieu. On les considère généralement aussi comme simplement prohibitifs.

3<sup>o</sup> D'après les décrets du 16 juin, du 3 août et du 28 août 1808, auxquels il faut ajouter un avis du Conseil d'État du 22 novembre 1808, les militaires de l'armée de terre et de l'armée de mer et ceux qui leur sont assimilés ne peuvent contracter mariage sans l'autorisation de leurs supérieurs. Mais le mariage contracté sans cette autorisation ne serait pas nul. L'empêchement n'est donc que prohibitif.

4° Aux termes de l'article 295 : « Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir ». L'article 298 établit un autre empêchement : « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice ». Ces deux empêchements ont survécu à l'abolition du divorce par la loi du 8 mai 1816 ; car il résulte de l'article 2 de cette loi que les divorces légalement prononcés avant sa promulgation constituaient un droit acquis, et ont dû par suite continuer à produire leurs effets. Ils ne présentent plus guère d'intérêt pratique aujourd'hui.

L'empêchement établi par l'article 298 n'est pas susceptible d'être étendu au cas de séparation de corps, car les dispositions qui établissent des empêchements au mariage sont par leur nature même de stricte interprétation.

**438.** L'engagement dans les ordres sacrés forme-t-il un empêchement au mariage ? En d'autres termes, les prêtres, diacres et sous-diacres catholiques peuvent-ils contracter mariage ? Dans notre ancien Droit, qui avait suivi sur ce point les traditions du Droit canonique, c'était un point constant que la prêtrise formait un empêchement et un empêchement dirimant au mariage. Il n'est pas moins constant que notre Droit intermédiaire prit sur ce point le contre-pied de notre ancien Droit. Citons notamment le décret de la Convention nationale du 19 juillet 1793, aux termes duquel « les évêques qui apporteraient soit directement soit indirectement quelque obstacle au mariage des prêtres seront déportés et remplacés ». Tel était l'état de choses existant lors de la promulgation du Code civil : la prêtrise ne constituait ni un empêchement dirimant ni même un empêchement simplement prohibitif au mariage.

Le législateur de 1804 a-t-il changé cet état de choses ? On est généralement d'accord pour penser que, d'après le Code civil, l'engagement dans les ordres sacrés ne forme pas un empêchement dirimant de mariage. Et en effet, outre qu'il n'y a pas de texte établissant cet empêchement, Portalis a dit dans l'exposé des motifs au Corps législatif : « D'autre part, pour les ministres mêmes que nous conservons et à qui le célibat est ordonné par les règlements ecclésiastiques, la défense qui leur est faite du mariage par ces règlements n'est pas consacrée comme empêchement *dirimant* dans l'ordre civil ». Ces paroles pourraient donner à penser que Portalis considérait au moins la prêtrise comme constituant un empêchement prohibitif. Mais sur ce dernier point il est assez difficile de connaître au juste son sentiment ; car s'il a dit dans son rapport au Gouvernement du 13 frimaire de l'an XI : « La prêtrise n'est point un empêchement au mariage ; une opposition au mariage fondée sur ce point ne serait pas reçue et ne devrait pas l'être, parce que l'empêchement provenant de la prêtrise n'a pas été sanctionné par la loi civile », on cite de lui trois lettres qu'il a écrites alors qu'il était ministre des cultes, le 14 janvier 1806, le 30 janvier et le 9 février 1807, et dans lesquelles il considère la prêtrise comme constituant un empêchement prohibitif. En tous cas les lettres qu'il a écrites comme ministre des cultes n'ont ni plus ni moins d'autorité que les affirmations qu'il a faites dans son rapport de l'an XI.

La question est vivement controversée, et elle est très douteuse. — Si on fait abstraction des croyances catholiques, qui doivent être mises tout à fait hors de cause quand il s'agit de l'interprétation de la loi civile, il paraît bien difficile de regarder l'engagement dans les ordres sacrés comme constituant même un empêchement simplement prohibitif. Pour établir un empêchement prohibitif, comme pour établir un empêchement dirimant, il faut en effet un texte. Le Code civil n'en contient aucun ; cela est certain. L'empêchement résulterait-il, comme on l'a prétendu, des articles 6 et 26 de la loi du 18 germinal an X (la loi organique du Concordat) ? Examinons. L'article 6 précité range au nombre des cas d'appel comme d'abus

l'infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France, et l'article 26 oblige les évêques à n'ordonner que des ecclésiastiques réunissant les qualités requises par les canons? Il n'est pas contesté que les canons qui prohibaient le mariage des prêtres aient été autrefois reçus en France, et qu'une jurisprudence unanime considérât la prêtrise comme un empêchement de mariage; or, d'après les textes précités, ces canons ont encore force de loi en France. Mais on a fort bien répondu que cet argument prouve trop pour prouver quelque chose. « Si l'argument tiré de l'article 6 de la loi de germinal était fondé, dit M. Serrigny cité par M. Demolombe, et que tous les canons autrefois reçus en France soient redevenus obligatoires, je me fais fort d'en faire sortir l'ancien régime tout entier. » Il reste donc qu'aucune loi ne déclare la prêtrise empêchement de mariage, et par suite elle n'est pas plus un empêchement prohibitif qu'un empêchement dirimant. Voyez sur cette question un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 26 février 1878 (Sir., 78, 1. 241), qui a jugé que la prêtrise est un empêchement dirimant de mariage. Jusqu'alors la jurisprudence de la Cour de cassation était assez incertaine sur cette question; la Cour suprême semblait admettre que la prêtrise constituait un empêchement de mariage simplement prohibitif.

Si la prêtrise ne constitue pas un empêchement de mariage, à plus forte raison en est-il de même des vœux monastiques. La loi des 13-19 février 1790 encore en vigueur aujourd'hui (car elle n'a jamais été rapportée), décide que l'Etat ne reconnaît plus à l'avenir les vœux monastiques. Comment donc ces vœux pourraient-ils, aux yeux de la loi civile, constituer un empêchement de mariage? Toutefois une exception à cette règle semble devoir être admise en ce qui concerne les religieuses hospitalières. En effet les articles 7 et 8 du décret du 18 février 1807, qui organise cette congrégation, admettent les religieuses hospitalières à contracter des vœux d'une année depuis l'âge de seize ans jusqu'à leur majorité, et de cinq années après. Ces vœux sont constatés par un acte que dresse l'officier de l'état civil. Les vœux, faits dans ces conditions par les religieuses dont il s'agit, sont donc reconnus par la loi civile qui doit assurer leur exécution en mettant obstacle au mariage de celles qui les ont contractés régulièrement. Ils constituent par suite un empêchement prohibitif.

**439.** Quant à l'impuissance, il est certain qu'elle ne forme pas un empêchement au mariage *inter scientes*; car si la procréation des enfants est le but principal du mariage, elle n'en est pas le but essentiel. Mais la question de savoir si l'impuissance de l'un des conjoints, quand elle a été ignorée par l'autre lors de la célébration, peut servir de base à une demande en nullité du mariage, est fortement controversée. Nous l'étudierons sous l'article 180.

## CHAPITRE II

### DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

**440.** *Division de la matière.* — Les formalités relatives à la célébration du mariage doivent être envisagées : d'abord en ce qui concerne le mariage des Français soit en France soit en pays étranger, puis en ce qui concerne les mariages des étrangers en France soit entre eux soit avec des Français.

§ I. *Des formalités relatives à la célébration du mariage des Français.*

**441.** Ces formalités varient suivant que le mariage est célébré en France ou en pays étranger.

N° 1. *Le mariage est célébré en France.*

**442.** Il y a des formalités qui précèdent la célébration du mariage, d'autres qui l'accompagnent.

A. *Des formalités qui précèdent la célébration du mariage.*

**443.** Elles sont au nombre de trois, savoir : les publications, l'affiche et la remise de certaines pièces à l'officier de l'état civil.

**444.** I. *Des publications.* — On les appelait autrefois *bans de mariage*; *bans* est ici synonyme de *proclamations*. Leur but est d'annoncer au public le projet de mariage. Ceux qui connaîtraient des empêchements seront ainsi mis à même de les signaler à l'officier de l'état civil par le moyen d'une opposition.

C'est au clergé qu'on doit l'institution des publications. Anciennement elles étaient faites par les curés des paroisses; ils les font encore aujourd'hui, mais seulement au point de vue des prescriptions de la loi religieuse. Les publications prescrites par la loi civile sont faites par les officiers de l'état civil.

Les publications consistent dans la lecture publique d'un acte qui annonce le projet de mariage. C'est l'officier de l'état civil qui est chargé de dresser cet acte. L'article 63, al. 2 et s., indique ce qu'il doit contenir. « *Ces publications, et l'acte qui en sera dressé énonceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte énoncera, en outre, les jours, lieux et heures où les publications auront été faites : il sera écrit sur un seul registre, qui sera coté et paraphé comme il est dit en l'article 41, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement* ».

*Sur un seul registre.* Le registre des publications n'est pas tenu double comme les autres registres de l'état civil, parce que les actes qu'il contient n'offrent que peu d'intérêt après la célébration du mariage et que leur conservation n'a pas par suite la même importance que celle des autres actes de l'état civil.

L'article 63, al. 1, règle le nombre des publications et les époques auxquelles elles doivent être faites : « *Avant la célébration du mariage l'officier de l'état civil fera deux publications, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, à la porte de la maison commune.* » La loi dit : « à

» huit jours d'intervalle » ; il eût été plus exact de dire : deux dimanches consécutifs.

Aux termes de l'article 169 : « *Il est loisible au Roi ou aux officiers qu'il préposera à cet effet, de dispenser, pour des causes graves, de la seconde publication* »

*Aux officiers qu'il préposera à cet effet.* Ce sont les procureurs de la République près le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel est située la commune où les époux se proposent de contracter mariage (Voy. arr. du 20 prairial an XI, art. 3 et 4). Dans la pratique c'est toujours aux officiers préposés à cet effet que l'on s'adresse pour obtenir la dispense de la seconde publication ; si l'on s'adressait en effet au président de la République, sa réponse mettrait certainement pour arriver plus de temps qu'il n'en faut pour faire la deuxième publication.

C'est seulement de la deuxième publication que les parties peuvent obtenir dispense, jamais de la première ; car ce serait alors non plus une dispense de *publication*, mais une dispense de *publicité* ; ce que la loi n'autorise en aucun cas.

**445. II. De l'affiche.**— « *Un extrait de l'acte de publication sera et restera affiché à la porte de la maison commune, pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication* » (art. 64, al. 1). L'affiche constitue un mode de publicité beaucoup plus sérieux que les publications, l'affiche est en effet une sorte de publication permanente. Mais elle est seulement à l'adresse des gens qui savent lire ; et comme il y en a beaucoup qui ne le savent pas, le législateur a peut-être eu raison d'exiger en outre la publication orale. Aussi doit-on blâmer l'usage qui s'est introduit dans beaucoup de communes, et surtout dans les grandes villes, de supprimer la publication orale pour s'en tenir à l'affiche.

**446.** Les publications et l'affiche n'ont pas pour but de satisfaire la curiosité du public, mais bien d'annoncer le projet de mariage à tous ceux qui peuvent avoir intérêt à le connaître, et particulièrement à ceux auxquels appartient le droit d'opposition au mariage, afin qu'ils soient mis à même de l'exercer et de signaler par ce moyen à l'officier de l'état civil les empêchements dont ils auraient connaissance. Cela étant, il fallait bien donner aux oppositions le temps d'apparaître. Aussi l'article 64, al. 2, décide-t-il que : « *Le mariage ne pourra pas être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la deuxième publication* », c'est-à-dire qu'il doit s'écouler deux jours francs entre la deuxième publication et la célébration du mariage. Ainsi un mariage peut être célébré au plus tôt le mercredi qui suit le dimanche où la deuxième publication a été faite.

En cas de dispense de la deuxième publication, le mariage ne pourra être célébré avant le troisième jour depuis celui de l'unique publication faite un jour de dimanche conformément au Droit commun. Rationnellement en effet, la dispense de la deuxième publication doit avoir pour résultat de supprimer l'intervalle exigé par la loi entre cette publication et la première, mais elle ne doit avoir que ce résultat.

En un mot l'unique publication faite en vertu d'une dispense équivaut aux deux publications faites conformément au Droit commun, mais ne vaut pas davantage. Or elle vaudrait davantage si elle autorisait la célébration immédiate du mariage. D'ailleurs il faut bien un délai quelconque pour donner aux oppositions le temps de se produire, et il est tout à fait arbitraire de fixer ce délai à 24 heures comme on l'a proposé pour les mariages *in extremis*.

La loi, qui détermine un délai avant lequel le mariage dont les publications ont été régulièrement faites ne peut pas être célébré, en fixe un autre après lequel il ne peut plus l'être sans de nouvelles publications. « *Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter de l'expiration du délai des publications, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites dans la forme ci-dessus prescrite* » (art. 65). Après l'expiration de ce délai les publications sont dites *périmées*. La loi suppose que le souvenir en est perdu. Et comme de nouvelles causes d'opposition ont pu surgir, elle ne veut pas que le mariage puisse désormais être célébré sans de nouvelles publications.

**447. Dans quelles communes les publications et l'affiche doivent être faites.** — Elles sont nécessaires d'abord au lieu du domicile *réel* de chaque futur époux. « *Les deux publications ordonnées par l'article 65 au titre des Actes de l'état civil seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile* » (art. 166).

En second lieu, si les époux ont acquis un domicile spécial quant au mariage par six mois de résidence (art. 74), les publications doivent être faites en outre à ce domicile. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 167, ainsi conçu : « *Néanmoins si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile.* »

Enfin aux termes de l'article 168 : « *Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications seront encore faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent.* »

Suivant l'opinion générale, l'époux majeur quant au mariage n'a pas besoin de faire des publications au lieu du domicile des ascendants dont il doit seulement requérir le conseil. Il n'est pas relativement au mariage sous la puissance de ces ascendants, puisqu'il peut se marier sans leur consentement.

Des explications qui précèdent il résulte que les publications de mariage peuvent être nécessaires dans huit communes différentes, quatre pour chaque conjoint, savoir : une au domicile matrimonial établi par six mois de résidence, une au domicile réel, une troisième au domicile des aïeuls paternels, et une quatrième au domicile des aïeuls maternels.

**448. III. Des pièces qui doivent être remises à l'officier de l'état civil.** — Chaque époux doit remettre à l'officier de l'état civil, avant la célébration du mariage :

1<sup>o</sup> Les certificats des publications qui ont dû être faites dans des communes autres que celles où le mariage est célébré (arg., art. 76, 6<sup>o</sup>). Ces certificats sont délivrés

par les officiers de l'état civil des diverses communes où les publications ont eu lieu.

2° Les certificats délivrés par les officiers de l'état civil des diverses communes où des publications ont été faites, attestant qu'aucune opposition au mariage n'a été déposée entre leurs mains, ou si quelque opposition a été déposée la main-levée de cette opposition. Voyez les articles 67, 68 et 69.

3° Son acte de naissance. « *L'officier de l'état civil se fera remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux. Celui des époux qui serait dans l'impossibilité de se le procurer pourra le suppléer, en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile* » (art. 70).

Un acte de *notoriété* est un acte destiné à constater qu'un fait est notoire. Pour les formes auxquelles il est soumis, voyez les articles 74 et 72.

4° Les actes constatant le décès des ascendants les plus proches dont le consentement ou le conseil serait requis, s'ils étaient vivants, ou l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de manifester leur volonté ; par exemple une expédition du jugement qui a prononcé l'interdiction de l'ascendant le plus proche ou qui a déclaré son absence. Pour le cas où il serait impossible de représenter l'acte de décès, voyez ce qui a été dit au n° 445.

5° Un ou plusieurs actes, réguliers dans la forme, constatant l'existence des consentements requis par la loi (consentement des ascendants, du conseil de famille, du tuteur *ad hoc*), lorsque les personnes qui doivent donner ces consentements ne se proposent pas d'assister à la célébration du mariage, ou l'accomplissement de la formalité des actes respectueux s'il a dû en être fait.

6° L'autorisation de contracter mariage donnée par les supérieurs militaires lorsque le futur époux appartient à l'armée de terre ou à l'armée de mer.

7° Un acte authentique des différentes dispenses qui ont pu être accordées (dispenses d'âge, dispenses de publications, dispenses à raison de la parenté ou de l'alliance).

8° L'acte de décès du premier conjoint quand c'est un veuf ou une veuve qui se remarie.

#### B. *Des formalités qui accompagnent la célébration du mariage.*

**449.** Ces formalités ont principalement pour but de concourir à la publicité du mariage, de garantir la liberté des parties contractantes et d'attirer leur attention sur l'importance et la gravité de l'acte qu'elles vont accomplir. Elles sont relatives : 1° au lieu où le mariage doit être célébré ; 2° à la détermination de l'officier public compétent pour procéder à la célébration ; 3° à l'appareil qui accompagne la célébration et au mode suivant lequel elle s'effectue.

**450. I. Dans quelle commune le mariage doit-il être célébré ?** — Voilà une question bien pratique. On l'agite depuis bientôt quatre-vingts ans, et on n'est pas encore d'accord sur la solution qu'elle doit recevoir. Il faut en chercher la cause dans le conflit qui semble exister entre deux textes, les articles 74 et 165, conflit que ne contribuent pas à éclaircir les dispositions des articles 166 et 167. Aux termes de l'article 165 : « *Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties* ». Voilà une disposition qui paraît bien précise. Il semble en résulter nettement que le

mariage doit être célébré dans la commune où l'un des époux a son domicile réel, son domicile ordinaire ; car rien ne nous indique ici que le législateur puisse avoir en vue un domicile spécial quant au mariage, un domicile autre que le domicile ordinaire. Cette induction paraît confirmée par l'article 74, al. 1<sup>er</sup>, ainsi conçu : « *Le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile* ». Mais le même article ajoute : « *Ce domicile quant au mariage s'établira par six mois d'habitation dans la même commune.* » Voilà l'antinomie qui éclate. Nos deux articles sont d'accord sur ce point que le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des deux époux a son domicile ; mais d'après l'article 165 ce domicile paraît être le domicile réel, tandis que d'après l'article 74 ce serait un domicile spécial s'établissant par six mois de résidence.

Il y a bien un moyen de mettre les deux articles d'accord ; il consiste à supposer que l'article 165 se réfère tacitement à l'article 74, et que le domicile dont il parle est le domicile spécial qui s'établit par six mois de résidence. C'est ce que soutient un parti important dans la doctrine dont l'opinion peut être ainsi formulée.

Le mariage ne peut être célébré qu'au lieu où l'un des époux a six mois d'habitation continue, qu'il ait ou non en ce lieu son domicile réel. En ce qui concerne les publications, les partisans de cette opinion ajoutent : Si le domicile réel est établi au même lieu que le domicile matrimonial, il suffira de faire des publications en ce lieu. L'article 166 écrit en vue de ce cas dispose : « *Les deux publications ordonnées par l'article 63 au titre des Actes de l'état civil seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son domicile.* » Si au contraire le domicile matrimonial est établi dans une commune autre que celle où est situé le domicile réel, il faudra faire des publications au lieu du domicile matrimonial et en outre au lieu du domicile réel. C'est à cette hypothèse que se réfère l'article 167 ; et comme elle sera assez rare, qu'en tout cas elle ne constitue pas la règle générale, on s'explique que l'article 167 la présente comme une hypothèse exceptionnelle : « *NÉANMOINS, dit cet article, si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile* ». — Ainsi, la règle est que chaque époux devra faire les publications au lieu unique où il a tout à la fois son domicile réel et son domicile matrimonial (art. 166) ; l'exception est que les publications devront être faites au lieu du domicile réel et à celui du domicile matrimonial tout à la fois, quand ces deux domiciles seront distincts l'un de l'autre (art. 167). On reconnaît d'ailleurs que le législateur aurait pu formuler sa pensée en termes plus clairs, par exemple en disant : les publications seront faites au lieu du domicile réel et au lieu du domicile matrimonial s'ils sont distincts l'un de l'autre.

Cette solution peut être fortifiée par la considération suivante. Il y avait des raisons majeures pour ne pas autoriser la célébration du mariage en un lieu où l'un des époux a son domicile réel sans que ni l'un ni l'autre y ait une résidence d'une certaine durée. La loi veut que le mariage soit célébré là où les futurs époux, ou l'un d'eux tout au moins, sont connus; car la détermination du lieu où le mariage sera célébré se lie à la publicité du mariage. Or le seront-ils dans le lieu où ils n'ont jamais résidé ni l'un ni l'autre, et où l'un d'eux a acquis depuis quelques jours un domicile réel en y transportant son habitation et en y faisant les déclarations prescrites par l'art. 104? Non certainement: et voilà bien pourquoi la loi ne les autorise pas à s'y marier. Si on les y autorisait comme on le fait dans le système adverse, rien ne serait plus facile aux époux que d'éluder des oppositions qui surgiraient certainement s'ils se mariaient au lieu où ils sont connus. Il leur suffirait pour cela d'aller établir leur domicile réel en un lieu où personne ne les connaîtrait, d'y faire immédiatement les publications, et de se marier aussitôt après le délai des publications expiré. On répond, il est vrai, que ce danger est chimérique, parce qu'il faudra alors faire des publications au dernier domicile. Mais l'article 167 ni aucun autre ne les exige pour ce cas, et on ajoute à la loi en les tenant pour nécessaires.

Enfin on invoque un avis du Conseil d'Etat du deuxième jour complémentaire de l'an XIII, approuvé le quatrième, ayant par suite force de loi, qui résout formellement la question en ce sens. Il est vrai qu'il ne la résout qu'en ce qui concerne le mariage des militaires. Mais d'abord on ne verrait pas le motif pour lequel les militaires seraient soumis en cette matière à une législation spéciale; et puis les considérants de l'avis du Conseil d'Etat prouvent à l'évidence qu'on a voulu faire aux militaires l'application du Droit commun.

Ces raisons sont infiniment graves, et n'étaient les inconvénients pratiques auxquels le système qui vient d'être exposé donne naissance, il est probable qu'il aurait triomphé. Ces inconvénients sont considérables en effet! Supposez, et le cas peut se présenter assez fréquemment, que deux futurs époux n'aient ni l'un ni l'autre une résidence de six mois dans un lieu déterminé. Vous allez donc les obliger à attendre, pendant plusieurs mois peut-être, pour pouvoir contracter mariage et les forcer, ou au moins l'un d'eux, à résider pendant tout ce temps en un même lieu pour y acquérir le domicile matrimonial de l'article 74. Est-il possible que le législateur, qui entoure le mariage d'une si grande faveur, ait voulu y apporter une pareille entrave? Pour l'admettre, il faudrait des textes bien précis. Or tel n'est pas le caractère de ceux que nous possédons sur cette matière. Ils se prêtent à une autre interprétation tout aussi raisonnable et beaucoup plus acceptable au point de vue pratique. On peut les traduire ainsi: le mariage peut toujours être célébré au lieu du domicile réel (art. 165), qu'on y ait ou non une résidence de six mois; en outre, et par une faveur toute spéciale au mariage, on peut aussi se marier au lieu où l'on a une résidence de six mois, bien qu'on n'y ait pas son domicile réel (art. 74).

Maintenant, au cas où l'on se marie au lieu du domicile matrimonial établi par six

mois de résidence, la loi dit qu'il faudra faire des publications non-seulement en ce lieu, mais aussi au lieu du précédent domicile (art. 467), et elle nous donne à entendre par là très-clairement que les publications au lieu du précédent domicile seront nécessaires à plus forte raison si l'on se marie au lieu où l'on a son domicile réel sans y avoir six mois de résidence. On évite ainsi, et sans faire la loi comme le prétend le parti adverse, l'inconvénient pratique qu'il y aurait à permettre le mariage en un lieu où l'un des époux vient de transporter son domicile et où ni lui ni son conjoint n'a une résidence de six mois. Telle était d'ailleurs la solution admise dans notre ancien Droit (Pothier, n° 346), et il devient ainsi très-probable que notre législateur a entendu la consacrer.

C'est elle qui triomphe en jurisprudence ; elle a du reste reçu dans ces derniers temps presque une consécration législative. En 1874, les députés de l'Alsace et de la Lorraine proposèrent un projet de loi, ayant pour but d'autoriser les habitants des territoires cédés à la Prusse, qui avaient opté pour la nationalité française et qui en conséquence étaient venus fixer leur domicile hors des territoires cédés, à se marier au lieu de leur nouveau domicile après une résidence d'un mois. Une commission spéciale fut nommée pour examiner la question, et elle reconnut que les textes du Code civil autorisent le mariage au lieu du domicile réel, alors même qu'on n'y a pas une résidence de six mois, que par conséquent le projet de loi était inutile et pouvait être retiré. Voyez aussi la circulaire du Ministre de la justice du 21 décembre 1874.

**451. II. Par qui le mariage doit-il être célébré ?**—Par l'officier de l'état civil du domicile réel ou du domicile matrimonial de l'un des époux. Régulièrement le mariage doit être célébré dans la maison commune (art. 75, al. 1), et publiquement, c'est-à-dire les portes ouvertes, afin que le public puisse être admis à la célébration.

On reconnaît cependant qu'en cas de pressante nécessité, par exemple s'il s'agit d'un mariage *in extremis*, l'officier de l'état civil pourrait, c'est une simple faculté pour lui, se transporter au domicile de l'un des futurs pour y procéder à la célébration.

Le choix du jour est laissé aux parties (art. 75, al. 1), sans cependant qu'elles puissent forcer l'officier de l'état civil à procéder à la célébration du mariage un jour férié légal. Le choix de l'heure appartient à l'officier de l'état civil.

Rien ne s'oppose à ce qu'il soit célébré pendant la nuit, bien que la célébration pendant le jour paraisse mieux répondre au vœu de la loi comme assurant au mariage une plus large publicité.

**452. III. Comment se fait la célébration du mariage.** — Aux termes de l'article 75 : « *Le jour désigné par les parties après les délais des publications, l'officier de l'état civil, dans la maison commune, en présence de quatre témoins, parents ou non parents, fera lecture aux parties des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage, et du chapitre VI du titre du Mariage, sur les droits et les devoirs respectifs des époux. Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ;*

*il prononcera au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ.*

En ce qui concerne les énonciations que doit contenir l'acte de mariage, voyez l'article 76.

#### N° 2. Du mariage des Français en pays étranger.

**453.** Les déclarations des 16 juin et 6 août 1685 défendaient aux Français de se marier en pays étranger sans autorisation du Roi. Cette défense qui avait été abrogée par la loi du 20 septembre 1792 n'ayant pas été reproduite par le Code civil ni par aucune loi postérieure, il est certain que les Français peuvent aujourd'hui se marier en pays étranger sans aucune autorisation.

Un Français peut se marier en pays étranger soit avec une personne française soit avec une personne étrangère. Une disposition du projet, qui n'autorisait les Français à se marier *entre eux* en pays étranger qu'après une résidence de six mois, a été supprimée avec raison sur les observations du premier Consul.

Aux termes de l'article 170 : « *Le mariage contracté en pays étranger* » *entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été* » *célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé* » *des publications prescrites par l'article 63, au titre des Actes de l'état* » *civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions conte-* » *nues au chapitre précédent.* »

Il résulte de ce texte que la loi subordonne à trois conditions le droit pour un Français de contracter mariage en pays étranger : conditions de capacité, conditions de formes, publications préalables faites en France.

**454. a). Conditions de capacité.** — Le Français qui veut se marier en pays étranger doit satisfaire aux conditions de capacité exigées par la loi française (argument de ces mots : « et qu'il n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent »). C'est une application du principe que le statut personnel français régit les Français même en pays étranger (art. 3). Un Français ne pourra donc pas contracter mariage en pays étranger avant l'âge fixé par la loi française, alors même qu'il aurait atteint l'âge fixé par la loi de ce pays. De même un Français déjà marié ne pourra pas contracter un deuxième mariage avant la dissolution du premier, même dans un pays où la polygamie est admise.

Quant à la personne que le Français se propose d'épouser, sa capacité sera régie par la loi de son pays, par conséquent par une loi étrangère si elle est étrangère.

**455. b). Conditions de forme.** — L'article 170 semble dire que le mariage d'un Français en pays étranger ne pourra être célébré que suivant « les formes usitées dans ce pays » conformément à la règle

*Locus regit actum.* Cela sera vrai si le Français épouse une personne étrangère (*supra*, n° 250). Mais si le mariage est contracté entre deux Français, il pourra en outre être célébré suivant les formes que prescrit la loi française par les consuls ou agents diplomatiques français. L'article 170 n'infirmé en rien cette solution; car son but n'est pas de déterminer les formes dans lesquelles le mariage dont il s'occupe pourra être célébré, et le législateur a pu se borner à indiquer celle à laquelle on aura le plus souvent recours dans la pratique. *Lex statuit de eo quod plerumque fit.*

456. c). *Conditions de publicité.* — L'article 170 exige que le mariage contracté par un Français en pays étranger soit précédé des publications prescrites par l'article 63, par conséquent de publications faites en France suivant les formes et dans les lieux déterminés par la loi française (art. 166 et 167). Cela est tout simple quand le Français se marie devant un consul ou un agent diplomatique français, ce qui suppose que le mariage est contracté entre deux Français (art. 48); le mariage étant alors célébré suivant les formes prescrites par la loi française, les publications qui font partie de ces formes doivent naturellement être effectuées conformément à la même loi. Mais notre article exige aussi des publications faites conformément à la loi française *quand le mariage est célébré suivant les formes prescrites par la loi étrangère*; c'est même la seule hypothèse que prévoie l'article 170, ainsi que nous l'avons remarqué plus haut. Ici le législateur déroge au Droit commun; car les publications, faisant partie de la forme du mariage, devraient d'après la règle *Locus regit actum* être exclusivement réglées par la loi étrangère, quand le mariage est célébré en pays étranger dans les formes prescrites par la loi de ce pays. La dérogation dont il s'agit s'explique par le désir qu'a notre législateur de mieux assurer l'exécution de ses prescriptions relativement aux conditions de capacité requises pour le mariage, prescriptions qui s'appliquent aux Français même quand ils se marient en pays étranger. Le projet de mariage étant rendu public en France, le législateur espère que, s'il existe quelque empêchement d'après la loi française, cet empêchement sera signalé par le moyen d'une opposition venue de France, et que la célébration du mariage sera ainsi arrêtée. Aussi l'article 170 paraît-il établir un certain lien entre les publications et les conditions de capacité, puisqu'il dit: « pourvu que le mariage ait été précédé des publications prescrites par l'article 63... et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent »; or dans le chapitre précédent le législateur établit précisément les conditions de capacité requises pour le mariage.

Il est évident d'ailleurs qu'outre les prescriptions de la loi française, le Français, qui se marie en pays étranger suivant les formes établies

par la loi étrangère, pourrait être obligé d'observer les prescriptions de cette loi relativement aux publications, si ces prescriptions étaient différentes de celles de la loi française.

**457.** Quel sera le sort du mariage contracté par un Français en pays étranger sans publications préalables faites en France? La question est très-controversée.

D'après une première opinion, le mariage dont il s'agit serait nul dans tous les cas. La nullité résulterait du texte même de l'article 470, qui, en disant que le mariage « sera valable... pourvu que il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63... », exprime clairement que c'est là une condition *sine qua non* de la validité du mariage, et que par suite, en l'absence de cette condition, le mariage sera nul. Il est vrai que la loi n'attache pas cette sanction rigoureuse au défaut de publications pour les mariages contractés en France; mais on s'explique fort bien qu'elle ait été plus sévère à l'égard des mariages contractés en pays étranger. La loi française ne peut pas atteindre l'officier public étranger, qui célèbre le mariage d'un Français sans publications préalables faites en France; la sanction de l'article 492 était ici bien évidemment inapplicable, on l'a remplacée par celle de la nullité du mariage. Cette décision peut paraître rigoureuse; mais elle se justifie par cette considération que les publications sont, en pareil cas, le seul moyen de rendre le mariage public en France; que par suite, en leur absence, le mariage est nécessairement clandestin, à la différence de ce qui peut avoir lieu pour les mariages célébrés en France, dont le public français peut avoir connaissance par une voie autre que celle des publications. D'ailleurs il fallait bien trouver un moyen quelconque d'assurer l'observation de la loi, et on n'en aperçoit guère d'autre.

Ceux qui adoptent cette opinion doivent aussi admettre par des motifs équivalents qu'un mariage, contracté par un Français en pays étranger sans la formalité préalable des actes respectueux dans les cas où la loi française en exige, est frappé de nullité, à la différence de ce qui aurait lieu pour un mariage contracté en France dans les mêmes conditions. Il y a en effet le même argument à tirer ici des termes de l'article 470 : « pourvu que... le Français n'ait point contrevenu aux dispositions » contenues au chapitre précédent; car les dispositions relatives aux actes respectueux sont contenues dans ce chapitre. D'ailleurs ici, comme dans le cas d'absence de publications, la sanction ordinaire établie par la loi (art. 457) fait défaut, et il y avait même nécessité de la remplacer par une autre; la seule possible était la nullité du mariage.

Si telle était la volonté certaine du législateur, il faudrait bien s'y soumettre. Les conséquences déplorables, auxquelles peut conduire dans certains cas le système qui vient d'être exposé, ne seraient pas une raison suffisante pour le rejeter. L'interprète devrait courber la tête, *dura lex sed lex*. Mais est-il bien vrai que ce soit là le système de la loi? Il y a des raisons très-graves pour en douter.

D'où fait-on résulter la nullité du mariage? D'un argument *a contrario* tiré des termes de l'article 470. De ce que la loi a dit que le mariage sera valable s'il a été précédé de publications faites en France, on induit qu'elle le considère comme nul s'il n'a pas été précédé desdites publications. Mais une induction, et surtout une induction tirée d'un argument *a contrario*, l'argument le plus périlleux de tous, est-elle suffisante pour servir de fondement à une nullité de mariage? On sait qu'en cette matière le législateur a tout réglé avec un soin minutieux dans le chapitre *des demandes en nullité de mariage*. La doctrine admet qu'ici, à la différence de ce qui a lieu dans les autres matières, il n'y a pas de nullités virtuelles. Eh bien! le législateur parle-t-il de la nullité dont il s'agit dans le chapitre des nullités de mariage? Non. Qu'en conclure, sinon que l'absence des publications requises par l'article 470 n'est pas une

cause de nullité? On prétend il est vrai qu'ainsi entendue la loi se trouve dépourvue de toute sanction. D'abord cette objection n'est pas exacte. S'il est impossible en effet d'appliquer ici la sanction de l'amende que l'article 492 prononce contre l'officier de l'état civil, il reste toujours la sanction de l'amende que ce même article prononce contre les parties contractantes, dont l'une au moins est française, et contre ceux sous la puissance desquels elles ont agi. Après tout d'ailleurs, l'absence de sanction serait peut-être préférable encore à une sanction excessive. Or, de l'aveu même des partisans de la nullité du mariage, cette sanction est au moins extrêmement rigoureuse. En tout cas le doute qui existe sur la question ne doit-il pas profiter au mariage?

D'après une troisième opinion qui gagne beaucoup de terrain dans la doctrine et qui semble définitivement l'emporter en jurisprudence, le mariage contracté par un Français à l'étranger en violation des prescriptions de l'article 470, c'est-à-dire sans publications préalables en France ou sans la formalité préliminaire des actes respectueux dans les cas où la loi en exige, ne serait pas nécessairement nul, comme le prétend la première opinion, ni toujours valable, comme le prétend la seconde, mais tantôt nul et tantôt valable; les juges seraient investis d'un pouvoir d'appréciation : ils pourraient annuler le mariage ou le maintenir suivant les circonstances. Au point de vue pratique cette solution est incontestablement la plus satisfaisante. S'il y a des cas dans lesquels le maintien du mariage est désirable, principalement lorsqu'il a été contracté par les époux avec la plus grande bonne foi, il y en a d'autres au contraire dans lesquels on en verrait prononcer la nullité sans regret, notamment lorsqu'il est établi que les époux sont allés contracter mariage en pays étranger dans le but avoué d'échapper aux prescriptions de la loi française et de la frauder en quelque sorte. D'un autre côté, on ne peut pas adresser à cette opinion intermédiaire le reproche qu'on adresse aux deux opinions extrêmes : d'être d'une rigueur excessive et de donner à la loi une sanction trop sévère, ou d'une excessive indulgence et de laisser la loi sans aucune sanction. — Il n'y aurait rien à objecter, si les tribunaux avaient pour mission de rendre, dans chaque hypothèse sur laquelle ils sont appelés à statuer, la décision, qui leur paraît la plus équitable, s'ils avaient pour mission en un mot de faire la loi. Mais leur mandat consiste seulement à l'appliquer et par suite à l'interpréter. N'ont-ils pas franchi les limites de ce domaine en s'arrogeant le droit de prononcer facultativement la nullité? Il est permis de le croire, car les textes ou les motifs que l'on peut invoquer à l'appui du système de la jurisprudence sont loin d'être décisifs. Partant de ce principe que la nullité des mariages dont nous nous occupons ne résulte pas de l'article 470 (et il faut bien l'admettre dans le système de la jurisprudence, autrement la nullité devrait être prononcée obligatoirement dans tous les cas où les conditions prescrites par l'article 470 n'ont pas été remplies), sur quelle base la jurisprudence peut-elle s'appuyer quand elle prononce la nullité des mariages dont il s'agit?

\* On lit dans un arrêt de la cour d'Aix maintenu en cassation le 28 décembre 1874 (Sir., 75. 4. 347) : « Il est de doctrine et de jurisprudence certaine que l'omission de cette formalité (les publications) n'entraîne pas la nullité du mariage, si ce mariage n'a pas été clandestin et si ceux qui l'ont contracté à l'étranger ne l'ont pas fait pour se soustraire à l'application de la loi française ». Il y aurait donc deux cas dans lesquels les tribunaux pourraient prononcer la nullité.

\* Le premier serait celui où le défaut de publications entraînerait le défaut de publicité du mariage, et par suite sa clandestinité. Le défaut de publications ne peut jamais à lui seul entraîner la nullité d'un mariage contracté en France (*infra*, n° 515), parce qu'alors les publications ne sont qu'un des éléments de la publicité, et la seule absence des publications ne suffit pas pour rendre le mariage clandestin. Mais

il en est autrement des mariages contractés en pays étranger; les publications exigées par l'article 170 sont à peu près le seul moyen de les rendre publics en France. En leur absence ils seront donc la plupart du temps clandestins; et quand le juge constatera cette clandestinité, il devra prononcer la nullité conformément aux articles 194 et 193, qui lui confèrent à cet égard un certain pouvoir d'appréciation.— Ce serait à merveille si les articles 194 et 193 prononçaient d'une manière générale la nullité des mariages *clandestins*. On pourrait équivoquer sur le sens de cette expression, prétendre qu'elle désigne tous les mariages qui n'ont pas été entourés d'une publicité suffisante, et considérer comme tels, suivant les cas, ceux qui n'ont pas été précédés des publications requises. Mais la loi s'exprime tout autrement : elle parle du mariage « qui n'a point été *contracté* publiquement ». Or, par ces paroles, elle fait allusion à la célébration devant l'officier de l'état civil, et non aux publications; et il est difficile d'en douter si on se réfère à l'article 165 auquel renvoie l'article 194 et qui dit : « Le mariage sera *CÉLÉBRÉ* publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties ». Ce n'est qu'en étendant les termes de la loi qu'on peut en faire découler la nullité du mariage pour défaut de publications. Or nous savons que par sa nature même notre matière résiste à toute extension. Les articles 194 et 193 offrent donc une base bien fragile au système de la jurisprudence.

\*Le deuxième cas, dans lequel les tribunaux pourraient prononcer la nullité, serait celui où un Français est allé se marier en pays étranger dans le but d'échapper aux prescriptions de la loi française, par exemple à la nécessité de faire des actes respectueux quand la loi en exige. En effet, dit-on, la règle *Locus regit actum* ne protège que les actes faits de bonne foi. Les magistrats auraient à apprécier par conséquent la bonne ou la mauvaise foi du Français qui, s'étant marié en pays étranger, n'a pas satisfait aux prescriptions de l'article 170; ils devraient prononcer la nullité en cas de mauvaise foi constatée. Nous répétons que la matière des nullités de mariage repousse absolument les nullités virtuelles. Pas de nullité sans texte. Nous demandons le texte qui prononce la nullité qu'on veut établir!

**458.** Aux termes de l'article 171 : « *Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile* ». Le but de la transcription ou copie exigée par cet article est de faciliter aux intéressés, et principalement aux époux eux-mêmes, la preuve du mariage qui serait difficile et dispendieux s'il fallait pour se la procurer avoir recours aux registres de l'état civil du pays où le mariage a été célébré. Peut-être aussi cette transcription a-t-elle pour but de donner au mariage une certaine publicité en France.

Quel est l'effet du défaut de transcription dans le délai légal? Le projet contenait une disposition ainsi conçue : « Cet acte doit être encore, dans le même délai, reporté et transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile, sous peine, à défaut de ce report, d'une amende qui ne pourra être moindre de cent francs, ni excéder mille francs... » Cette disposition pénale a disparu de la rédaction définitive sur l'observation inexacte faite par le conseiller d'Etat Réal : que la sanction de l'obligation dont il s'agit se trouvait dans les lois sur l'enregistrement. Et comme il n'appartient pas à l'interprète de compléter l'œuvre du législateur, on doit en conclure que l'obligation imposée par l'article 171 se trouve n'avoir aucune sanction. Tel n'est pas l'avis de tous les auteurs. Mais les dissidents ne sont pas d'accord entre eux sur

le point de savoir quelle sanction il convient de donner à la loi. N'est-ce pas ce qui arrive fatalement, quand les interprètes entreprennent de corriger la loi? Chacun le fait à sa guise.

Les uns veulent qu'à défaut de la transcription le mariage soit destitué de tous ses effets civils en France. Ainsi les enfants issus de ce mariage ne pourraient pas se prétendre légitimes et réclamer à ce titre, au préjudice d'autres héritiers français, des biens laissés en France par leurs parents décédés.

D'autres estiment que le défaut de transcription devrait seulement avoir pour résultat de mettre les époux ou leurs ayant-cause dans l'impossibilité de se prévaloir vis-à-vis des tiers de certains effets de leur mariage. Lesquels? ceux qui sont attachés à la publicité du mariage, c'est-à-dire ceux que la loi lui fait produire à raison de la publicité dont elle le suppose entouré. Ainsi la femme ne pourrait pas se prévaloir à l'encontre des tiers de l'hypothèque légale que l'article 2121 lui accorde sur les biens de son mari. — Il y a encore d'autres variantes.

Tout cela est plus ou moins arbitraire, et par suite inadmissible. Nous l'avons déjà dit: il n'appartient pas à l'interprète de créer la sanction que le législateur a oublié d'établir. Telle paraît être la solution admise par la jurisprudence, qui cependant accorde aux tiers lésés par le défaut de transcription une action en dommages-intérêts contre les époux par application de l'article 1382 (Cas., 28 déc. 1874, Sir., 75. 4. 347).

S'il est vrai que l'article 171 n'a pas de sanction, il est clair que le délai de trois mois qu'il prescrit pour effectuer la transcription de l'acte de mariage n'est pas fatal. Cette formalité pourrait donc encore être remplie après l'expiration du délai, et on ne voit pas bien clairement pourquoi il serait nécessaire en pareil cas d'obtenir une autorisation de la justice, ainsi que le prescrit cependant une circulaire du grand juge du 5 germinal de l'an XII.

## § II. *Formalités relatives à la célébration du mariage des étrangers en France.*

**459.** Il faut distinguer si les deux contractants ont la même nationalité ou une nationalité différente.

a). Les deux contractants ont la même nationalité: ainsi, un Anglais veut épouser en France une Anglaise.

Le mariage pourra être célébré, soit devant un officier de l'état civil français, dans les formes prescrites par la loi française, conformément à la règle *Locus regit actum*, soit devant le consul ou l'agent diplomatique accrédité en France par le gouvernement du pays auquel les contractants appartiennent, en supposant qu'il ait qualité pour cette célébration d'après la loi du pays.

b). Les deux contractants ont une nationalité différente. Peu importe que l'un d'eux soit Français, le mariage ne pourra être célébré que suivant les formes prescrites par la loi française conformément à la règle *Locus regit actum*. Un consul ou agent diplomatique étranger n'aurait plus ici qualité; car l'officier public qui célèbre le mariage doit être compétent par rapport aux deux parties, et un consul ou agent diplomati-

que ne l'est que relativement aux sujets du pays dont il est le représentant.

Toutes les fois qu'un mariage sera célébré en France entre étrangers, ou à plus forte raison entre Français et étrangers, dans les formes prescrites par la loi française, la célébration devra être précédée de publications faites conformément à notre Code civil; car les publications font partie des formes prescrites par la loi française pour la célébration des mariages, et tombent par conséquent sous l'empire de la règle *Locus regit actum*.

Dans tous les cas, les conditions de capacité requises pour le mariage devraient être appréciées pour chaque contractant d'après la loi de son pays (*supra*, n° 80).

## CHAPITRE III

### DES OPPOSITIONS A MARIAGE

**460. Définition.** — L'opposition à mariage est l'acte par lequel une personne signale à l'officier de l'état civil l'existence d'un empêchement au mariage. Elle met obstacle à la célébration jusqu'à ce qu'il en ait été donné main-levée par la justice.

Nous aurons à rechercher successivement par quelles personnes et pour quelles causes l'opposition à mariage peut être faite, dans quelles formes, quels sont ses effets, comment la main-levée peut en être obtenue.

#### *I. Par quelles personnes l'opposition à mariage peut être formée et pour quelles causes.*

**461.** Dans notre ancienne législation le droit de faire opposition à mariage était, dit Portalis, une action en quelque sorte populaire. Le premier venu pouvait la former, et elle pouvait être fondée sur une cause quelconque. Dans ces conditions, le droit d'opposition dégénérait souvent en un moyen de vexation. Frappé de ces abus, notre législateur a déterminé limitativement : d'une part les personnes auxquelles appartient le droit d'opposition, et d'autre part les causes sur lesquelles l'opposition peut être fondée. Le principe est excellent; mais le législateur a peut-être apporté quelque exagération dans les applications qu'il en a faites en restreignant le droit d'opposition dans des limites trop étroites.

Quoi qu'il en soit, le droit d'opposition appartient d'après le Code civil: 1° au conjoint de l'une des parties contractantes; 2° à ses ascendants; 3° à certains collatéraux; 4° au tuteur ou au curateur.

**462.** 1<sup>o</sup> *Au conjoint.* — « *Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes* » (art. 172). La loi met le conjoint en première ligne sur la liste des personnes qui ont le droit de former opposition à mariage, parce qu'il est de tous celui qui a le droit le plus sacré. L'époux qui forme opposition au mariage de son conjoint « défend son titre, dit M. Laurent ; il réclame l'exécution de la foi promise, et il prévient un crime honteux de bigamie. »

**463.** 2<sup>o</sup> *Aux ascendants de l'un ou de l'autre des futurs conjoints.* — Et toutefois la loi ne leur accorde pas le droit d'opposition à tous concurremment, mais successivement. Cela résulte de l'article 173, ainsi conçu : « *Le père, et à défaut du père la mère, et à défaut de père et mère les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis* ». Voici donc l'ordre hiérarchique établi par la loi :

a). *Le père* : légitime ou naturel, car la loi ne distingue pas; la prééminence lui appartient en sa qualité de chef.

b). *La mère* : légitime ou naturelle, mais à défaut du père seulement, ce qui signifie : si le père est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Donc si le père consent au mariage, la mère n'a pas le droit d'y former opposition, alors même qu'elle n'aurait pas été consultée. Et cependant en pareil cas l'officier de l'état civil doit refuser de procéder à la célébration (*supra*, n<sup>o</sup> 444). Alors pourquoi la loi n'autorise-t-elle pas la mère à former opposition, puisqu'il existe une cause d'empêchement relative à sa personne ? Il est difficile de le dire. En tout cas la mère a certainement le droit d'informer officieusement l'officier de l'état civil qu'elle n'a pas été consultée, et celui-ci pourra surseoir à la célébration du mariage jusqu'à ce qu'on lui rapporte la preuve que la mère a été consultée.

c). *Les aïeuls et aïeules* ; mais seulement « à défaut de père et mère », c'est-à-dire si le père et la mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

La loi ne faisant pas de distinction, le droit de former opposition au mariage appartient concurremment aux aïeuls et aïeules de la ligne paternelle et à ceux de la ligne maternelle. Le consentement au mariage donné par les aïeuls d'une ligne n'enlèverait pas à ceux de l'autre le droit d'y former opposition ; il n'y a pas ici de prééminence d'une ligne sur l'autre.

Mais dans chaque ligne l'aïeule peut-elle former opposition concurremment avec l'aïeul, ou seulement à défaut de celui-ci ? Il semblerait résulter de la généralité des termes de la loi que le droit d'opposition appartient à l'aïeule au même titre qu'à l'aïeul, et concurremment avec lui. Cependant la solution contraire est préférable. Elle résulte des travaux préparatoires de la loi, et aussi, à bien prendre, du texte de l'article 173 qui, en disposant que la mère ne peut agir qu'à défaut du père, donne à entendre très-clairement qu'il doit en être de même de l'aïeule par rapport à l'aïeul. On ne s'expliquerait pas que la prépondérance du sexe fût admise

entre le père et la mère, et qu'elle ne le fût pas entre l'aïeul et l'aïeule, qui sont eux aussi mari et femme.

Si tous les aïeuls ou aïeules sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le droit d'opposition passerait aux bisaïeuls; car c'est seulement « à défaut d'aucun ascendant » que l'article 174 attribue le droit d'opposition aux collatéraux. Par où l'on voit que, dans le langage de la loi, les mots *aïeuls et aïeules* comprennent aussi les bisaïeuls et bisaïeules. Nous en avons déjà fait la remarque (*supra*, n° 417).

**464.** Les ascendants peuvent exercer le droit d'opposition, même après que les enfants ont atteint leur majorité matrimoniale (art. 173 *in fine*). De plus, à la différence des autres opposants, ils ne sont pas obligés d'indiquer, dans l'acte d'opposition, les motifs sur lesquels leur opposition est fondée (art. 176).

Suit-il de là que l'opposition formée par les ascendants aura toujours et nécessairement pour résultat d'entraver le mariage? Le tribunal, auquel la main-levée en sera demandée, devra-t-il toujours la maintenir, alors même que les ascendants n'allégueraient aucun motif légal? Quelques-uns l'avaient ainsi pensé dans les premiers temps qui ont suivi la promulgation du Code civil. Mais cette opinion est depuis longtemps abandonnée.

L'opposition des ascendants ne devra être maintenue par le tribunal qu'autant qu'elle sera fondée sur un motif légal. Ainsi un père, dont le fils n'a pas encore atteint sa majorité matrimoniale, refuse de consentir au mariage de celui-ci et y fait opposition. Le tribunal auquel main-levée de l'opposition est demandée devra refuser de l'accorder, parce qu'il y a ici une juste cause à l'opposition; elle est fondée sur l'empêchement légal résultant du défaut de consentement (art. 148). De même, s'il s'agit d'un enfant majeur quant au mariage qui n'a pas adressé à ses ascendants les actes respectueux prescrits par la loi (art. 151), l'opposition formée par les ascendants pour cette cause devrait être maintenue tant que la cause subsistera, c'est-à-dire tant que la formalité des actes respectueux n'aura pas été remplie.

Mais si l'ascendant n'invoque aucun motif légal à l'appui de l'opposition qu'il a formulée, le tribunal devra en prononcer la main-levée sur la demande de l'enfant. C'est ce qu'a décidé la Cour suprême, cassant un arrêt en sens contraire de la Cour de Bourges, dans une espèce qui pourtant se présentait sous un jour bien favorable pour l'opposant. Un père avait formé opposition au mariage de sa fille majeure, qui lui avait adressé des actes respectueux. Assigné en main-levée, il alléguait comme motif de son opposition que l'homme auquel sa fille voulait s'unir était un de ses anciens domestiques, forçat libéré, par lequel elle s'était laissée séduire. Était-ce là une juste cause, c'est-à-dire une cause légale d'opposition? Non assurément. Il fallait donc en prononcer la main-levée, comme l'a décidé la Cour de cassation. Voyez aussi dans le même sens un arrêt tout récent de la Cour de cassation du 30 juin 1879 (Sir., 79. I. 416). Et il faut bien qu'il en soit ainsi; autrement le droit, que la loi accorde aux enfants leur majorité matrimoniale une fois atteinte, de se marier sans le consentement de leurs ascendants, et à la charge seulement de requérir leur conseil par le moyen d'actes respectueux, deviendrait complètement illusoire, puisqu'il suffirait aux ascendants pour le paralyser de former opposition au mariage!

Mais voici une objection qui paraît grave au premier abord. A quoi sert, dira-t-on, de dispenser les ascendants d'indiquer les motifs de leur opposition dans l'acte qui en est dressé, si on ne les dispense pas d'*avoir* des motifs légaux, et si on les oblige à les faire valoir, le cas échéant, devant le tribunal? Autant vaudrait les astreindre, comme les autres opposants (art. 176), à indiquer leurs motifs dans l'acte d'opposition. Les en dispenser, pour les obliger à révéler ces motifs plus tard, s'ils veulent que l'opposition soit maintenue, c'est établir entre eux et les autres opposants une différence purement nominale. Il y a deux réponses à faire à cette objection.

D'abord la faculté accordée aux ascendants de former une opposition légale, alors même qu'elle n'est pas fondée sur des motifs légaux, leur permettra d'arrêter momentanément la célébration d'un mariage qu'ils désapprouvent; l'officier de l'état civil en effet ne pourra pas y procéder tant que la main-levée n'en aura pas été régulièrement prononcée, et on ne l'obtient pas du jour au lendemain. L'ascendant gagnera ainsi du temps, ce qui est beaucoup en pareille matière, car le temps calme souvent les mauvaises passions. Le droit de former une opposition de ce genre aurait pu être dangereux entre les mains du premier venu; il ne l'est guère entre celles des ascendants: leur qualité et l'affection qu'ils portent à leurs enfants est un sûr garant qu'ils n'en mésuseront pas.

Et puis l'opposition légalement formée par l'ascendant, quoiqu'elle ne soit pas basée sur des motifs légaux, va obliger l'enfant, s'il persiste dans son projet, à demander à la justice la main-levée de l'opposition. Le voilà donc forcé, après avoir déjà entrepris contre ses ascendants une première lutte en leur adressant des actes respectueux, d'en venir à une lutte plus éclatante encore, à une lutte judiciaire cette fois, pour triompher de l'obstacle élevé par l'opposition! La loi espère que l'enfant reculera; elle espère aussi peut-être que la personne que l'enfant se propose d'épouser reculera elle-même la première; car enfin il lui faut entrer à main armée en quelque sorte dans la famille de son futur, s'y imposer! On lui prouve assez clairement qu'on ne veut pas d'elle!

**465. 3° A certains collatéraux.**—Aux termes de l'article 174: « *A défaut* »  
 « *d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la* »  
 « *cousine germains, majeurs, ne peuvent former aucune opposition que dans* »  
 « *les deux cas suivants:—1° Lorsque le consentement du conseil de famille,* »  
 « *requis par l'article 160, n'a pas été obtenu; — 2° Lorsque l'opposition est* »  
 « *fondée sur l'état de démence du futur époux: cette opposition, dont le* »  
 « *tribunal pourra prononcer main-levée pure et simple, ne sera jamais reçue* »  
 « *qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction, et d'y faire* »  
 « *statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement.* »

Les collatéraux, dont notre article donne l'énumération, ne sont appelés à exercer le droit d'opposition « qu'à défaut d'aucun ascendant », par conséquent même de bisaïeux. Mais la loi n'établissant entre eux aucune hiérarchie, le droit d'opposition leur appartient à tous concurremment. Notre article n'accorde ce droit qu'aux collatéraux majeurs. Il le refuse donc aux mineurs; ce qui ne signifie pas que les collatéraux mineurs ne pourront pas l'exercer personnellement (cela allait de soi et n'avait pas besoin d'être dit, puisque le mineur est incapable d'accomplir tous les actes civils), mais bien que le droit d'opposition ne pourra pas être exercé au nom des collatéraux mineurs par leurs tuteurs. C'est un droit exclusivement attaché à la personne.

L'opposition formée par les collatéraux majeurs désignés en l'article 174 n'est recevable que dans deux cas.

**PREMIER CAS.** — « Lorsque le consentement du conseil de famille »  
 « requis par l'article 160 n'a pas été obtenu. » Il s'agit d'un futur époux mineur qui a perdu tous ses ascendants, et qui ne peut par conséquent

se marier sans le consentement de son conseil de famille (art. 160). Si ce consentement n'a pas été obtenu, l'officier de l'état civil, qui verra par l'acte de naissance du futur qu'il est mineur, sera informé par cela même de l'existence de l'empêchement, et refusera de procéder à la célébration du mariage. L'opposition sera donc le plus souvent inutile dans ce cas, puisqu'elle n'apprendra à l'officier de l'état civil que ce qu'il sait déjà. Aussi faut-il imaginer des hypothèses tout à fait invraisemblables pour faire apparaître l'utilité de l'opposition, telle que la présentation par le mineur d'un faux acte de naissance duquel il résulterait qu'il est majeur.

DEUXIÈME CAS. — « Lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux. » Sous le nom de démence, la loi comprend certainement ici tous les cas d'aliénation mentale qu'elle désigne ailleurs par ces expressions « imbécillité, démence ou fureur » (art. 489).

L'opposition fondée sur la démence du futur époux n'a pas besoin pour être valable d'être accompagnée d'une demande en interdiction. Une fois l'opposition régulièrement faite et signifiée à qui de droit, l'opposant attendra, et alors de deux choses l'une :

Ou bien le futur époux ne demandera pas la main-levée de l'opposition, et dans ce cas elle produira son effet ordinaire qui est d'entraver la célébration du mariage ;

Ou bien le futur époux demandera la main-levée de l'opposition, et alors le tribunal saisi de la demande pourra prendre l'un des deux partis suivants :

a). Prononcer « main-levée pure et simple de l'opposition », ce que le tribunal fera s'il lui paraît évident que l'opposition est mal fondée. Un simple interrogatoire du futur époux suffira souvent pour lui inspirer cette conviction.

b). Si le tribunal estime que l'opposition est sérieuse, il fixera un délai dans lequel l'opposant devra provoquer l'interdiction, et si ce délai expire sans que la demande en interdiction ait été formée, le tribunal de nouveau saisi par le futur devra donner main-levée de l'opposition.

Tel est le sens de la partie finale de l'article 174.

**466.** 4<sup>o</sup> *Au tuteur ou au curateur du futur conjoint.* — Aux termes de l'article 175 : « Dans les deux cas prévus par le précédent article, le tuteur ou curateur ne pourra, pendant la durée de la tutelle ou curatelle, former opposition qu'autant qu'il y aura été autorisé par un conseil de famille, qu'il pourra convoquer. »

Ce texte ne figurait pas dans le projet ; il y a été introduit sur la demande du Tribunat. « Il a paru convenable, disait-il, que, dans les deux cas prévus par l'article 174, le tuteur et le curateur puissent former opposition au mariage de ceux dont la personne est confiée à leur

surveillance. » Il s'agit, on le voit, du tuteur ou du curateur du futur époux, et non du tuteur ou du curateur de l'un des parents désignés en l'article 174.

Le droit d'opposition, accordé par notre article au tuteur ou au curateur du futur époux, lui appartient concurremment avec les collatéraux dont parle l'article 174. Mais, comme à eux, il ne leur appartient qu'à défaut d'aucun ascendant.

Le tuteur ou le curateur du futur époux ne peut jamais exercer le droit d'opposition qu'avec l'autorisation du conseil de famille, qu'il pourra *faire convoquer* à cet effet, et non *convoquer*, comme le dit inexactement l'article 174 (arg., art. 406).

Il ne peut exercer le droit d'opposition que dans les deux cas prévus par l'article 174.

Le premier est celui où le futur époux, mineur de 21 ans et n'ayant plus aucun ascendant, n'a pas obtenu l'autorisation du conseil de famille requise par l'article 160. Ce premier cas n'offre pas de difficulté.

Il n'en est pas de même du second, qui est celui où l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux. En donnant au tuteur ou au curateur du futur époux le droit de former opposition au mariage de son pupille dans ce deuxième cas, l'article 174 a proposé aux jurisconsultes une énigme qu'ils n'ont pas encore déchiffrée.

\* Dans notre Droit, les personnes qui sont en tutelle ou en curatelle sont les mineurs et les interdits. Les mineurs reçoivent un tuteur jusqu'à leur émancipation, un curateur à dater de cette époque jusqu'à leur majorité. Quant aux interdits, ils ne peuvent être qu'en tutelle; d'après le projet de Code civil, ils devaient recevoir un curateur.

\* La disposition de notre article 175, qui autorise le tuteur ou curateur du futur à former opposition à son mariage pour cause de démence, peut-elle trouver une application quand ce futur époux est mineur? Il est difficile de le croire. En effet il s'agit, qu'on le remarque bien, d'un futur époux qui n'a plus aucun ascendant (art. 174), et qui ne peut par conséquent, puisqu'il est mineur, se marier sans l'autorisation d'un conseil de famille (art. 160). S'il est en état de démence, le conseil de famille n'autorisera probablement pas son mariage, et si par impossible il a donné son autorisation, n'étant pas suffisamment renseigné sur le compte du futur, ou si, ce qui serait plus vraisemblable, la folie du futur est survenue depuis que l'autorisation lui a été accordée, le conseil de famille, convoqué par les soins du tuteur qui veut obtenir l'autorisation nécessaire pour faire opposition, et éclairé par celui-ci sur le véritable état mental du futur, ne manquera pas de révoquer l'autorisation qu'il avait d'abord accordée; de sorte que, dans un cas comme dans l'autre, le tuteur ou le curateur fondera son opposition sur ce que l'autorisation du conseil de famille requise par l'article 160 n'a pas été obtenue. On ne peut guère concevoir que le conseil de famille, après avoir autorisé le mariage du futur époux mineur, aille ensuite autoriser le tuteur à s'opposer à ce mariage pour cause de folie du futur.

\* On a fait d'inutiles efforts pour trouver un sens à notre disposition en ce qui concerne le mineur. Les hypothèses qu'on a présentées dans ce but sont inacceptables; M. Demolombe les traite peut-être avec trop de bienveillance en leur reprochant d'être « trop ingénieuses ». Croit-on, par exemple, qu'il soit sérieusement proposable de dire que la disposition dont nous cherchons le sens a été écrite en vue du cas où le conseil de famille, ayant autorisé le mariage d'un mineur qu'il ne croit pas atteint

d'aliénation mentale, autoriserait le tuteur, qui pense le contraire, à s'opposer au mariage à ses risques et périls?

\*Il faut donc se résigner à reconnaître que la disposition qui nous occupe est inapplicable au mineur, et il n'est guère plus facile de prouver qu'elle puisse recevoir son application en ce qui concerne le majeur interdit; de sorte que finalement, notre disposition n'étant applicable ni au mineur ni au majeur atteint d'aliénation mentale, il est fort difficile d'en découvrir le sens.

**467.** Telles sont les personnes qui peuvent former opposition au mariage et les causes légales d'opposition. C'est un principe certain que les dispositions de la loi sont essentiellement limitatives sur l'un et l'autre point. Autrement elles n'auraient pas de sens, et le but du législateur qui a été de restreindre le droit d'opposition dans d'étroites limites ne serait pas atteint.

Ainsi le fils ne peut pas faire opposition au mariage de son père, ni le neveu au mariage de son oncle qui est par rapport à lui *loco parentis*. La loi a considéré sans doute que l'opposition aurait quelque chose de contraire au respect que le fils doit à son père, le neveu à son oncle. De même encore, la loi n'accordant le droit d'opposition qu'aux parents, les alliés ne pourront en aucun cas l'exercer, par exemple le beau-frère et la belle-sœur. De même enfin, en ce qui concerne les causes d'opposition, un père ne pourrait pas faire opposition au mariage de son fils sur ce fondement qu'il veut se mésallier.

## II. *Des formes de l'opposition.*

**468.** L'opposition à mariage doit être faite par acte extra-judiciaire. On a recours pour la rédaction et la notification de cet acte au ministère des huissiers.

**469.** L'acte d'opposition doit être rédigé dans la forme des exploits ordinaires, sauf toutefois certaines particularités que révèlent les articles 66 et 176 et qu'il faut signaler :

1° « *Les actes d'opposition au mariage seront signés sur l'original et sur la copie par les opposants ou par leurs fondés de procuration spéciale et authentique* » (art 66, al. 1). Le but de cette disposition est d'empêcher les oppositions faites sous un nom emprunté ou sous une qualité qui n'appartient pas à l'opposant, celle de parent par exemple quand il ne l'est pas. Si l'opposant n'était pas obligé de signer l'acte d'opposition, le premier venu pourrait se présenter à un huissier sous le nom d'une personne ayant qualité, et former opposition à un mariage sans courir d'autre danger que celui d'être condamné à des dommages-intérêts, au grand préjudice des futurs époux qui verraient ainsi la célébration de leur mariage retardée. Grâce à notre disposition, on n'aura guère à redouter cette fraude; car l'opposant sera obligé, pour la commettre, de signer l'acte d'opposition d'un nom qui n'est pas le sien, de faire une fausse

signature par conséquent, ce qui le rendrait passible de la peine de la réclusion (P., art. 150), sans préjudice des dommages-intérêts.

Et pour que l'opposant, qui voudrait agir sous un nom emprunté ou sous une qualité qui ne lui appartient pas, ne puisse pas éluder la sanction pénale dont il vient d'être parlé en agissant par l'intermédiaire d'un mandataire, la loi n'admet pas ici d'autre mandat qu'un mandat spécial et authentique. En donnant ce mandat sous un faux nom ou sous une fausse qualité, le mandant s'exposerait également à des peines très-sévères.

L'opposant qui ne sait pas signer devrait nécessairement se faire remplacer par un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique.

La doctrine, faisant ici l'application de la théorie des nullités virtuelles, admet en général que la signature de l'opposant ou de son fondé de procuration spéciale et authentique, est exigée à peine de nullité. On peut élever cependant quelque doute sur ce point à cause de l'article 4030 du Code de procédure civile.

2° « *Tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former* » (art. 176, al. 1). La loi veut qu'on puisse savoir, à la seule inspection de l'acte d'opposition, si elle a été formée par une personne ayant qualité.

3° « *Il (l'acte d'opposition) contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré* » (art. 176, al. 2).

Comment l'opposant saura-t-il quelle est la commune où le mariage doit être célébré et où il doit par suite faire élection de domicile? Si les publications indiquent cette commune, l'opposant n'éprouvera pas d'embarras. Mais ce sera rare, car la loi n'exige pas cette indication dans les publications, et ordinairement elle ne s'y trouve point. Le plus prudent, en pareil cas, serait d'élire domicile dans toutes les communes où la célébration du mariage est possible. Toutefois on reconnaît généralement que cela n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, et qu'il suffirait que l'opposant élût domicile dans l'une des communes où l'époux, du chef duquel l'opposition est faite, a soit son domicile réel soit son domicile matrimonial. Quelques-uns pensent même que l'élection pourrait être valablement faite dans l'une quelconque des communes où la célébration du mariage est possible (arg., art. 69)

Le but de l'élection de domicile exigée par notre article est de permettre au futur époux, contre lequel l'opposition est dirigée, d'en obtenir plus facilement la main-levée. En effet il pourra assigner l'opposant en main-levée au domicile élu, et devant le tribunal de ce domicile (arg., art. 111), c'est-à-dire devant le tribunal qui est le plus à sa portée.

4° Enfin l'acte d'opposition « *devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir les motifs de l'opposition* » (art. 176, al. 3). La loi veut qu'à la simple lecture de l'acte on puisse voir si l'opposition est fondée sur un motif légal. Cette disposition a principalement pour but d'empêcher les oppositions vexatoires, et on s'ex-

plique ainsi l'exception établie en faveur des ascendants : à raison de leur qualité la loi ne suppose pas qu'ils puissent se laisser guider par un autre mobile que l'intérêt de leur enfant.

**470.** Le législateur tient beaucoup à l'observation des prescriptions relatives aux énonciations que doit contenir l'acte d'opposition. On en jugera par la sévérité de la sanction qu'il établit : « *le tout à peine de nullité, et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant opposition* » (art. 176, al. final).

Donc double sanction :

D'abord la nullité de l'opposition irrégulière en la forme,

Ensuite l'interdiction de l'officier ministériel (l'huissier) qui aurait signé l'acte irrégulier. L'huissier est donc intéressé à ce que l'acte d'opposition soit régulier dans la forme. Aussi aurait-il le droit de refuser son ministère à toute personne qui voudrait lui faire dresser un acte d'opposition manifestement illégal, par exemple à l'opposant qui refuserait d'indiquer sa qualité ou les motifs de l'opposition. Rien n'est plus conforme à l'esprit de la loi, qui se préoccupe surtout d'empêcher les oppositions vexatoires. Mais bien entendu l'huissier ne peut pas s'ériger en juge de la validité de l'opposition, contester par exemple la sincérité du motif légal indiqué par l'opposant ou la qualité qu'il se donne. Tout ce qu'il peut exiger, c'est que l'opposant lui fournisse les indications nécessaires pour dresser un acte d'opposition contenant toutes les énonciations exigées par la loi.

**471. A qui l'opposition à mariage doit être signifiée.** — « *Ils* » (les actes d'oppositions) *seront signifiés, avec la copie de la procuration, à la personne ou au domicile des parties, et à l'officier de l'état civil, qui mettra son visa sur l'original* » (art. 66, al. 2).

L'acte d'opposition à mariage doit donc être signifié :

1° *Aux parties*, c'est-à-dire aux futurs époux ; aux deux, même à celui contre lequel l'opposition n'est pas dirigée ; il a intérêt à la connaître. Cette signification se fait, suivant le Droit commun, à personne ou domicile.

2° *A l'officier de l'état civil*. Mais auquel ? La loi ne le dit pas. Si les publications indiquent la commune dans laquelle le mariage doit être célébré, la signification de vra être faite à l'officier de l'état civil de cette commune. Dans le cas contraire, le plus prudent serait de signifier l'opposition aux officiers de l'état civil de toutes les communes où la célébration du mariage est possible. Toutefois, si les certificats dont parle l'article 69 n'ont pas encore été délivrés, il pourra suffire de signifier l'opposition à l'un des officiers de l'état civil compétents pour célébrer le mariage ; car les autres, s'ils sont requis de procéder à la célébration, auront ainsi nécessairement connaissance de l'opposition, si du moins ils se conforment à l'article 69, qui leur défend de procéder à la célébration sans un certificat délivré par les officiers de l'état civil de chacune des communes où les publications ont été faites, constatant qu'il n'existe point d'opposition.

L'opposition, qui ne serait signifiée ni aux futurs conjoints ni à l'officier de l'état civil, ne produirait aucun effet. *Idem est non esse et non significari.*

Celle qui serait signifiée aux époux sans l'être à l'officier de l'état civil ne mettrait pas obstacle à la célébration du mariage, puisque l'officier de l'état civil ne serait pas légalement informé de son existence.

Enfin l'opposition, qui serait signifiée à l'officier de l'état civil sans l'être aux futurs époux, obligerait le premier à surseoir à la célébration du mariage; mais le tribunal, régulièrement saisi par qui de droit, devrait donner main-levée de l'opposition, par cela seul qu'elle n'a pas été signifiée aux époux, et par application de la règle. *Idem est non esse et non significari.*

Aux termes de l'article 66 *in fine* : « l'officier de l'état civil auquel l'opposition est signifiée doit mettre son visa sur l'original ». C'est l'application d'un principe général en vertu duquel tout officier public, qui reçoit en cette qualité une signification, doit mettre son visa sur l'original (Pr. art. 69). Ici l'accomplissement de cette formalité prévient un conflit entre l'huissier qui affirmerait avoir fait la signification et l'officier de l'état civil qui affirmerait ne l'avoir pas reçue.

Mentionnons enfin l'article 67, ainsi conçu : « L'officier de l'état civil fera, sans délai, une mention sommaire des oppositions sur le registre des publications ; il fera aussi mention, en marge de l'inscription desdites oppositions, des jugements ou des actes de main-levée dont expédition lui aura été remise. »

### § III. Des effets de l'opposition à mariage.

**472.** L'opposition a pour effet d'obliger l'officier de l'état civil à surseoir à la célébration du mariage jusqu'à ce qu'elle ait été levée. C'est ce que dit l'article 68, ainsi conçu : « *En cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la main-levée, sous peine de trois cents francs d'amende, et de tous dommages-intérêts.* »

La loi ne prononce pas la nullité du mariage célébré au mépris d'une opposition. Est-ce à dire qu'un semblable mariage devra toujours être maintenu? Non, car il peut se faire qu'il existât un empêchement dirimant. En pareil cas le mariage pourrait être annulé s'il avait été célébré sans opposition, et bien évidemment cette circonstance qu'une opposition a été faite et n'a pas été respectée, ne saurait le sauver de la nullité. Que résulte-t-il de tout cela? C'est que l'opposition par elle-même, et indépendamment des motifs sur lesquels elle se fonde, ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif. Quand le mariage est une fois célébré, on ne se préoccupe plus de savoir, pour apprécier sa validité, s'il a été ou non célébré au mépris d'une opposition.

**473.** L'officier de l'état civil n'est pas juge du mérite de l'opposition. Ainsi une opposition à mariage formée par un cousin germain majeur est fondée sur l'état de démence du futur époux. L'officier de l'état civil qui connaît personnellement ce dernier a la conviction, la certitude même, si l'on veut, que le futur jouit de toutes ses facultés intellectuelles. Il devra cependant respecter l'opposition, et refuser de procéder à la célébration du mariage jusqu'à ce que main-levée lui en ait été rapportée.

Résulte-t-il de là que l'officier de l'état civil doit tenir compte d'une opposition quelconque, si informe qu'elle soit? On est à peu près d'accord pour décider qu'il ne

devrait pas s'arrêter devant une opposition faite verbalement ou par simple lettre missive. Mais voilà que l'opposition est faite par acte sous seing-privé, ou bien elle est faite en la forme authentique, mais elle est nulle d'une nullité qui saute aux yeux : ainsi elle émane d'un opposant qui n'a pas qualité, par exemple d'une personne qui n'est pas parente, ou bien la qualité de l'opposant n'est pas indiquée dans l'acte d'opposition... L'officier de l'état civil a la conviction que l'opposition n'est pas sérieuse et qu'elle est purement vexatoire; devra-t-il la respecter? S'il passe outre, sera-t-il passible de l'amende édictée par l'article 68? Il se trouverait difficilement en pareil cas un tribunal qui la prononçât. D'autant plus qu'en ne tenant pas compte d'une opposition manifestement irrégulière en la forme et par suite certainement nulle, l'officier de l'état civil paraît bien se conformer aux vues du législateur qui, en réglementant avec un soin minutieux les formes de l'opposition, et en attachant à leur inobservation une sanction sévère, la nullité, a voulu manifestement couper court aux oppositions vexatoires. Or, pour que ce vœu du législateur soit rempli, il faut que l'officier de l'état civil ne soit pas obligé de tenir compte d'une opposition quelconque; autrement on verrait reparaître tous les inconvénients du système admis dans notre ancien Droit : l'opposition redeviendrait une action populaire, et donnerait ainsi à la malveillance l'arme que la loi a voulu lui retirer. Peut-on admettre que le législateur ait ainsi détruit d'une main l'édifice qu'il venait d'élever de l'autre? N'est-il pas bien plus rationnel de croire qu'il a voulu consacrer en cette matière le système admis par la loi du 20 septembre 1792, dont l'article 9, titre IV, section III, porte : « Toutes oppositions, formées hors les cas, les formes et par toutes » personnes autres que celles ci-dessus désignées, seront regardées comme non avenues, et l'officier public *pourra* passer outre à la célébration du mariage. » Objectera-t-on qu'on rend ainsi l'officier de l'état civil juge du mérite de l'opposition? L'objection serait fondée, si on l'autorisait à trancher les questions de nullité qui présentent quelque doute; mais on ne le rend pas juge en ne l'autorisant à constater que les nullités certaines, évidentes, incontestables, car il n'y a en pareil cas rien à juger, l'intervention du juge supposant qu'il y a au moins quelque doute. Nous arrivons donc à cette conclusion que la loi paraît autoriser l'officier de l'état civil à ne pas respecter une opposition à mariage, toutes les fois qu'elle est *manifestement illégale* : ce qu'il doit apprécier à ses risques et périls. On ne peut d'ailleurs trouver étonnant que, dans la pratique, les officiers de l'état civil aient une tendance marquée à s'en tenir à ce précepte du sage « dans le doute abstiens-toi », et qu'ils respectent en fait toutes les oppositions ou à peu près qui leur sont signifiées.

#### IV. De la main-levée de l'opposition.

**474.** La main-levée est la destruction de l'obstacle résultant de l'opposition. Il y en a deux espèces : la main-levée volontaire et la main-levée judiciaire.

A. La main-levée volontaire est celle qui est donnée par l'opposant. La loi n'en a pas réglé les formes. Si l'opposant doit assister à la célébration du mariage, il pourra donner la main-levée verbalement à ce moment même, et l'officier de l'état civil la constatera dans l'acte de mariage. Si l'opposant ne doit pas assister à la célébration, la main-levée qu'il donne de son opposition devra être constatée par acte (arg., art. 67). Dans le silence de la loi sur la forme de cet acte, on doit admettre qu'il pourra être dressé par un notaire ou par un huissier. Une expédition de cet acte devra être remise à l'officier de l'état civil.

B. La main-levée *judiciaire* est celle qui est accordée par la justice, lorsque l'opposition est mal fondée, et que l'opposant refuse d'en donner main-levée. Le droit de demander la main-levée judiciaire n'appartient qu'au futur époux du chef duquel l'opposition a été formée, non à l'autre. La demande peut être portée, au choix du demandeur, devant le tribunal de première instance du domicile élu par l'opposant ou devant le tribunal de son domicile réel s'ils sont distincts l'un de l'autre. Elle est dispensée du préliminaire de conciliation comme requérant célérité (Pr., art. 49, al. 2).

C'est aussi parce que la demande requiert célérité que le législateur l'a affranchie de la nécessité de suivre son tour de rôle, ce qui aurait pu en retarder beaucoup le jugement. L'article 177 dit à ce sujet : « *Le tribunal de première instance prononcera dans les dix jours sur la demande en main-levée* ». Et l'article 178 ajoute : « *S'il y a appel, il y sera statué dans les dix jours de la citation* ». Remarquez que la loi n'exige pas que le tribunal ou la cour statue définitivement dans les dix jours. Ce serait souvent impossible ; en effet il peut y avoir des incidents de procédure. Il suffit que le tribunal ou la cour statue *au moins préparatoirement* dans les dix jours.

\* Conformément aux règles du Droit commun, l'appel interjeté serait suspensif de l'exécution du jugement qui donne main-levée de l'opposition, et par suite il empêcherait la célébration du mariage.

\* En serait-il de même du pourvoi en cassation ? Non, par ce que le pourvoi en cassation n'est passuspensif de l'exécution (art. 48 de la loi du 20 nov. 1790). Mais qu'arrivera-t-il, si, le mariage ayant été célébré en exécution de l'arrêt qui donne main-levée de l'opposition, cet arrêt vient ensuite à être cassé ? Les principes semblent conduire à décider que la célébration du mariage sera annulée par le seul fait de la cassation, et quelle que puisse être d'ailleurs la décision de la cour d'appel chargée de statuer sur le renvoi opéré par la Cour de cassation. La raison en est que la cassation met au néant l'arrêt cassé et tout ce qui a pu être fait en exécution de cet arrêt. On arrive ainsi, il est vrai, à un résultat singulier : c'est de traiter le mariage célébré en vertu d'un arrêt de main-levée, qui plus tard a été cassé, plus sévèrement qu'on ne traiterait le même mariage qui aurait été célébré au mépris de l'opposition non levée. En effet un mariage, célébré au mépris d'une opposition régulière non levée, ne doit pas nécessairement être annulé, l'opposition ne constituant par elle-même et indépendamment des motifs sur lesquels elle est fondée qu'un empêchement simplement prohibitif ; tandis qu'on annule dans tous les cas le mariage célébré à la suite de la main-levée donnée par un arrêt qui plus tard a été cassé, et cela alors même qu'il n'existerait pas d'empêchement dirimant au mariage. Aussi a-t-on proposé d'assimiler le mariage dont il s'agit au mariage célébré au mépris d'une opposition non levée. Mais ce système, qui serait très-acceptable en législation, ne l'est pas au point de vue de la loi qui nous régit. D'autre part il rend complètement illusoire le droit qu'on est obligé de reconnaître à l'opposant de se pourvoir en cassation. Enfin la situation des époux qui ont contracté le mariage est moins intéressante qu'on ne serait tenté de le croire au premier abord. Ils ont dû prévoir l'issue possible du pourvoi en cassation, et par suite ils ont contracté à leurs risques

et périls. Qui les empêche d'ailleurs, si en définitive la main-levée de l'opposition est accordée, de contracter un nouveau mariage?

**475.** Aux termes de l'article 179 : « *Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts.* » La loi présume que l'opposition faite par les ascendants est toujours dictée par de bons motifs. De là l'exception établie à leur profit.

Quant aux dépens dont la loi ne parle pas, on appliquerait le Droit commun. L'opposant devra donc être condamné aux dépens s'il succombe (Pr., art. 130). Cette règle serait applicable même aux ascendants, sauf aux juges à user en pareil cas de la faculté de compenser les dépens que leur accorde l'article 131 du Code de procédure civile.

## CHAPITRE IV

### DES DEMANDES EN NULLITÉ DU MARIAGE

**476.** Ce chapitre ne traite pas seulement, comme semblerait l'annoncer sa rubrique, *des demandes en nullité du mariage*; il s'occupe en outre : *de la preuve du mariage* (art. 194-200), sans doute, comme le dit Valette, parce que la validité du mariage, comme d'un acte quelconque, ne se trouve assurée que par la preuve qui en est fournie, et enfin : *des mariages putatifs* (art. 201 et 202), qui sont des mariages nuls auxquels le législateur fait produire néanmoins les effets civils à raison de la bonne foi des époux. De là la division toute naturelle de notre matière en trois sections.

### SECTION I

#### DES NULLITÉS DE MARIAGE

**477.** La doctrine admet en général une distinction, qui a quelque peine à pénétrer dans la jurisprudence, et qui reçoit son application en matière de mariage : celle des actes nuls et des actes inexistants.

Un acte *inexistant* (les jurisconsultes ont été obligés d'inventer ce mot qui ne figure pas dans le dictionnaire de l'Académie) est celui qui n'a pas d'existence légale; c'est une simple apparence sans réalité, autrement dit le néant. Un acte inexistant ne peut produire aucun effet; comment quelque chose sortirait-il du néant? Il n'est même pas nécessaire que la justice intervienne pour annuler un acte de ce genre, car l'annulation suppose un acte existant. Si la justice intervient (et il pourra se faire qu'elle soit appelée à intervenir en cas de contestation), ce ne pourra être que pour *constater* l'inexistence de l'acte, mais non

pour l'*annuler*. D'un autre côté, comme on ne comprendrait pas que le temps pût donner l'existence au néant, il en résulte que l'acte inexistant restera toujours tel, et que tout intéressé pourra, à une époque quelconque, se prévaloir de son inexistence soit par voie d'action soit par voie d'exception, sans qu'on puisse jamais lui opposer aucune prescription. Il va sans dire qu'aucune confirmation ou ratification ne pourrait valider un acte inexistant : on ne confirme pas le néant.

A la différence de l'acte inexistant, l'acte nul existe ; mais son existence est incertaine et précaire, parce qu'il est atteint d'un vice de constitution qui pourra entraîner sa ruine. La loi en effet a forgé contre l'acte nul une arme redoutable : c'est l'action en nullité, qu'elle accorde à certaines personnes, et par le moyen de laquelle l'acte nul peut être attaqué, c'est-à-dire déféré à la justice pour qu'elle en prononce la nullité. Mais jusqu'à ce qu'il ait été annulé, l'acte nul a une existence provisoire. Non seulement il existe, mais il produit ces effets, sauf à voir ces effets disparaître rétroactivement quand la nullité aura été prononcée, car l'acte nul qui a été annulé est censé n'avoir jamais existé.

La distinction des actes nuls et des actes inexistants était inconnue dans notre ancien Droit. Le législateur du Code civil paraît l'avoir plutôt soupçonnée que nettement aperçue et formulée. Mais enfin, comme elle a une base rationnelle et qu'elle trouve en outre un point d'appui dans quelques textes, notamment dans l'article 146 et dans l'article 1339, la doctrine moderne l'admet en général. Cette distinction, avons-nous dit, reçoit son application en matière de mariage. Il y a des mariages inexistants, c'est-à-dire qui n'ont aucune existence légale ; il y en a d'autres qui sont nuls, c'est-à-dire qui existent et qui produisent provisoirement tous les effets civils, mais qui sont imparfaits, viciés et susceptibles par suite d'être annulés parce qu'ils manquent d'une des conditions prescrites par la loi pour leur validité. Enfin il y a des mariages qui, quoiqu'ayant été célébrés au mépris des prohibitions de la loi, sont cependant valables, et ne peuvent pas être annulés. Nous ne parlons pas de ceux qui, contractés conformément aux prescriptions de la loi, sont et ont été toujours valables et inattaquables.

Le Code civil ne s'occupe pas des mariages inexistants, mais seulement des mariages nuls. On le conçoit assez facilement. Nul besoin d'organiser la théorie du néant ; la doctrine pouvait facilement sur ce point suppléer au silence de la loi. Mais il fallait au contraire organiser la théorie de la nullité qui est difficile et compliquée. Il fallait dire quelles sont les causes de nullité du mariage, quelles sont les personnes qui peuvent intenter l'action en nullité, dans quel délai l'action pourra être intentée, si elle est susceptible de se couvrir...

### § I. *Des mariages inexistant.*

**478.** La doctrine indique trois conditions dont l'absence rendrait le mariage inexistant :

1<sup>o</sup> La différence de sexe entre les contractants ;

2<sup>o</sup> Le consentement des parties contractantes. — Le mariage est un contrat. Or le consentement est la base essentielle de tout contrat ; pour mieux dire le contrat n'est que le résultat du consentement des parties. Donc s'il n'y a pas de consentement il n'y a pas de contrat, il n'y a rien. Aussi l'article 146, l'un de ceux sur lesquels se base la distinction des actes nuls et des actes inexistant, dit-il en termes énergiques : « *Il n'y a pas de mariage, quand il n'y a pas de consentement.* » Remarquez qu'il s'agit du cas où il y a absence totale de consentement, par exemple si l'un des époux a répondu non et que l'officier de l'état civil ait entendu oui, ou si l'une des parties avait complètement perdu l'usage de la raison au moment de la célébration du mariage. Il ne faut pas confondre le cas d'absence de consentement avec celui où le consentement existe, mais infecté de certains vices, tels que la violence. En pareil cas le mariage pourra être nul, mais il ne sera pas inexistant ; car il y a consentement, quoiqu'il soit vicié. Comme l'a fort bien dit le premier Consul au sujet de l'article 146 : « Il ne faut pas mêler ensemble les cas où il n'y a pas de mariage et les cas où un mariage peut être cassé. »

3<sup>o</sup> La manifestation du consentement des parties contractantes devant un officier de l'état civil. — Le mariage est un contrat *solennel*. On désigne sous ce nom tout contrat qui, sous peine de n'avoir pas d'existence légale, doit être passé dans les formes prescrites par la loi, de sorte que c'est ici la forme qui donne l'existence à la chose : *forma dat esse rei*. Dans les contrats solennels, le consentement des parties contractantes est considéré comme n'existant pas, quand il a été manifesté et constaté dans une forme autre que celle prescrite par la loi. Quelle est cette forme pour le mariage ? Elle consiste, nous l'avons déjà dit, dans l'intervention d'un officier de l'état civil, qui recevra le consentement des parties contractantes et prononcera leur union au nom de la loi. Un mariage contracté devant tout autre officier public, un notaire par exemple, ou à plus forte raison un simple particulier, n'aurait pas d'existence légale.

Il y a d'autres formes prescrites par la loi, telles que la rédaction d'un acte de mariage ; mais elles ne le sont pas avec la même rigueur.

### § II. *Des mariages nuls.*

**479.** Cesont les seuls dont s'occupe notre chapitre. Sa rubrique « Des

demandes en nullité du mariage » prouve que la nullité d'un mariage n'a jamais lieu de plein droit en vertu des seules dispositions de la loi, mais seulement lorsqu'elle a été prononcée par la justice. Jusque-là le mariage nul existe donc, et produit tous ses effets.

Il en résulte notamment : 1<sup>o</sup> que la demande en nullité d'un mariage intentée par un mari contre sa femme doit être portée devant le tribunal du domicile du mari, qui est légalement celui de la femme tant que le mariage n'a pas été annulé (art. 408) ; 2<sup>o</sup> que la femme ne peut intenter une demande en nullité du mariage contre son mari qu'à la condition d'être autorisée par celui-ci ou par la justice (arg., art. 215), car l'obligation pour la femme mariée d'obtenir une autorisation pour intenter une action en justice est un des effets civils du mariage, et cet effet subsiste tant qu'il n'est pas annulé.

Mais une fois que la nullité en aura été prononcée, le mariage cessera de produire ses effets dans l'avenir. Il devra même à partir de ce moment être considéré comme n'ayant jamais existé, et les effets qu'il a produits dans le passé seront rétroactivement anéantis.

**480.** Deux principes dominant toute la matière des nullités de mariage. La Cour de cassation les a formulés dans plusieurs arrêts :

**PREMIER PRINCIPE.** *Il n'y a pas d'autres nullités de mariage que celles qui sont prononcées en termes exprès par un texte formel.* — C'est une dérogation au Droit commun qui admet les nullités *virtuelles*. On désigne sous ce nom les nullités qui, sans être prononcées expressément par le texte de la loi, y sont cependant en puissance, c'est-à-dire s'y trouvent sous-entendues.

La démonstration de notre premier principe est facile. A raison même de l'extrême importance de la matière, le législateur a voulu tout prévoir, tout régler, et ne rien laisser par suite à l'arbitraire, ni même à l'interprétation. Comment en douter, quand on le voit prononcer *en termes exprès* la nullité du mariage dans une série d'hypothèses ? Peut-on songer à admettre des nullités virtuelles, c'est-à-dire fondées sur la volonté tacite du législateur, dans une matière où il a manifesté sa volonté d'une manière expresse ? Le législateur a dit dans quels cas le mariage serait nul ; il a voulu par conséquent qu'il ne le fût pas dans d'autres.

**DEUXIÈME PRINCIPE.** *La nullité d'un mariage ne peut être prononcée que sur la demande des personnes désignées par la loi.*

Nous voyons en effet la loi indiquer ici avec un soin minutieux les personnes qui peuvent exercer l'action en nullité. Quel sens aurait cette désignation, si la règle était que le premier venu ou au moins tout intéressé peut demander la nullité ? Le législateur avait d'ailleurs de bonnes raisons pour ne pas prodiguer l'action en nullité. « Le mariage, dit la Cour de cassation, tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à toutes les attaques des mauvaises passions ».

**481.** Les différentes nullités, que le législateur prononce en matière de mariage, peuvent être réparties dans deux catégories bien distinctes : celle des nullités relatives et celle des nullités absolues.

Les nullités *relatives* ont pour principaux caractères : 1<sup>o</sup> d'être basées

sur un intérêt privé; 2° de ne pouvoir être proposées que par certaines personnes; 3° d'être susceptibles de se couvrir par une ratification expresse ou par une ratification tacite résultant de l'expiration d'un certain laps de temps.

Au contraire les nullités *absolues* sont basées sur des considérations d'ordre public; elles peuvent être proposées par toute personne ayant intérêt; enfin elles ne sont pas susceptibles de se couvrir par le temps ou par la ratification.

#### N° 4. Des nullités relatives.

**482.** Le mariage est entaché de nullité relative dans deux cas : 1° lorsque le consentement des époux ou de l'un d'eux a été vicié; 2° lorsque l'un des époux, mineur quant au mariage, n'a pas obtenu le consentement de ses ascendants ou de son conseil de famille.

##### I. Nullité résultant de ce que le consentement de l'un des époux a été vicié.

**483.** Il ne s'agit pas du cas où il y a absence de consentement, ce qui rendrait le mariage inexistant et non pas seulement nul (*supra*, n° 478). Il s'agit du cas où le consentement des deux époux existe, mais a été, quant à l'un d'eux au moins, vicié, c'est-à-dire profondément altéré dans sa moralité.

Quels sont les vices qui peuvent altérer le consentement des époux ou de l'un d'eux d'une manière assez grave pour que la nullité du mariage puisse en être la conséquence? Le législateur n'en reconnaît que deux, savoir la violence et l'erreur dans la personne (art. 180). Il se montre ainsi plus sévère pour le mariage que pour les autres contrats, dans lesquels il admet comme cause de nullité non seulement l'erreur et la violence, mais en outre le *dol* (art. 1109). On désigne sous ce nom tout artifice dont on se sert pour tromper quelqu'un.

Le dol, qui peut être une cause de nullité des contrats ordinaires, ne peut donc pas être une cause de nullité du mariage, qui étant le plus saint des contrats devait être aussi le plus stable.

Cette règle restrictive est ancienne dans notre Droit, et nous la trouvons ainsi formulée dans les Institutes coutumières de Loysel, qui ne sont guère qu'un recueil de maximes et proverbes juridiques: « En mariage trompe qui peut »; ce qui veut dire que, la tromperie étant impunie en matière de mariage, puisqu'elle ne peut pas avoir pour résultat d'en entraîner la nullité, beaucoup chercheront à tromper, et quelques-uns réussiront. — Mais pourquoi le législateur se fait-il en quelque sorte le complice de ces manœuvres dolosives en refusant d'annuler le mariage qu'elles ont inspiré? En cette matière plus peut-être qu'en toute autre on se trompe souvent, et on est souvent trompé. Si le légis-

lateur avait fait de ces tromperies une cause de nullité, l'institution du mariage en eût été ébranlée, et l'ordre social lui-même dont il est une des bases se serait trouvé compromis.

Cela posé, étudions les deux vices dont le législateur a tenu compte en cette matière : la violence et l'erreur.

#### A. De la violence.

**484.** La violence consiste dans les mauvais traitements que l'on fait subir à une personne, ou dans les menaces qu'on lui adresse, pour la forcer à consentir. Il y a donc deux espèces de violences, la violence physique résultant des mauvais traitements, et la violence morale résultant des menaces. Le consentement donné sous l'empire de la violence est profondément altéré dans sa moralité, il n'est pas libre. Aussi la loi permet-elle à celui des époux qui a été victime de la violence de demander la nullité du mariage. « *Le mariage qui a été contracté sans le* » *consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être atta-* » *qué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a* » *pas été libre* » (art. 180, al. 1). Ainsi un jeune homme surpris en flagrant délit avec une jeune fille promet de l'épouser, et l'épouse en effet sous l'influence d'une menace de mort qui lui est faite par le père de la jeune fille. L'époux violenté pourra demander la nullité du mariage.

Au premier abord, il semble que la violence soit exclusive du consentement. Consent-on lorsqu'on dit oui alors qu'on pense non, et qu'on ne dit oui que pour se soustraire aux mauvais traitements que l'on subit ou au mal dont on est menacé ? Mais avec un peu de réflexion, on voit que la violence vicie seulement le consentement sans le faire totalement disparaître. En effet celui qui a donné son consentement sous l'empire de la violence aurait pu ne pas consentir ; il lui aurait suffi pour cela d'endurer les mauvais traitements qu'on lui faisait subir ou de s'exposer au mal dont on le menaçait ; aucune puissance humaine ne peut forcer un homme à consentir, pas plus qu'un croyant à abjurer sa foi. Celui qui consent sous l'empire de la violence consent donc : *Coacta voluntas nihilominus est voluntas*. Entre deux partis qui s'offrent à lui : consentir pour échapper à la violence, ou refuser de consentir et rester soumis aux étreintes de la violence, il choisit celui qui lui paraît le moins défavorable en donnant son consentement : *Ex duobus malis minimum elegi*. Mais par cela même qu'il fait un choix, il consent : *Qui mavult vult. Tamen coactus voluit*. Seulement un consentement ainsi donné est profondément vicié ; et si ce vice n'empêche pas le contrat d'exister, il permet tout au moins d'en poursuivre la nullité. L'article 180, al. 1, explique d'ailleurs suffisamment que l'époux victime de la violence peut seul demander la nullité du contrat. Nous verrons aussi bientôt que cet époux peut renoncer à son action en nullité soit expressément soit tacitement ; le mariage devient alors inattaquable.

## B. De l'erreur.

**485.** « *Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur* » (art. 180, al. 2).—L'erreur en général est la fausse notion que nous avons d'une personne ou d'une chose. Toute erreur, commise par l'un des époux relativement à la personne de l'autre, n'est pas une cause de nullité du mariage, alors même qu'elle aurait été inspirée par le dol de l'autre partie ou d'un tiers. Ainsi je crois, d'après les renseignements qui m'ont été fournis, épouser une femme riche, et je m'aperçois, le mariage une fois contracté, qu'elle est sans fortune; ou bien je crois épouser une femme noble et elle ne l'est pas, ou une femme vertueuse et je découvre qu'elle s'est prostituée... Il est certain que je ne pourrai pas demander la nullité de mon mariage. Quelle est donc l'erreur qui peut être une cause de nullité en notre matière? L'article 180 répond : « l'erreur dans la personne. » La difficulté est de savoir quel est le sens de ces expressions, et cette question est l'objet d'une grave controverse.

On paraît cependant d'accord sur un point, c'est qu'il y a erreur dans la personne et par suite nullité du mariage, toutes les fois que l'on a épousé une personne autre que celle que l'on voulait épouser, toutes les fois en un mot que l'erreur dans laquelle l'un des époux est tombé porte sur l'identité même de la personne qu'il voulait épouser. Cela peut arriver dans deux cas :

1° Lorsqu'il y a erreur dans la personne *physique*. Ce sont les expressions employées par la doctrine, et elles désignent l'erreur qui est le résultat d'une substitution de personne. Exemple : je veux épouser Marie dont j'ai demandé et obtenu la main; Julie se présente à sa place devant l'officier de l'état civil, et, croyant avoir Marie à mes côtés, je déclare consentir à la prendre pour épouse.

Inutile de dire que ce premier cas se présentera bien rarement; il paraît même ne s'être jamais présenté dans la pratique. Il suppose en effet un concours de circonstances d'une réalisation si difficile, qu'on peut s'étonner à juste titre que l'histoire nous en offre même un seul exemple, celui de Jacob épousant sa cousine Lia quand il voulait épouser Rachel.

2° Lorsqu'il y a erreur dans la personne *civile*. Ainsi un de mes anciens amis qui habite l'Australie me demande ma fille en mariage pour son fils, qui ne nous est connu que de réputation. La demande ayant été accueillie favorablement, un aventurier se présente portant un faux nom, muni de faux titres..., et ma fille l'épouse persuadée qu'il est l'homme auquel elle a engagé sa parole.

Il y a erreur dans la personne, et ma fille, victime de cette erreur, pourra demander la nullité du mariage. Ici l'erreur porte sur la personne civile, et non sur la personne physique; car ma fille a bien entendu

épouser l'individu qui était à ses côtés devant l'officier de l'état civil ; seulement elle prenait cet individu pour le fils de mon ami, tandis que c'était le premier venu, de sorte qu'en définitive elle a épousé une personne autre que celle qu'elle voulait épouser. Le mariage est nul.

\* **486.** Tout le monde admet la nullité du mariage dans les deux cas qui viennent d'être indiqués (erreur sur la personne physique et erreur sur la personne civile). Quelques auteurs pensent cependant que le cas d'erreur dans la personne physique ne rentre pas dans les prévisions de l'article 180, mais bien dans celles de l'article 146. Quand l'erreur porte sur la personne physique, disent ces auteurs, il n'y a pas seulement vice de consentement chez l'époux qui a été victime de l'erreur, il y a absence totale de consentement, et par suite le mariage est plus que nul : il est inexistant. — Mais s'il en est ainsi dans le cas d'erreur sur la personne physique, il devrait en être de même également en cas d'erreur sur la personne civile ; car dans ce dernier cas comme dans le premier, j'ai épousé une personne autre que celle que je voulais épouser, et cette circonstance : que dans un cas, celui d'erreur sur la personne physique, je connaissais physiquement la personne que je voulais épouser, tandis que dans l'autre, celui d'erreur sur la personne civile, je ne la connaissais pas ou ne la connaissais que moralement, paraît assez indifférente en soi au point de vue de la question de savoir si mon consentement existe ou n'existe pas. S'il y a absence de consentement dans le cas d'erreur sur la personne physiquement connue, il doit y avoir aussi absence de consentement dans le cas d'erreur sur la personne physiquement inconnue ; de même qu'en sens inverse s'il y a consentement, mais consentement vicié, dans le cas d'erreur sur la personne civile, il doit y avoir aussi consentement, mais consentement vicié, dans le cas d'erreur sur la personne physique. Les deux situations doivent donc être assimilées au point de vue de l'effet de l'erreur dont l'un des contractants a été victime, parce que dans les deux cas il a épousé une personne autre que celle qu'il voulait épouser. Dans quel sens l'assimilation doit-elle être faite ? En ce sens que dans les deux cas il y a consentement, mais consentement vicié. C'est ce qui résulte nécessairement de l'article 180 qui, de l'avis de tous les auteurs, s'applique à l'erreur sur la personne civile, et ne permet pas de la considérer comme exclusive du consentement ; il doit donc en être de même de l'erreur sur la personne physique. D'ailleurs, au point de vue rationnel, on peut s'expliquer que, dans un contrat, l'erreur *sur* ou *dans* la personne ne puisse jamais être considérée comme exclusive du consentement. Le Code civil paraît admettre, et sa théorie sur ce point est très-défendable, que le consentement des parties *existe* dans un contrat, toutes les fois que les deux contractants sont d'accord sur la nature du contrat et sur l'objet des obligations, quelle que soit d'ailleurs l'erreur dans laquelle l'un des contractants serait tombé en ce qui concerne la personne de l'autre ; en d'autres termes, l'erreur de l'un des contractants *sur* ou *dans* la personne de l'autre n'est jamais considérée par la loi comme exclusive du consentement de la partie qui a été victime de l'erreur, et comme entraînant par suite l'inexistence du contrat, mais comme susceptible seulement de vicier le consentement et de rendre le contrat nul, lorsqu'il s'agit d'un contrat qui est fait en considération de la personne, *intuitu personæ* (art. 1140, al. 2).

**487.** L'erreur de l'un des époux *sur* ou *dans* (ces expressions sont équivalentes) la personne physique ou civile de l'autre est-elle la seule qui puisse entraîner la nullité du mariage ? Nous voyons éclater ici dans la doctrine les dissentiments les plus graves. La plupart des auteurs admettent que l'erreur sur les qualités de la personne peut être une cause de nullité dans certains cas ; mais, d'accord ou à peu près sur ce premier point, ils cessent tout à fait de l'être quand il s'agit de dresser la liste

des qualités au sujet desquelles une erreur pourra entraîner la nullité du mariage. Les uns présentent des listes de fantaisie ; d'autres ne font figurer sur leur liste que les qualités qu'ils appellent *constitutives de la personnalité civile* ; celui-ci n'y admet que les qualités *qui rendent l'homme mariable* ; celui-là laisse tout à l'appréciation des tribunaux...

La jurisprudence a partagé d'abord ces hésitations. Elle semble aujourd'hui fixée par un arrêt solennel de la Cour de cassation, qui a d'autant plus d'autorité que la Cour y a condamné la solution à laquelle elle avait cru devoir s'arrêter quelque temps auparavant dans la même affaire. Il s'agissait d'une jeune fille qui avait épousé un forçat libéré, dont l'état lui avait été dissimulé. Le tribunal de la Seine et la Cour d'appel de Paris rejetèrent la demande en nullité formée par l'épouse pour erreur dans la personne. Pourvoi en cassation de la part de la femme, suivi d'un arrêt cassant la décision de la Cour de Paris, et renvoyant l'affaire devant la Cour d'Orléans. Celle-ci jugea comme la Cour de Paris, pour ce motif qu'il y avait seulement erreur sur les qualités civiles et non sur la personne civile de l'époux. Nouveau pourvoi en cassation, et cette fois la Cour suprême, condamnant sa propre jurisprudence, consacra la solution admise par les Cours de Paris et d'Orléans dans un arrêt en date du 24 avril 1862. Les considérants de l'arrêt sont remarquables. « Attendu, dit la Cour, que l'erreur dans la personne, dont les art. 146 et 180 C. N. ont fait une cause de nullité de mariage, ne s'entend, sous la nouvelle comme sous l'ancienne législation, que d'une erreur portant sur la personne elle-même ; attendu que si la nullité ainsi établie ne doit pas être restreinte au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personnes au moment de la célébration, si elle peut également recevoir son application quand l'erreur procède de ce que l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartenaient à un autre, le texte et l'esprit de l'art. 180 écartent virtuellement de sa disposition les erreurs d'une autre nature et n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne, et par le résultat desquelles l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir ; qu'ainsi la nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies... »

Il y a de puissantes raisons en effet pour admettre que, sous la dénomination d'erreur dans la personne, l'article 180 ne comprend que l'erreur consistant à avoir épousé une personne pour une autre, et que toute erreur sur les qualités, quelque essentielles qu'elles soient, doit par suite être considérée comme sans influence sur la validité du mariage.

1<sup>o</sup> D'abord c'est là le sens que Pothier donne aux mots *erreur sur la personne*. D'après lui, cette erreur consiste dans la substitution d'une personne à une autre, sans distinguer d'ailleurs s'il y a substitution à une personne physiquement connue ou à une personne physiquement inconnue ; puis il explique que l'erreur sur les qualités de la personne n'empêche pas le mariage d'être valable ; et il conclut en disant : « L'erreur qui ne tombe que sur la qualité de la personne est donc bien différente de celle qui tombe sur la personne même. »

2<sup>o</sup> Les travaux préparatoires du Code civil prouvent bien que notre législateur a entendu suivre sur ce point, comme sur tant d'autres, son guide ordinaire. Portalis dit notamment dans l'exposé des motifs : « L'erreur en matière de mariage ne s'entend point d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit, mais d'une erreur qui a pour objet la personne même. Mon intention déclarée était d'épouser telle personne ; on me trompe, ou je suis

trompé par un concours singulier de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré ; le mariage est nul. »

3° Dans les articles 1440 et 2053, les expressions *erreur dans la personne* ou *erreur sur la personne*, que le législateur paraît considérer comme synonymes, sont certainement employées dans le sens d'erreur sur l'individualité entière, qui est d'ailleurs le sens le plus naturel de ces expressions, et non dans le sens d'erreur sur les qualités de la personne. Comment auraient-elles une autre signification dans l'article 180 ?

4° Enfin le mariage, qui est le plus saint de tous les contrats, doit être aussi le plus stable, et on comprend très bien, en se plaçant à ce point de vue, que le législateur n'ait jamais admis l'erreur sur les qualités de la personne comme une cause de nullité. Ce système paraîtra sans doute d'une rigueur excessive dans quelques cas. Ainsi une jeune fille, catholique fervente, a épousé un prêtre ou un moine profès dont elle ignorait la qualité ; ou bien son mari, le mariage civil une fois contracté, refuse de consentir à la célébration du mariage religieux ; ou bien encore une femme épouse un homme dont l'impuissance est certaine. On regrettera dans ces hypothèses, et peut-être dans quelques autres encore, que la loi oblige un époux ou une épouse indignement trompée, à rester dans les liens d'un mariage qui fera le malheur de son existence tout entière ! Mais après tout ce sont là des hypothèses rares ; elles le deviendraient bien plus encore, si les parties mettaient plus de soin à se renseigner avant de se lier définitivement. En tout cas l'intérêt majeur de la stabilité du mariage exigeait peut-être sur ce point une règle inflexible ; ouvrir une brèche eût été dangereux. Sous l'empire des circonstances, la pratique n'aurait pas manqué de l'élargir, et la règle tutélaire aurait fini par disparaître.

**488.** La nullité résultant de ce que le consentement de l'un des époux a été vicié par la violence ou par l'erreur dans la personne est une nullité relative. En effet elle est fondée sur un intérêt privé, celui de l'époux dont le consentement a été vicié ; il n'y a pas d'intérêt social en cause, ou s'il y en a un il exigerait plutôt le maintien du mariage à cause du scandale que ne manquera jamais de causer son annulation. Aussi voyons-nous la loi : 1° déterminer limitativement les personnes auxquelles appartient l'action en nullité ; 2° établir certaines fins de non-recevoir contre cette action, principalement celle qui résulte de la ratification tacite dont la loi a pris soin d'indiquer ici les conditions. Ce sont bien là les caractères ordinaires des nullités relatives (*supra*, n° 481).

**489.** 1° Nous disons d'abord que l'action en nullité ne peut être intentée que par certaines personnes. Quelles sont ces personnes ? Celles dans l'intérêt desquelles la nullité a été établie, c'est-à-dire les époux ou celui des époux dont le consentement a été vicié par la violence ou par l'erreur. Aucune autre n'a le droit d'intenter l'action, l'article 180 est très-formel sur ce point.

L'action en nullité n'appartiendrait donc, ni aux ascendants des époux, même de celui dont le consentement a été vicié ; ni à plus forte raison à leurs créanciers agissant en vertu de l'article 1466 ; ni même, suivant l'opinion générale, aux héritiers de l'époux dans la personne duquel l'action en nullité a pris naissance s'il est mort avant de l'avoir exercée. Il est vrai que les héritiers succèdent en général à toutes les actions qui appartenaient à leur auteur. Mais la règle ne s'applique qu'à

celles qui font partie du patrimoine, car c'est au patrimoine que les héritiers succèdent; or l'action en nullité du mariage est en dehors du patrimoine; donc elle ne passe pas aux héritiers. Attachée au titre d'époux, elle doit être aussi intransmissible que lui.

La question est plus délicate dans le cas où l'époux est mort pendant le cours de l'instance en nullité, c'est-à-dire après avoir intenté l'action, mais avant qu'elle ait pu recevoir une solution définitive. Les héritiers pourront-ils continuer l'action? On a soutenu l'affirmative en se fondant sur l'ancienne règle romaine: *Actiones quæ tempore vel morte pereunt, semel inclusæ iudicio salvæ permanent* (L. 139, D., *De Reg. Jur.*). Le Droit romain étant abrogé, cette règle ne peut plus avoir aujourd'hui qu'une autorité de raison; or précisément elle n'a de fondement rationnel qu'en ce qui concerne les actions faisant partie du patrimoine; elle est donc inapplicable à notre action qui n'en fait pas partie. La règle romaine écartée, nous restons en face du caractère éminemment personnel de l'action dont il s'agit, et il semble qu'à ce titre elle doive mourir avec celui à qui elle appartient, même quand elle a été *inclusa iudicio*. Les héritiers ne pourront donc pas la continuer.

**490.** 2<sup>o</sup> L'action en nullité résultant de la violence ou de l'erreur est susceptible de se *couvrir*, c'est-à-dire d'être écartée par une fin de non-recevoir qui consiste ici dans la ratification de l'époux auquel appartient l'action en nullité. L'article 182 va nous dire d'où peut résulter cette ratification: « *Dans le cas de l'article précédent la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue* ».

L'époux victime de la violence a recouvré sa liberté, ou bien l'époux induit en erreur a découvert son erreur. A dater de cette époque, il cohabite d'une manière continue avec son conjoint pendant six mois sans intenter l'action en nullité. La loi le considère comme ayant tacitement renoncé au droit d'exercer cette action, et par suite comme ayant ratifié le mariage. Garderait-il si longtemps le silence, s'il avait l'intention de l'attaquer? Il ne pourra donc plus faire annuler le mariage, et comme lui seul avait ce droit, le mariage sera désormais inattaquable.

Le délai de six mois ne court, dit notre article, qu'à compter du jour de la cessation de la violence ou de la découverte de l'erreur. En effet l'époux ne peut intenter l'action en nullité fondée sur l'erreur tant que son erreur n'est pas découverte, et il ne peut intenter librement celle fondée sur la violence tant que dure la violence. Or il est clair que l'inaction de l'époux ne peut être considérée de sa part comme entraînant renonciation à l'action en nullité, qu'autant qu'il peut agir et agir librement.

D'autre part, pour que le silence gardé par l'époux pendant les six mois dont nous venons de déterminer le point de départ entraîne confirmation tacite du mariage, il faut qu'il ait cohabité d'une manière continue avec son conjoint pendant toute la durée de ce délai. Alors

seulement on peut dire qu'il a approuvé tacitement le mariage. Il proteste contre lui bien plus qu'il ne l'approuve, s'il vit séparément de son conjoint.

**491.** En nous disant que la confirmation tacite du mariage résultera des circonstances qu'il détermine, l'article 181 nous dit implicitement qu'elle ne pourrait pas s'induire d'autres circonstances. On ne concevrait pas en effet que le législateur eût indiqué un cas unique de ratification tacite, s'il avait voulu que le juge pût en admettre d'autres. C'est ainsi que la grossesse de la femme, à quelque époque qu'elle soit survenue, ne constituerait par une fin de non-recevoir contre l'action en nullité qui appartient soit à elle-même soit à son mari. Cela est d'ailleurs fondé en raison. En effet si l'action en nullité appartient à la femme, sa grossesse ne prouve pas nécessairement qu'elle ait ratifié le mariage en exécutant volontairement les devoirs qu'il impose, car elle a peut-être été violentée. Et si l'action en nullité appartient au mari, la grossesse de la femme est encore bien moins probante, parce qu'elle peut être le fruit d'un adultère.

Autre est la question de savoir si l'action en nullité pourrait se couvrir par suite d'une ratification expresse de l'époux auquel appartient cette action. La loi admettant la ratification tacite, au moins dans un cas particulier, on comprendrait difficilement qu'elle ne tînt pas compte de la ratification expresse, qui laisse en général moins de doute que la première sur l'intention de son auteur, une volonté exprimée étant ordinairement plus certaine que celle qui est manifestée tacitement par des faits. Et toutefois il y a quelque hésitation sur ce point, parce que la loi ne parle pas de la ratification expresse, et que d'ailleurs les faits, d'où l'article 182 fait résulter la ratification tacite, peuvent paraître plus significatifs que des paroles.

\* **492.** Si le mariage annulable pour l'une des causes indiquées en l'article 180 n'a jamais été ratifié ni expressément ni tacitement, l'action en nullité pourra-t-elle être exercée indéfiniment, sans qu'à aucune époque on puisse opposer à l'époux qui l'intente une fin de non-recevoir résultant de la prescription? L'affirmative a des partisans. Ils disent : l'action qui tend à faire annuler un mariage est une action relative à l'état des personnes ; or les actions en réclamation d'état sont imprescriptibles (arg., art. 328). Mais on a remarqué avec raison que la loi ne formule nulle part cette prétendue règle dans ces termes absolus. Elle déclare imprescriptibles certaines actions en réclamation d'état, et il ne résulte pas de là que toutes doivent avoir ce caractère. En principe toutes les actions sont prescriptibles (art. 2262). Les textes qui déclarent certaines actions imprescriptibles sont donc des exceptions au Droit commun, et doivent à ce titre être interprétés restrictivement. On ne peut, sans violer cette règle, appliquer à toutes les actions en réclamation d'état l'exception que la loi établit pour quelques-unes seulement.

En admettant que l'action en nullité du mariage est prescriptible, une nouvelle difficulté s'élève sur le point de savoir s'il y a lieu d'appliquer la prescription de dix ans de l'article 1304, ou celle de trente ans conformément à l'article 2262. L'idée de s'en tenir à la prescription de dix ans séduit tout d'abord. L'article 1304 ne dit-il pas que « dans tous les cas où l'action en nullité d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action » dure dix ans » ? Oui ; mais d'abord il est très-douteux que les règles établies par le

législateur pour tous les contrats en général soient applicables au mariage, contrat d'une nature toute particulière. Et puis, et surtout, la prescription de dix ans établie par l'article 1304 est fondée sur une idée de ratification tacite. Or nous avons vu que la ratification tacite d'un mariage entaché de nullité pour erreur ou violence ne peut pas s'induire d'autres circonstances que de celles déterminées par la loi dans l'article 181 (*supra* n° 491). Donc la prescription de dix ans de l'article 1304 est inapplicable. Il reste la prescription du Droit commun, c'est-à-dire celle de trente ans ; c'est elle qu'il faut appliquer.

## II. *Nullité résultant de l'absence du consentement des ascendants ou du conseil de famille.*

**493.** On se souvient que les enfants, qui n'ont pas encore atteint leur majorité matrimoniale, doivent obtenir pour se marier le consentement de leurs père et mère, de leurs aïeuls et aïeules ou du conseil de famille suivant les cas (art. 148 et s.). Si ce consentement n'a pas été obtenu, le mariage est nul. Mais il est nul de nullité relative seulement ; car nous voyons, d'une part que la loi accorde l'action en nullité à certaines personnes seulement (art. 182), et d'autre part que la nullité est susceptible de se couvrir (art. 183).

**494. A quelles personnes appartient l'action en nullité.**— « *Le mariage contracté sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, dans les cas où ce consentement était nécessaire, ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis, ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement* » (art. 182).— L'action en nullité n'appartient donc qu'à ceux dont le consentement était requis, et à celui des époux qui avait besoin de ce consentement.

**495. A.** L'action en nullité appartient à ceux dont le consentement était requis.—Il faut donc se reporter à l'époque de la célébration du mariage, et voir quels sont ceux dont le consentement aurait dû être obtenu. A ceux-là seulement appartiendra l'action en nullité.

Voici quelques applications de ce principe.

1° Un enfant mineur quant au mariage a perdu son père ou sa mère ; il se marie sans obtenir le consentement du survivant. L'action en nullité appartiendra à celui-ci.

2° Un enfant, qui n'a pas atteint sa majorité matrimoniale, a encore ses père et mère lors de son mariage ; il doit demander le consentement de l'un et de l'autre, mais en cas de dissentiment le consentement du père suffit (art. 148). Si donc l'enfant a obtenu le consentement de son père, le mariage sera valable, alors même qu'il n'aurait pas obtenu ni même demandé le consentement de sa mère. Mais si le consentement du père n'a pas été obtenu, le mariage sera nul, alors même que celui de la mère aurait été obtenu (arg., art. 148). A qui appartiendra alors l'action en nullité ? Au père d'après notre règle, puisque son consente-

ment était nécessaire, et à lui seul puisque son consentement était seul nécessaire (arg., art. 148). La mère ne pourra donc pas exercer l'action en nullité, soit du vivant du père (ce que tout le monde admet), soit même après sa mort (ce que la plupart contestent), parce que, ainsi qu'on le verra tout à l'heure, l'action en nullité meurt avec celui à qui la loi l'accorde, et ne passe pas à l'ascendant qui le remplace quant au consentement à donner au mariage.

3° Un enfant, qui n'a pas atteint sa majorité matrimoniale, a perdu ses père et mère; il a encore des aïeuls et aïeules paternels et maternels, et il se marie sans leur consentement. Le mariage est nul. A qui appartiendra l'action en nullité? On décide qu'elle appartiendra aux ascendants de chaque ligne, mais que dans chaque ligne l'aïeule ne pourra agir qu'au défaut de l'aïeul.

\* Cette solution ne nous paraît pas admissible.

\* D'abord les mêmes motifs, qui s'opposent à ce que l'action en nullité née dans la personne du père passe après son décès à la mère, s'opposent à ce que l'action en nullité née au profit de l'aïeul passe après son décès à l'aïeule.

\* D'un autre côté, quand, lors du mariage, il y avait des ascendants dans les deux lignes et que leur consentement n'a pas été obtenu, nous ne pensons pas que l'ascendant qui représente l'une des lignes puisse exercer l'action en nullité sans le consentement de l'ascendant qui représente l'autre.

\* En effet l'action en nullité ne peut être exercée d'après l'article 182 que « par ceux dont le consentement était requis ». Or les ascendants d'une seule ligne ne peuvent pas dire que leur consentement était *requis*, puisque le mariage était possible avec le seul consentement des ascendants de l'autre ligne. D'ailleurs on reconnaît que la ratification, donnée par les ascendants d'une ligne, mettrait les ascendants de l'autre dans l'impossibilité d'exercer l'action en nullité. C'est bien reconnaître implicitement que cette action n'appartient pas isolément aux ascendants de chaque ligne; car si chaque ligne avait une action en nullité distincte de celle qui appartient à l'autre, comment la ratification des ascendants d'une ligne pourrait-elle éteindre l'action en nullité qui appartient aux ascendants de l'autre? Enfin, en décidant que l'action en nullité ne peut pas être exercée par les ascendants d'une ligne sans le concours ou au moins le consentement des ascendants de l'autre, on évite une difficulté grave, qui peut se produire dans l'opinion adverse, au cas où, les ascendants d'une ligne ayant intenté l'action en nullité, les ascendants de l'autre ligne ratifieraient le mariage pendant le cours de l'instance.

4° Un enfant mineur qui n'a plus d'ascendants se marie sans le consentement de son conseil de famille (art. 160). L'action en nullité appartiendra au conseil de famille, non pas à chacun des ses membres individuellement, mais au conseil considéré comme corps distinct des membres qui le composent: il exercera l'action en nullité par l'intermédiaire d'un mandataire qu'il désignera, le tuteur ou tout autre.

5° Un enfant naturel s'est marié sans le consentement d'un tuteur *ad hoc* dans le cas prévu par l'article 159. On enseigne généralement que le mariage est nul, et que l'action en nullité pourra être intentée par l'enfant naturel et par le tuteur *ad hoc*. Et toutefois il y a contre cette solution une objection fort grave. En matière de ma-

riage il n'y a pas de nullité virtuelle, il faut un texte ; or nous en avons bien un qui prononce la nullité pour défaut de consentement du conseil de famille, c'est l'article 182 ; mais ce texte ni aucun autre ne prononce la nullité pour défaut de consentement du tuteur *ad hoc*. C'est un oubli peut-être ; mais la conséquence d'un oubli en cette matière, ne doit-elle pas être l'absence de nullité ?

L'action en nullité est exclusivement attachée à la personne de ceux dont le consentement était requis pour la validité du mariage (argument de ces mots de l'article 182 « ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis », et de la nature de l'action dont il s'agit.) De là il résulte qu'elle ne peut pas être exercée par les créanciers agissant en vertu de l'article 1166. Il en résulte aussi qu'après la mort de l'ascendant à qui cette action appartenait, elle ne passe pas à l'ascendant ou aux ascendants qui le remplaceraient s'il s'agissait de donner actuellement un consentement au mariage : ainsi l'action en nullité qui appartient à la mère ne passerait pas après sa mort aux aïeux et aïeules. Il en résulte enfin que les héritiers de l'ascendant auquel appartenait l'action en nullité ne pourraient pas après sa mort l'exercer en son lieu et place ; ils ne pourraient même pas, suivant l'opinion générale, continuer l'action en nullité qui aurait été introduite par leurs auteurs.

**496. B.** L'action en nullité résultant du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille appartient à l'époux qui avait besoin de ce consentement. La loi craint sans doute que cet époux n'ait été victime d'une séduction.

L'action en nullité n'appartient qu'à l'époux qui n'a pas obtenu le consentement requis par la loi ; elle n'appartiendrait pas à l'autre époux, le texte est formel.

**497. Remarque.** — Le défaut d'actes respectueux, dans les cas où la loi en exige, ne peut jamais donner lieu à la nullité du mariage ; il ne constitue qu'un empêchement simplement prohibitif.

**498.** L'action en nullité résultant du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille est susceptible de se couvrir, c'est-à-dire d'être écartée par certaines fins de non-recevoir qu'indique l'article 183 : « *L'action en nullité ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage. Elle ne peut être intentée non plus par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage* ».

La loi admet donc deux fins de non-recevoir contre l'action en nullité qui nous occupe : l'une résultant de la ratification des ascendants ou du conseil de famille, l'autre résultant de la ratification de l'époux qui n'a pas obtenu le consentement requis par la loi.

**499. 1°** *Fin de non-recevoir résultant de la ratification des ascendants ou du conseil de famille dont le consentement était requis et n'a pas été*

*obtenu*. Cette ratification purge le vice dont le mariage était atteint. La loi la considère comme suppléant au consentement qui aurait dû être obtenu. A bien prendre, c'est un consentement tardif donné au mariage. Et cela explique que cette ratification éteigne, non-seulement l'action en nullité des parents, mais aussi celle de l'époux, et rende ainsi le mariage inattaquable.

Le droit de ratifier le mariage appartient à celui ou à ceux dont le consentement aurait dû être et n'a pas été obtenu, à ceux en un mot auxquels est accordée l'action en nullité, et à eux seulement. La ratification n'est en effet qu'une renonciation à l'action en nullité, et celui-là seul auquel une action appartient peut y renoncer.

De là il résulte qu'après la mort de l'ascendant auquel appartient l'action en nullité, le droit de ratifier le mariage ne passe pas à l'ascendant d'un degré plus éloigné auquel appartiendrait aujourd'hui le droit de consentir au mariage, pas plus que l'action en nullité elle-même. Le droit de ratification est aussi intransmissible que cette action.

La ratification des ascendants ou du conseil de famille peut être expresse ou tacite.

*Expresse*, quand elle est faite *expressis verbis*. Dans le silence de la loi on doit décider qu'elle n'est assujettie à aucune forme particulière et que son existence pourrait être prouvée par les modes de preuve du Droit commun ; elle pourrait donc être établie même par une simple lettre missive.

*Tacite*, lorsqu'elle a lieu *facto*, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte de certains faits qui impliquent, de la part de celui auquel appartient l'action en nullité, une renonciation à cette action, et par suite une approbation du mariage. Pothier cite comme exemple le cas où le père, auquel appartient l'action en nullité, a été parrain de l'enfant issu du mariage. En cas de contestation les juges apprécieront les faits.

Notre article indique un cas particulier de ratification tacite, résultant du silence gardé par « ceux dont le consentement était nécessaire » pendant un délai d'un an à compter du jour où ils ont eu connaissance du mariage. Le législateur présume alors qu'ils ont renoncé à l'action en nullité, et cette présomption n'admet pas de preuve contraire (arg., art. 1352, al. 2).

On décide généralement que la mort de l'époux, qui n'a pas obtenu le consentement requis par la loi, n'éteindrait pas l'action en nullité qui appartient aux ascendants, non plus que l'avènement de la majorité matrimoniale chez cet époux. Ces fins de non-recevoir doivent être rejetées par cela seul qu'elles ne sont pas écrites dans la loi.

**500.** 2<sup>o</sup> *Fin de non-recevoir résultant de la ratification de l'époux qui n'a pas obtenu le consentement requis par la loi.* L'art. 183 dit que « l'action ne peut plus être intentée par l'époux, lorsqu'il s'est écoulé une année

sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. » C'est un cas particulier de ratification tacite. L'époux, qui laisse expirer le délai fixé par notre article sans intenter l'action en nullité, est considéré comme ayant renoncé à cette action et par suite comme ayant ratifié le mariage. Il n'est pas nécessaire (car la loi ne l'exige pas) qu'il y ait eu cohabitation entre les époux pendant le délai dont il vient d'être parlé. A cet égard d'ailleurs on remarquera que la rédaction de l'article 183, al. final, est bien différente de celle de l'article 181. Le délai ne court qu'à compter du jour où l'époux « a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage », par conséquent à dater du jour où l'époux a atteint l'âge de vingt-un ans ou l'âge de vingt-cinq ans suivant les cas.

Si l'on compare l'un à l'autre les deux alinéas de l'article 183, on voit que, tandis que l'alinéa 1<sup>er</sup>, relatif à la ratification des parents dont le consentement était requis, établit en principe qu'ils peuvent ratifier le mariage « expressément ou tacitement », l'alinéa 2 au contraire, relatif à la ratification de l'époux, signale seulement un cas particulier de ratification tacite résultant du silence gardé par cet époux pendant un an. De là il semble résulter :

1<sup>o</sup> Que la loi n'admet pas en ce qui concerne l'époux d'autre cas de ratification tacite que celui qu'elle signale. Notamment la ratification ne pourrait pas s'induire de la cohabitation des époux.

2<sup>o</sup> Que la ratification *expresse* de l'époux auquel appartient l'action en nullité serait inopérante.

Et toutefois ces deux déductions sont contestées ; la seconde l'est surtout très-gravement. Une volonté exprimée, dit-on, paraît plus certaine qu'une volonté qui s'induit de certains faits, et il semble difficile par suite de ne pas tenir compte d'une manifestation expresse de volonté, quand la loi admet, fût-ce dans un seul cas, une manifestation tacite. La ratification expresse semble donc devoir être admise *a fortiori*. Bien entendu elle ne serait possible qu'à l'époque où la loi admet la ratification tacite, c'est-à-dire lorsque l'époux aura atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage.

La ratification émanée de l'époux n'éteint que l'action en nullité qui lui appartient, mais non celle qui appartient aux parents dont le consentement était requis. Cela résulte à n'en pas douter de la comparaison des deux alinéas de l'article 183.

**501.** La doctrine reconnaît une autre fin de non-recevoir contre l'action en nullité de l'époux, qui s'est marié sans le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille. Elle aurait lieu dans le cas où cet époux aurait commis un dol pour persuader à son conjoint qu'il était capable de consentir par lui-même au mariage, par exemple en présentant un faux acte de naissance. C'est du moins ce qu'on peut induire par argument de l'article 1310.

## N<sup>o</sup> 2. Des nullités absolues.

**502.** Les nullités absolues peuvent résulter de l'une des cinq causes suivantes : 1<sup>o</sup> impuberté des époux ou de l'un d'eux ; 2<sup>o</sup> bigamie ; 3<sup>o</sup> inceste ; 4<sup>o</sup> clandestinité du mariage ; 5<sup>o</sup> incompétence de l'officier de l'état civil.

Les trois premières causes sont mentionnées par l'article 184, les deux dernières par l'article 191.

Toutes ces nullités sont basées sur l'ordre public. Elles sont en principe non susceptibles de se couvrir soit par le temps (*ordo publicus perpetuo clamat*), soit par la ratification de ceux auxquels appartient l'action en nullité. Elles peuvent en principe être proposées par toute personne intéressée et par le ministère public. C'est ce qui résulte des articles 184 et 191, ainsi conçus :

« Art. 184. *Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.* »

« Art. 191. *Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.* »

**503.** Nous disons d'abord que les nullités absolues peuvent être proposées par toute personne intéressée. L'intérêt qui sert de fondement à l'action en nullité peut être moral ou pécuniaire.

**504. Actions en nullité basées sur un intérêt moral.**— En Droit commun, un intérêt simplement moral ne peut pas servir de fondement à une action. La loi déroge ici à ce principe ; et comme toutes les exceptions au Droit commun sont de stricte interprétation, il faut en conclure que l'énumération donnée par la loi des personnes qui peuvent proposer les nullités absolues de mariage sur le fondement d'un simple intérêt moral, est essentiellement limitative. Ces personnes sont :

1° Les époux eux-mêmes (art. 184). La loi ne distinguant pas, il faut en conclure que l'action en nullité appartiendrait même à l'époux coupable, ainsi à l'époux bigame si le mariage est nul pour contravention à l'article 147, à l'époux impubère si le mariage est nul pour contravention à l'article 144. Cette dérogation à la règle *nemo ex culpa sua debet consequi emolumentum*, s'explique par le désir qu'a eu le législateur de mieux assurer la sanction de la nullité en multipliant le nombre des personnes qui peuvent la demander.

2° En cas de bigamie, l'époux au préjudice duquel le nouveau mariage a été contracté. « *L'époux au préjudice duquel a été contracté un second mariage peut en demander la nullité même du vivant de l'époux qui était engagé avec lui* » (art. 188).

3° Les ascendants, à quelque degré que ce soit, de l'un ou de l'autre des époux.

Le droit pour les ascendants de demander la nullité en vertu d'un intérêt exclusi-

vement moral, d'un intérêt d'affection et d'honneur, indépendamment de tout intérêt pécuniaire, résulte : d'abord de l'article 186 qui, en leur refusant l'action dans un cas particulier, reconnaît qu'elle leur appartient dans les autres ; puis de l'article 191 qui, en opposant les ascendants à ceux qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel, donne très-clairement à entendre que les ascendants peuvent, indépendamment de tout intérêt de cette nature, exercer l'action en nullité.

La loi n'établissant ici aucun ordre hiérarchique entre les différents ascendants, comme elle le fait au sujet de l'opposition à mariage (art. 173), on doit en conclure, contrairement à l'opinion générale, que le droit de demander la nullité leur appartient à tous concurremment.

**505. Actions en nullité basées sur un intérêt pécuniaire.** — En Droit commun, un intérêt pécuniaire né et actuel, c'est-à-dire dès actuellement existant, suffit pour servir de base au droit d'action. La loi applique ce principe aux nullités absolues de mariage. Il résulte des articles 184 et 191, que toute personne ayant un intérêt pécuniaire né et actuel peut attaquer un mariage nul de nullité absolue.

Ce droit appartient principalement :

1<sup>o</sup> Aux parents collatéraux des époux.

2<sup>o</sup> Aux enfants d'un autre lit de l'un ou de l'autre époux.

La plupart du temps l'intérêt des collatéraux et des enfants d'un autre lit n'apparaîtra qu'après la dissolution du mariage. Il s'agira alors pour eux d'exclure les enfants issus du mariage de la succession de leur auteur décédé, ou du moins de les réduire à la part que la loi alloue aux enfants naturels, en démontrant que, le mariage dont ils sont issus étant nul, ils ne jouissent pas du bénéfice de la légitimité. Voilà pourquoi l'article 187, statuant *de eo quod plerumque fit*, dit : « Dans tous les cas où, conformément à l'article 184, l'action en nullité peut être intentée par tous ceux qui y ont un intérêt, elle ne peut l'être par les parents collatéraux, ou par les enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel ». Mais s'il arrivait par exception que les collatéraux ou les enfants d'un autre lit eussent un intérêt né et actuel à demander la nullité du mariage *du vivant des deux époux*, on ne verrait pas pourquoi ils n'en auraient pas le droit.

C'est ce qui aurait lieu dans l'hypothèse suivante. Le fils de mon frère (mon neveu) a contracté un mariage incestueux ; de ce mariage sont nés des enfants ; mon frère vient à mourir, et son fils renonce à sa succession ou en est écarté comme indigne. Alors ses enfants, issus du mariage incestueux, se présentent pour la réclamer au lieu et place de leur père. Je pourrai les faire écarter comme enfants incestueux, et m'emparer de la succession à leur place, en faisant prononcer la nullité du mariage de leur père, bien que celui-ci soit encore vivant et son mariage non dissous. J'ai en effet un intérêt né et actuel.

3<sup>o</sup> Aux créanciers des époux.

Ainsi une femme mariée contracte avec moi sans autorisation de son mari ; par exemple elle m'achète un immeuble. Quand je viens demander le paiement du prix,

la femme m'oppose la nullité de la vente (art. 217 et 225), et refuse d'exécuter le contrat. Je découvre alors que son mariage est nul, pour cause de bigamie par exemple (art. 447); je pourrai en faire prononcer la nullité; il sera alors considéré comme n'ayant jamais existé; par suite la vente que j'ai consentie ne sera pas nulle pour défaut d'autorisation, et je pourrai en obtenir l'exécution.

On a toutefois contesté aux créanciers le droit d'agir en nullité, sur ce fondement qu'ils ne sont pas compris dans l'énumération de l'article 487. Mais, nous l'avons déjà dit, l'article 484 pose, dans les termes les plus généraux, le principe que l'action en nullité dont il s'agit peut être intentée par toute personne ayant un intérêt pécuniaire, et la disposition de l'article 487 doit être considérée comme simplement énonciative. D'ailleurs en raison, il n'y a aucun motif pour refuser aux créanciers le droit qu'on accorde aux collatéraux, puisque ce n'est pas à cause de leur parenté qu'on donne à ces derniers l'action en nullité, mais seulement à cause de leur intérêt pécuniaire.

**508.** Les nullités absolues peuvent être proposées en second lieu par le procureur de la République.

Aux termes de l'article 190, « *Le procureur du Roi, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 184, et sous les modifications portées en l'article 185, peut et doit demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux, et les faire condamner à se séparer.* » L'article 191 ajoute : « *Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré par l'officier public compétent, peut être attaqué par les père et mère, par les ascendants, et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.* »

On interprète généralement ces articles en ce sens que le procureur de la République *doit* demander la nullité du mariage dans les cas prévus par l'article 190, et *peut* demander cette même nullité dans les cas prévus par l'article 191. Dans tous les cas, le procureur de la République ne pourrait demander la nullité que du vivant des époux, car il n'agit que dans l'intérêt de la société pour faire cesser un scandale, et il n'y a plus de scandale après la dissolution du mariage.

\* Il est bien certain que l'action du procureur de la République est facultative dans l'hypothèse de clandestinité. La clandestinité est susceptible de plus ou de moins: elle se compose d'un certain nombre d'éléments négatifs; il y a lieu par suite à une appréciation nécessaire sur le point de savoir si elle existe à un degré suffisant pour que le mariage soit nul, et l'action du ministère public ne peut être que facultative. Il agira ou il n'agira pas, suivant qu'il considèrera qu'il y a ou qu'il n'y a pas absence suffisante de publicité.

\* Très-différentes à ce point de vue sont les causes de nullité dont parle l'article 490. Si la publicité et par suite la clandestinité comportent des degrés, l'impuberté, la bigamie et l'inceste n'en comportent pas, ces deux dernières surtout: un mariage est ou n'est pas entaché de bigamie ou d'inceste; il n'y a pas de milieu. Est-ce à dire que le ministère public devra agir en nullité dans tous les cas? Beaucoup le prétendent, mais il est bien difficile de le soutenir. Ici encore il paraît impossible de ne pas laisser au ministère public une certaine latitude d'appréciation. L'obligera-t-on par exemple à agir, en cas de bigamie, quand il s'est écoulé un très-long temps depuis la célébration du mariage bigamique et que l'époux bigame est

couvert au point de vue pénal par la prescription (art. 651, I. Cr.), alors d'ailleurs que le premier conjoint du bigame est mort depuis longtemps, et que celui-ci vit en paix avec son nouveau conjoint au milieu d'un public qui ignore son crime? En pareille circonstance, la société a certainement plus d'intérêt au maintien du mariage qu'à son annulation qui, outre qu'elle froissera peut-être de nombreux intérêts, sera en tout cas l'occasion d'un grand scandale. Pourquoi donc forcer le ministère public à agir?

\* S'il en est ainsi (et cette solution paraît confirmée par les travaux préparatoires et notamment par les paroles de Portalis dans l'exposé des motifs), on s'expliquerait assez bien les termes, singuliers en apparence, de l'article 490, d'après lequel le procureur de la République *peut* et *doit* demander la nullité, semblant ainsi lui assigner un rôle à la fois facultatif et obligatoire. Il y a un peu de l'un et de l'autre en effet. La loi met le ministère public sur la liste de ceux auxquels elle accorde ici l'action en nullité; il peut donc l'intenter dans tous les cas. Mais la loi lui rappelle par le mot *doit* que ce ne sera pas pour lui une simple faculté, mais une obligation, quand l'intérêt social exigera que la nullité du mariage soit prononcée: ce qu'il lui appartient d'apprécier. En d'autres termes la loi dit au ministère public: toutes les fois que vous aurez connaissance d'un mariage entaché d'impuberté, de bigamie ou d'inceste, je vous autorise à en poursuivre la nullité; je vous en impose même l'obligation si vous estimez que le maintien du mariage soit l'occasion d'un scandale public. — Un mariage célébré clandestinement ne pouvant jamais présenter ce dernier caractère, on conçoit que la loi se soit bornée à accorder au ministère public la *faculté* d'en poursuivre l'annulation.

**507.** Telles sont les règles générales qui gouvernent les nullités absolues de mariage. Nous allons maintenant passer en revue une à une ces diverses causes de nullité, et signaler les différentes particularités qu'elles peuvent présenter.

I. *Nullité résultant du défaut d'âge compétent (impuberté, art. 144).* — Cette nullité présente deux particularités signalées l'une par l'article 185, l'autre par l'article 186.

**508.** PREMIÈRE PARTICULARITÉ. « *Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué, 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent; 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge a conçu avant l'échéance de six mois.* »

Ainsi la loi déroge, en ce qui concerne l'impuberté, au principe général, d'après lequel les nullités absolues ne sont pas susceptibles de se couvrir. La dérogation s'explique par le caractère particulier de cette nullité. L'impuberté est un vice réparable, à la différence de la bigamie et de l'inceste: on ne reste pas toute sa vie impubère. Aussi la loi admet-elle ici deux fins de non recevoir contre l'action en nullité.

a). La première a lieu, lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux ou les deux époux impubères ont atteint l'âge compétent, c'est-à-dire l'âge de quinze ans ou de dix-huit ans (art. 144). Pourquoi ne pas déclarer la nullité couverte aussitôt que l'époux ou les époux ont

atteint l'âge compétent? Portalis répond : « La loi accorde un délai de six mois, parce que, toutes les fois que la loi accorde une action, elle doit donner le temps utile pour l'exercer. » Les époux, qui laissent passer le délai de six mois sans agir, sont considérés par la loi comme ayant renoncé au droit de demander la nullité; il y a de leur part ratification tacite du mariage.

b). La deuxième fin de non-recevoir a lieu, lorsque la femme impubère, mariée à un époux pubère, a conçu avant l'échéance des six mois dont il vient d'être parlé, c'est-à-dire des six mois qui suivent l'époque où elle a atteint l'âge compétent. Tel est le sens de l'alinéa final de l'article 185, qui aurait été beaucoup plus clair si la loi avait dit « avant l'échéance DES six mois ». Le lien nuptial se trouve resserré par cette grossesse, qui prouve que la femme est pubère sinon en droit du moins en fait, et la loi ne permet plus que le mariage soit annulé.

On admet généralement que la grossesse de la femme avant l'échéance des six mois constituerait une fin de non-recevoir contre l'action en nullité, alors même qu'elle surviendrait après l'époque où la demande en nullité a été intentée et pendant le cours de l'instance. Cette solution est contraire au principe, d'après lequel le juge doit, pour rendre sa sentence, se reporter à l'état de choses existant à l'époque où la demande a été formée; mais l'intention du législateur de déroger à ce principe résulte de l'historique de la confection de la loi : on a supprimé une disposition du projet qui exigeait que la grossesse fût antérieure à l'action en nullité.

La grossesse de la femme ne constituerait pas une fin de non-recevoir contre l'action en nullité fondée sur l'impuberté du mari (argument de ces mots de l'article 185 : « lorsque LA FEMME QUI N'AVAIT POINT CET AGE a conçu... » ) Cette solution d'ailleurs est fondée en raison. La grossesse de la femme prouve bien sa puberté, mais elle ne prouve pas la puberté de son mari, parce qu'il peut ne pas être l'auteur de cette grossesse. Si l'on décidait le contraire, on permettrait à la femme d'éteindre l'action en nullité fondée sur l'impuberté de son mari en commettant un adultère.

Ainsi, des deux fins de non-recevoir indiqués par l'article 185, la seconde, celle résultant de la grossesse de la femme, ne couvre que la nullité résultant de son impuberté. Au contraire la première, celle résultant de l'expiration du délai de six mois depuis que l'époux impubère a atteint l'âge compétent, couvre l'action en nullité fondée sur l'impuberté du mari comme celle fondée sur l'impuberté de la femme.

**509. DEUXIÈME PARTICULARITÉ.** « *Le père, la mère, les ascendants et la famille qui ont consenti au mariage contracté dans le cas de l'article précédent ne sont point recevables à en demander la nullité* » (art. 186). « Il ne faut pas, a dit Portalis, qu'ils puissent se jouer de la foi du mariage après s'être joués des lois ».

Ce motif même prouve que les ascendants ou le conseil de famille ne pourraient

pas se voir opposer la fin de non-recevoir établie par notre article, s'ils avaient été trompés, par la présentation d'un faux acte de naissance par exemple, sur l'âge véritable de l'enfant au mariage duquel ils ont consenti.

La fin de non-recevoir, établie par notre article, ne pourrait pas être opposée aux parents collatéraux qui auraient assisté au mariage contracté par l'époux impubère, et qui paraîtraient l'avoir ainsi approuvé par leur présence. On pourrait en douter au premier abord, car notre article déclare la fin de non-recevoir opposable au père, à la mère, aux ascendants et à *la famille* qui ont consenti au mariage. En opposant ainsi « la famille » aux ascendants, la loi semble bien viser les collatéraux ; mais il est beaucoup plus probable que le législateur a entendu désigner sous cette dénomination le conseil de famille. Cela devient presque certain, si l'on observe que la loi parle de la famille « *qui a consenti* au mariage ». Donc il ne s'agit pas des collatéraux, qui ne sont jamais appelés à y donner leur consentement. D'ailleurs on ne comprendrait guère que le simple fait, de la part des collatéraux, d'avoir figuré au mariage *ad honores*, pût avoir pour résultat de les faire déclarer non-recevables à intenter l'action en nullité fondée sur l'impuberté des époux ou de l'un d'eux.

Si l'interprétation qui vient d'être donnée est exacte, s'il est vrai que par ces mots « la famille » l'article 485 désigne le conseil de famille, il faut en conclure que le conseil de famille doit être ajouté à la liste des personnes, qui peuvent sur le fondement d'un simple intérêt moral proposer les nullités absolues. En effet notre texte, en déclarant, dans le cas particulier qu'il prévoit, le conseil de famille non-recevable à intenter l'action en nullité fondée sur l'impuberté des époux ou de l'un d'eux, suppose nécessairement que cette action lui appartient en principe ; et si le conseil de famille peut intenter l'action en nullité résultant de l'impuberté, il doit pouvoir proposer *a fortiori* toutes les autres nullités absolues, car celle qui est fondée sur l'impuberté est la moins grave de toutes.

La fin de non-recevoir, établie par l'article 185, n'existe que relativement à l'action en nullité fondée sur l'impuberté. Les ascendants ou la famille, qui auraient consenti au mariage, ne seraient donc pas de ce chef non recevables à proposer toute autre nullité absolue, par exemple celle résultant de la parenté ou de l'alliance au degré où le mariage est prohibé.

**510.** Il résulte de l'article 486 que, sauf le cas assez rare où ils prouveraient avoir été trompés sur l'âge véritable de l'enfant, les ascendants et la famille de l'époux impubère ne peuvent attaquer le mariage, pour cause d'impuberté, que lorsqu'ils n'y ont pas consenti. Mais alors il semble que les ascendants n'aient jamais d'intérêt à proposer cette nullité ; car, s'ils n'ont pas donné leur consentement, le mariage est nul par cela même, et ils en feront prononcer la nullité de ce chef (art. 482), sans qu'il leur soit nécessaire d'invoquer la cause de nullité résultant de l'impuberté. — On remarquera d'abord que ce raisonnement ne s'applique qu'aux ascendants dont le consentement était nécessaire pour le mariage. Ceux-là seuls peuvent invoquer la nullité résultant de ce que leur consentement n'a pas été obtenu (art. 483) ; ce droit n'appartient pas bien évidemment aux autres ascendants, qui n'ont pas consenti au mariage et dont le consentement n'était pas requis, les aïeux par exemple quand le père existe ; ceux-ci pourront avoir intérêt à attaquer le mariage pour cause d'impuberté, puisqu'ils n'ont pas d'autre action en nullité à faire valoir. Et quant aux ascendants eux-mêmes dont le consentement était nécessaire et n'a pas été obtenu, il ne serait pas impossible (ce sera cependant fort rare) qu'ils eus-

ont intérêt à proposer la nullité résultant de l'impuberté, par exemple parce que l'action en nullité fondée sur ce que leur consentement n'a pas été obtenu serait couverte (art. 183). En tout cas ces ascendants ayant les deux actions pourraient choisir celle qu'il leur plairait d'exercer.

**511.** La nullité résultant du défaut de puberté ne serait pas couverte par une dispense d'âge obtenue après coup.

**512.** II. *Nullité résultant de l'existence d'un premier lien non dissous (bigamie, art. 147).* — Conformément aux principes généraux exposés ci-dessus, cette cause de nullité peut être proposée par toutes personnes ayant intérêt (art. 184 et 188) et par le ministère public.

Toujours d'après ces mêmes principes, la nullité résultant de la bigamie ne peut jamais se couvrir, ni par la ratification des parties, ni par le temps.

L'action en nullité pourra donc être exercée :

Même après la mort de l'époux délaissé. Toutefois, à partir de cette époque les enfants qui naîtraient du mariage ne seraient plus adultérins, mais seulement naturels simples ;

Même après la mort de l'un des nouveaux époux. C'est cet événement qui donnera le plus souvent ouverture au droit des collatéraux (1).

Même après la prescription de l'action publique résultant du crime de bigamie. — C'est en vain qu'on opposerait l'article 7 I. Cr., qui déclare l'action civile prescrite en même temps que l'action publique. L'action civile dont parle ce texte est l'action en dommages-intérêts résultant du crime, l'action en réparation du préjudice qu'il a causé. Autre est l'action en nullité du mariage.

Enfin même après trente ans écoulés depuis la célébration du mariage. Il n'y a pas ici de prescription possible, parce qu'on ne prescrit pas contre l'ordre public et les bonnes mœurs. *Ordo publicus perpetuo clamat.* Et toutefois les personnes qui ne sont admises à exercer l'action en nullité que sur le fondement d'un intérêt pécuniaire, comme les collatéraux, ne pourraient plus exercer l'action en nullité, s'ils avaient laissé périr cet intérêt pécuniaire par la prescription. Ce n'est pas que, dans ce cas, l'action en nullité soit éteinte elle-même par la prescription ; mais elle ne pourrait plus être exercée, parce que l'intérêt pécuniaire qui lui sert de fondement nécessaire aurait cessé d'exister. Aussi toute cause qui mettrait fin à l'intérêt pécuniaire produirait-elle le même résultat, par exemple la renonciation de l'intéressé.

**513.** Il peut se faire qu'un mariage étant attaqué pour cause de bigamie, les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage. Il y a là une question *préjudicielle* à résoudre ; en effet il est clair que le deuxième mariage n'est nul qu'autant que le premier était valable. Aussi l'article 189 dit-il : « *Si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité du premier doit être jugée préalablement.* »

(1) Remarquons toutefois que, dans ces deux cas, le ministère public ne pourrait plus exercer l'action en nullité, car il n'agit que comme délégué de la société ; or la société n'a d'intérêt à voir prononcer la nullité du mariage entaché de bigamie qu'autant qu'il y a scandale, et le scandale cesse par la dissolution de l'un des mariages de l'époux bigame.

**514.** III. *Nullité résultant de la parenté ou de l'alliance au degré où le mariage est prohibé (inceste, art. 161-163).*— On appliquerait ici les principes généraux exposés plus haut sans aucune modification. La nullité dont il s'agit ne pourrait donc se couvrir ni par la ratification, ni par l'obtention de dispenses accordées postérieurement à la célébration (art. 164), ni par la possession d'état, ni par la prescription, sauf, en ce qui concerne la prescription, l'observation qui vient d'être faite tout à l'heure relativement aux personnes qui ne peuvent agir que sur le fondement d'un intérêt pécuniaire.

**515.** IV. *Nullité résultant de la clandestinité du mariage.*— Un mariage est clandestin lorsqu'il n'a pas été « célébré publiquement », comme dit l'article 165, ou « contracté publiquement », comme dit l'article 191. La clandestinité, c'est donc l'absence de publicité dans la célébration. « L'honneur même de l'union conjugale, dit Demante, en réclame impérieusement la publicité. » Cette publicité est nécessaire pour empêcher la célébration des mariages contraires aux lois, et pour porter à la connaissance des tiers ceux qu'elles autorisent. Aussi nos articles font-ils de l'absence de publicité une cause de nullité du mariage et de nullité absolue, ainsi qu'on le voit par l'énumération contenue en l'article 191 des personnes qui peuvent proposer cette cause de nullité : « *Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.* »

La nullité qui résulte de la clandestinité étant absolue, il s'ensuit qu'elle n'est pas susceptible de se couvrir (*supra*, n°484). La plus longue possession d'état ne mettrait pas les époux à l'abri de la nullité. Et toutefois, comme les tribunaux sont, ainsi qu'on le verra bientôt, appréciateurs souverains de la question de savoir si en fait le mariage est clandestin, il pourra arriver qu'impressionnés par la possession d'état qui leur fait désirer le maintien du mariage, les juges se refusent à voir, quoiqu'il existe en réalité, le vice de clandestinité, dont la constatation les forcerait à prononcer la nullité du mariage. Mais si en droit les juges, tout en constatant qu'un mariage a été clandestinement célébré, refusaient de l'annuler sur ce motif que la nullité a été couverte par la possession d'état, leur décision encourrait la censure de la Cour de cassation.

**516.** La publicité de la célébration se compose de divers éléments. Voici les principaux : célébration dans la maison commune et les portes ouvertes, admission du public à la célébration, présence des quatre témoins exigés par la loi, présence des époux qui doivent comparaître en personne. La publicité nous apparaissant ainsi comme un fait complexe, il en résulte que la clandestinité, qui consiste dans l'absence de publicité, est elle-même susceptible de plus ou de moins, suivant qu'il y a absence de tous les éléments qui constituent la publicité ou seulement de quelques-uns. Quand pourra-t-on dire que l'absence de publicité aura

été suffisante pour constituer la clandestinité? Il y a là évidemment matière à une appréciation dont il ne peut être question pour les autres causes de nullité. Un mariage est ou n'est pas entaché de bigamie ou d'inceste; il n'y a pas de milieu. Il y a au contraire bien des nuances entre le mariage célébré publiquement et celui qui ne l'est pas, entre la publicité et la clandestinité. L'absence d'un seul des éléments constitutifs de la publicité suffira-t-elle pour qu'il y ait clandestinité, et par suite nullité du mariage? La solution affirmative eût été d'une rigueur injustifiable; car la célébration d'un mariage peut avoir été entourée de la plus grande publicité, quoiqu'il y ait eu absence d'un ou même de quelques-uns des éléments de publicité requis par la loi; comme il arriverait par exemple si un mariage, qui satisfait d'ailleurs à toutes les autres conditions de publicité, a été célébré devant trois témoins seulement au lieu de quatre, ou bien célébré devant quatre témoins mais en dehors de la maison commune où le futur n'a pas pu se transporter parce qu'il était à son lit de mort.— Il y a donc ici nécessairement lieu à une appréciation sur le point de savoir si les règles de la publicité ont été assez profondément violées pour que la nullité du mariage puisse s'en suivre. La loi charge le juge de se livrer à cette appréciation. C'est ce que dit très-clairement l'article 193, qui autorise le juge à ne pas considérer toute contravention aux règles de la publicité comme suffisante pour entraîner la nullité du mariage.

Quoi qu'ait pu dire à ce sujet Portalis, et malgré les termes en apparence irritants des articles 64 et 65, la doctrine, sauf quelques dissentiments isolés, et la jurisprudence décident qu'un mariage ne pourrait pas être annulé sur ce seul fondement qu'il aurait été célébré sans les publications prescrites par la loi. En effet c'est un principe aujourd'hui certain qu'il n'y a pas en matière de mariage de nullités virtuelles. Ici pas de nullité sans texte. Or nous n'en avons pas d'autre que l'article 194, et il permet seulement d'attaquer le mariage qui n'a point été « contracté publiquement » ou « célébré publiquement », comme dit l'article 165. Il n'y a donc que le défaut de publicité dans la célébration qui peut en entraîner la nullité. Or les publications ne font point partie de la célébration; un mariage peut fort bien être célébré publiquement, quoiqu'il n'ait pas été précédé de publications; donc l'absence de publications à elle seule ne peut pas être une cause de nullité. D'ailleurs l'absence de publications trouve une sanction spéciale dans la disposition de l'article 192: « *Si le mariage n'a point été précédé des deux publications requises, ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits dans les publications et célébrations n'ont point été observés, le procureur du Roi fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder trois cents francs, et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune* ».

Toutefois on ne peut disconvenir que les publications se rattachent indirectement à la publicité de la célébration du mariage, en ce sens qu'elles l'annoncent au public. Aussi figurent-elles à ce titre parmi les éléments dont le juge pourra tenir compte, lorsqu'il aura à résoudre la question de savoir si la célébration du mariage a ou n'a pas été publique. Mais encore une fois la seule absence de publications ne

peut pas faire que la célébration du mariage n'ait pas été publique, et en entraîner par suite la nullité.

\* **517.** Gardez-vous de confondre le mariage clandestin avec le mariage secret. Le mariage secret est celui qui, ayant été contracté suivant les prescriptions de la loi, a été tenu secret par les époux, comme il arriverait par exemple si deux époux, après s'être mariés à Paris où ce fait a pu passer inaperçu quoiqu'il ait été accompli conformément aux prescriptions de la loi, sont venus s'établir à Bordeaux où ils ont dissimulé au public le lien qui les unissait. Les mariages secrets ne sont plus aujourd'hui frappés d'ostracisme, comme sous l'empire de la déclaration de 1639, d'après laquelle ils n'étaient susceptibles de produire aucun effet civil, parce que, dit Pothier, « ils ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'une union légitime. » Toutefois, en tenant leur union secrète, les époux peuvent induire les tiers qui contracteront avec eux dans une erreur préjudiciable, et s'exposer ainsi à subir l'application de l'article 1382 aux termes duquel : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » On comprend d'ailleurs que la réparation la plus adéquate pourrait consister, suivant les cas, à priver les époux, qui ont ainsi par leur fait induit les tiers en erreur sur leur qualité, du droit de se prévaloir vis-à-vis d'eux des effets de leur mariage. Ainsi la femme, qui a contracté sans être autorisée, pourrait être déclarée non recevable dans l'action en nullité qu'elle intenterait pour défaut d'autorisation.

**518. V. Nullité résultant de l'incompétence de l'officier de l'état civil.**  
— Il ne s'agit pas ici du cas où le mariage aurait été célébré par un officier public autre qu'un officier de l'état civil, ou à plus forte raison par un simple particulier ; le mariage est alors en effet non pas seulement nul, mais inexistant (*supra*, n° 478). Il s'agit du cas où le mariage a été célébré par un officier de l'état civil autre que celui qui aurait dû le célébrer d'après les dispositions de la loi.

La compétence de l'officier de l'état civil se lie dans une certaine mesure à la publicité du mariage, en ce sens que, d'une part la célébration devant l'officier de l'état civil désigné par la loi, c'est-à-dire devant celui du domicile de l'un des époux, augmentera la publicité du mariage, et que d'autre part la célébration devant un officier de l'état civil incompétent aggravera le vice de clandestinité dont le mariage serait d'ailleurs entaché. Cela explique le lien que le législateur paraît établir entre la publicité du mariage et la compétence de l'officier de l'état civil qui doit le célébrer. « *Le mariage sera célébré PUBLIQUEMENT* », dit l'article 165, « *DEVANT L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL DU DOMICILE DE L'UNE DES PARTIES* ». Et nous lisons dans l'article 191 : « *Tout mariage qui n'a point été contracté PUBLIQUEMENT et qui n'a point été célébré DEVANT L'OFFICIER PUBLIC COMPÉTENT.....* »

\* Mais est-ce une raison pour soutenir, comme on l'a fait, que la compétence de l'officier de l'état civil n'est envisagée par la loi que comme un des éléments de la publicité du mariage, et que par suite l'incompétence de l'officier de l'état civil n'est pas une cause de nullité distincte de la clandestinité, et ne suffirait pas à elle seule pour faire prononcer la nullité du mariage? On a invoqué en faveur de cette solution les termes de l'article 191 précité. « Tout mariage, qui n'a point été contracté publi-

quement ET qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent. » La conjonctive ET, qui réunit les deux membres de cette phrase, prouve bien, dit-on, qu'aux yeux du législateur, la clandestinité du mariage et l'incompétence de l'officier de l'état civil ne constituent qu'une seule et même nullité; autrement le législateur aurait employé la disjonctive OU. L'argument tiré de la conjonctive ET est d'autant plus péremptoire que le législateur a dû nécessairement en peser la portée, puisqu'il l'a substituée à la disjonctive OU qui figurait d'abord dans le projet. — Mais, comme on l'a fort bien remarqué, si l'on voulait presser l'argument tiré de la conjonctive ET, il en résulterait invinciblement qu'un mariage, absolument clandestin, mais qui aurait été célébré devant un officier public compétent, ne pourrait pas être annulé, car cette conjonctive semble bien indiquer que les deux conditions de clandestinité et d'incompétence de l'officier de l'état civil sont cumulativement exigées pour qu'il y ait nullité. Or c'est là un résultat inadmissible et que personne n'a jamais accepté. L'argument tiré de la conjonctive ET ne prouve donc rien, parce qu'il prouve trop. Il est beaucoup plus raisonnable de traduire ainsi l'article 194, al. 4. « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement et tout mariage qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent... », ce qui nous donne deux causes de nullité distinctes l'une de l'autre : la clandestinité et l'incompétence de l'officier de l'état civil.

**519.** On conçoit deux espèces bien distinctes d'incompétence de l'officier de l'état civil : l'incompétence à raison de la personne de l'officier de l'état civil et l'incompétence à raison du lieu où le mariage est célébré.

L'incompétence à raison de la personne, *ratione personæ*, a lieu, lorsque le mariage a été célébré par un officier de l'état civil autre que celui du domicile réel ou du domicile matrimonial de l'un des époux, par un officier de l'état civil en un mot autre que l'un de ceux désignés par la loi.

Il y a incompétence à raison du lieu, *ratione loci*, lorsque le mariage a été célébré par l'officier de l'état civil du domicile réel ou matrimonial de l'une des parties, mais hors du territoire de la commune sur laquelle il exerce sa juridiction ; comme si les deux époux ayant leur domicile à Bordeaux, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de cette ville, mais en dehors du territoire de la commune, par exemple dans une maison de campagne appartenant à l'un des époux et située sur le territoire d'une commune voisine de celle de Bordeaux.

L'incompétence à raison de la personne de l'officier de l'état civil est certainement une cause de nullité du mariage. Mais on ne doit pas admettre la même solution, bien qu'il y ait quelque doute à ce sujet, en ce qui concerne l'incompétence *ratione loci*. C'est du moins ce qui paraît résulter de la combinaison des articles 165, 191 et 193.

\* **520.** L'incompétence de l'officier de l'état civil qui a célébré un mariage n'en entraîne pas nécessairement la nullité. On doit admettre, conformément à l'opinion générale, que le juge, saisi d'une demande en nullité fondée sur cette cause, est investi d'un certain pouvoir d'appréciation, à peu près comme quand il s'agit de la nullité pour cause de clandestinité. C'est ce qui paraît résulter avec cer-

titude de l'article 193, ainsi conçu : « *Les peines prononcées par l'article précédent, se-  
 » ront encourues par les personnes qui y seront désignées, pour toute contravention aux  
 » règles prescrites par l'article 165, LORS MÊME QUE CES CONTRAVENTIONS NE SERAIENT PAS  
 » JUGÉES SUFFISANTES POUR FAIRE PRONONCER LA NULLITÉ DU MARIAGE* ». Une contraven-  
 tion quelconque aux règles prescrites par l'article 165 peut donc être considérée par  
 le juge comme n'étant pas suffisante pour faire prononcer la nullité du mariage, par  
 conséquent une contravention aux règles de la compétence de l'officier de l'état ci-  
 vil, aussi bien qu'une contravention aux règles de la publicité, puisque l'article 165  
 formule une double règle, l'une relative à la publicité de la célébration, l'autre rela-  
 tive à la compétence de l'officier de l'état civil. Le juge est investi d'un pouvoir dis-  
 crétionnaire pour apprécier la gravité de la violation soit des règles de la compé-  
 tence soit des règles de la publicité. On objecte que, si l'on comprend le pouvoir  
 d'appréciation laissé au juge en ce qui concerne la clandestinité qui est  
 susceptible de plus ou de moins, on ne le comprend pas en ce qui concerne la com-  
 pétence de l'officier de l'état civil : cet officier, dit-on, est compétent ou il ne l'est  
 pas ; il n'y a pas de milieu. — Pour comprendre le pouvoir d'appréciation laissé au  
 juge, il faut se souvenir que l'incompétence de l'officier de l'état civil se lie dans une  
 certaine mesure à la clandestinité. Sans doute cet officier est compétent ou il ne  
 l'est pas ; mais parmi les officiers de l'état civil incompetents il y en a, si l'on peut  
 ainsi dire, qui le sont plus ou moins, en ce sens que cette incompetente portera  
 suivant les circonstances une atteinte plus ou moins grave à la publicité du mariage.  
 Ainsi la célébration du mariage par un officier de l'état civil incompetente pourra  
 ne porter aucune atteinte ou ne porter qu'une atteinte très légère à la publicité du  
 mariage, s'il a été célébré en un lieu où les époux sont parfaitement connus, tandis  
 que l'atteinte sera au contraire très-grave si le mariage a été célébré en un lieu où les  
 époux sont complètement inconnus. La loi permet au juge de tenir compte de cet  
 élément qui a son importance et d'autres encore, notamment de la bonne ou de la  
 mauvaise foi des époux, de l'erreur plus ou moins excusable dans laquelle ils sont  
 tombés s'ils sont de bonne foi. Enfin elle lui laisse au cas d'incompétence, comme  
 au cas de clandestinité, un plein pouvoir d'appréciation.

## SECTION II

### DES MARIAGES PUTATIFS

**521.** Tant qu'un mariage nul n'a pas été déclaré tel par la justice, il  
 produit provisoirement ses effets. A partir du jour où la justice en a  
 prononcé la nullité, non-seulement il cesse de produire ses effets dans  
 l'avenir, mais ceux qu'il a produits dans le passé sont rétroactivement  
 anéantis; le mariage déclaré nul est en effet censé n'avoir jamais existé.  
 En ce sens il est vrai de dire du mariage annulé : *Quod nullum est nullum  
 producit effectum.*

De là résultent plusieurs conséquences, et entr'autres les suivantes :

1° Les enfants issus d'un mariage déclaré nul ne sont pas légitimes, car  
 la légitimité est un effet du mariage. Ils sont naturels simples, adulté-  
 rins ou incestueux, suivant la nature des relations qui ont existé entre  
 leurs parents.

2° Quand un mariage a été déclaré nul, chaque époux perd le droit de succéder à l'autre (art 767); et il faut même décider, en vertu du principe de rétroactivité qui vient d'être indiqué, que l'époux qui aurait recueilli en cette qualité la succession de son conjoint, devrait la restituer aux ayant-droit, si plus tard son mariage était déclaré nul.

3° Les conventions matrimoniales des époux dont le mariage a été déclaré nul, c'est-à-dire les conventions que ces époux ont faites dans leur contrat de mariage relativement à leurs biens, demeureront sans exécution; elles ne peuvent en effet se soutenir qu'en s'appuyant sur le mariage, et, le mariage tombant, elles tombent avec lui. Mais alors comment se régleront, relativement à leurs biens, les droits respectifs des époux? D'après le Droit commun, c'est-à-dire d'après les règles ordinaires de la société ou de la communauté. On réglera leurs intérêts comme on réglerait les intérêts de deux personnes qui auraient vécu ensemble sans être jamais mariées et qui auraient mis tout ou partie de leurs biens en commun.

4° Les donations qui ont été faites aux époux par des tiers dans leur contrat de mariage ne seront pas maintenues; car elles sont faites en vue du mariage, et doivent suivre son sort (arg., art. 1088).

**522.** La règle que les effets du mariage déclaré nul sont rétroactivement anéantis, souffre exception dans le cas du mariage *putatif*. On appelle de ce nom le mariage nul qui a été contracté de bonne foi par les époux ou par l'un d'eux. *Putatif* vient de *putare, penser*: les époux ont pensé en contractant que leur mariage était valable. La loi tient compte de leur bonne foi, et décide que les effets produits par leur mariage jusqu'à la déclaration judiciaire de nullité seront maintenus. Ainsi, dans l'hypothèse du mariage putatif, la déclaration judiciaire de nullité produit ses effets dans l'avenir, mais non dans le passé. Le mariage annulé ne produira plus désormais d'effets; mais la loi respectera ceux qu'il a déjà produits, absolument comme il arriverait pour un mariage valable dissous par le divorce. C'est ce qu'a voulu exprimer l'article 201, qui est rédigé en termes beaucoup trop généraux; car il semblerait dire, non-seulement que les effets produits par le mariage putatif jusqu'à la déclaration judiciaire de nullité seront maintenus, mais qu'en outre le mariage continuera à produire ses effets dans l'avenir: « *Le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.* » Et l'article 302 ajoute: « *Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage.* »

Tels sont les textes qui régissent dans notre Droit le mariage putatif.

Le mariage putatif nous vient du Droit canonique. Le Droit romain ne nous offre que fort peu de traces de cette institution.

**523.** Nous aurons à étudier: I. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait mariage putatif; II. Quels sont les effets du mariage putatif.

I. *Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait mariage putatif.*

**524.** La loi n'en exige qu'une seule, la bonne foi des époux ou de l'un d'eux. Nous verrons qu'il n'y a pas lieu d'ajouter sur ce point à son texte.

La bonne foi résulte ici de l'ignorance des causes qui empêchaient le mariage d'exister ou d'être valable. Les époux, ou tout au moins l'un d'eux, ont cru contracter un mariage valable alors qu'ils contractaient un mariage nul. La bonne foi est donc basée sur une erreur. Cette erreur peut être une erreur *de fait* ou une erreur *de droit*.

L'erreur *de fait* consiste ici dans l'ignorance ou la fausse notion d'un fait qui s'opposait à la validité du mariage : comme si deux personnes parentes au degré où le mariage est prohibé se sont mariées ensemble, ignorant le lien de parenté qui les unissait, ou sachant qu'elles étaient parentes, mais se croyant parentes à un degré où la loi ne prohibe pas le mariage, se croyant cousins germains par exemple tandis qu'elles sont frère et sœur.

L'erreur *de droit* consiste dans l'ignorance ou la fausse notion d'une disposition législative qui met obstacle à la validité du mariage. Ainsi un beau-frère et une belle-sœur se marient, connaissant le lien d'alliance qui les unit, mais ignorant la disposition législative qui prohibe le mariage entre le beau-frère et la belle-sœur. Ou bien encore (ce cas s'est présenté devant la Cour d'Aix, qui a jugé qu'il y avait mariage putatif), un Français âgé de vingt-quatre ans, et n'ayant pas par suite atteint sa majorité matrimoniale, épouse en pays étranger, sans le consentement de ses ascendants, une femme qui le croit capable de se marier sans ce consentement, et que l'on a d'autant plus facilement induite en erreur sur ce point que telle est effectivement la loi de son pays.

La bonne foi basée sur une erreur de droit peut servir de fondement au mariage putatif tout aussi bien que celle basée sur une erreur de fait ; car, d'une part la loi ne distingue pas, et d'autre part la situation des époux peut être aussi digne d'intérêt, et leur erreur aussi excusable dans le premier cas que dans le second, ainsi que le prouve l'espèce jugée par la Cour d'Aix.

Dans tous les cas, il appartient à l'époux ou aux époux qui, ayant contracté un mariage nul, prétendent que ce mariage est putatif, de prouver leur bonne foi et par suite l'erreur qui lui sert de base. En effet tout plaideur doit justifier des faits qu'il invoque à l'appui de sa prétention : *Actori incumbit probatio. Reus excipiendo fit actor.*

Tout le monde admet cette solution pour le cas où la bonne foi est basée sur une erreur de droit. Alors la bonne foi ne peut pas se présumer à cause de la règle *Nemo censetur ignorare legem* ; il faut donc la prouver. Mais on a prétendu que la bonne foi doit au contraire être présumée, lorsqu'elle est basée sur une erreur de fait. Rien,

dit-on, ne s'oppose alors à ce que l'on applique l'article 2268, ainsi conçu : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». On a victorieusement répondu que la présomption légale établie par cet article est spéciale à la matière de la prescription, et ne peut pas être étendue d'un cas à un autre, en vertu de ce principe que les présomptions légales sont de droit étroit. A défaut de cette base, quelques auteurs en ont cherché une autre dans cette idée que « nul ne doit être présumé avoir voulu sciemment contrevenir à la loi. » Mais c'est là une présomption qui n'est écrite nulle part dans la loi, et qui par suite ne peut pas être admise.

**525.** La bonne foi, qui sert de base au mariage putatif, doit exister au moment de la célébration (argument des mots « CONTRACTÉ de bonne foi » de l'article 201). Cela suffit pour que le mariage produise ses effets jusqu'à la déclaration judiciaire de nullité. Il ne cesserait pas de les produire à dater du jour où les époux ayant découvert leur erreur auraient cessé d'être de bonne foi.

Il en est autrement de la bonne foi requise chez le possesseur pour l'acquisition des fruits : le possesseur ne fait les fruits siens que tant que sa bonne foi persévère, à dater du jour où elle cesse, il cesse également de gagner les fruits (art. 549 et 550). La loi a eu raison de ne pas assimiler sur ce point les époux putatifs au possesseur de bonne foi. Les époux sont bien excusables assurément de ne pas se séparer, lorsqu'ils découvrent la nullité du mariage qu'ils ont contracté. Outre que cette séparation peut leur être infiniment pénible, on conçoit que, redoutant d'une part le scandale que produira la déclaration judiciaire de nullité, et espérant d'autre part que la nullité se couvrira ou qu'elle ne sera pas découverte par ceux qui pourraient la faire prononcer, ils continuent à vivre ensemble. Il y aurait eu une rigueur extrême à subordonner le maintien des effets civils du mariage à la continuation de la bonne foi des époux. Ce qu'il fallait considérer uniquement, c'était l'état de choses existant au moment où les époux ont contracté, *initium spectandum*; et c'est ce qu'a fait la loi, assimilant à ce point de vue la situation des époux putatifs à celle du possesseur qui, ayant juste titre et bonne foi, est en voie de prescrire par dix ou vingt ans (art. 2269); bien que, tout compte fait, la situation des époux putatifs présente peut-être plus d'analogie avec celle du possesseur qui invoque sa bonne foi à l'effet d'acquérir les fruits qu'avec celle du possesseur qui invoque sa bonne foi à l'effet de prescrire.

**526.** Telle est la seule condition requise par la loi pour qu'il y ait mariage putatif : la bonne foi des époux ou de l'un d'eux au moment de la célébration du mariage. Cette condition suffit. En effet le mariage putatif n'est pas autre chose qu'une fiction. Le législateur qui seul avait le pouvoir de l'établir pouvait seul aussi en déterminer les conditions; or il n'en exige pas d'autre que la bonne foi; donc elle suffit.

Il y a cependant sur ce point de nombreuses dissidences. Mais, comme il arrive toujours quand les interprètes veulent faire la loi (car ici ajouter à la loi c'est la faire), ils ne sont pas d'accord entre eux sur le point de savoir quelles sont les conditions qu'il y a lieu d'ajouter à celle exigée par la loi. La plupart veulent qu'outre la bonne foi, il y ait *mariage existant*. Il n'y aurait donc pas mariage putatif, si les époux ou l'un d'eux ont contracté, même avec la plus entière bonne foi, une union dépourvue d'existence légale : tel serait le mariage contracté devant un officier public autre qu'un officier de l'état civil ou devant un prêtre. On

en donne pour raison que le législateur traite du mariage putatif dans le chapitre des nullités; or dans ce chapitre, il ne s'occupe que des mariages nuls et non des mariages inexistants. On ajoute : le mariage inexistant, c'est le néant; et si l'on conçoit que le législateur fasse produire des effets civils à un mariage nul, c'est-à-dire à un mariage qui a provisoirement une existence légale, on ne comprendrait pas qu'il en fit produire à un mariage inexistant, c'est-à-dire au néant.

Le premier motif aurait une certaine valeur, si le législateur avait usé d'une méthode rigoureuse dans la distribution des matières qui font partie du titre *Du Mariage*. Mais il est loin d'en être ainsi. Sans sortir du chapitre des nullités, est-il bien facile d'expliquer comment toutes les règles relatives à la preuve du mariage (art. 194-200) ont pu y trouver place? D'un autre côté, est-il même bien certain que le législateur ait consacré la distinction entre les mariages inexistants et les mariages nuls? Comme on l'a dit plus haut (n° 477), il paraît avoir simplement soupçonné plutôt que nettement aperçu cette distinction, et la vérité est que, si elle n'avait d'appui que dans les textes du Code, si la raison ne venait pas développer les lueurs assez incertaines qu'ils fournissent à ce sujet, la distinction entre les actes inexistants et les actes nuls, qui a tant de peine à pénétrer dans la jurisprudence, n'aurait probablement pas non plus été acceptée dans la doctrine. Alors comment argumenter de la place qu'occupent les articles 201 et 202 pour soutenir qu'ils ne sont pas applicables aux mariages inexistants, s'il n'est même pas certain que le législateur ait distingué les mariages inexistants des mariages nuls? En tout cas, en supposant qu'il ait consacré la distinction, il n'y aurait encore qu'un bien faible argument à tirer de la place qu'occupent les articles 201 et 202 dans le chapitre *Des demandes en nullité de mariage*; car s'il est vrai que, dans ce chapitre, le législateur ne s'occupe que des mariages nuls, il est non moins certain qu'il ne s'est occupé nulle part ailleurs des mariages inexistants.

Quant au deuxième argument qui consiste à dire que, le mariage inexistant étant le néant, le législateur n'a pas pu décider qu'il produirait des effets civils parce que le néant ne peut rien produire, il y a une réponse bien simple : ce n'est pas au néant que le législateur fait produire des effets civils, mais à la bonne foi des époux dont la situation peut être tout aussi digne d'intérêt en cas de mariage inexistant qu'en cas de mariage nul. L'étrangère, appartenant à un pays dans lequel le mariage est valablement contracté, même au civil, devant un prêtre catholique, et à laquelle on a facilement persuadé qu'il en est de même en France, sera-t-elle donc, une fois mariée dans ces conditions moins digne d'intérêt, son erreur sera-t-elle moins excusable, que celle d'une Française qui a épousé son oncle croyant que la loi civile autorise ce mariage?

D'ailleurs en pressant l'argument on arriverait à supprimer la théorie du mariage putatif tout entière. Qu'est-ce donc qu'un mariage nul, une fois qu'il a été déclaré tel par la justice? C'est bien le néant aussi, puisqu'il est censé n'avoir jamais existé. Et cependant la loi lui fait produire des effets civils, ou plutôt elle maintient les effets produits; de sorte qu'en fin de compte la loi conserve les effets produits par un acte qui est censé n'avoir jamais eu d'existence légale. On remarquera enfin que les termes employés par la loi sont plutôt favorables que défavorables, quoi qu'on en ait dit, au système qui n'exclut pas les mariages inexistants du bénéfice des articles 201 et 202; l'article 201 nous parle en effet d'un mariage « DÉCLARÉ nul »; or ces expressions pourraient sembler choisies tout exprès pour embrasser l'hypothèse d'un mariage inexistant dont le juge constate l'inexistence, aussi bien que celle d'un mariage nul dont il prononce la nullité.

**527.** Quand on a une fois abandonné le texte de la loi, on ne sait plus où s'arrêter. Ainsi en est-il arrivé aux auteurs qui, plus exigeants que le législateur, ne

considèrent pas la bonne foi comme suffisante pour qu'il y ait mariage putatif. La plupart ne se contentent pas de la condition supplémentaire dont il vient d'être parlé: qu'il y ait mariage existant; il faudrait en outre, d'après l'un que le mariage ait été célébré avec les formalités requises par la loi, d'après l'autre que l'erreur des époux fût excusable.... La réponse est toujours la même, et plus forte cette fois que jamais: où est le texte qui pose ces conditions? Tenons-nous en à la loi. elle n'exige que la bonne foi; il faut savoir s'en contenter.

## II. *Effets du mariage putatif.*

**528.** Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, l'article 201 s'exprime en termes beaucoup trop absolus quand il dit que « le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils... », ce qui semblerait signifier qu'il continue à les produire même après la déclaration judiciaire de nullité. Tout le monde est d'accord pour admettre que le mariage putatif cesse de produire ses effets civils à dater du jour où la justice en a prononcé la nullité. Mais les effets produits jusqu'à cette époque sont maintenus; et non seulement ils sont maintenus, mais ils se perpétuent. Ainsi les enfants issus du mariage avant la déclaration judiciaire de nullité sont considérés comme légitimes, et conservent ce titre et les droits qui y sont attachés, droits de succession par exemple même après la déclaration judiciaire de nullité.

Par où l'on voit que le mariage contracté de bonne foi, dont la nullité a été déclarée par la justice, a été très-exactement assimilé à un mariage valable actuellement dissous par le divorce. Nous allons successivement envisager les conséquences de ce principe: à l'égard des enfants issus du mariage, à l'égard des époux, à l'égard des tiers.

**529. A. A l'égard des enfants.**— Les enfants issus du mariage, et même ceux simplement conçus avant la déclaration judiciaire de nullité seront considérés comme légitimes. Ils auront ce titre vis-à-vis des deux époux, alors même que la bonne foi n'aurait existé que chez l'un d'eux; la légitimité ne peut pas être scindée.

Les enfants issus du mariage putatif porteront donc le nom de leur père et ses titres, alors même que celui-ci serait de mauvaise foi. Ils succéderont à leur père et à leur mère, alors même que l'un d'eux serait de mauvaise foi. Ils succéderont aussi aux parents de leurs père et mère, même aux parents de celui des deux qui aurait été de mauvaise foi. Du reste ceux-ci auraient des droits réciproques; car, outre qu'ils sont personnellement irréprochables, on ne peut pas considérer l'enfant comme étant leur parent légitime sans les considérer comme parents légitimes de l'enfant.

\* **530.** Le mariage putatif opère-t-il la légitimation des enfants naturels que les époux auraient eus ensemble avant leur mariage, et dont la filiation est également constatée? Il faut répondre avec l'article 204 que le mariage putatif produira dans cette hypothèse tous les effets, mais seulement les effets d'un mariage valable; il

légitimera donc les enfants naturels simples, mais non les enfants adultérins ou incestueux. Tel serait en effet le résultat d'un mariage valable; or le mariage putatif doit avoir la même puissance au point de vue de la légitimation, mais ne doit pas avoir plus de puissance qu'un mariage valable.

Deux opinions opposées se sont fait jour. D'après la première, le mariage putatif opèrerait dans tous les cas la légitimation, même quand il s'agit d'enfants adultérins ou incestueux. La bonne foi des époux, qui ont ignoré que leur commerce fût entaché d'adultère ou d'inceste au moment de la conception de leurs enfants et au moment de leur mariage, serait suffisante pour expliquer cette solution. D'ailleurs la loi dit d'une manière générale que le mariage putatif produit les effets civils « tant à l'égard des époux qu'à l'égard *des enfants* », sans distinguer entre ceux qui sont nés du mariage et ceux qui sont nés auparavant, et sans distinguer, en ce qui concerne ces derniers, s'ils sont ou non adultérins ou incestueux. — Sans doute! Mais bien évidemment le mariage putatif ne peut produire que les effets civils qui seraient produits par un mariage valable. Or un mariage valable ne légitime pas les enfants adultérins ou incestueux nés avant le mariage, même quand les époux étaient de bonne foi au moment de la conception; la loi ne tient pas compte de la bonne foi des concubins pour effacer la tache originelle dont sont souillés leurs enfants. Donc un mariage putatif ne saurait les légitimer; autrement il produirait un effet civil que ne produit pas un mariage valable, ce qui est inadmissible.

La seconde opinion, prenant le contre-pied de la précédente, soutient que les enfants nés antérieurement au mariage ne seront jamais légitimés par le mariage putatif, même quand ils sont naturels simples. Au point de vue rationnel, cette opinion est du moins plus acceptable que la précédente; car si l'on ne conçoit pas que le mariage putatif, qui est un mariage nul, puisse produire plus d'effet qu'un mariage valable, on concevrait au contraire fort bien qu'il en produisît moins. Cette opinion invoque en outre un argument de texte tiré de l'article 202 qui, précisant les effets du mariage putatif dans un cas particulier, décide qu'il ne les produira qu'en faveur « des enfants *issus du mariage* »; donc, dit-on, il ne produira pas ses effets en faveur des enfants nés avant le mariage; donc par suite il ne les légitimera pas. Mais cet argument perd à peu près toute sa valeur devant les considérations suivantes. Nous avons deux textes où le législateur parle des effets du mariage putatif, l'article 204 et l'article 202. Dans l'article 204 il détermine les effets généraux du mariage putatif; dans l'article 202 il ne nous parle de ces effets qu'incidemment, pour nous dire qu'ils ne peuvent pas être invoqués par l'époux de mauvaise foi. Quel est celui de ces deux textes qui a le plus de valeur, quand il s'agit de préciser les effets du mariage putatif? L'article 204 évidemment; car dans un texte où il s'est proposé pour but principal de déterminer les effets du mariage putatif, le législateur a dû peser plus scrupuleusement ses expressions que dans un article (art. 202) où il ne nous parle de ces effets qu'incidemment. Or si, dans l'article 202, le législateur, statuant sans doute *de eo quod plerumque fit* et se servant par suite de termes purement énonciatifs, paraît restreindre les effets civils du mariage putatif aux enfants qui en sont issus, il dit au contraire dans l'article 204 d'une manière générale que le mariage putatif produit les effets civils « tant à l'égard des époux qu'à l'égard *des enfants* ». *A l'égard des enfants*; de tous sans distinction (car la loi ne distingue pas), par conséquent même de ceux nés avant le mariage. Ces enfants seront donc légitimés par le mariage putatif, comme ils le seraient par un mariage valable, puisque la légitimation est un des effets civils du mariage. — En tout cas, et en supposant que l'argument tiré de l'article 204 ne soit pas plus puissant que celui tiré de l'article 202, il le contrebalancerait tout au moins; et alors on aurait le

droit de se demander en raison pourquoi le mariage putatif produirait tous les effets civils du mariage excepté celui dont il s'agit. Ce serait d'autant plus injustifiable, que les époux se sont peut-être mariés précisément pour légitimer leurs enfants, auquel cas la légitimation était, de tous les effets civils du mariage, celui dont ils se préoccupaient avant tout. Et ce serait précisément celui que le mariage ne produirait pas! Ajoutez que, d'après l'article 202 comme d'après l'article 204, le mariage putatif produit tous les effets civils d'un mariage valable à l'égard des époux, s'ils sont tous deux de bonne foi, ou de celui des époux qui est de bonne foi. Or le mariage ne produirait pas tous ses effets civils à l'égard des époux ou de celui qui est de bonne foi, s'il ne légitimait pas leurs enfants.

B. *Effets du mariage putatif à l'égard des époux.*— Il y a lieu de distinguer si les deux époux ou l'un d'eux seulement sont de bonne foi.

**531. a).** Les deux époux étaient de bonne foi lors de la célébration du mariage. Le mariage produira ses effets civils à l'égard de l'un et de l'autre.

De là résultent plusieurs conséquences :

1<sup>o</sup> Les conventions matrimoniales des époux recevront leur pleine et entière exécution. S'ils se sont mariés sous le régime de la communauté, la communauté se liquidera et se partagera dans l'état où elle se trouvera à l'époque de la déclaration judiciaire de nullité du mariage.

2<sup>o</sup> La puissance paternelle sur les enfants issus du mariage ou légitimés par lui, appartiendra au père et à la mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de ces enfants (art. 372) avec tous ses attributs, notamment le droit de jouissance légale.

3<sup>o</sup> Le père et la mère pourront, le cas échéant, succéder à leurs enfants issus du mariage ou légitimés par lui (arg., art. 746 et 749).

4<sup>o</sup> Les époux pourront, le cas échéant, se succéder l'un à l'autre (arg., art. 767). Mais ce droit cessera de leur appartenir à partir de la déclaration judiciaire de nullité. En autres termes, si l'un des conjoints vient à mourir avant que la nullité du mariage ait été prononcée, l'autre pourra lui succéder s'il se trouve appelé à sa succession à défaut de parents; mais ce droit cesse d'appartenir réciproquement aux conjoints à partir de la déclaration judiciaire de nullité du mariage, de même qu'il cessait de leur appartenir par le divorce avant qu'il fût aboli. La raison en est que, pour succéder, il faut avoir le titre d'époux au moment de l'ouverture de la succession, « oportet esse uxorem mortis tempore ». Or les époux dont le mariage est annulé perdent à partir de ce moment le titre d'époux. — M. Laurent, qui paraît adopter la solution contraire, dit que le droit de succession est un effet civil du mariage, et il demande pourquoi, le mariage annulé, il ne serait pas maintenu entre époux aussi bien qu'il l'est au profit des enfants. La réponse est bien simple : c'est qu'après la déclaration judiciaire de nullité du mariage les enfants conservent leur qualité d'enfants légitimes, tandis que les époux perdent leur titre d'époux.

Une situation assez singulière pourrait se présenter, si un bigame, dont la deuxième épouse est de bonne foi, venait à mourir sans laisser de parents au degré successible et que sa succession fût réclamée par son épouse légitime et par son épouse putative tout à la fois. Les deux épouses ayant ni plus ni moins les mêmes droits, il semble qu'il y aurait lieu de faire ce que l'on fait quand deux héritiers de la même qualité, deux enfants du défunt par exemple, viennent à la succession, c'est-à-dire de la partager entre elles.

\* **532.** Si l'on admet que le droit de succession réciproquement établi par l'article 767 cesse entre époux putatifs à partir du jour de la déclaration judiciaire de nullité du mariage, il est difficile de ne pas admettre que l'obligation alimentaire

cesse entre eux à partir de la même époque. La même solution devrait être admise au cas où un seul des époux serait de bonne foi. L'époux de bonne foi ne pourrait donc pas, quoiqu'il ait le droit d'invoquer les effets civils du mariage, réclamer à l'autre une pension alimentaire. C'est ce qu'a décidé la Cour d'Alger par un arrêt du 26 mai 1879 (Sir., 1879. 2. 284). On peut objecter, il est vrai, que le mariage putatif doit, à partir de la déclaration judiciaire de nullité, être assimilé à un mariage valable actuellement dissous par le divorce, et que l'article 304 permet à l'époux en faveur duquel le divorce a été prononcé d'obtenir de l'autre une pension alimentaire. Mais il paraît bien difficile d'étendre en dehors du cas spécial qu'elle prévoit la disposition tout à fait exceptionnelle de l'article 304 ; d'autant plus que, si on admet son application au cas où un seul des époux est de bonne foi, on se trouve nécessairement conduit à l'étendre au cas où les deux époux sont de bonne foi, et alors on est tout à fait en dehors des termes et peut-être de l'esprit de l'article 304 dont la disposition semble devoir être considérée presque autant comme une peine infligée à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé que comme un avantage pour celui qui l'a obtenu.

**533. b).** *Un seul des époux était de bonne foi lors de la célébration du mariage.* Le mariage ne produira d'effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage (art. 202), ajoutez : ou légitimés par lui. Quant à l'autre époux, le mariage produira bien des effets civils contre lui, car l'époux de bonne foi et les enfants peuvent lui opposer les effets civils du mariage, mais il ne produira pas d'effets en sa faveur parce qu'il ne peut pas invoquer lui-même les effets civils du mariage. De là résultent entr'autres les conséquences suivantes :

1<sup>o</sup> L'époux de bonne foi jouira seul du droit de puissance paternelle et de ses divers attributs sur la personne et sur les biens des enfants issus du mariage.

2<sup>o</sup> L'époux de bonne foi aura seul le droit de succéder à ces enfants. Quant à l'autre époux, les enfants auront bien le droit de lui succéder ; mais, par une exception, que justifie sa mauvaise foi, au principe de réciprocité en matière de succession, il n'aura pas le droit de leur succéder ; du moins il ne le pourra que comme parent naturel, et encore peut-être à l'exclusion seulement de tout parent légitime de l'enfant décédé (art. 765).

\* 3<sup>o</sup> L'époux de bonne foi aura, à l'exclusion de l'autre, le droit d'exiger l'exécution des conventions matrimoniales ; c'est là un des effets civils du mariage, qui seul peut mettre le sceau au contrat de mariage et rendre obligatoires les conventions qu'il contient. Mais c'est pour lui une simple faculté ; il pourra donc, s'il y trouve son intérêt, laisser de côté les conventions matrimoniales, que l'autre époux n'a pas le droit d'invoquer, et demander que ses droits et ceux de son conjoint soient réglés conformément au Droit commun de la société ou de la communauté.

\* L'époux de bonne foi, qui demande l'exécution des conventions matrimoniales, doit les accepter dans leur ensemble. Il ne pourrait donc pas faire un triage entre les diverses clauses dont l'ensemble constitue le contrat de mariage, et demander l'exécution de celles qui lui sont favorables tout en repoussant l'application des autres. Ainsi, lorsqu'il est dit dans le contrat que la femme aura droit à un préciput de 20,000 fr. et que le mari prendra les deux tiers de la communauté, la femme, qui seule, on le suppose, est de bonne foi, ne pourrait pas demander l'exécution du contrat en ce qui concerne le préciput et l'application du Droit commun en ce qui concerne le partage de la communauté.

\* Résulte-t-il de là que l'époux de bonne foi ne pourra obtenir l'exécution des

donations à lui faites par son conjoint dans le contrat de mariage, qu'à la condition de réclamer l'exécution de ce contrat? En résulte-t-il en sens inverse que l'époux de bonne foi ne pourra pas réclamer l'exécution du contrat de mariage, sans être obligé d'exécuter les donations qu'il a faites à son conjoint par ce même contrat? La négative est généralement admise. Les donations, que les époux se font réciproquement dans le contrat de mariage, ne constituent pas des conventions matrimoniales, et par conséquent le principe de l'indivisibilité de ces conventions est hors de cause. On doit donc décider que l'époux de bonne foi pourra seul exiger l'exécution de ces donations, qui est un des effets civils du mariage (car il s'agit de donations faites *en faveur du mariage*) et il le pourra, quel que soit d'ailleurs le parti qu'il prenne relativement aux conventions matrimoniales.

\* Que décider quant aux donations faites *par des tiers* dans le contrat de mariage aux époux ou à l'un d'eux? Seront-elles maintenues, le mariage une fois annulé?

\* L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui concerne les donations faites à l'époux de bonne foi. En demandant leur exécution ou leur maintien, l'époux de bonne foi ne fait qu'invoquer l'un des effets civils du mariage, puisqu'il s'agit de donations faites en faveur du mariage. Mais la question fait au contraire difficulté en ce qui concerne les donations qui s'adressent à l'époux de mauvaise foi. La règle : que l'époux de mauvaise foi ne peut pas invoquer les effets civils du mariage, paraît s'opposer à ce que dans aucun cas il puisse réclamer ou conserver le bénéfice de ces donations.

\* Mais ces donations ne profiteront-elles pas tout au moins aux enfants issus du mariage? A cet égard la distinction suivante semble devoir être admise :

\* S'agit-il d'une donation de biens à venir ou d'une donation de biens présents et à venir? Les enfants issus du mariage, étant eux-mêmes donataires puisqu'ils sont appelés à défaut de l'époux donataire, pourront réclamer, à l'exclusion de l'époux de mauvaise foi, le bénéfice de la donation, et même, si la donation a produit son effet au profit de l'époux, exiger de lui la restitution des biens.

\* La même solution ne devrait pas être admise en ce qui concerne les donations de biens présents. Ces donations devraient être considérées comme non avenues vis-à-vis des enfants aussi bien que vis-à-vis de l'époux donataire ; car on ne voit pas à quel titre les enfants en réclameraient le bénéfice, puisqu'ils ne sont pas personnellement donataires.

**534. c). Effets du mariage putatif à l'égard des tiers.** Le mariage putatif produit, aux termes de l'article 201, les effets civils que produirait un mariage valable; or le mariage valable produit certains effets civils à l'égard des tiers; donc il en sera de même du mariage putatif. Et toutefois, s'il n'y a qu'un des époux qui soit de bonne foi, lui seul pourra se prévaloir à l'égard des tiers des effets civils du mariage.

Par application de ce principe, la femme, en la supposant de bonne foi, aura sur les immeubles de son mari l'hypothèque légale de l'article 2121, et pourra opposer cette hypothèque aux tiers comme si son mariage était valable. De même la femme de bonne foi pourra attaquer et faire annuler les actes qu'elle aurait passés avec des tiers sans autorisation (arg., art. 217 et 225). Le mari aura le même droit s'il est de bonne foi (art. 225).

\* La naissance d'un enfant issu d'un mariage putatif opèrerait-elle la révocation des donations faites par l'un ou l'autre des conjoints à une époque où il n'avait pas d'enfants? On s'étonne qu'il puisse y avoir quelque doute sur cette question; les

principes sont certains et leur application facile à faire. La révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfants est évidemment un des effets civils du mariage (art. 960). Donc le mariage putatif pourra produire cet effet comme tous les autres, mais seulement au profit de l'époux de bonne foi, si la bonne foi n'existe que d'un côté. En aucun cas d'ailleurs, les enfants issus du mariage ne pourront demander cette révocation de leur propre chef, car l'action en révocation n'appartient qu'au donateur.

### SECTION III

#### DE LA PREUVE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

**535.** Toute personne, qui allègue un fait en justice à l'appui de sa prétention, doit en fournir la preuve. C'est donc à celui qui invoque les effets civils d'un mariage d'en démontrer l'existence. En l'absence de cette preuve il devra être déclaré non recevable dans sa prétention.

\* On voit que le mariage nul et le mariage non prouvé se touchent de près, en ce sens que celui-ci pas plus que celui-là ne peut produire d'effets civils. Ou plutôt le mariage qui existe mais qui n'est pas prouvé produit bien ses effets civils ; mais comme, à défaut de preuve, il est impossible de les faire reconnaître et consacrer par la justice, c'est comme si ces effets n'existaient pas : *Non deficit jus, sed probatio*. Cela explique jusqu'à un certain point que le législateur ait pu considérer la preuve de la célébration du mariage comme faisant suite aux nullités du mariage, et confondre ces deux matières dans un même chapitre. Mais on aurait tort d'en conclure qu'il faut assimiler à tous les points de vue le mariage non prouvé au mariage nul. C'est ainsi qu'un mariage nul dont l'existence est prouvée peut engendrer des effets civils s'il a été contracté de bonne foi (art. 201 et 202), tandis que le même résultat ne pourrait pas être produit par un mariage, même valable, que les époux prétendraient avoir contracté de bonne foi et dont ils ne fourniraient pas la preuve.

**536.** Prouver le mariage, c'est prouver le fait de sa célébration régulière. Les articles 194 à 200 vont nous dire comment se fait cette preuve.

Aux termes de l'article 194 : « *Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil, sauf les cas prévus par l'article 46, au titre des Actes de l'état civil.* » L'acte de mariage ! Voilà le mode de preuve régulier et normal de sa célébration. Notre article exige un acte « inscrit sur le registre de l'état civil. » Donc celui qui serait inscrit sur une feuille volante n'aurait aucune force probante. Si cette solution peut être douteuse pour les autres actes de l'état civil, elle ne l'est guère pour l'acte de mariage à raison des termes si précis de l'article 194.

L'acte de mariage ne saurait être suppléé :

Ni par la preuve d'une promesse de mariage, de quelque solennité qu'elle ait été entourée. Ainsi que le dit Loysel : « Fille fiancée n'est ni prise ni laissée, car tel fiancé qui n'épouse pas ».

Ni par la preuve que les publications ont été faites : elles n'annoncent qu'un projet de mariage qui a peut-être été abandonné ;

Ni par la représentation d'un contrat de mariage, car souvent l'union en vue de laquelle il est fait ne se réalise pas ;

Ni par aucune autre preuve écrite, quelle qu'elle soit ;

Ni par la preuve testimoniale ;

Ni par la possession d'état. A cet égard nous avons un texte : « *La possession d'état ne pourra pas dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil* » (art. 195).

La possession d'état dont parle cet article est la possession de l'état d'époux légitime. Posséder l'état d'époux légitime, c'est jouir *en fait* de ce titre. Les principaux faits d'où résulte cette possession d'état sont : 1° que l'homme et la femme, qui se prétendent ou que l'on prétend légitimement mariés, se sont comportés l'un à l'égard de l'autre comme époux légitimes, par conséquent qu'ils ont cohabité ensemble, que la femme a porté le nom du mari, qu'ils se sont en toute circonstance, dans les actes publics comme dans les relations de la vie privée, présentés comme époux légitimes ; 2° qu'ils ont été considérés comme époux légitimes dans leurs familles respectives ; 3° enfin que le public, se faisant l'écho de la famille, leur a aussi attribué cette qualité (arg., art. 321).

Comme on le voit, la possession d'état est, pour la majeure partie, l'œuvre des époux. C'est parce qu'ils se sont présentés comme époux légitimes et comportés comme tels, que la famille d'abord, et le public ensuite leur ont reconnu ce titre. Aussi est-il tout simple que notre article ne permette pas à ceux qui réclament le titre d'époux de suppléer à l'acte de célébration du mariage par la possession d'état ; ce serait les autoriser à prouver leur prétention par un titre dont ils seraient les auteurs.

D'ailleurs, en admettant la possession d'état comme moyen de preuve du mariage, on permettrait au concubinage d'usurper les droits de l'union légitime ; car la possession d'état d'époux légitime est souvent mensongère, dans les grandes villes surtout. On favoriserait ainsi le concubinage au détriment du mariage, et l'institution du mariage en serait ébranlée. « On ne peut, dit Daguesseau, prendre dans une matière aussi grave la renommée comme juge et le bruit public comme témoin. »

**537.** La règle : que la possession d'état ne peut pas suppléer au titre, c'est-à-dire à l'acte de mariage, ne s'applique pas seulement aux époux, ainsi qu'on pourrait être tenté de l'induire par argument *a contrario* des termes de l'article 191. Elle est générale, et s'applique à toute personne qui veut faire la preuve du mariage dans le but d'en réclamer les effets civils. En effet l'article 194 est conçu dans les termes les plus absolus : « Nul ne peut réclamer le titre d'époux *et les effets civils du*

*mariage* s'il ne représente un acte de célébration... » Et l'article suivant, d'après lequel les époux ne peuvent pas suppléer à l'acte de mariage par la possession d'état, doit être entendu en ce sens : que la possession d'état ne dispense pas de la représentation du titre *même les époux* qui invoquent respectivement le mariage. L'idée de la loi est donc celle-ci : « La possession d'état ne remplace pas le titre ; cette règle s'applique même aux époux dans leurs relations l'un vis-à-vis de l'autre. » La preuve d'ailleurs que la règle formulée par l'article 195 est générale, c'est qu'il a fallu un texte, l'article 197, pour permettre aux enfants de prouver dans un cas exceptionnel le mariage de leur père et mère par la possession d'état.

\* **538.** Toutefois la règle, d'après laquelle la célébration du mariage ne peut se prouver que par un acte inscrit sur les registres de l'état civil, n'est applicable que lorsque la preuve du mariage a pour but de permettre à ceux qui la font de « réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage » (art. 194). S'il s'agissait de prouver le mariage sans que l'état des personnes fût en cause, si par exemple un contrat ayant été fait sous la condition que tel mariage sera conclu, il s'agissait d'établir la réalisation de la condition, la preuve du mariage pourrait être fournie par les moyens du Droit commun, notamment par la délation du serment.

**539.** En rejetant la possession d'état comme moyen de preuve normal de la célébration du mariage, notre législateur s'est écarté avec raison des traditions du Droit romain, où ce mode de preuve formait le Droit commun. Notre ancienne jurisprudence avait primitivement accepté sur ce point les principes du Droit romain, ainsi que l'atteste un adage que Loysel formule un peu crûment dans les termes suivants : « Boire, manger, coucher ensemble... fait preuve du mariage ». Mais au seizième siècle, l'ordonnance de Blois du 15 mai 1579 (art. 40 et 44) décida que la possession d'état n'engendrerait plus à l'avenir une présomption de célébration du mariage. Il paraît que cette disposition de l'ordonnance ne fut exécutée qu'à partir de l'an 1600.

**540.** Si la possession d'état ne peut pas remplacer l'acte de célébration du mariage, du moins elle le corrobore quand elle s'unit à lui. « *Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage* » devant l'officier de l'état civil est représenté, *les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte.* » (art. 196). Ce texte, sur le véritable sens duquel on n'est pas d'accord, signifie que, quand un acte de mariage est soutenu par une possession d'état conforme, il devient inattaquable de la part des époux quelles que soient ses irrégularités. La possession d'état couvre alors les vices du titre. Ainsi un acte de mariage n'est pas signé par l'officier de l'état civil ou bien il est inscrit sur une feuille volante. Bien que nul, cet acte ne pourra pas être attaqué par les époux s'ils ont la possession d'état.

**541.** C'est seulement l'acte de mariage, l'*instrumentum*, qui devient alors inattaquable, mais non le mariage lui-même. La possession d'état, même jointe à un titre régulier, ne peut couvrir aucun des vices dont le mariage serait atteint indépendamment de l'acte qui le constate. Ainsi le mariage est entaché de bigamie ou d'inceste :

cette circonstance : que l'acte qui en constate la célébration est soutenu par une possession d'état conforme, ne fera nul obstacle à ce que les époux attaquent le mariage. Ce que peut couvrir la possession d'état, c'est seulement la nullité de l'acte de célébration, mais non la nullité du mariage lui-même.

Ce n'est pas l'avis de tous les auteurs. Suivant quelques-uns, quand la loi dit dans l'article 496 *in fine* : « les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité DE CET ACTE », elle désignerait par les mots CET ACTE le mariage lui-même dont la nullité se trouverait ainsi couverte par la possession d'état. — Mais alors la possession d'état va donc rendre les époux non recevables à attaquer un mariage entaché de bigamie ou d'inceste ! — Non, dit-on ; car ce sont là des nullités qui touchent de trop près à l'ordre public pour que la possession d'état puisse les couvrir. Il n'en est pas de même de la nullité résultant de la clandestinité du mariage, et de celle résultant de l'incompétence de l'officier de l'état civil qui se lie dans une certaine mesure à la clandestinité. Rien ne s'oppose à ce que ces deux nullités soient couvertes par la possession d'état des époux, qui purgera le vice dont le mariage était atteint en apprenant au public, après coup il est vrai, ce que le défaut de publicité du mariage l'a empêché d'apprendre avant la célébration. — En théorie, cette distinction entre les diverses causes de nullité dont les unes, telles que la clandestinité, pourraient, et les autres, telles que la bigamie, ne pourraient pas se couvrir par la possession d'état, peut avoir sa raison d'être ; mais elle ne trouve aucune base dans les textes. De deux choses l'une : ou l'expression « cet acte » qui termine l'article 496 fait allusion au mariage lui-même, et alors toutes les nullités, même celles provenant de la bigamie et de l'inceste, seront couvertes par la possession d'état, ce que personne n'admet ; ou bien elle fait allusion à l'acte de célébration, et alors la possession d'état ne couvre aucune des nullités dont le mariage lui-même, indépendamment de l'acte qui le constate, peut être atteint. C'est à cette dernière solution, comme nous l'avons dit, qu'on doit s'en tenir. Il faut, comme le dit Demante, vouloir véritablement fermer les yeux à la lumière, pour ne pas voir que l'acte dont parle l'article 496 *in fine*, est l'acte écrit, *instrumentum*, qui constate la célébration du mariage. Comment ! voilà l'article 496 qui nous dit dans son alinéa premier : « Lorsqu'il y a possession d'état et que L'ACTE de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil EST REPRÉSENTÉ », ce qui fait indubitablement allusion à l'acte écrit, à l'*instrumentum* ; et quand l'article ajoute : « les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de CET ACTE », les mots CET ACTE désigneraient autre chose que l'acte dont le législateur vient de parler à l'instant même, c'est-à-dire l'acte écrit constatant la célébration ! En vérité ce n'est pas admissible. Ajoutez à cela que dans les articles 494, 495 et 497 le législateur emploie l'expression *acte de célébration* dans le sens d'*acte écrit constatant la célébration*. Or comment supposer que la même expression employée deux fois par l'article 496, qui se trouve enchassé au milieu d'eux, ait le même sens dans la première partie et un sens différent dans la seconde. Il est inutile d'insister !

En résumé, la place qu'occupe l'article 496 au milieu de la série d'articles qui traitent de la preuve du mariage et non de sa validité ; les termes mêmes de l'article qui, parlant dans sa première partie de l'acte écrit dressé pour constater la célébration du mariage, n'a pas pu dans sa partie finale prendre le mot *acte* dans une autre acception ; enfin le sens dans lequel cette expression est prise par les dispositions qui précèdent l'article 496 et par celles qui le suivent ; tout semble prouver jusqu'à l'évidence que l'article 496 s'occupe seulement de l'acte écrit constatant la célébration du mariage, et non de cette célébration ni encore bien moins du mariage lui-même. Et l'article signifie tout simplement ceci : quand un mariage est constaté par un acte de célébration soutenu par une possession

d'état conforme, les époux, auxquels on oppose cet acte pour prouver l'existence de leur mariage, ne sont plus admis à en contester la valeur ni à se prévaloir des irrégularités dont il est entaché, pour soutenir qu'il est nul et que par suite il ne prouve pas le fait de la célébration.

**542.** Mais c'est seulement en ce qui concerne les époux, que l'acte irrégulier devient inattaquable, quand il est soutenu par la possession d'état; l'article 196 dit en effet : « LES ÉPOUX sont respectivement non recevables... » La possession d'état ne couvrirait donc pas à l'égard des tiers les vices du titre, en ce sens que, si ce titre leur était opposé à l'effet d'établir la célébration du mariage, ils pourraient l'attaquer malgré la possession d'état qui le soutient; car cette possession d'état, étant l'œuvre des époux, ne peut constituer qu'une fin de non-recevoir toute personnelle à ceux-ci.

**543.** La règle écrite dans l'article 194, à savoir que la célébration du mariage ne peut être prouvée que par un acte inscrit sur le registre de l'état civil, souffre trois exceptions dont une est indiquée par l'article 194 lui-même, l'autre par l'article 197, et la troisième par les articles 198-200.

**544.** PREMIÈRE EXCEPTION. Elle est indiquée par ces mots de l'article 194 « sauf les cas prévus par l'article 46 au titre *des Actes de l'état civil* » (voyez *supra*, n° 245).

**545.** DEUXIÈME EXCEPTION. Elle est contenue dans l'article 197 ainsi conçu : « *Si néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance.* »

Des enfants qui ont perdu leur père et leur mère veulent établir leur légitimité contre des adversaires qui la contestent. Régulièrement ils devraient prouver le mariage de leurs père et mère (car la légitimité ne peut être que le fruit du mariage), et faire cette preuve par la représentation d'un acte régulier de célébration (art. 194). Mais les enfants ignorent, on le suppose, la commune dans laquelle leurs père et mère ont contracté mariage, et il n'ont aucun moyen de se renseigner à cet égard. Il leur est bien évidemment impossible, en pareille circonstance, de rapporter l'acte de mariage de leurs auteurs, car ils ne peuvent pas faire des recherches sur les registres de l'état civil de toutes les communes de France; et d'ailleurs, quand même il leur serait possible d'accomplir ce prodigieux travail, ils ne seraient pas certains encore de découvrir l'acte qu'ils cherchent, car leurs parents ont pu se marier en pays étranger. Que faire? La loi, appliquant la règle « à l'impossible nul n'est tenu » et mue d'ail-

leurs par un sentiment de faveur pour la légitimité, dispense les enfants de la représentation de l'acte de mariage de leurs parents, et décide que la preuve de leur légitimité résultera de cette double circonstance : que leurs parents ont eu la possession d'état d'époux légitimes, et qu'eux-mêmes ont celle d'enfants légitimes; pourvu toutefois que l'induction qui résulte de cette double possession d'état ne soit pas contredite par leur acte de naissance. De sorte que, dans l'hypothèse particulière prévue par l'article 197, le mariage pourra être prouvé par la possession d'état, et il y aura ainsi exception à la règle écrite en l'article 195, ce qu'annonce d'ailleurs le mot *néanmoins* par lequel débute l'article 197.

**546.** Quatre conditions sont requises pour que la légitimité des enfants puisse être établie par le mode de preuve exceptionnel qu'indique l'article 197.

1<sup>o</sup> *Que le père et la mère soient tous les deux décédés.* — Si le père et la mère, ou l'un d'eux, sont vivants, l'enfant pourra facilement savoir dans quelle commune leur mariage a été célébré, et rapporter l'acte de célébration. La loi n'admet pas que des époux puissent avoir oublié la commune dans laquelle ils ont contracté mariage, ni refuser pour des raisons d'intérêt pécuniaire ou pour toute autre de l'indiquer à leur enfant. Ils le renseigneront donc sur ce point, et celui-ci prouvera sa légitimité conformément aux règles du Droit commun.

Au cas de décès des père et mère la plupart des auteurs assimilent celui où ils seraient en état d'absence déclarée ou dans l'impossibilité d'exprimer leurs idées. Il est certain en effet qu'au point de vue des renseignements à obtenir sur le lieu où le mariage a été célébré, l'absence de ceux qui doivent fournir ces renseignements, ou l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent d'exprimer leurs idées, peut équivaloir à leur décès. Et toutefois l'exactitude de cette solution est fort contestable; car on étend ainsi, en dehors du cas prévu par la loi, une disposition essentiellement exceptionnelle de sa nature, ce qui est contraire à la règle *Exceptio est strictissime interpretationis*.

2<sup>o</sup> *Que le père et la mère de l'enfant aient eu la possession d'état d'époux légitimes.* — C'est que notre texte exprime par ces mots : « qui ont vécu publiquement comme mari et femme ».

3<sup>o</sup> *Que l'enfant qui se prétend légitime ait la possession d'état d'enfant légitime.* — La loi exige donc ici une double possession d'état, celle des parents et celle de l'enfant. On ne peut guère en douter, quand on lit avec soin la partie finale de l'article 197. Très-certainement quand la loi dit : « toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état... », la possession d'état dont elle parle n'est plus celle des parents de l'enfant, mais de l'enfant lui-même.

4<sup>o</sup> *Que la possession d'état de l'enfant ne soit point contredite par son acte de naissance.* — La loi n'exige pas que l'acte de naissance de l'en-

fant *confirme* sa possession d'état, ce qui arriverait si l'enfant y était désigné comme légitime, mais seulement qu'il ne la *contredise* pas. Il la contredirait s'il désignait l'enfant comme naturel, mais non s'il le désignait comme né de père et mère inconnus.

\* Faut-il du moins que l'enfant représente son acte de naissance, afin que l'on puisse vérifier s'il ne contredit pas sa possession d'état? Le texte de la loi, combiné avec les principes généraux sur la preuve qui obligent tout plaideur à justifier de l'existence des conditions nécessaires au succès de sa prétention, semblerait l'exiger. Mais l'historique de la confection de la loi démontre que telle n'a pas été la volonté du législateur. En effet la rédaction actuelle de l'article 197 *in fine* a été substituée à une autre rédaction, primitivement adoptée par le conseil d'Etat, et qui exigeait que l'enfant prouvât sa légitimité « par son acte de naissance appuyé de la possession d'état ». La modification, qu'a subie ce texte dans sa rédaction définitive sur une observation du consul Cambacérès, ne peut avoir eu pour but que de dispenser l'enfant de produire son acte de naissance.

**547.** Quand les quatre conditions qui viennent d'être indiquées se trouvent réunies, l'enfant sera dispensé, pour prouver sa légitimité, de représenter l'acte de célébration du mariage de ses père et mère. Mais il ne saurait être évidemment dans une situation meilleure que si cet acte était représenté, et par suite ses adversaires devraient être admis à établir, par les moyens de preuve du Droit commun, la nullité du mariage, pour cause de bigamie par exemple ou d'inceste, et par suite l'illégitimité de l'enfant, comme ils auraient le droit de le faire en présence d'un acte régulier de célébration.

\* Les adversaires de l'enfant pourraient-ils aussi prouver que, malgré la possession d'état dont ils jouissaient, les auteurs de l'enfant n'ont jamais été mariés? L'affirmative paraît résulter très-positivement du texte de la loi qui, en disant que « la légitimité des enfants ne peut être contestée *sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration* », donne bien à entendre qu'elle pourrait l'être pour d'autres motifs. La jurisprudence admet en effet les adversaires de l'enfant à prouver que ses auteurs n'ont jamais été mariés l'un avec l'autre, mais elle exige une preuve *directe et décisive* (ce sont les expressions de la Cour de Paris). Or une semblable preuve est à peu près impossible, de sorte que la jurisprudence retire en réalité d'une main aux adversaires de l'enfant ce qu'elle leur concède de l'autre. Ainsi, dans une espèce jugée par la Cour de Lyon et par la Cour de cassation, il y avait eu un contrat de mariage fait devant notaire entre le père et la mère de l'enfant; mais tous les parents sans exception affirmaient que le mariage n'avait jamais été célébré. Ce n'était pas là une preuve *directe et décisive*; car il pouvait se faire que le mariage eût été célébré à l'insu des parents, et par suite la prétention des adversaires de l'enfant a été écartée.

**548.** TROISIÈME EXCEPTION. *Preuve de la célébration du mariage résultant d'une procédure criminelle.* — La destruction ou la falsification d'un acte de mariage constitue un crime (P., art. 145, 146, 147, 173); l'inscription d'un acte de mariage sur une feuille volante constitue un délit (P., art 192). Ce crime ou ce délit peut, comme toute autre infraction à la loi pénale, donner lieu à deux actions : l'action publique et l'action civile.

a). *L'action publique*, qui a pour but de faire appliquer au coupable la peine prononcée par la loi. Cette action appartient à la société qui en

délègue l'exercice à un mandataire, le ministère public. L'action publique ne peut être exercée que pendant la vie du coupable, parce que lui seul peut être responsable, *au point de vue pénal*, des infractions qu'il a commises. *Pœna suos tantum teneat auctores*. Elle est exercée devant les tribunaux spéciaux qu'on appelle *lato sensu* tribunaux criminels.

b). *L'action civile*, ou action en réparation du préjudice causé par l'infraction. Elle appartient au particulier lésé. Dans l'espèce qui nous occupe, les époux ou autres intéressés demanderont la réparation du préjudice que leur cause la destruction de l'acte de mariage ou sa falsification ou son inscription sur une feuille volante; cette réparation consistera dans le rétablissement de la preuve du mariage, et peut-être en outre dans des dommages et intérêts. L'action civile survit à l'auteur de l'infraction, et peut être exercée après sa mort contre ses héritiers. En effet, si nos héritiers ne sont pas responsables pénalement des conséquences de nos délits, ils en sont responsables civilement, c'est-à-dire pécuniairement. L'action civile peut être intentée, soit par voie *principale* devant les tribunaux civils (c'est la seule voie possible quand le coupable est décédé), soit par voie incidente devant le tribunal criminel déjà saisi de l'action publique, ce qu'on appelle se porter *partie civile*. En outre, mais seulement en matière de délits, l'action civile peut être portée directement devant le tribunal de police correctionnelle par la partie lésée, alors même que ce tribunal ne serait pas saisi de l'action publique.

**549.** Ces préliminaires étant posés, il est facile de comprendre que la preuve de la célébration d'un mariage peut résulter d'une procédure criminelle ou correctionnelle.

*D'une procédure criminelle.* — Ainsi un officier de l'état civil est poursuivi par le ministère public devant la cour d'assises, et condamné comme coupable d'avoir lacéré le feuillet du registre qui contenait mon acte de mariage. Il résulte bien de cette procédure que mon mariage a été légalement célébré, puisque l'officier de l'état civil est condamné pour avoir détruit l'acte qui constatait cette célébration légale.

*D'une procédure correctionnelle.* — L'officier de l'état civil qui a célébré mon mariage a inscrit l'acte destiné à le constater sur une feuille volante. Il est poursuivi par le ministère public à raison de ce fait devant le tribunal de police correctionnelle, et condamné à la peine édictée par l'article 192, P. Ici encore la procédure qui s'est déroulée devant le tribunal correctionnel établit le fait de la célébration légale de mon mariage, célébration que ne prouve pas ou que prouve d'une manière imparfaite l'acte inscrit sur une feuille volante.

Le tribunal criminel ou correctionnel qui acquiert ainsi la preuve de la célébration légale d'un mariage doit, sur la réquisition des parties

intéressées ou du ministère public, constater le fait de cette célébration, et, remplaçant ainsi dans la mesure du possible la preuve qui résultait de l'acte de célébration, ordonner l'inscription de son jugement sur les registres de l'état civil de la commune où le mariage a été célébré. C'est là ce qu'a voulu dire l'article 198, ainsi conçu : « *Lorsque la preuve d'une* » *célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une* » *procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état* » *civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les* » *effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de* » *ce mariage.* » La loi dit : « par le résultat d'une procédure *criminelle* ». Ne concluez pas de là que l'article est inapplicable au cas où la preuve de la célébration légale du mariage résulte d'une procédure *correctionnelle* (cas de l'inscription de l'acte de mariage sur une feuille volante). Les mots *procédure criminelle* sont pris ici *lato sensu*, et désignent toute procédure qui se déroule devant les *tribunaux de répression*, c'est-à-dire devant un tribunal quel qu'il soit chargé de réprimer une infraction à la loi pénale. D'ailleurs, ce qui doit lever tous les doutes, c'est que le projet avait été exclusivement rédigé en vue du cas d'inscription de l'acte de mariage sur une feuille volante, et les modifications qu'on lui a fait subir ont eu pour but de le généraliser et de le rendre applicable à tous les cas où la preuve du mariage est supprimée ou altérée par suite d'une infraction.

La loi ajoute : « l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils... » C'est trop dire. Il est possible que le mariage, dont un jugement rendu au criminel prouve la célébration légale, fût nul pour cause de bigamie ou d'inceste par exemple. Bien évidemment l'inscription de ce jugement sur les registres de l'état civil ne pourra pas assurer à un semblable mariage tous ses effets civils, et l'affranchir ainsi de la nullité dont il est entaché. Le seul effet que puisse produire rationnellement l'inscription dont s'agit, c'est de remplacer l'acte détruit.

En sens inverse, la loi n'en dit pas assez en déclarant que l'inscription du jugement assurera au mariage tous les effets civils « tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus du mariage », semblant indiquer par là que cette inscription ne pourrait pas profiter aux autres intéressés qui voudraient faire la preuve du mariage dans le but d'invoquer ses effets civils. De cette restriction il n'y aurait aucune raison plausible. Le jugement inscrit sur les registres est destiné à remplacer l'acte détruit ; il doit donc profiter à tous ceux qui auraient pu se prévaloir de cet acte. Aussi doit-on considérer les termes de l'article 198 *in fine* comme purement énonciatifs. Ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit* : la loi ne parle que des époux et des enfants issus d u

mariage, parce que le plus souvent ce sont eux qui auront à faire la preuve du mariage.

**550.** Maintenant, comment, par quelles personnes et sous quelles conditions pourra être intentée l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage? A cet égard une distinction doit être faite suivant que l'auteur du crime ou du délit dont le résultat a été de supprimer ou d'altérer l'acte constatant la célébration légale du mariage est vivant ou décédé.

**551. A. L'AUTEUR DU CRIME OU DU DÉLIT EST VIVANT.** Nous avons à rechercher successivement: *a)* par quelle voie l'action peut être intentée; *b)* par quelles personnes.

**552. a).** Par quelle voie peut être exercée l'action qui tend au rétablissement de la preuve du mariage? L'application des principes du Droit commun conduit à décider qu'elle peut l'être par l'une des deux voies suivantes :

1° En agissant au civil par voie principale contre l'auteur du délit ou du crime d'où est résultée l'altération ou la suppression de la preuve du mariage. Cette action peut dans tous les cas être portée devant le tribunal de première instance jugeant civilement. En outre, et au cas particulier où il s'agirait d'un simple délit, les intéressés peuvent agir directement devant le tribunal de police correctionnelle, sauf au ministère public à intervenir et à exercer contre le coupable l'action publique, afin de lui faire appliquer la peine qu'il a méritée par son délit.

2° Les intéressés peuvent intenter l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage incidemment à l'action publique dont le tribunal de police correctionnelle ou la cour d'assises serait déjà saisie à la requête du ministère public, c'est-à-dire joindre à l'action publique intentée d'abord par le ministère public leur action civile en vue d'obtenir le rétablissement de la preuve du mariage.

\* Que ce dernier moyen puisse être employé par les intéressés, ce n'est pas contestable; c'est celui auquel fait allusion l'article 498.

\* Mais on conteste au contraire très-sérieusement qu'il en soit de même du premier. On prétend qu'il résulte de la combinaison des articles 498 et 200 que le législateur a entendu le proscrire. En effet, dit-on, l'article 200 autorise bien l'exercice de l'action civile par voie principale, mais seulement après la mort du coupable, et avec des garanties particulières pour éviter toute collusion frauduleuse. Pendant la vie du coupable, et dans le but sans doute d'éviter la possibilité d'une collusion entre les intéressés et lui, la loi n'autorise que l'action devant les tribunaux de répression intentée incidemment à l'action publique.

\* Mais, pour admettre une dérogation de cette importance au Droit commun, il semble qu'il serait nécessaire de l'appuyer sur des textes plus positifs que les articles 498 et 200, d'autant plus que la rédaction de ces articles est, de l'avis de tous, très défectueuse. D'ailleurs l'article 498 n'avait pas besoin de dire que les intéressés pourraient agir au civil par voie principale pendant la vie du coupable : c'est le Droit commun. On peut objecter que le Droit commun autorisait aussi les intéressés

à agir devant les tribunaux de répression incidemment à l'action publique, et cependant le législateur a pris la peine de dire qu'ils pourraient exercer cette action; son silence à l'égard de l'action intentée directement devant les tribunaux civils devient ainsi très-significatif; pourquoi n'en aurait-il pas aussi parlé s'il avait voulu l'autoriser? Voici la réponse: il y avait deux raisons pour parler de l'action civile intentée devant les tribunaux criminels incidemment à l'action publique, deux raisons qui n'existaient pas en ce qui concerne l'action civile intentée par voie principale, et qui expliquent le silence du législateur relativement à cette dernière. D'abord il n'est pas bien certain que les tribunaux de répression auraient eu le droit d'ordonner le rétablissement de la preuve du mariage, si le Code civil ne le leur avait pas accordé. Les tribunaux de répression sont, il est vrai, compétents pour statuer sur l'action civile exercée incidemment à l'action publique (I. Cr., art. 3). Mais qu'est-ce que la loi entend ici par l'action civile? c'est vraisemblablement l'action en dommages-intérêts, une action pécuniaire par conséquent; or l'action en rétablissement de la preuve du mariage est tout autre chose. C'est à peine d'ailleurs si on peut dire qu'elle est intentée contre le coupable; car ce n'est pas lui apparemment qu'on condamnera ni directement ni indirectement au rétablissement de la preuve du mariage. Il y avait donc utilité à parler ici de l'action exercée incidemment devant les tribunaux de répression, ne fût-ce que pour lever le doute, très-sérieux à notre avis, qui aurait existé sur le point de savoir si ces tribunaux sont compétents pour y statuer. Il y avait encore utilité à en parler sous un autre point de vue. En Droit commun les parties intéressées peuvent seules exercer l'action civile; or la loi accorde au ministère public le droit d'exercer, incidemment à l'action publique, l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage, ainsi que nous le verrons tout à l'heure. On comprend donc à merveille que le législateur, qui avait à nous signaler deux particularités importantes relativement à l'action en rétablissement de la preuve du mariage intentée devant les tribunaux de répression, ait pris soin de nous parler de cette action, tandis qu'il n'a rien dit de celle exercée devant les tribunaux civils, parce qu'il la laissait soumise pour le tout aux règles du Droit commun.

\* Que craint-on d'ailleurs en autorisant les intéressés à intenter l'action en rétablissement de la preuve du mariage devant les tribunaux civils? Craint-on une collusion entre les demandeurs et le défendeur? Elle est bien peu probable; car le défendeur qui s'y prêterait s'exposerait à des poursuites criminelles que le ministère public, auquel la cause a dû être communiquée (arg., art. 83, 2<sup>o</sup> Pr.), ne manquerait pas d'exercer contre lui. D'ailleurs cette collusion est tout aussi à redouter, et même davantage, lorsque, le fait qui a privé les intéressés du mode de preuve régulier du mariage constituant un simple délit (ce qui fait allusion au cas où l'acte de mariage a été inscrit sur une feuille volante), l'action en rétablissement de la preuve du mariage est intentée directement devant le tribunal de police correctionnelle; et cependant la crainte de cette collusion n'empêche pas la plupart des auteurs d'admettre l'exercice de cette action. Alors pourquoi ferait-elle obstacle à ce que l'action fût intentée directement devant les tribunaux civils?

**553. b).** Par qui peut être intentée l'action en rétablissement de la preuve du mariage? L'article 199 dit à ce sujet: « *Si les époux, ou l'un d'eux, sont décédés sans avoir découvert la fraude, l'action criminelle peut être intentée par tous ceux qui ont intérêt de faire déclarer le mariage valable, et par le procureur du Roi.* »

Constatons d'abord que sous le nom d'*action criminelle* notre article

désigne l'action en rétablissement de la preuve du mariage et l'action en dommages-intérêts, auxquelles aurait beaucoup mieux convenu la dénomination *d'action civile*. On doit quelque indulgence au législateur au point de vue du choix des expressions; car, à l'époque de la promulgation du Code civil, les termes de la langue du Droit criminel n'étaient pas encore arrêtés. On désignait alors sous le nom *d'action criminelle* toute action née d'une infraction, l'action civile comme l'action publique. Que le législateur entende parler ici de l'action civile seulement, c'est ce dont on ne saurait guère douter; car il donne le droit de l'intenter aux époux et à tous les intéressés, c'est-à-dire à des particuliers. Or il est élémentaire que les particuliers ne peuvent pas mettre en mouvement l'action publique. Cette dernière action, dont ne s'occupent ni notre article ni les deux suivants (198-200), reste ainsi soumise aux principes du Droit commun qui en confie l'exercice exclusif aux magistrats du ministère public.

Cela posé, revenons à notre question : par qui l'action peut-elle être intentée? Il faut répondre : par les époux, par toute personne ayant un intérêt né et actuel et par le ministère public.

Cependant notre article paraît dire :

1<sup>o</sup> Que l'action ne peut être intentée que par les époux tant qu'ils vivent;

2<sup>o</sup> Que lorsque l'un des époux ou tous les deux sont décédés ayant « découvert la fraude » (lisez le fait, délictueux ou non, qui a supprimé ou altéré la preuve résultant de l'acte de mariage), l'action ne pourra être intentée ni par les autres intéressés ni par le ministère public; car la loi ne leur donne le droit d'agir que lorsque les époux ou l'un d'eux sont morts *sans avoir découvert la fraude*.

Mais on doit rejeter ces déductions qui, si elles paraissent résulter du texte de la loi, sont en opposition manifeste avec son esprit.

Tout d'abord, quand la loi paraît dire que l'action ne peut être intentée que par les époux tant qu'ils vivent, son idée est évidemment celle-ci : tant que les époux vivent tous les deux, eux seuls seront ordinairement intéressés au rétablissement de la preuve du mariage; le plus souvent c'est la mort de l'un d'eux qui ouvrira pour d'autres un intérêt pécuniaire, sur le fondement duquel ils pourront demander le rétablissement de la preuve du mariage. Partant de là le législateur, qui statue ici comme ailleurs *de eo quod plerumque fit*, n'accorde l'action qu'aux époux tant qu'ils sont vivants. Ce qui ne veut pas dire que, si accidentellement des personnes autres que les époux avaient, du vivant de ceux-ci, un intérêt pécuniaire né et actuel à demander le rétablissement de la preuve du mariage, on ne devrait pas leur en reconnaître le droit. L'intérêt pourrait exister par exemple pour les enfants du mariage, qui auraient besoin de prouver leur légitimité, et par suite le mariage de leurs père et mère du vivant de ceux-ci, à l'effet de recueillir une succession dont l'un d'eux a été exclu comme indigne ou à laquelle il a renoncé. D'ailleurs, si l'idée de la loi avait été, comme le pensent quelques-uns, que l'intérêt des époux domine et absorbe tout autre intérêt, et que nul par suite ne peut agir de leur vivant, elle aurait dû n'autoriser les intéressés à agir qu'après la mort des deux époux; car, tant qu'il en existe un, il serait vrai de dire que son intérêt domine et absorbe tout autre intérêt. Or précisément nous voyons qu'elle autorise les intéressés à agir après la mort de l'un des époux. Pourquoi cela? parce que

la loi voit dans cette mort un événement qui donne ouverture à des intérêts pécuniaires. Donc elle se préoccupe de l'existence d'un intérêt pécuniaire ; par suite il faut accorder l'action à toute personne ayant un intérêt pécuniaire né et actuel. De même, quand la loi n'accorde l'action aux intéressés autres que les époux qu'autant que ceux-ci ou l'un d'eux sont morts « sans avoir découvert la fraude », c'est parce qu'elle suppose, et en cela elle ne se trompe guère, qu'aussitôt la fraude découverte ils ne manqueront pas d'agir, et que par suite, quand ils seront décédés sans intenter l'action, c'est parce que la mort les aura surpris avant qu'ils aient découvert la fraude. Ce qui n'empêche pas que, si par cas fortuit les époux sont morts après avoir découvert la fraude, mais sans avoir intenté l'action, soit parce que le temps leur a manqué, soit pour tout autre motif, les intéressés pourront agir.

**554.** Ce n'est pas seulement aux intéressés que notre article accorde le droit d'intenter l'action en rétablissement de la preuve du mariage incidemment à l'action publique ; il l'accorde également au ministère public. C'est une dérogation grave au Droit commun, qui ne permet pas au ministère public d'exercer les actions civiles. Elle s'explique facilement, parce que l'exercice de l'action tendant au rétablissement de la preuve du mariage n'intéresse pas seulement les époux et les autres personnes qui peuvent avoir actuellement un intérêt pécuniaire à prouver le mariage : à un point de vue plus élevé, elle intéresse la société tout entière, à laquelle il importe que la preuve du mariage soit assurée. Voilà pourquoi le ministère public peut intervenir si les intéressés n'interviennent pas. Toutefois il ne pourrait réclamer le rétablissement de la preuve du mariage qu'incidemment à l'action publique ; car c'est seulement dans ce cas, comme on le verra tout à l'heure, que le rétablissement offre un intérêt social, puisque, s'il est opéré sur l'action civile intentée par voie principale, il ne pourrait pas profiter à d'autres qu'à ceux qui ont figuré à l'instance.

**555. B. L'AUTEUR DU CRIME OU DU DÉLIT QUI A SUPPRIMÉ OU COMPROMIS LA PREUVE RÉSULTANT DE L'ACTE DE MARIAGE EST DÉCÉDÉ.** « *Si l'officier public est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action sera dirigée au civil contre ses héritiers, par le procureur du Roi, en présence des parties intéressées, et sur leur dénonciation* » (art. 230).

*Lors de la découverte de la fraude.* Lisez : au moment où l'action est intentée : la loi suppose que l'action sera intentée aussitôt que la fraude sera découverte.

Quand l'officier public ou tout autre ayant commis le délit qui a fait disparaître ou altéré la preuve du mariage est décédé (en parlant de l'officier public la loi statue *de eo quod plerumque fit*), il ne peut plus être question d'intenter l'action publique (car elle s'éteint avec le coupable), mais seulement d'agir au civil pour obtenir la réparation du préjudice causé par l'infraction, c'est-à-dire le rétablissement de la preuve du mariage et des dommages-intérêts. L'action sera dirigée contre les héritiers de l'auteur du fait délictueux. Mais il y avait un danger à éviter. Les héritiers de l'officier de l'état civil n'ont pas à craindre une condamnation pénale pour le fait de leur auteur ; ils n'ont à redouter que des condamnations pécuniaires. Or si une collusion n'était guère à craindre de la part de l'auteur du fait délictueux dont un semblable

débat expose non seulement la fortune, mais encore l'honneur, on pouvait au contraire, on devait même la redouter de la part de ses héritiers, pour lesquels il ne peut y avoir qu'un intérêt pécuniaire en jeu, et dont les intéressés auraient pu quelquefois obtenir le silence ou la complicité en y mettant le prix. Aussi notre article décide-t-il, dérogeant gravement sur ce point aux règles du Droit commun, que l'action sera dirigée par le procureur de la République en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation, c'est-à-dire que les parties intéressées requerront le ministère public d'agir, et il devra déférer à cette réquisition. L'action étant dirigée par le procureur de la République, les chances de collusion seront ainsi considérablement diminuées, mais non supprimées; car le ministère public n'empêchera peut-être pas la collusion des parties, il pourra seulement la démasquer.

**556.** L'auteur de la fraude, officier public ou autre, est vivant; mais l'action publique est prescrite. On admet généralement que, dans ce cas, l'action en rétablissement de la preuve du mariage pourra être intentée au civil contre lui, mais sous la garantie exigée par l'article 200; car le défendeur pourrait colluder, puisqu'il n'a plus à redouter les conséquences de l'action publique. Quelques-uns objectent qu'aux termes de l'article 637 I. Cr., l'action civile est prescrite en même temps que l'action publique. Mais il paraît certain que la loi entend ici par *action civile* l'action en dommages-intérêts résultant du fait délictueux, et non l'action en rétablissement de la preuve du mariage. Ce que la loi veut, c'est qu'une fois la prescription accomplie, le coupable ne puisse plus être recherché ni au point de vue pénal ni au point de vue pécuniaire; or on ne porte nulle atteinte à ce principe en poursuivant le rétablissement de la preuve du mariage.

Une solution analogue devrait être admise dans tous les cas où l'exercice de l'action publique est devenu impossible par une cause quelconque, par exemple parce que le coupable est en état de folie.

\* **557.** Reste une question importante et difficile. La preuve d'un mariage ayant été supprimée ou altérée par suite d'un fait délictueux, le rétablissement en a été obtenu par décision judiciaire, et le jugement ordonnant ce rétablissement a été inscrit sur les registres de l'état civil. La preuve résultant de ce jugement pourra-t-elle être invoquée par tous les intéressés et contre toute personne, ou bien l'autorité de la décision judiciaire qui a ordonné le rétablissement de la preuve du mariage se restreindra-t-elle entre les personnes qui ont figuré à l'instance, conformément à la règle *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest* (art. 4354); de sorte que la preuve résultant du jugement ne pourra être invoquée que par ceux et contre ceux qui ont figuré à l'instance?

Un parti important dans la doctrine s'en tient à cette dernière solution. C'est le Droit commun, dit-on, et le Droit commun s'applique toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé.

D'autres distinguent. Ils appliquent la règle *Res inter alios judicata...* (art. 4354) lorsque la décision judiciaire qui ordonne le rétablissement de la preuve du mariage a été rendu au civil. Si au contraire elle a été rendue au criminel, c'est-à-dire par un tribunal criminel sur une action civile intentée incidemment à l'action publique, ils décident que la preuve rétablie pourra être invoquée par tous et contre tous; car on ne doit pas remettre en question devant les tribunaux civils l'existence d'un crime ou d'un délit qui a été constaté et puni par une juridiction criminelle. L'arti-

cle 463 I. Cr. consacre d'ailleurs cette solution pour le cas particulier de faux. Et le Code civil lui-même paraît bien consacrer la distinction; car, si la décision judiciaire qui ordonne le rétablissement de la preuve du mariage ne pouvait jamais être invoquée que par ceux qui ont figuré à l'instance, on ne comprendrait pas que le Code autorisât le ministère public, en l'absence de toute partie intéressée, à requérir du tribunal saisi de l'action publique le rétablissement de la preuve du mariage, puisque le rétablissement ainsi opéré ne pourrait profiter à personne. D'ailleurs on peut se demander à quoi sert, dans le système contraire, l'inscription sur les registres de l'état civil du jugement rendu au criminel (art. 498) qui ordonne le rétablissement de la preuve du mariage. Si les parties qui ont figuré à l'instance sont les seules qui puissent invoquer ce jugement, il était bien inutile d'ordonner qu'il fût inscrit sur les registres de l'état civil; car les parties peuvent toujours, indépendamment de toute inscription, en obtenir une expédition quand besoin sera. L'utilité de l'inscription n'apparaît guère que pour les tiers qui ne peuvent pas obtenir une expédition du jugement, et il est naturel de supposer que cette inscription a été prescrite par la loi dans leur intérêt, ce qui suppose qu'ils peuvent se prévaloir du jugement. On s'explique d'ailleurs à merveille que la loi ait voulu déroger ici à la règle, d'après laquelle la chose jugée n'a d'autorité qu'entre les parties qui ont figuré à l'instance; le jugement, qui condamne l'auteur de la suppression ou de l'altération de la preuve du mariage et qui ordonne son rétablissement, a été rendu au nom de la société, représentée par le ministère public; il est donc tout naturel que ce jugement appartienne à tous, par conséquent que tous soient admis à s'en prévaloir et qu'on puisse l'opposer à tous.

## CHAPITRE V

### DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE

**558.** Les effets du mariage sont très-nombreux. Pothier en énumère quatorze, et on pourrait ajouter à cette liste. Le plus important de tous consiste en ce que le mariage sert de base à la parenté et à l'alliance légitimes, et par suite à la famille légitime qui n'est pas autre chose que l'ensemble des parents et des alliés légitimes.

Le législateur ne s'occupe pas dans notre chapitre, ainsi que pourrait le faire croire sa rubrique, des effets généraux du mariage. Il s'occupe seulement : 1<sup>o</sup> du devoir d'éducation imposé aux père et mère à l'égard de leurs enfants; 2<sup>o</sup> de l'obligation alimentaire résultant de la parenté ou de l'alliance. Nous allons étudier ces deux points dans deux paragraphes distincts. Ce ne sont là au surplus que des effets indirects du mariage. Le devoir d'éducation envers les enfants résulte plutôt du fait de la génération que du fait du mariage: la preuve en est que le devoir d'éducation existe à la charge des parents même vis-à-vis des enfants nés hors mariage. Et quant à l'obligation alimentaire, elle est plutôt un effet de la parenté ou de l'alliance que du mariage.

§ I. *Du devoir d'éducation imposé aux père et mère  
à l'égard de leurs enfants.*

**559.** « *Les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* » (art. 203).

*De nourrir leurs enfants* ; c'est-à-dire de leur fournir tout ce qui leur est nécessaire pour l'entretien de leur existence physique.

*De les entretenir* ; c'est-à-dire de les vêtir et de les loger.

*De les élever* ; c'est-à-dire de les développer au point de vue physique, intellectuel et moral.

C'est dans cette triple obligation que consiste le devoir d'*éducation*.

**560.** Qui doit pourvoir aux frais qu'entraîne l'éducation de l'enfant ? il faut distinguer :

Si l'enfant n'a pas de biens personnels, tous les frais de son éducation sont à la charge de ses père et mère. Un seul doit les supporter pour le tout, si l'autre n'a pas les ressources nécessaires pour y contribuer. Après la mort de l'un d'eux la charge de l'éducation retombe entièrement sur l'autre.

Si l'enfant a des biens personnels, alors de deux choses l'une : ou ses parents en ont la jouissance, et alors ils supporteront les frais de son éducation, avec cette particularité toutefois qu'ils lui devront une éducation en rapport avec sa fortune (art. 385, 2<sup>o</sup>) ; ou bien les parents n'ont pas la jouissance légale des biens de l'enfant, et alors il paraîtrait équitable qu'ils pussent imputer les frais de son éducation sur les revenus de ses biens, sauf à lui tenir compte de l'excédant s'il y en a un.

**561.** L'obligation, dont sont tenus les pères et mères de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, est une obligation *civile* ; elle leur est en effet imposée par une disposition législative (art. 203). C'est dire que les parents pourraient au besoin être judiciairement contraints par voie d'action à son exécution, car telle est la sanction attachée à toutes les obligations civiles. Et cette solution est confirmée par l'article 204 qui, en refusant une action en justice à l'enfant contre ses parents pour un établissement par mariage ou autrement, bien que les parents soient tenus à cet égard d'une obligation naturelle, donne bien à entendre qu'il en serait autrement des obligations dont parle l'article précédent.

L'obligation établie par l'article 203 est donc sanctionnée par une action en justice. A qui cette action appartient-elle ? A l'enfant, incontestablement ; car c'est envers lui que l'obligation existe, c'est lui qui est le créancier.

Mais il est manifeste que l'action ne peut pas être exercée par l'enfant lui-même, au moins lorsqu'il est mineur : le mineur n'a pas l'exercice des actions qui lui appartiennent. Par qui donc l'action sera-t-elle exercée au nom de l'enfant ? On est tenté de dire : par son représentant légal. Dans les cas où c'est possible il n'y a pas d'objection à faire. Ainsi il s'agit d'un enfant qui a perdu l'un de ses auteurs. Le survivant, tenu envers lui du devoir d'éducation, n'est pas son tuteur : pour une cause ou pour une autre, la tutelle a été confiée à un étranger. Ce tuteur, représentant légal de l'enfant, aura le droit d'exercer une action en justice contre le survivant pour le contraindre, au cas où il s'y refuserait, à faire les frais nécessaires pour l'éducation de l'enfant.

Si l'on suppose que le survivant des auteurs de l'enfant soit son tuteur, il est mani

festement impossible de lui confier l'exercice de l'action, car il ne peut pas intenter une action contre lui-même. Qui donc agira? Le subrogé-tuteur qui, aux termes de l'article 420, al. 2, est chargé « d'agir pour les intérêts du mineur lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur ».

Voici maintenant un cas plus embarrassant, et ce sera le plus fréquent; il s'agit d'un enfant qui a encore ses père et mère. C'est son père qui est chargé de pourvoir à son éducation et aux frais qu'elle entraîne; car le devoir d'éducation est un des attributs de la puissance paternelle, et l'article 373 accorde au père seul pendant le mariage l'exercice de cette puissance. D'un autre côté c'est le père aussi qui est le représentant légal de l'enfant (arg., art. 389) et qui semblerait à ce titre chargé d'exercer l'action tendant à obtenir l'exécution du devoir d'éducation. Mais il y a là une impossibilité : on ne peut pas charger le père d'exercer au nom de son enfant une action contre lui-même! Alors à qui confier l'exercice de l'action? On songe tout naturellement à la mère : ne remplit-elle pas ici l'office de subrogé-tuteur? et l'article 203 ne dit-il pas que les époux contractent ENSEMBLE... l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants? *Ensemble*, c'est-à-dire l'un envers l'autre. Donc la mère, a-t-on dit, est créancière de cette obligation, puisqu'elle est contractée envers elle; donc elle peut en exiger judiciairement l'exécution. — Mais il faut beaucoup de bonne volonté pour admettre que le mot *ensemble* signifie *l'un envers l'autre*. *Ensemble* veut dire *simultanément, l'un et l'autre*. C'est envers les enfants que les époux contractent ou plutôt quasi-contractent, par le fait du mariage, l'obligation dont parle l'article 203, et non pas l'un envers l'autre. La mère ne peut donc pas puiser dans l'article 203 la base d'un droit d'action. Et comme il n'y a pas d'autre texte qui le lui accorde, il en résulte qu'il est difficile de le lui reconnaître, comme le font cependant la plupart des auteurs sur l'autorité de notre ancien Droit. La mère a un intérêt moral, il est vrai, à l'exécution de l'obligation imposée par l'article 203; mais dans notre Droit un simple intérêt moral ne suffit pas pour ouvrir le droit d'action, à moins qu'il existe un texte formel. Il faut un intérêt pécuniaire; or la mère n'en a pas. On peut d'ailleurs expliquer rationnellement jusqu'à un certain point le refus d'action à la mère : la loi voit d'un mauvais œil les luttes judiciaires entre mari et femme; elle en redoute l'issue au point de vue de la paix du ménage.

**562.** L'article 203 rattachant le devoir d'éducation au lien résultant du mariage, sa disposition semble inapplicable aux enfants nés hors mariage. Est-ce à dire que les père et mère d'un enfant illégitime ne sont pas tenus vis-à-vis de lui du devoir d'éducation? Nullement; car ce devoir, que la nature impose aux père et mère illégitimes comme aux père et mère légitimes, est consacré sinon explicitement du moins implicitement par d'autres dispositions législatives. Voyez notamment l'article 383 et les articles 762 à 764.

**563.** Le devoir d'éducation cesse quand l'éducation de l'enfant est terminée, c'est-à-dire à une époque qu'il est impossible de préciser par avance. Quelquefois le devoir d'éducation survit à la majorité de l'enfant, parce qu'il peut, même à cette époque, n'être pas complètement rempli.

**564.** L'éducation de l'enfant est terminée, il est en âge de s'établir; peut-il forcer ses père et mère à lui constituer une dot s'il veut se marier, ou à lui fournir la somme d'argent dont il a besoin pour un autre établissement, pour s'établir comme notaire par exemple, ou comme négociant? L'article 204 répond : « *L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement* ». C'était la solution

suivie dans nos anciens pays de coutume (sauf en Normandie), où l'on tenait pour principe que : « Ne dote qui ne veut ». Dans nos pays de Droit écrit au contraire, on admettait conformément au Droit romain que la fille avait une action contre son père pour le forcer à la doter. Une lutte assez vive s'engagea au Conseil d'État sur le point de savoir si l'on consacrerait sur ce point le principe du Droit romain ou celui des coutumes. Il faut s'applaudir que l'avantage soit en définitive resté à ce dernier parti. De puissants motifs justifient cette préférence. On doit se garder d'armer les enfants contre leurs parents; l'autorité paternelle en pourrait être ébranlée. Et puis on humilierait la puissance paternelle, en forçant en quelque sorte, comme le dit M. Demolombe, les parents à déposer leur bilan et à discuter devant la justice le chiffre de la dot qu'il convient de constituer à leurs enfants. Enfin l'expérience a prouvé que les parents remplissent presque toujours généreusement l'obligation naturelle qui leur incombe de doter leurs enfants, et il a paru inutile de transformer cette obligation naturelle en une obligation civile.

Si l'enfant n'a pas le droit d'intenter une action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement, il a toujours celui, quel que soit son âge, d'exiger d'eux des aliments quand il se trouve dans le besoin. *Non ætati sed necessitati alimenta debentur*. Nous sommes ainsi conduits à parler de l'obligation alimentaire dont s'occupent les articles 205-211.

## § II. De l'obligation alimentaire.

**565.** On distingue sous ce nom l'obligation dont sont tenues certaines personnes de fournir à certaines autres *des aliments*, c'est-à-dire ce qui est nécessaire pour vivre : par conséquent la nourriture, le vêtement et le logement (arg., art. 210). « *Alimentis legatis cibaria et vestitus et habitatio debentur, quia sine his ali corpus non potest* » (L. 6, D., de alim. et cib. leg.). Il faut ajouter les frais de maladie « *et valetudinis impendia* » (L. 45, D., de usufructu et quemadmodum...).

Gardons-nous de confondre l'obligation alimentaire avec le devoir d'éducation. Il existe entre l'une et l'autre des différences importantes :

1<sup>o</sup> « Le devoir d'éducation, dit M. Laurent, dérive du fait de la paternité ; l'obligation alimentaire a pour fondement les liens du sang et de l'alliance qui imite la parenté ».

2<sup>o</sup> L'obligation alimentaire n'a pas de terme limité, *Non ætati sed necessitati alimenta debentur* ; tandis que le devoir d'éducation prend fin quand l'éducation est terminée.

3<sup>o</sup> L'obligation alimentaire est en général réciproque (art. 207 ; le devoir d'éducation n'est pas réciproque.

4<sup>o</sup> La dette alimentaire se paie en argent ; le devoir d'éducation s'accomplit en nature.

5° La dette alimentaire peut incomber aux ascendants autres que le père et la mère. Au contraire, on admet généralement que le devoir d'éducation ne pèse que sur les père et mère, jamais sur les autres ascendants en cette qualité.

N° 4. Quelles sont les personnes entre lesquelles l'obligation alimentaire existe.

**566. I.** L'obligation alimentaire existe tout d'abord entre ascendants et descendants *in infinitum*. « *Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin* », dit l'article 205. Et l'article 207 ajoute : « *Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques* ». Donc en vertu de ce dernier texte les ascendants doivent des aliments à leurs descendants; on l'a contesté, mais cette controverse est éteinte depuis longtemps. Ces dispositions ont été dictées par les lois mêmes de la nature. Le père a donné la vie au fils ; il faut qu'il l'aide à la conserver si celui-ci ne peut pas subvenir aux besoins de son existence par ses propres ressources. Un motif semblable justifie l'obligation imposée à l'aïeul de fournir des aliments à son petit-fils qui est dans le besoin. En sens inverse n'est-il pas rigoureusement juste que nous ne laissions pas mourir de faim ceux dont nous tenons la vie médiatement ou immédiatement? N'est-ce pas d'ailleurs une sorte de restitution que nous faisons alors à nos parents, envers lesquels, quoi que nous fassions, nous resterons toujours débiteurs. *Parentibus alimenta non præstatis sed redditis. Iniquissimum enim quis dixerit patrem egere quum filius ejus abundaverit.*

Entre parents l'obligation alimentaire se restreint aux ascendants et aux descendants. Elle n'existe pas, l'obligation légale tout au moins, entre les parents collatéraux même les plus proches, les frères et sœurs, les oncles ou tantes et neveux ou nièces.

**567. II.** L'obligation alimentaire existe aussi entre certains alliés. « *Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère; mais cette obligation cesse, 1° lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces; 2° lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont décédés.* »

Mon gendre, *gener*, c'est le mari de ma fille.

Ma belle-fille ou bru, *nurus*, c'est la femme de mon fils.

Mon beau-père, *socer*, c'est le père de mon conjoint.

Ma belle-mère, *socrus*, c'est la mère de mon conjoint.

Les beau-père et belle-mère d'une part, gendre et bru d'autre part, sont alliés en ligne directe au premier degré c'est-à-dire au degré de père à fils. Les aliments sont dus par les beau-père et belle-mère à leurs gendres ou brus aussi bien que par ceux-ci aux premiers, car

l'obligation alimentaire établie par notre article est réciproque aux termes de l'article 207.

**568.** L'obligation alimentaire n'existe pas entre le *parâtre* ou la *marâtre* d'une part et les *filiâtres* d'autre part.

Mon *parâtre*, *vitricus*, c'est le nouveau mari qu'a épousé ma mère après la mort de mon père. — Ma *marâtre*, *noverca*, c'est la femme que mon père a épousée après la mort de ma mère. — Mes *filiâtres* sont les enfants du premier lit de mon conjoint. J'épouse une femme veuve qui a des enfants de son premier mariage : ces enfants deviendront mes *filiâtres*. Les Romains désignaient les *filiâtres* sous la dénomination de *privignus*, *privigna* (de *prius genitus*, *prius genita*).

On désigne quelquefois chez nous le *parâtre*, *vitricus*, sous la dénomination de *beau-père*, la *marâtre*, *noverca*, sous celle de *belle-mère*, et les *filiâtres* sous celle de *beaux-fils*, *belles-filles*. Mais tel n'est certainement pas le sens de ces expressions dans l'article 204. Le mot *gendre*, que la loi oppose aux mots *beau-père* et *belle-mère*, vient préciser le sens de ces dernières expressions. Le gendre, c'est le mari de la fille; cette expression n'a jamais été employée pour désigner les *filiâtres* du sexe masculin, et par cela même le mot *belles-filles* ne peut pas comprendre les *filiâtres* du sexe féminin.

Au surplus l'historique de la confection de la loi lève tous les doutes sur ce point. Voici en effet comment était conçu l'article 2 du projet correspondant aux articles 205 et 206 : « Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin. — Les enfants doivent également des aliments à leurs alliés dans la même ligne, à moins que les dits alliés n'aient convolé en secondes noces ». Cette rédaction fut modifiée par le Conseil d'Etat sur la proposition de Tronchet, parce que les mots *et leurs alliés dans la même ligne* pouvaient paraître comprendre les *parâtres* et *marâtres*, et qu'on ne voulait pas leur accorder le droit de réclamer des aliments à leurs *filiâtres* ni à ceux-ci d'en réclamer d'eux.

**569.** Mais en levant cette difficulté par le changement de rédaction dont il vient d'être parlé, on en a fait naître une autre.

L'obligation alimentaire existe-t-elle entre chaque époux et les ascendants, autres que le père et la mère, de son conjoint? Ainsi dois-je des aliments à l'aïeul de ma femme? Cet aïeul m'en doit-il? L'affirmative n'était pas douteuse d'après le texte du projet. On dit qu'elle doit être admise encore aujourd'hui, parce que le projet, ainsi que le prouve l'historique de la rédaction, a été modifié uniquement pour priver du droit aux aliments le *parâtre* et la *marâtre*. — C'est bien possible sans être certain toutefois; car il se peut que le Conseil d'Etat ne nous ait pas fait connaître tous les motifs pour lesquels il a modifié la rédaction du projet. Mais en définitive le texte de l'article 206, tel qu'il est conçu, n'établit l'obligation alimentaire qu'entre les gendres et *belles-filles* d'une part, les *beaux-pères* et *belles-mères* d'autre part. Elle doit donc être restreinte dans ces limites, car c'est un principe certain que

tout est de droit étroit en cette matière. « Il est très dangereux, dit M. Laurent, d'introduire dans le Code les interprétations données au Conseil d'État ; ce n'est pas le dire de Tronchet qui fait la loi, c'est le texte ; or le texte est aussi clair que possible, il limite l'obligation alimentaire au premier degré ».

**570.** L'obligation alimentaire, qui existe entre gendres et brus d'une part, beaux-pères et belles-mères d'autre part, cesse dans deux cas indiqués par l'article 206 :

1<sup>o</sup> « Lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ». La loi dit : « *la belle-mère* ». Donc le convol du beau-père ne ferait pas cesser pour lui le droit de réclamer des aliments à son gendre ou à sa bru ; car il s'agit d'une déchéance, et les déchéances ne peuvent pas s'étendre d'un cas à un autre. Il est assez difficile de justifier par de bonnes raisons la différence que la loi établit ici entre le beau-père et la belle-mère.

La belle-mère qui convole perd le droit de réclamer des aliments à ses gendres ou brus ; mais elle conserve celui d'en réclamer à ses enfants du premier lit, même quand ils sont mariés, de sorte qu'alors les gendres ou brus supporteront indirectement les conséquences de l'obligation alimentaire, puisqu'ils verront les revenus de leur conjoint diminuer par suite de l'exécution de cette obligation. Il est certain aussi que la belle-mère remariée a droit aux aliments vis-à-vis des enfants de ses enfants du premier lit, bien qu'ils soient les fils de ses gendres ou brus et que ceux-ci ne soient plus tenus de l'obligation alimentaire.

La disposition qui fait cesser l'obligation alimentaire du gendre ou de la bru envers la belle-mère qui se remarie étant une disposition exceptionnelle, puisqu'elle déroge au Droit commun en matière d'obligation alimentaire, on doit décider, par application de la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*, qu'il ne faudrait pas appliquer par voie d'analogie au deuxième mariage de la belle-fille ce que la loi dit du deuxième mariage de la belle-mère. La belle-fille ou bru qui convole en secondes noces ne cesse donc pas de devoir des aliments à sa belle-mère ou à son beau-père, et d'avoir le droit d'en réclamer d'eux. Ce n'est pas qu'il soit bien facile d'expliquer cette différence entre la belle-mère et la bru ; car par son convol la belle-fille, comme la belle-mère, passe dans une autre famille ; à moins qu'on ne dise que le législateur, qui voit les subséquents mariages des veuves d'un œil peu favorable, a pensé qu'il fallait être plus indulgent pour la belle-fille parce qu'elle est plus jeune.

**571.** 2<sup>o</sup> L'obligation alimentaire des gendres et brus envers leurs beaux-pères et belles-mères cesse encore, « lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés ». Ma femme meurt ; je n'ai pas d'enfants d'elle, ou ils sont tous décédés. A dater de ce moment je ne serai plus tenu de l'obligation alimentaire vis-à-vis de mon beau-père et de ma belle-mère, ni ceux-ci vis-à-vis de moi. La raison en est que le lien de l'alliance est alors considérablement affaibli, sinon brisé.

**572.** Lorsque l'époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés, tout le monde admet que l'obligation alimentaire entre les gendres et brus d'une part, beaux-pères et belles-mères d'autre part, cesse *ex utroque latere* ; les gendres et les brus n'auront donc pas plus le droit de réclamer des aliments qu'ils ne seront tenus d'en fournir. En est-il de même lorsque

l'obligation alimentaire cesse par le convol de la belle-mère? La belle-mère, qui n'a plus le droit de réclamer des aliments à ses gendres et brus, cesse-t-elle aussi d'être tenue de leur en fournir? La question est controversée et délicate.

Pour la négative on peut dire : l'article 206, après avoir accordé à la belle-mère le droit de réclamer des aliments à ses gendres ou brus, obligation qui est réciproque d'après l'article 207, dispose que la belle-mère perd son droit aux aliments par son convol; mais la loi est muette sur l'obligation pour la belle-mère de fournir des aliments à ses gendres ou brus; donc cette obligation persiste. Il est bien vrai que, d'après l'article 207, l'obligation alimentaire entre les gendres et les brus, beaux-pères et belles-mères, est réciproque : d'où l'on pourrait être tenté de conclure que quand la belle-mère n'a plus droit aux aliments elle n'en doit plus. Mais, qu'on le remarque bien, l'article 207 établit la réciprocité dans l'obligation alimentaire, et non dans l'extinction de l'obligation. De ce que la loi déclare éteinte l'obligation du gendre et de la belle-fille, il n'en résulte donc pas que celle de la belle-mère le soit aussi. Cette interprétation est d'ailleurs fort rationnelle. Notre disposition a en quelque sorte un caractère pénal : la loi a voulu prononcer une déchéance contre la belle-mère à raison de son convol; or pourrait-on dire qu'il y a déchéance, si la belle-mère, qui perd d'un côté son droit aux aliments, cessait à titre de compensation d'en devoir? Ajoutez que la solution contraire permettrait à la belle-mère d'échapper à l'obligation alimentaire, dont elle est tenue vis-à-vis de ses gendres ou brus, en contractant un nouveau mariage; or *nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare*.

Ecoutez maintenant les raisons qu'invoque l'opinion contraire; elles paraissent plus solides encore. Nul ne conteste que dans le deuxième cas prévu par l'article 206-2° : « lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés », l'obligation alimentaire cesse *ex utroque latere*; car l'extinction de l'obligation alimentaire ayant ici pour cause l'affaiblissement du lien résultant de l'alliance, on ne comprendrait pas que cette obligation cessât d'un seul côté. Mais si elle cesse en ce cas des deux côtés, pourquoi n'en serait-il pas de même dans l'autre? N'y a-t-il pas dans les deux hypothèses les mêmes raisons de texte; et, s'il est vrai de dire que l'article 209 n'établit la réciprocité que dans l'obligation alimentaire et non dans la cessation de cette obligation, cela ne doit-il pas s'appliquer au cas prévu par l'article 206-2° tout aussi bien qu'à celui prévu par l'article 206-1°? D'ailleurs est-il bien exact d'affirmer que l'article 207 n'établit la réciprocité que dans l'obligation, et non dans la cessation de l'obligation alimentaire? La vérité est que l'article 207 établit la réciprocité de l'obligation telle que vient de la créer l'article 206; il dit : « les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques ». Or la loi n'établit l'obligation alimentaire au profit de la belle-mère qu'avec cette restriction : que l'obligation cessera si la belle-mère se remarie; c'est par conséquent cette obligation ainsi restreinte que l'article 207 rend réciproque. Donc le deuxième mariage de la belle-mère, qui fait cesser pour elle le droit de réclamer des aliments à ses gendres et brus, la libère aussi de l'obligation de leur en fournir.

**573.** Si nous résumons les explications données jusqu'ici sur le point de savoir quelles personnes sont tenues de l'obligation alimentaire, nous voyons qu'elle existe : 1° entre ascendants et descendants légitimes *in infinitum*; 2° entre gendres et brus d'une part, beaux-pères et belles-mères d'autre part. Cette liste n'est pas complète; la loi établit encore l'obligation alimentaire : 3° entre époux (arg., art. 212); 4° au

profit du donateur contre le donataire (arg., art. 955), mais ici il n'y a pas réciprocité au profit du donataire; 5° entre l'adoptant et l'adopté (art. 349).

L'obligation alimentaire existe-t-elle entre les enfants illégitimes et leurs pères et mères? La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que les pères et mères illégitimes doivent des aliments à leurs enfants quand ceux-ci sont dans le besoin. On induit cette décision des articles 762 à 764, qui, en obligeant la succession des père et mère adultérins ou incestueux à fournir des aliments à leurs enfants, reconnaît bien implicitement l'existence d'une dette alimentaire à la charge des parents pendant leur vie; comment en effet pourraient-ils être tenus après leur mort s'ils ne l'étaient pas pendant leur vie? A plus forte raison le droit aux aliments existe-t-il au profit des enfants naturels simples, que la loi voit d'un œil moins défavorable que les enfants adultérins ou incestueux.

Mais il y a quelque difficulté sur le point de savoir si réciproquement les enfants illégitimes doivent des aliments à leurs pères et mères qui sont dans le besoin. Le doute vient de ce que les articles 762-764 n'établissent l'obligation alimentaire qu'à la charge des parents; et il paraît difficile d'appliquer ici le principe de réciprocité écrit dans l'article 207, qui ne dit pas d'une manière générale que l'obligation alimentaire est réciproque, mais bien que les obligations résultant de *ces dispositions*, c'est-à-dire des dispositions des articles 205 et 206, sont réciproques. D'ailleurs, ajoute-t-on, la réciprocité n'est pas de l'essence de l'obligation alimentaire : c'est ainsi que le donateur a le droit d'exiger des aliments du donataire, et il n'en doit pas à celui-ci. Enfin on comprendrait très-bien que le législateur eût refusé le droit aux aliments aux père et mère illégitimes à titre de peine en quelque sorte, à raison du fait illicite auquel ils doivent leur paternité ou leur maternité. — Quelque graves que soient ces raisons, elles n'ont pas triomphé en doctrine ni en jurisprudence. On admet en général la réciprocité de l'obligation. Tel était, dit-on, notre ancien Droit. Du reste les lois de la nature ne permettent pas qu'un fils laisse mourir de faim son père ou sa mère même illégitime. *Necare videtur et is qui alimonia denegat*. Enfin si la réciprocité n'est pas de l'essence de l'obligation alimentaire, elle est tout au moins de sa nature. Ces raisons sont-elles bien suffisantes pour créer une obligation alimentaire que la loi n'établit pas?

Il est bien entendu qu'il ne peut être question de l'obligation alimentaire, soit au profit des enfants illégitimes, soit contre eux, qu'autant que leur filiation est légalement établie, ce qui sera rare pour les enfants adultérins ou incestueux. Il est bien entendu aussi que les enfants illégitimes ne peuvent pas réclamer des aliments aux parents de leurs pères et mères, et que réciproquement ceux-ci n'ont pas le droit de leur en demander. En effet le lien résultant de la filiation illégitime légalement constatée n'existe qu'entre les enfants et leurs auteurs immédiats. Il y a doute au contraire sur le point de savoir si les pères et mères illégitimes devraient des aliments aux descendants *légitimes* de leurs enfants, et auraient en sens inverse le droit d'en réclamer d'eux.

N° 2. Dans quel ordre les divers débiteurs de la dette alimentaire sont tenus de la payer.

574. Une personne qui a droit à des aliments étant dans le besoin, il peut se faire qu'il y ait plusieurs personnes, soit de même qualité, soit de qualités différentes, désignées par la loi pour lui en fournir. Ainsi un homme qui est dans le besoin peut avoir son conjoint, des enfants, un

ou plusieurs ascendants.... A qui devra-t-il s'adresser pour obtenir une pension alimentaire? La loi a négligé de résoudre cette importante question. De là de graves controverses. La difficulté toutefois n'existe que quand les divers débiteurs de la dette alimentaire sont en état de la payer en tout ou en partie; car il est clair que, s'il n'y en a qu'un seul qui soit solvable, il ne pourra pas être question des autres. Les auteurs enseignent en général que les divers débiteurs de la dette alimentaire n'en sont pas tenus concurremment, mais successivement. Il y aurait donc un certain ordre à suivre entre eux pour l'établissement du fardeau de la dette. Le difficile est de savoir lequel, et la doctrine ne fournit pas à cet égard de *criterium* certain. On admet en général cependant : 1° que le conjoint est tenu en première ligne; 2° qu'à défaut du conjoint il y a lieu de s'adresser aux parents avant de s'adresser aux alliés par application de l'adage *Ubi successione emolumentum, ibi alimentorum onus esse debet*; 3° que, par application de ce même adage, les descendants doivent être poursuivis avant les ascendants, et parmi ces derniers les plus proches avant les plus éloignés; cette règle devrait être appliquée aux alliés comme aux parents : les gendres et brus devraient donc être poursuivis par préférence aux beaux-pères et belles-mères; 4° enfin que, s'il y a plusieurs débiteurs tenus au même titre, plusieurs enfants par exemple, le fardeau de la dette doit être réparti entre eux proportionnellement à leurs facultés.

Qu'on recommande au juge, à titre de conseil, de suivre ces indications doctrinales quand il n'aura pas de motifs particuliers pour s'en écarter, rien de mieux. Empruntées en grande partie à notre ancien Droit, elles sont rationnelles, et à ce titre elles s'imposent au juge dans une certaine mesure. Mais en définitive, s'il s'en écartait, il ne violerait aucune loi puisque la loi est muette, et sa décision n'encourrait pas la censure de la Cour de cassation. Or le juge peut avoir des motifs graves pour s'écarter de ces règles que certains auteurs veulent lui imposer. Voilà par exemple une personne qui est dans le besoin; elle a encore son père, et en outre un fils. Le fils pourrait à la rigueur fournir une pension alimentaire; mais comme il a des ressources médiocres et de nombreuses charges de famille, la pension sera pour lui très-onéreuse. Le père au contraire a une fortune très considérable; il n'a pas d'ailleurs de charges. Pourquoi donc le juge ne pourrait-il pas le condamner à payer la dette alimentaire par préférence au fils? Ou bien encore c'est une personne qui a deux enfants : l'un est riche, l'autre est dans une situation modeste, et pour lui l'obligation de payer sa part de la pension alimentaire que réclame le père sera très-lourde. On conçoit à merveille que le juge mette la pension pour le tout à la charge de l'enfant le plus riche? C'est peut-être bien précisément parce que les faits exercent nécessairement ici une influence considérable sur les décisions à rendre, *ea res facti magis quam juris est*, que le législateur s'est abstenu de tracer aucune règle, laissant tout à la prudence du juge qui, à défaut de loi, devient ainsi un ministre d'équité.

### N° 3. Comment doit être acquittée la dette alimentaire.

**575.** On conçoit deux modes d'exécution de l'obligation alimentaire, savoir le paiement en argent et le paiement en nature.

*Le paiement en argent* ; lorsque celui qui doit les aliments verse périodiquement entre les mains de celui à qui ils sont dus des sommes d'argent que celui-ci emploie lui-même pour satisfaire aux besoins de son existence.

*Le paiement en nature* ; lorsque celui qui doit les aliments donne l'hospitalité à celui auquel ils sont dus, à *l'alimentaire* suivant l'expression de nos anciens ; lorsqu'il l'héberge et le reçoit, comme dit Pothier, « à son feu et à sa table ».

Régulièrement le paiement de la dette alimentaire s'effectue en argent. C'est ce que l'on peut induire des articles 210 et 211 qui n'autorisent que par exception le paiement de la dette alimentaire en nature. On évite ainsi au débiteur la gêne que lui causerait souvent la présence de l'alimentaire, et à celui-ci les humiliations d'une situation subordonnée et dépendante.

Celui qui doit les aliments n'est pas obligé d'abandonner à celui auquel ils sont dus un capital produisant un revenu suffisant pour subvenir à ses besoins. Peut-être l'alimentaire, qui doit souvent son indigence à sa prodigalité, dévorerait-il promptement ce capital. Sa subsistance sera mieux assurée, et moyennant un sacrifice moins lourd pour celui qui doit les aliments, par le paiement périodique des arrérages d'une *pension alimentaire*. A raison de son caractère particulier de nécessité, la créance d'aliments ne peut pas être l'objet d'une compensation (art. 1293), ni d'une saisie (Pr., art. 581).

\* **576.** Le jugement portant condamnation au paiement d'une pension alimentaire déterminée entraîne hypothèque judiciaire, et cette hypothèque frappe tous les immeubles du débiteur (arg., art. 2123). C'est là une garantie puissante, applicable toutefois seulement au cas où le débiteur possède des immeubles, contre les fraudes par lesquelles il tenterait de se soustraire au paiement de la pension.

Mais supposons que le débiteur, qui a été condamné au paiement de la pension alimentaire, soit complètement ruiné. Ses créanciers saisissent tous ses biens ; seront-ils obligés de respecter l'hypothèque judiciaire, qui grève les immeubles de leur débiteur, dans la mesure où elle est nécessaire pour assurer le paiement de la pension alimentaire ? Non. Il faut en effet remarquer que le débiteur condamné au paiement de la pension alimentaire est aujourd'hui dans une situation telle qu'il ne peut plus la payer ; par suite il y a lieu pour lui d'en obtenir la décharge (arg., art. 209). S'il ne veut pas la demander, ses créanciers la demanderont de son chef (arg., art. 4166), et une fois qu'elle aura été prononcée par la justice l'hypothèque judiciaire tombera. S'il en était autrement, on arriverait à ce résultat doublement inacceptable : qu'une partie du patrimoine d'une personne, à laquelle il ne reste plus rien pour vivre, demeurerait affectée à la garantie de la pension alimentaire qu'elle a été condamnée à payer à l'un de ses parents, et que ses créanciers, qui ont pu le dépouiller des biens dont le revenu le faisait vivre, ne pourraient pas le dépouiller de ceux dont le revenu fournit à l'existence d'un de ses parents.

**577.** Dans certains cas exceptionnels, la loi autorise le paiement de la pension alimentaire en nature : « *Si la personne qui doit fournir les aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa de-*

» *meure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments.* » (art. 210).

Mais, dira-t-on, comment celui qui ne peut pas payer la pension alimentaire en argent pourra-t-il la payer en nature ? Souvent le paiement en nature sera beaucoup moins onéreux pour le débiteur que le paiement en argent : une personne de plus chez lui « à son feu et à sa table » n'augmentera pas beaucoup la dépense générale de sa maison, tandis que le paiement d'une pension même modique en argent serait peut-être la source d'une très-grande gêne pour lui.

« *Le tribunal prononcera également si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure l'enfant à qui il devra des aliments, devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire* » (art. 211).

En comparant ce texte avec le précédent, on voit qu'il existe, au point de vue du paiement en nature de la pension alimentaire, une différence entre le père ou la mère et les autres débiteurs. Toute personne autre que le père ou la mère, condamnée au paiement d'une pension alimentaire, ne peut être autorisée par le juge à la payer en nature qu'au cas d'impossibilité constatée de la payer en argent. Au contraire, le juge peut (c'est une simple faculté pour lui) autoriser, sur sa demande, le père ou la mère à payer en nature à son fils la pension alimentaire qu'il lui doit, alors même qu'il ne justifie pas de l'impossibilité où il est de la payer en argent. Cette différence s'explique aisément. Il n'y a rien d'humiliant pour un fils à venir s'asseoir à la table de son père ; quand le père et le fils vivent ensemble, il est naturel que celui-ci occupe dans la maison une situation subordonnée et dépendante. La proposition du père de recevoir son fils chez lui « à son feu et à sa table », n'a donc en général rien que de très-acceptable, et les juges pourront l'accueillir favorablement toutes les fois qu'ils n'auront pas de motifs pour croire que le fils sera maltraité dans la maison paternelle. Dans tous les autres cas, une telle proposition est de nature à froisser l'amour-propre de celui qui réclame les aliments. Souvent d'ailleurs si elle était acceptée elle serait la source de bien des querelles de famille. La loi a eu raison de les prévenir en décidant que, sauf le cas d'impossibilité constatée, la pension alimentaire doit être payée en argent.

La disposition de l'article 211, constituant une exception au Droit commun d'après lequel la pension alimentaire se paie en argent, doit, ce semble, à ce titre, être interprétée restrictivement. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Il n'y aurait donc pas lieu, contrairement à l'opinion de quelques auteurs qui se fondent sur une raison d'analogie, d'appliquer l'article 211 au cas où la pension alimentaire serait due par un aïeul à son petit-fils, ni à plus forte raison par un beau-père ou une belle-mère à son gendre ou à sa bru.

## N° 4. Comment se détermine le montant de la dette alimentaire.

**578.** Quand les parties peuvent se mettre d'accord, elles fixent le montant de la dette alimentaire comme elles l'entendent; dans le cas contraire la justice intervient pour régler le différend. C'est à cette dernière hypothèse que se réfère l'article 208, ainsi conçu : « *Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit* ». La loi établit donc une double base pour le règlement de la pension alimentaire, savoir : le besoin de celui qui réclame les aliments et la fortune de celui qui les doit.

**579.** 1° *Le besoin de celui qui réclame les aliments.*— Le juge devra l'apprécier d'après les circonstances ; il aura principalement égard à l'âge, à l'état de santé et à la position sociale de l'alimentaire.

Celui qui réclame les aliments ne devrait pas être considéré comme étant dans le besoin, s'il lui était facile de se procurer des ressources pour vivre par un travail en rapport avec sa condition sociale. Tout au plus le juge pourrait-il en pareil cas accorder au réclamant une pension provisoire pour lui permettre de vivre jusqu'à ce qu'il ait trouvé un emploi. La solution contraire aurait pour résultat d'accorder une prime à la paresse et à l'oisiveté. En ce sens il convient de dire avec la Glose : *Qui non laborat nec manducet*.

Faut-il que celui qui réclame des aliments soit réduit à un état complet de dénûment pour que sa demande puisse être favorablement accueillie? Les aliments pourront-ils être refusés à celui qui peut vivre quelque temps encore en mangeant son capital, ou bien à celui qui peut obtenir un revenu suffisant soit en plaçant ses biens à rente viagère, soit en transformant sa fortune, en vendant par exemple des biens improductifs pour les remplacer par des biens qui donneront un revenu? Autant de questions que la loi n'a pas résolues, et qu'elle a peut-être bien fait de ne pas résoudre; car ce sont là questions de fait plutôt que de droit. *Ea res facti magis quam juris est*. Ainsi le juge refusera vraisemblablement une pension alimentaire à celui qui possède dans une ville des terrains d'une valeur importante ne produisant aucun revenu, et dont on pourrait tirer un prix très-élevé en les vendant pour construire; tandis qu'il en accordera peut-être une au père qui refuse de vendre, pour se procurer des ressources, un château transmis par ses ancêtres, et qu'il conserve comme un pieux héritage de famille pour le léguer à ses enfants.

Notre ancien Droit obligeait celui qui voulait obtenir des aliments à faire à ceux auxquels il les réclamait l'abandon de tous ses biens. Dans le silence de nos lois on ne saurait aujourd'hui exiger cette condition.

Conformément aux principes du Droit commun, le réclamant doit prouver qu'il est dans le besoin; car c'est là une condition indispensable au succès de sa demande. *Actori incumbit probatio*. Et toutefois une preuve rigoureuse ne devra pas toujours être exigée; elle peut être impossible, par exemple si le demandeur prétend n'avoir aucun bien. Le réclamant devra indiquer l'état de sa fortune, déposer en quelque sorte son bilan, avec preuves à l'appui dans la mesure du possible, et sauf au défendeur à contester ses affirmations et à prouver qu'il dissimule une partie de

ses ressources, preuve qui, si elle est faite, ne disposera pas le juge en faveur du réclamant. La jurisprudence décide que le réclamant n'a aucune preuve à faire. Cette solution paraît beaucoup trop absolue.

**580.** 2° La deuxième base, sur laquelle le juge doit s'appuyer pour fixer la pension alimentaire, est la fortune de celui qui la doit. Il faut que la charge soit proportionnée aux forces de celui qui la supporte. Il pourra donc arriver que la personne qui réclame des aliments n'obtienne qu'une pension insuffisante eu égard à ses besoins. Pour faire vivre celui qui réclame les aliments, il ne faut pas condamner celui auquel ils sont réclamés à mourir de faim.

\* **581.** Après variations la doctrine et la jurisprudence paraissent aujourd'hui d'accord pour décider que la dette alimentaire n'est ni solidaire ni indivisible.

\* La dette alimentaire n'est pas solidaire (4). En effet il résulte de l'article 1202 que la solidarité ne peut être établie que par la volonté des parties ou par la loi. La dette alimentaire étant créée par la loi et non par la volonté des parties, il ne peut être question que d'une solidarité légale; or il n'y a pas de texte établissant ici la solidarité; donc la dette alimentaire n'est pas solidaire.

\* La dette alimentaire n'est pas non plus indivisible. En effet, aux termes de l'article 1217 : « L'obligation est divisible ou indivisible, suivant qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans son exécution est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. » Or la dette alimentaire a pour objet une somme d'argent destinée à subvenir aux besoins de l'alimentaire, et rien n'est plus divisible qu'une somme d'argent. On objecte que l'obligation alimentaire n'est pas susceptible de division dans son exécution, parce qu'on ne peut pas faire vivre une personne pour partie. *Nemo pro parte vivere potest*. Dumoulin a déjà réfuté cette objection il y a plusieurs siècles. Il dit : *Quamvis enim quis pro parte vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt, id est, res quibus alimur pro parte sive ab uno sive a pluribus præstari possunt, ut natura et experientia docent*. D'ailleurs l'article 208 reconnaît la divisibilité de la dette alimentaire, puisqu'il autorise le tribunal à ne condamner le débiteur que jusqu'à concurrence de ses facultés : d'où il pourra résulter que celui auquel les aliments sont dus n'obtienne qu'une partie de ce qui lui est nécessaire pour vivre.

**582.** C'est la justice aussi qui fixe, en cas de contestation, le mode de paiement de la pension alimentaire. Ordinairement les tribunaux ordonnent qu'elle sera payée d'avance et par quartiers. Ils peuvent ordonner aussi que la pension sera *portable*, et non *quérable*. La pension est *portable* quand le débiteur doit en *porter* les arrérages au domicile du créancier; elle est *quérable* quand le créancier doit en venir *quérir* ou chercher les arrérages au domicile du débiteur, c'est le Droit commun (art. 1247).

**583.** Les deux éléments, sur lesquels la loi ordonne au juge de se baser pour déterminer le *quantum* de la pension alimentaire, savoir le besoin de celui à qui les aliments sont dus et la fortune de celui qui les doit, étant essentiellement variables, il en résulte que la fixation de

(1) Une dette est solidaire, lorsque étant due par plusieurs débiteurs, chacun peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre les autres (art. 1200 et 1203).

cette pension ne peut jamais avoir un caractère définitif. Le juge qui a fixé le montant de la pension alimentaire peut donc, sur la demande des intéressés, modifier sur ce point sa sentence à raison des changements survenus dans la situation respective des parties. C'est ce qui résulte de l'article 209 : « *Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit des aliments est remplacé dans un état tel, que l'un ne puisse plus en donner, ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée.* »

La loi dit « *la décharge ou réduction; peut en être demandée* ». Il aurait fallu dire *la décharge ou LA réduction*, car autre chose est la décharge, autre chose la réduction. Il y a lieu à décharge lorsque le besoin de l'alimentaire a complètement cessé (par exemple s'il lui est survenu une fortune suffisante pour subvenir à tous ses besoins), ou lorsque la fortune de celui qui doit les aliments a tellement diminué qu'il lui est impossible désormais de payer la pension alimentaire même pour partie. Le tribunal doit dans ces deux cas décharger le débiteur de la pension, c'est-à-dire le dispenser complètement de la payer à l'avenir. La réduction au contraire est une décharge partielle, que le débiteur des aliments a le droit d'obtenir lorsque, les besoins de l'alimentaire ayant diminué sans cesser cependant d'exister, une pension aussi forte ne lui est plus nécessaire, ou lorsqu'une diminution survenue dans la fortune du débiteur ne lui permet plus de payer un chiffre aussi élevé.

Bien que notre article ne parle que de la décharge ou de la réduction, on admet sans difficulté que celui auquel les aliments sont dus pourrait demander une augmentation dans le chiffre de sa pension alimentaire, soit parce que son besoin aurait augmenté, soit parce que les ressources de celui qui doit la pension alimentaire seraient devenues plus considérables.

Cette circonstance : que le chiffre de la pension alimentaire aurait été fixé par une convention librement discutée entre les parties ou par une transaction, ne ferait pas obstacle à une demande en diminution, décharge ou augmentation de la pension alimentaire, s'il survenait dans la situation des parties quelque changement de nature à motiver cette demande. Les parties doivent être considérées comme ayant arrêté le chiffre de la pension alimentaire en vue de l'état de choses existant à l'époque où elles ont fait ce règlement, ce qui imprime à cette fixation le même caractère qu'à celle faite par la justice, c'est-à-dire un caractère essentiellement provisoire.

**584.** En règle générale les torts que le réclamant peut avoir eus envers celui auquel il demande des aliments, quelque graves qu'ils soient, ne peuvent pas être invoqués comme une fin de non-recevoir contre sa demande. Un père ne serait donc pas fondé à refuser des aliments à son fils, parce qu'il s'est marié contre son gré. Bien plus, le père devrait en pareil cas des aliments, non seulement à son fils, mais encore à sa bru et aux enfants du mariage. Et toutefois les tribunaux devront en pareil cas fixer le chiffre de la pension alimentaire, de manière à ne pas accorder indirectement une dot à l'enfant auquel son père en a refusé une, précisément peut-être parce qu'il contractait un mariage opposé à ses vues.

A plus forte raison les aliments seraient-ils dus au fils, auquel son père n'aurait pas d'autre reproche à adresser que celui d'avoir dissipé sa dot.

On admet cependant en général que les aliments pourraient être refusés à la personne qui les réclame, si elle s'était rendue coupable envers celui auquel elle les demande de l'un des faits d'ingratitude prévus par l'article 727, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>. Et en effet le législateur paraît considérer ces faits comme entraînant la rupture du lien de parenté (et à plus forte raison d'alliance), puisqu'à ses yeux ils sont assez graves pour entraîner la perte du droit de succession, qui est l'un des plus grands avantages attachés à la parenté.

**585.** Le droit aux aliments est exclusivement attaché à la personne de celui à qui la loi l'accorde; il s'éteindra donc avec lui, et ne passera pas à ses héritiers en cette qualité. Ce droit est en effet basé, d'une part sur la qualité du titulaire, d'autre part sur son besoin; or l'un comme l'autre est intransmissible aux héritiers.

Toutefois les héritiers de l'alimentaire décédé pourraient exiger le paiement des termes échus, qui n'auraient pas été payés du vivant de leur auteur et que celui-ci n'avait pas perdu le droit de réclamer. Le droit aux termes échus était définitivement acquis à l'alimentaire; il était entré dans son patrimoine, et il doit passer avec ce patrimoine à ses héritiers.

**586.** La créance alimentaire est donc intransmissible par voie de succession au point de vue actif; l'est-elle aussi au point de vue passif? En d'autres termes les héritiers de celui qui doit les aliments seront-ils tenus *en cette qualité* de la dette alimentaire après la mort de leur auteur? Nous disons *en cette qualité*; car il est bien clair qu'ils peuvent en être tenus personnellement, s'ils sont du nombre de ceux auxquels la loi l'impose. Ainsi après ma mort, mes enfants qui sont mes héritiers doivent en qualité de petits-fils des aliments à mon père, leur aïeul. La question ne se pose donc que pour les héritiers qui ne sont pas tenus personnellement de l'obligation alimentaire. Exemple: je dois pendant ma vie des aliments à mon conjoint; après ma mort, mon frère, qui est, on le suppose, mon héritier, lui en devra-t-il en cette qualité? La question est très-controversée.

Après variations, la jurisprudence paraît aujourd'hui se fixer dans le sens de l'intransmissibilité de l'obligation alimentaire aux héritiers du débiteur. Au point de vue des principes, cette solution repose sur un terrain très-solide. L'obligation alimentaire est fondée sur un devoir de piété qui dérive du lien de la parenté ou de l'alliance; elle doit donc être aussi intransmissible que sa cause. L'héritier de celui qui devait les aliments succède-t-il au titre de parent ou d'allié et au degré de la parenté ou de l'alliance, à raison desquels le défunt était tenu de l'obligation alimentaire? Non évidemment. Eh bien! alors il ne doit pas succéder à l'obligation alimentaire qui en était une charge. Voilà ce que nous dit le bon sens; aussi était-ce la solution admise par le Droit romain qui a mérité la dénomination de *raison écrite*. Le spectacle des embarras auxquels donne lieu la solution contraire n'est pas de nature à la recommander. Admettons pour un moment avec elle que les héritiers sont tenus en cette qualité de la dette alimentaire. L'importance de cette dette pourra-t-elle varier suivant la fortune personnelle de l'héritier du débiteur? Si l'on répond affirmativement, on conserve à l'obligation dont est tenu l'héritier le caractère de l'obligation alimentaire, qui est d'être essentiellement variable suivant le besoin du réclamant et la fortune du débiteur; mais alors l'obligation alimentaire

qu'on met à sa charge sera d'une nature toute différente de celle qui pesait sur le défunt ; l'héritier pourra être condamné à payer, tantôt une somme plus forte, tantôt une somme plus faible que celle dont le débiteur aurait été tenu ; car il arrivera rarement que la situation de fortune de l'héritier soit exactement la même que celle du défunt, et on violera ce principe que l'héritier est tenu d'une obligation identique à celle du défunt. Si l'on décide au contraire que la pension alimentaire sera réglée définitivement, une fois pour toutes, sur l'état de fortune du débiteur au moment de son décès, sans variations possibles à raison des faits qui pourront se produire plus tard, alors on dénature complètement à un autre point de vue, sur la tête de l'héritier, l'obligation alimentaire dont le défunt était tenu ; on transforme en une dette fixe et invariable une dette qui par sa nature même est essentiellement variable et qui était telle dans la personne du défunt, et on arrive notamment à ce résultat que la pension alimentaire continuera à être due même après que le besoin de l'alimentaire aura cessé ; on convertit une pension alimentaire en une rente viagère.

Les auteurs, qui admettent la transmissibilité de l'obligation alimentaire aux héritiers du débiteur, sont loin d'être d'accord entre eux sur les conditions requises pour que la transmission s'opère. Ceux-ci exigent que le montant de la dette alimentaire ait été fixé par une convention ou par un jugement, ou que tout au moins la demande d'aliments ait été formée du vivant du débiteur. Ceux-là veulent seulement que le besoin de celui qui réclame les aliments se soit manifesté du vivant du débiteur ; peu importerait qu'il y eût eu ou non un règlement amiable ou judiciaire ou une demande. Enfin d'autres pensent que la dette est transmissible aux héritiers dans tous les cas et sans condition aucune. Ces divergences ne prouvent-elles pas qu'on fait fausse route ? Quand on est sorti de la bonne voie, on ne peut que s'égarer, et chacun va de son côté.

**587.** Le droit de réclamer des aliments n'engendre pas pour celui auquel la loi les accorde, dans ses rapports avec celui qui les lui doit, ce que les Romains appelaient le *bénéfice de compétence*. Ce bénéfice consiste dans le droit pour un débiteur de n'être poursuivi par son créancier que *in id quod facere potest* ; c'est-à-dire que le créancier qui poursuit un débiteur ayant droit au bénéfice de compétence doit lui laisser de quoi vivre, *ne egeat*. Eh bien ! de ce que je dois des aliments à quelqu'un, il n'en résulte pas que je ne puisse le poursuivre pour obtenir ce qu'il me doit que *in id quod facere potest*, il n'en résulte pas que je doive lui laisser de quoi vivre. Je puis tout lui prendre, si c'est nécessaire pour me payer, sauf à lui fournir ensuite une pension alimentaire dans le cas où son travail ne lui suffirait pas pour vivre. Il faudrait un texte formel pour limiter les droits d'un créancier à l'égard de son débiteur auquel il doit des aliments, et ce texte n'existe pas. Un fils créancier de son père pourra donc agir vis-à-vis de lui comme vis-à-vis du premier débiteur venu ; il pourra le poursuivre *usque ad saccum et peram*. C'est une impiété, mais notre loi la tolère.

En aucun cas d'ailleurs celui qui est tenu de fournir les aliments ne peut être obligé de payer les dettes de l'alimentaire, du moins celles qu'il aurait contractées pour une cause autre que les aliments.

## CHAPITRE II

## DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX

**588.** Les droits *respectifs* des époux, c'est-à-dire les droits de l'un vis-à-vis de l'autre, dérivent de leurs devoirs respectifs; on ne peut donc parler des uns sans parler des autres.

Il y a des devoirs communs aux deux époux; il y en a d'autres qui sont particuliers à chaque époux. Nous traiterons des uns et des autres dans deux paragraphes distincts.

§ I. *Des devoirs communs aux deux époux.*

**589.** Les devoirs communs aux deux époux sont indiqués par article 212: « *Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance* ».

## N° 1. Du devoir de fidélité.

**590.** La violation la plus grave du devoir de fidélité constitue l'*adultère* (de *ad alterum, ad alteram*). Les Romains désignaient quelquefois l'adultère sous le nom de *majores mores*, toutes les autres violations du devoir de fidélité (*cætera omnia*) sous le nom de *minores mores*.

Notre loi établit contre l'adultère une double sanction, savoir une sanction pénale et une sanction civile.

a). *Une sanction pénale.* — Elle est écrite dans les articles 337 et 339 P. Si l'on compare ces deux textes l'un avec l'autre, on voit :

1° Que l'adultère de la femme est puni plus sévèrement que celui du mari: peine de l'emprisonnement dans un cas, simple amende dans l'autre;

2° Que tout adultère de la femme, quel que soit le lieu où il a été commis et alors même qu'il constituerait un fait isolé, donne lieu à l'application de la peine édictée par l'article 337; tandis que l'adultère du mari n'entraîne la répression pénale édictée par l'article 339 qu'autant qu'il est accompagné de cette circonstance aggravante que le mari a tenu sa concubine dans la maison conjugale; de sorte que l'adultère, ou la série d'adultères commis par le mari en dehors de la maison conjugale, et même l'adultère dont il s'est rendu coupable accidentellement dans la maison conjugale avec une femme qu'il n'y entretient pas, échappent à toute sanction pénale.

b). *Une sanction civile.* — L'adultère est dans notre Droit une cause de

séparation de corps. Et toutefois ici encore nous retrouvons la loi plus indulgente pour le mari que pour la femme. En effet, tandis que tout adultère même isolé de la femme, quels que soient les circonstances et le lieu où il a été commis, peut servir de fondement à une demande en séparation de corps de la part du mari, l'adultère du mari au contraire ne devient une cause de séparation de corps pour la femme qu'autant qu'il est accompagné de la circonstance aggravante dont il vient d'être parlé: *quod castas et pudicas maxime exasperat* (arg., art. 229 et 230 combinés avec art. 306).

La loi se montre donc à plusieurs égards plus sévère pour l'adultère de la femme que pour celui du mari. Quelle en est la raison? Au point de vue moral l'adultère du mari est certainement aussi répréhensible que celui de la femme; mais il l'est moins au point de vue social qui, en cette matière comme en beaucoup d'autres, préoccupe surtout le législateur. En effet l'adultère de la femme peut donner le jour à des bâtards qui s'introduiront dans la famille du mari, prendront son nom, et viendront un jour usurper sa succession; tandis que les enfants auxquels pourra donner naissance l'adultère du mari n'entreront pas dans la famille de la femme.

Ces raisons, qui justifient tant bien que mal les différences signalées jusqu'ici entre l'adultère du mari et celui de la femme, paraissent tout à fait insuffisantes pour justifier les trois différences suivantes, qui cependant sont consacrées par notre loi :

1° Le complice de la femme adultère est punissable (P., art. 338); au contraire la complice du mari adultère ne l'est pas;

2° Le meurtre commis par le mari sur la personne de sa femme et sur celle de son complice, quand il les surprend en flagrant délit d'adultère, *in ipsa turpitudine*, est excusable (P., art. 324). La loi n'admet pas la même excuse pour le meurtre que commettrait la femme, soit sur la personne de son mari, soit sur la personne de sa complice qu'elle surprend en flagrant délit. Aux yeux de la loi, dit Taulier, les femmes n'ont pas le droit d'avoir de telles susceptibilités !

3° Enfin le mari peut faire grâce à sa femme condamnée pour cause d'adultère (P., art. 337); le même droit au contraire n'appartient pas à la femme vis-à-vis du mari.

Sur un seul point la loi fait la même situation aux deux époux : le ministère public ne peut poursuivre l'adultère de l'un que sur la plainte de l'autre (P., art. 336 et 339).

## N° 2. Du devoir de secours.

**591.** Le secours consiste dans la prestation en nature ou en argent des choses nécessaires à la vie. Les époux se devant mutuellement se-

cours, il en résulte qu'ils sont tenus l'un envers l'autre de l'obligation alimentaire.

Régulièrement l'obligation alimentaire entre époux s'exécute *en nature*, car les deux époux doivent vivre de la vie commune. Par exception il peut y avoir lieu au paiement en argent d'une pension alimentaire par l'un des époux à l'autre dans les hypothèses suivantes :

1° *Au cas de séparation de corps.* — Une jurisprudence constante reconnaît que l'obligation alimentaire entre époux survit à la séparation de corps, qui relâche seulement, sans le briser, le lien du mariage. Mais bien évidemment il ne peut pas être alors question de la prestation en nature des aliments, cette prestation supposant la vie commune entre les époux ;

2° *Quand le mari refuse de recevoir sa femme au domicile conjugal.* — Le mari est tenu aux termes de l'article 214 : 1° de recevoir sa femme ; 2° de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie suivant ses facultés et son état. Si l'on manque de moyens directs pour assurer l'exécution de la première obligation, il en existe au contraire pour assurer l'exécution de la seconde. Le mari qui refuse de recevoir sa femme et de la nourrir et entretenir à son domicile, devra être condamné à lui payer une pension alimentaire ;

3° *Quand le mari oblige sa femme à quitter le domicile conjugal par les mauvais traitements qu'il lui fait subir.*

Souvent en pareil cas le mari, pour échapper à la pension alimentaire que sa femme réclame, allègue qu'il est prêt à la recevoir, qu'elle n'a par conséquent qu'à réintégrer le domicile conjugal. Mais cette fin de non-recevoir ne doit pas être admise, quand il est avéré que le mari rend le domicile conjugal intolérable à sa femme. L'obligation pour la femme d'habiter avec son mari est corrélatrice de l'obligation imposée à celui-ci de l'y recevoir et de l'y traiter convenablement ; donc elle n'est pas obligée de remplir son obligation si le mari ne remplit pas la sienne. Cette solution est contestée. La femme, dit-on, est tenue d'habiter avec son mari (art. 214) ; elle ne peut être légalement affranchie de cette obligation que par la séparation de corps, mais elle n'a pas le droit de s'y soustraire elle-même sous prétexte que son mari la maltraite. Que la femme demande donc la séparation de corps ; une fois qu'elle l'aura obtenue, le juge lui accordera sans difficulté une pension alimentaire. — Il faut répondre que c'est un droit pour la femme et non une obligation de demander la séparation de corps quand elle est maltraitée par son mari. D'ailleurs la loi voit la séparation de corps d'un œil défavorable, et on irait en sens contraire de ses vues en forçant la femme à la demander pour obtenir justice. Enfin il n'y a pas à craindre d'abus dans la pratique ; car les juges, auxquels la femme adressera la demande d'une pension alimentaire, ne manqueront pas de vérifier s'il est exact, comme elle l'affirme, que les mauvais traitements de son mari lui rendent intolérable le séjour au domicile conjugal.

**592.** Quelquefois deux époux se séparent volontairement et conviennent ensemble d'une pension que le mari s'engage à payer à la femme. Il est certain qu'une pareille convention est nulle et de nul effet, comme dé-

rogeant à une loi d'ordre public, la loi qui oblige les époux à habiter ensemble (arg., art. 6). A une époque quelconque l'un des époux pourra donc refuser d'exécuter la convention et réclamer les droits que lui confère son titre d'époux.

### N° 3. Du devoir d'assistance.

**593.** L'assistance consiste dans les soins personnels que l'un des conjoints doit à l'autre en cas de maladie. *Assistance* vient de *sistere ad.* Comme on l'a fort bien dit, le secours vient de la bourse, *ex arca* ; l'assistance vient du cœur, *ex virtute*. — Le refus d'assistance pourrait, suivant les cas, constituer une injure grave, susceptible de servir de base à une demande en séparation de corps.

### § II. Des devoirs particuliers à chaque époux.

**594.** « *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* » (art. 213). Le mariage constitue une société. Dans toute société il faut un chef; la loi donne ce titre au mari, *vir caput est mulieris*. De là le devoir d'obéissance imposé à la femme : « *Mulieres viris suis subditæ sint* », dit saint Paul. Mais en retour de l'obéissance qu'il peut exiger de sa femme, le mari lui doit protection, et le législateur nous indique ainsi que la femme est vis-à-vis de son mari une alliée et non une esclave. Pour être d'une autre nature que celui de l'époux, le rôle de l'épouse dans l'association conjugale n'est pas moins important. Au mari la conduite et le souci des affaires, la gestion des intérêts communs, le soin de subvenir par son travail aux nécessités du présent et aux exigences de l'avenir. A la femme la direction du ménage, l'emploi des ressources destinées aux dépenses de la maison, le soin d'élever les enfants.

Le devoir d'obéissance entraîne comme corollaire pour la femme l'obligation d'habiter avec son mari et l'incapacité d'accomplir les actes de la vie civile sans autorisation.

### N° 4. De l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari, et à celui-ci de recevoir sa femme.

**595.** « *La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état* » (art. 214).

L'article 108 nous a dit que la femme mariée n'a pas d'autre domicile que celui de son mari; notre article dispose qu'elle ne doit pas non plus avoir d'autre résidence.

Obligée d'habiter avec son mari, la femme doit nécessairement « le suivre partout où il juge à propos de résider ». Mais voilà le mari qui veut aller habiter en pays étranger, la femme devra-t-elle l'y accompagner ? Le projet du Code civil ne l'y obligeait pas ; il portait : « Si le mari voulait quitter le sol de la République, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le Gouvernement d'une mission à l'étranger exigeant résidence ». Cette disposition fut supprimée dans la rédaction définitive de la loi, sur cette observation du premier Consul que l'obligation pour la femme de suivre son mari est générale et absolue. Attachée à son mari par le lien le plus étroit qui puisse unir deux êtres, la femme doit partager sa fortune et suivre sa destinée.

La règle qui oblige la femme à habiter avec son mari souffre trois exceptions :

1<sup>o</sup> Lorsque le mari veut mener une vie errante et vagabonde sans jamais se fixer nulle part. La loi dit que la femme doit suivre son mari « partout où il juge à propos de résider ». Donc il faut que le mari juge à propos de *résider*, c'est-à-dire de se fixer quelque part.

2<sup>o</sup> Lorsque l'émigration est défendue par une loi politique. Si le mari viole cette loi en allant se fixer en pays étranger, il ne peut pas forcer sa femme à la violer avec lui.

3<sup>o</sup> Si le mari n'offre pas à sa femme un logement convenable eu égard à ses facultés et à son état, ou s'il y exerce quelque profession déshonnête. En effet, l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari est corrélatrice à l'obligation pour celui-ci de la recevoir d'une manière digne d'elle. Si le mari ne remplit pas cette obligation, la femme ne peut pas être tenue de remplir la sienne.

**596.** Quelle est la sanction des obligations corrélatives imposées au mari et à la femme par l'article 214 : obligation pour la femme d'habiter avec son mari, obligation pour celui-ci de la recevoir et de la traiter maritalement ? La loi est restée muette sur ce point. De là des difficultés.

On invoque en général la discussion qui s'est produite au Conseil d'État pour soutenir que, dans le silence de la loi, le juge a un pouvoir discrétionnaire sur le choix des moyens tendant à assurer l'observation de la loi. « Toutes ces difficultés, a dit Boulay, doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances ». — Il faut s'entendre. Si l'on veut dire que, dans le silence de la loi, l'exécution des obligations imposées par l'article 214 peut être assurée par les moyens que le Droit commun autorise eu égard à la nature spéciale de ces obligations, rien de plus vrai. Mais si l'on veut dire que le juge jouit ici d'un arbitraire sans limites, cette prétention paraîtrait tout à fait inadmissible. Quelqu'un voudrait-il par exemple reconnaître au juge le droit d'ordonner que la femme qui a déserté le domicile conjugal sera enfermée dans un monastère jusqu'à ce qu'elle consente à le réintégrer ? ou que tous les biens de la femme seront vendus au profit du mari si elle ne consent pas à repren-

dre la vie commune? Ce seraient pourtant là des moyens indirects et très-efficaces d'assurer l'exécution de l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari!

Sous le bénéfice de cette observation, voyons les divers moyens qui ont été proposés, soit en ce qui concerne la femme pour la forcer à réintégrer le domicile conjugal, soit en ce qui concerne le mari pour le forcer à recevoir sa femme.

**597. a).** *En ce qui concerne la femme*, on est à peu près d'accord en doctrine et en jurisprudence pour admettre que le mari a le droit de lui refuser tout secours pécuniaire, tant qu'elle persiste à demeurer éloignée du domicile conjugal; il l'y ramènera ainsi quelquefois en la prenant en quelque sorte par la famine. La légalité de ce moyen n'est pas contestable; car l'obligation imposée au mari de fournir à sa femme tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état, est corrélative à l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari; si elle s'y refuse, le mari est en droit de lui refuser de son côté les choses nécessaires à la vie; il ne les lui doit qu'au domicile conjugal.

Le moyen qui vient d'être indiqué sera inefficace, si la femme est séparée de biens soit contractuellement soit judiciairement, cas auquel elle administre elle-même ses biens personnels et touche ses revenus qui peuvent lui procurer des ressources suffisantes pour vivre. Il le sera encore lorsque la femme reçoit un asile ou des secours pécuniaires, soit de sa famille, soit même peut-être hélas! d'un étranger. Alors s'offrent les moyens suivants dont la légalité et quelquefois l'efficacité même sont assez douteuses.

On a proposé d'abord la saisie des revenus de la femme opérée par le mari avec autorisation de la justice; c'est un moyen, dit-on, de couper les vivres à la femme et de la forcer indirectement à rentrer au domicile conjugal. Il est incontestable que le mari peut avoir recours à ce moyen, et même saisir au besoin la propriété des biens de la femme, pour obtenir le paiement des sommes que celle-ci serait tenue, d'après le contrat de mariage, de verser entre les mains de son mari pour sa part contributive dans les dépenses du ménage (arg., art. 1448, 1537 et 1575). Mais qu'il puisse, en dehors de cette limite, obtenir de la justice l'autorisation de saisir tous les revenus des biens personnels de la femme comme moyen de contrainte indirect pour la ramener au domicile conjugal, c'est fort difficile à admettre; car d'après le Droit commun la saisie suppose une créance, et ne peut être exercée que dans la mesure de cette créance. A ce compte, pourquoi ne pas autoriser le mari à faire vendre tous les biens de la femme et à s'en attribuer le prix? La jurisprudence admet cependant l'emploi de ce procédé et d'un autre qui lui ressemble beaucoup et qui consiste à ordonner le séquestre des biens de la femme jusqu'à ce qu'elle ait réintégré le domicile conjugal.

Un autre moyen, préconisé par certains auteurs et appliqué par quelques décisions judiciaires, consiste dans la condamnation de la femme récalcitrante à des dommages-intérêts envers son mari tant par chaque jour de retard qu'elle mettra à réintégrer le domicile conjugal. On ne peut s'empêcher de sourire à l'idée d'un mari qui veut faire escompter en argent la possession de sa femme. Comme s'il y avait là un préjudice susceptible d'une évaluation pécuniaire! Il faut appeler les choses par leur

nom. Sous couleur de dommages et intérêts, c'est une véritable amende qu'on prononce contre la femme. Est-ce par application de la règle *Nulla poena sine lege*?

Il reste enfin le moyen suprême de la force publique. Comme dernière ressource, dit-on, le mari se fera autoriser par la justice à reconquérir sa femme *manu militari*, car force doit rester à la loi. La force publique peut être mise à la disposition du propriétaire qui veut se faire mettre en possession de sa chose injustement détenue par un tiers; pourquoi le mari ne pourrait-il pas se faire mettre par le même moyen en possession de sa femme? On pourrait tout d'abord répondre: parce que la femme n'est pas une chose. Mais il y a une réponse plus topique: c'est que le moyen employé n'est pas en rapport avec le but qu'il s'agit d'obtenir. Que demande le mari? L'exécution de l'obligation, dont sa femme est tenue, d'habiter avec lui. Or l'obtiendra-t-il par l'emploi de la force publique? Non; car tout le monde admet que le mari, une fois en possession de sa femme, n'a pas le droit de la tenir en chartre privée: ce serait la soumettre à une véritable contrainte par corps, et la contrainte par corps n'est possible que dans les cas exprimés par la loi (art. 2063). Il faudra donc rendre la liberté à la femme aussitôt qu'elle sera rentrée au domicile conjugal, et le plus souvent elle s'empressera d'en user et de retourner d'où elle vient, de sorte que l'emploi de la force publique aura causé un scandale inutile. On dit, il est vrai, que dans certains cas l'emploi de ce moyen offrira quelques chances de succès; peut-être la femme est-elle dominée par de mauvaises influences auxquelles elle n'a pas la force de se soustraire; une fois qu'elle en sera affranchie, il est possible qu'elle revienne à de meilleurs sentiments. Que l'on interroge la pratique, et l'on verra combien de fois ce moyen a réussi! Quoi qu'il en soit, une jurisprudence constante en autorise l'emploi.

**598. b).** *En ce qui concerne le mari qui refuse de recevoir sa femme,* il paraît certain que les tribunaux pourraient le condamner, sur la demande de la femme, à payer à celle-ci une pension alimentaire. C'est bien le moins, si le mari refuse de recevoir sa femme dans son domicile et de lui fournir en nature, comme il y est tenu, toutes les choses nécessaires à la vie suivant ses facultés et son état, qu'il puisse être condamné à lui fournir l'équivalent sous forme de pension alimentaire.

Quant au point de savoir si le juge peut autoriser la femme à recourir à la force publique pour se faire ouvrir les portes de l'habitation de son mari, la question est connexe à celle qui vient d'être étudiée relativement à la femme et doit être résolue d'une manière analogue.

Ceux qui admettent l'emploi des diverses mesures plus ou moins arbitraires dont il vient d'être parlé, soit en ce qui concerne la femme, soit en ce qui concerne le mari, reconnaissent que cet emploi est subordonné à l'autorisation préalable de la justice. Cette autorisation ne doit être accordée qu'après que l'époux récalcitrant a été mis en demeure par une sommation de remplir son obligation et sur son refus.

## No 2. De l'incapacité de la femme mariée.

**599.** L'incapacité dont il s'agit est la seconde conséquence de la puissance maritale et du devoir d'obéissance qu'elle impose à la femme. Elle consiste en ce que la femme ne peut pas en principe valablement accomplir les divers actes juridiques sans une autorisation, qui régulièrement doit émaner du mari. L'incapacité de la femme mariée diffère

donc grandement de celle du mineur ou de l'interdit, qui ne peuvent accomplir par eux-mêmes les actes de la vie civile : le mineur et l'interdit ont un représentant légal, le tuteur, qui agit en leur lieu et place ; la femme mariée agit elle-même, mais pour agir valablement elle doit être autorisée.

L'incapacité de la femme ne tient pas à son sexe. La preuve en est qu'en dehors du mariage la loi reconnaît à la femme la même capacité qu'à l'homme : avant d'être mariée, comme après qu'elle a cessé de l'être, la femme, si d'ailleurs elle est majeure et non interdite, est capable de tous les actes civils. Dans l'ancien Droit romain, où les femmes étaient considérées comme incapables à raison de leur sexe, on les soumettait à une tutelle perpétuelle, et c'était logique.

Le mariage est donc la cause de l'incapacité de la femme.

Mais comment expliquer ce résultat ? Comment se fait-il que la femme, qui est capable avant le mariage et après sa dissolution, cesse de l'être pendant le mariage, comme si ce fait produisait pour elle une sorte de *capitis deminutio* ? L'explication, qui se présente le plus naturellement à l'esprit, consiste à dire que la femme se soumet en se mariant à l'autorité d'un maître. Tenue vis-à-vis de lui du devoir d'obéissance, elle ne doit pouvoir rien faire sans son aveu. De là la nécessité, quand elle veut accomplir un acte juridique, d'obtenir l'autorisation qui nous apparaît ainsi comme un hommage rendu à la puissance maritale.

Mais ce n'est pas là l'unique fondement de l'incapacité de la femme mariée. Autrement on ne s'expliquerait pas qu'un mari mineur ne pût pas autoriser sa femme (art. 224), car le mari mineur est investi de la puissance maritale, tout comme le mari majeur ; dans notre ancien Droit où l'incapacité de la femme mariée avait pour unique fondement la puissance maritale, on ne faisait pas de difficulté pour reconnaître au mari mineur le droit d'autoriser sa femme. On ne s'expliquerait pas non plus que la femme pût se prévaloir de la nullité résultant du défaut d'autorisation (art. 225), le mari devrait seul avoir ce droit. Aussi faut-il reconnaître que l'autorisation maritale est en outre requise dans l'intérêt de la femme et comme mesure de protection pour elle. Il resterait à expliquer comment le législateur, qui juge inutile d'accorder à la femme une protection particulière à raison de son sexe quand elle est fille ou veuve, juge cette protection utile et nécessaire quand elle est mariée. Il a considéré peut-être la protection comme plus nécessaire pour la femme mariée que pour la fille ou pour la veuve, parce que les mille soins qu'entraînent pour la femme mariée les préoccupations du ménage la rendent en réalité moins apte aux affaires que la fille ou la veuve. D'ailleurs les intérêts de la femme mariée sont aussi ceux de la famille fondée par le mariage et dont le mari est le chef ; à ce titre encore son intervention a pu paraître nécessaire.

En résumé, la nécessité de l'autorisation maritale paraît être dans notre Droit une sanction de la double obligation consacrée par l'article 214 : obligation pour la femme d'obéir à son mari, obligation pour le mari de protéger sa femme; ou en d'autres termes l'autorisation du mari est exigée comme conséquence de la puissance maritale et comme garantie des intérêts de la femme et de la famille.

**600.** L'incapacité de la femme mariée commence avec le mariage et ne finit qu'avec lui. Elle survit donc à la séparation de biens judiciaire (art. 217), et même à la séparation de corps dont l'article 217 n'a pas parlé, parce qu'à l'époque où cet article a été décrété on ne savait pas encore si elle serait admise dans notre loi.

L'incapacité de la femme mariée existe, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux. Toutefois ce régime n'est pas sans influence sur l'incapacité de la femme telle qu'elle est déterminée par les textes que nous allons étudier, en ce sens qu'il peut suivant les cas l'augmenter ou la diminuer.

### *I. Quelle est l'étendue de l'incapacité de la femme mariée.*

**601.** L'incapacité de la femme mariée est générale. Elle s'applique en principe à tous les actes juridiques, non-seulement aux actes judiciaires, c'est-à-dire aux instances, mais aussi aux actes extrajudiciaires.

#### *A. De l'incapacité de la femme mariée quant aux actes judiciaires.*

**602.** « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens » (art. 215).

L'expression « ester en jugement, » qui signifie : se présenter devant la justice, plaider, soit en demandant, soit en défendant, est une traduction inexacte des mots latins *stare in judicio*. Le mot *judicium* est pris ici dans le sens d'*instance* et non pas de *jugement*; il aurait donc fallu dire *ester en justice* et non *ester en jugement*.

Ce n'est pas le seul reproche qu'on puisse adresser à notre article. Il formule un non-sens, quand il dit que l'incapacité d'ester en justice s'applique même à la femme non commune, c'est-à-dire à la femme mariée sous le régime de non communauté. En effet ce régime étant de tous celui sous lequel la femme a le moins de droits, il était évident que le principe de notre article devait s'appliquer surtout à la femme non commune. Au contraire notre article a raison de dire que le principe s'applique même à la femme séparée de biens (par contrat ou par jugement, *lex non distinguit*); car la séparation de biens, contractuelle ou judiciaire, conférant à la femme des droits fort étendus, on aurait pu penser que l'incapacité d'ester en justice cesserait alors pour elle, au moins dans certains cas.

D'ailleurs l'incapacité édictée par notre article étant formulée dans les termes les plus généraux, on doit en conclure que cette incapacité a lieu :

1<sup>o</sup> *Quelle que soit la juridiction saisie.* — Ainsi la femme a besoin d'autorisation pour plaider, même en justice de paix.

\* L'autorisation maritale est-elle nécessaire à la femme pour le préliminaire de conciliation? Oui; mais ce n'est pas en vertu de ce principe qu'elle ne peut ester en justice sans autorisation, car le préliminaire de conciliation n'est pas une instance; c'est en vertu de cet autre principe que les parties, qui figurent au préliminaire de conciliation, doivent être capables de transiger, puisque ce préliminaire n'a de sens qu'autant qu'il peut aboutir à une transaction. Or la femme mariée n'est capable de transiger qu'avec l'autorisation de son mari.

2<sup>o</sup> *Quel que soit le rôle de la femme dans l'instance.* — Donc aussi bien lorsqu'elle est défenderesse que lorsqu'elle est demanderesse.

3<sup>o</sup> *Quel que soit l'adversaire de la femme, fût-ce le mari.*

\* Si la femme est défenderesse au procès, elle doit être tenue pour autorisée tacitement par cela seul que son mari l'attaque. Si elle est demanderesse, son mari est considéré comme l'autorisant tacitement à plaider, par cela seul qu'il accepte le débat et conclut sur le fond. En ce sens Civ. Rej., 18 mars 1878, Sir., 78. 4. 493. En vain l'on objecterait qu'aux termes de l'article 217 l'autorisation tacite ne peut résulter que du concours du mari dans l'acte, car cet article ne parle que des actes extra-judiciaires.

4<sup>o</sup> *Quelle que soit la nature ou l'objet de la contestation qui amène la femme devant les tribunaux.*

L'autorisation serait nécessaire à la femme pour ester en justice, alors même qu'il s'agirait d'une contestation relative à un acte qu'elle a valablement accompli, soit parce qu'elle y était autorisée, soit parce qu'elle avait le droit de le faire sans autorisation. De ce qu'elle est capable pour accomplir un acte, il n'en résulte pas qu'elle soit capable pour plaider sans autorisation spéciale sur les contestations auxquelles cet acte peut donner lieu. Ainsi la femme séparée de biens par contrat ou par jugement peut faire sans autorisation tous les actes relatifs à l'administration de ses biens (art. 1449 et 1536); ce qui n'empêche pas que, si une contestation s'élève au sujet d'un acte de ce genre valablement accompli par la femme, elle ne pourra pas ester en justice sans autorisation. De même la femme autorisée à faire le commerce peut accomplir sans autorisation spéciale tous les actes qui concernent son commerce, et cependant il lui faudra une autorisation spéciale pour plaider sur les contestations auxquelles ces actes donneront lieu. La raison en est que les procès ont toujours une certaine gravité, et à ce titre ils ont pu paraître nécessiter une protection particulière.

5<sup>o</sup> L'autorisation est nécessaire à la femme, non seulement pour plaider en première instance, mais aussi pour plaider en appel; à plus forte raison pour se pourvoir en cassation ou pour agir par voie de requête civile.

Il y a toutefois sur ces divers points quelque doute.

On est d'accord pour décider que, si l'autorisation a été limitée à un certain degré de juridiction, la femme, a besoin d'une autorisation nouvelle pour en aborder une autre. Ainsi la femme, autorisée à plaider *en première instance*, aura besoin d'une autorisation nouvelle pour plaider en appel.

On admet aussi en général que, si l'autorisation de plaider a été donnée à la femme dans les termes les plus étendus, si par exemple elle a été autorisée à suivre le procès jusqu'à la fin et à épuiser activement ou passivement toutes les voies de

recours, elle n'aura pas besoin d'une nouvelle autorisation pour plaider en appel ou en cassation.... Et toutefois ce point est déjà plus douteux ; car on pourrait bien contester, et on a effectivement contesté, qu'une autorisation donnée dans des termes aussi larges pût être considérée comme satisfaisant à la condition de la *spécialité*. Chaque phase du procès, appel, pourvoi en cassation... constitue une instance nouvelle, et la règle de la spécialité de l'autorisation semble bien nécessiter une nouvelle autorisation pour chacune de ces instances.

Mais la question devient beaucoup plus délicate, si la femme a été simplement autorisée à *plaider dans telle affaire*, sans autre explication. On pourrait dire que l'autorisation, par cela même qu'elle n'est pas limitée à un certain degré de juridiction, est générale et s'applique à toutes les phases du procès. Mais outre que, dans cette hypothèse comme dans la précédente, la règle de la spécialité de l'autorisation semble exiger une autorisation nouvelle pour chaque phase du procès, est-il bien vrai de dire que le mari, qui autorise à *plaider dans telle affaire*, entend donner une autorisation sans limites ? Le contraire n'est-il pas tout aussi probable, plus probable même peut-être ? En tout cas dans le doute ne doit-on pas être porté à incliner dans le sens de l'autorisation la moins étendue, conformément à la règle *In obscuris quod minimum est semper sequimur* ? Telle pourrait être en effet l'opinion la plus plausible. La doctrine est divisée, et la jurisprudence incertaine. La Cour de cassation a décidé dans deux arrêts récents (22 janvier 1879, Sir., 79. 1. 252, et 25 février 1879, Sir., 79. 1. 273) que la femme autorisée à ester en justice a besoin d'une nouvelle autorisation pour interjeter appel du jugement qui la condamne, mais non pour défendre à l'appel du jugement qu'elle a obtenu en première instance.

Il est de jurisprudence que l'autorisation peut être donnée utilement à la femme pendant le cours de l'instance, et même que l'autorisation donnée à la femme d'interjeter appel couvre la nullité de la procédure antérieure.

**603.** La règle que la femme ne peut pas ester en justice sans l'autorisation de son mari (sauf à faire suppléer s'il y a lieu cette autorisation par celle de la justice), souffre un certain nombre d'exceptions. La Cour de cassation a raison d'établir en principe qu'il n'y en a pas d'autres que celles qui résultent d'un texte formel. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

La première exception est écrite dans l'article 878 du Code de procédure civile, duquel il résulte que la femme qui veut plaider en séparation de corps contre son mari, soit en qualité de demanderesse, soit en qualité de défenderesse, doit être autorisée par le *président du tribunal*.

L'article 865 du Code de procédure civile formule une exception du même genre en ce qui concerne la femme demanderesse en séparation de biens.

On remarquera que dans ces deux premiers cas la femme doit être autorisée par le président du tribunal et non par le tribunal, et qu'elle n'a pas besoin de mettre préalablement son mari en demeure de l'autoriser. Ce sont autant de dérogations au Droit commun.

Une seconde exception résulte de l'article 216, ainsi conçu : « *L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police* ».

*En matière criminelle ou de police. Ajoutez : ou en matière correctionnelle.*

Quel est le fondement de l'exception qui nous occupe ? Il est bien évident que le cours de la justice ne peut pas être arrêté par le défaut d'autorisation de la femme contre laquelle des poursuites criminelles sont dirigées. Et comme d'un autre côté il n'est pas admissible que le défaut d'autorisation puisse en aucun cas priver une femme qui est accusée du droit de se défendre devant la justice, et que d'ailleurs en matière *criminelle* la présence de l'accusé aux débats est obligatoire, on devait tout naturellement faire fléchir la règle qui défend à la femme d'ester en justice sans autorisation. A quoi bon exiger une autorisation qui ne saurait être refusée ?

Il reste à expliquer comment la femme, qui peut sans autorisation défendre à une action criminelle, ne peut pas sans autorisation défendre à une action civile. La défense n'est-elle pas de droit naturel en matière civile comme en matière criminelle, et n'aurait-on pas dû par conséquent, quelle que soit la nature de l'action, permettre à la femme défenderesse de plaider sans autorisation ? — Il peut se faire que la femme, contre laquelle une action est intentée en matière civile, ait intérêt à transiger, si c'est possible, ou même à acquiescer purement et simplement à la prétention de son adversaire, plutôt qu'à soutenir un procès qu'elle doit certainement perdre ; on conçoit donc que la loi ne lui permette pas de s'engager, sans autorisation, dans un débat que son intérêt bien entendu peut lui commander d'éviter à tout prix. Tout autre est la situation de la femme poursuivie en matière criminelle : si elle n'est pas coupable, elle a intérêt à se défendre pour prouver son innocence, et si elle est coupable elle a intérêt encore à se défendre pour tâcher d'obtenir une atténuation de peine.

\* **604.** L'article 216 parle de la femme poursuivie *en matière criminelle*, il fait allusion par conséquent au cas où elle est aux prises avec l'action publique résultant d'une infraction qu'elle a commise. Mais cette infraction peut donner lieu aussi à une action civile. Si cette action est intentée contre la femme, aura-t-elle besoin d'une autorisation pour y défendre ?

L'affirmative ne paraît pas douteuse, si l'action civile est intentée contre la femme *par voie principale* devant les tribunaux civils. Nous ne sommes plus ici « en matière criminelle ou de police », nous sommes par conséquent en dehors de l'exception établie par l'article 216 ; donc nous rentrons dans la règle, et il y a d'autant plus lieu de l'appliquer qu'on ne verrait aucun motif pour y déroger.

C'est la négative au contraire qu'il faudrait admettre, si l'action civile était intentée contre la femme devant le tribunal criminel déjà saisi de l'action publique et incidemment à cette action. L'action civile est ici une dépendance de l'action publique, et puisque la femme a qualité pour défendre à l'action publique sans être autorisée, elle a qualité par cela même pour défendre sans autorisation à l'action civile. L'article 359, I. Cr. fortifie cette solution. La faculté qu'il accorde au particulier lésé par l'infraction d'intenter l'action civile incidemment à l'action publique *jusqu'au jugement*, serait souvent illusoire, si l'action ne pouvait être régulièrement intentée que contre la femme dûment autorisée.

La question devient plus délicate au cas où l'action civile est intentée directement et principalement contre la femme devant le tribunal de police correctionnelle (I. Cr. 482) ou devant le tribunal de simple police (I. Cr. 445). Ce qui peut faire illu-

sion, c'est que, l'action étant intentée devant un tribunal criminel et le ministère public pouvant d'ailleurs intervenir au cours du débat pour intenter l'action publique, l'instance a les apparences d'une instance criminelle, et il semble par suite qu'on se trouve dans le cas de l'exception prévue par l'article 216 : ce qui conduirait à dire que la femme peut défendre à l'action sans autorisation. Mais si l'on y regarde de près, on voit que, si la femme est poursuivie dans l'espèce devant un tribunal criminel, elle n'est pas pour cela poursuivie criminellement, mais seulement civilement, au moins tant que le ministère public n'a pas intenté l'action publique. Or, pour qu'il y ait lieu à l'exception introduite par l'article 216, il faut que la femme soit l'objet de poursuites criminelles; donc on est en dehors de l'exception; par suite on rentre dans la règle qui exige l'autorisation. Qu'importe que le ministère public puisse au cours des débats exercer l'action publique? Pour le moment cette action n'est pas exercée, et on ignore si elle le sera jamais. La femme n'est donc poursuivie que civilement; par suite elle doit être autorisée. D'ailleurs la femme peut avoir intérêt à ne pas défendre sur l'action civile et à transiger avec son adversaire pour éviter d'éveiller les soupçons du ministère public qui, éclairé par les débats, exercera peut-être l'action publique. C'est une raison de plus pour ne pas permettre à la femme de s'engager sans autorisation dans un débat de cette importance.

En résumé la femme n'a pas besoin d'autorisation pour défendre à l'action civile intentée devant les tribunaux criminels incidemment à l'action publique dont ils sont déjà saisis. Dans tous les autres cas, la femme ne peut sans autorisation défendre à l'action civile intentée contre elle.

Il va de soi que, si la femme au lieu d'être défenderesse à l'action civile était demanderesse, elle ne pourrait en aucun cas exercer l'action sans autorisation.

### B. De l'incapacité de la femme mariée relativement aux actes extrajudiciaires.

**605.** On oppose les actes *extrajudiciaires* aux *actes judiciaires*, c'est-à-dire aux instances. L'incapacité de la femme mariée s'applique en principe aux uns comme aux autres. L'article 217 indique toute une série d'actes extrajudiciaires, et des plus importants, que la femme mariée ne peut pas accomplir sans autorisation : « *La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.* »

*Même non commune.* Ces mots méritent ici la même critique que dans l'article 215.

Étudions chacun des termes de l'énumération présentée par notre article. La femme ne peut pas sans autorisation :

1<sup>o</sup> « *Donner* », c'est-à-dire faire des donations entre vifs. La donation entre vifs dépouille le donateur sans compensation : ce qui a fait dire à nos anciens en parlant du donateur : « *Donare est perdere* », et en parlant du donataire : « Il n'est si bel acquêt que de don ». La donation est donc un des actes qui peuvent le plus gravement compromettre le patrimoine de la femme, et on comprend que la loi ne lui ait pas permis de l'accomplir sans autorisation.

La règle que la femme ne peut pas faire de donation sans autorisation s'applique aux donations de meubles comme aux donations d'immeubles. *Lex non distinguit.*

2° « *Aliéner* ». — Aliéner, c'est *rem suam alienam facere*. Il y a deux espèces d'aliénations : l'aliénation à titre gratuit, dans laquelle l'aliénateur ne reçoit rien comme contre-valeur de ce qu'il donne, et l'aliénation à titre onéreux, dans laquelle l'aliénateur reçoit une contre-valeur, par exemple la vente, l'échange. C'est à l'aliénation à titre onéreux que la loi fait allusion par le mot *aliéner*, puisqu'elle vient de viser l'aliénation à titre gratuit par le mot *donner*.

3° « *Hypothéquer* ». — « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation » (art. 2114). Elle contient le germe d'une aliénation; car elle se dénouera par la saisie et la vente de l'immeuble hypothéqué si la dette n'est pas payée, ce qui a fait dire à un de nos anciens que « l'hypothèque a le venin à la queue ». La loi devait donc l'assimiler à l'aliénation au point de vue de la nécessité de l'autorisation.

4° « *Acquérir à titre gratuit ou onéreux* ». — On s'explique facilement que la loi ne permette pas à la femme d'acquérir à *titre onéreux* sans autorisation. En effet l'acquisition à titre onéreux se fait moyennant un sacrifice, et il y a lieu à un examen sur le point de savoir si son importance ne dépasse pas le bénéfice que procurera l'acquisition. Mais comment expliquer que la femme ne puisse pas sans autorisation acquérir à titre gratuit, c'est-à-dire par donation entre vifs ou testamentaire ? Il y a d'abord le côté moral de la donation à envisager : un mari a intérêt à connaître la cause des libéralités qu'on veut faire à sa femme; l'autorisation a paru nécessaire *turpis quæstus vitandi causa*. Même au point de vue pécuniaire, il peut y avoir lieu à un examen sur le point de savoir s'il convient d'accepter la donation; elle est peut-être grevée de charges qui en diminuent ou même en absorbent le bénéfice. La nécessité de l'autorisation se justifie donc à un double point de vue.

L'énumération contenue dans l'article 217 n'est pas complète. L'autorisation est encore nécessaire à la femme pour accomplir les actes suivants :

5° *Accepter ou répudier une succession* (art. 776), car en acceptant ou en répudiant une succession on acquiert ou on aliène;

6° *Recevoir le paiement d'une créance*. — En recevant le paiement d'une créance on l'aliène, ou mieux on l'anéantit.

7° *Payer une dette*. — En payant une dette on aliène en effet les capitaux que l'on consacre au paiement.

**606.** On voit en résumé que la femme mariée est incapable d'acquérir et d'aliéner sans autorisation.

De l'incapacité d'aliéner dérive pour la femme mariée l'incapacité de s'obliger. En effet celui qui s'oblige affecte éventuellement tous ses biens à la garantie de son obligation, en ce sens qu'il confère à celui envers qui il s'oblige le droit de saisir et de faire vendre ses biens, à défaut de paiement lors de l'échéance, pour se payer sur le prix (arg., art. 2092). Il faut donc en principe avoir, pour s'obliger, la capacité requise pour aliéner ses biens, puisqu'on les aliène éventuellement en s'obligeant. Cette solution est confirmée par les articles 221, 222, 224 et 1124, desquels il résulte que la femme mariée est d'une manière générale incapable de contracter, c'est-à-dire de s'obliger par contrat; or le contrat est la source principale des obligations. Elle est confirmée aussi par l'article 220 qui, en déclarant la femme capable de s'obliger dans un cas exceptionnel, donne à entendre qu'elle en est incapable d'après le Droit commun.

**607.** On peut donc poser en principe que la femme mariée est incapable d'aliéner, d'acquérir et de s'obliger sans autorisation. Telle est la règle. De là il résulte que la femme pourra accomplir sans autorisation tous les actes qui ne constituent ni une aliénation ni une acquisition ni une obligation. C'est ainsi que la femme peut sans autorisation :

- a). Donner ou refuser son consentement au mariage de ses enfants.
- b). Accepter les donations qui leur sont offertes (art. 935). Il y a bien ici une acquisition, mais pas pour le compte de la femme.
- c). Reconnaître un enfant naturel qu'elle a eu avant son mariage (arg., art. 337). N'objectez pas que, par cette reconnaissance, la femme s'oblige à nourrir, entretenir et élever son enfant; on répondrait que cette obligation résulte, non de la reconnaissance, mais du fait de la génération que la reconnaissance ne fait que constater.
- d). Faire tous les actes conservatoires de sa fortune acquise, sauf le cas où il s'agirait d'ester en justice, notamment : faire inscrire son hypothèque légale ou une hypothèque conventionnelle, adresser des sommations à ses débiteurs, faire dresser un protêt, interrompre une prescription, faire opérer la transcription de son acte de mariage dans le cas prévu par l'article 171 ou la transcription des donations valablement faites à son profit (art. 940) et en général toutes les transcriptions qui peuvent être nécessaires pour la conservation de ses droits.

**608.** D'un autre côté, la règle que la femme ne peut sans autorisation ni aliéner ni acquérir ni s'obliger, souffre un certain nombre d'exceptions. Plusieurs sont écrites dans des textes formels. En voici l'énumération :

1° Aux termes de l'article 226 : « *La femme peut tester sans l'autorisation de son mari* ». Il y en a deux raisons. D'abord le testament doit être l'œuvre de la seule volonté du testateur ; on y aurait introduit une vo-

lonté étrangère en exigeant l'autorisation. D'autre part, le testament de la femme ne porte aucune atteinte à la puissance maritale, puisqu'il ne produira son effet qu'à la mort de la femme, c'est-à-dire à une époque où la puissance maritale aura nécessairement cessé d'exister ; il n'y avait donc pas lieu d'exiger l'autorisation du mari, qui a pour principal fondement le respect dû à l'autorité maritale.

Le droit, qui appartient à la femme de faire son testament sans autorisation, entraîne celui de le révoquer.

Quelques-unes de nos anciennes coutumes ne permettaient pas à la femme de tester sans autorisation de son mari. Cette exigence n'avait pas de raison d'être.

2° La femme peut sans autorisation révoquer les donations qu'elle a faites à son mari pendant le cours du mariage (art. 1096).

3° La femme séparée de biens par contrat ou par jugement peut faire sans autorisation *tous les actes* relatifs à l'administration de ses biens (art. 1449 et 1536). Elle a donc pleine capacité pour s'obliger en tant qu'il s'agit de cette administration. Par où l'on voit que le principe d'après lequel la femme mariée est incapable de s'obliger, n'est pas absolu. On s'explique ainsi que le Conseil d'État ait refusé de donner suite à la proposition faite par le Tribunat de formuler le principe et d'ajouter dans ce but au texte de l'article 217 les mots *s'obliger*.

Le principe que la femme ne peut pas s'obliger sans autorisation comporte d'autres exceptions qui ne sont pas écrites dans les textes. On peut les comprendre sous la formule générale suivante : l'autorisation n'est pas nécessaire pour que la femme se trouve valablement obligée toutes les fois qu'il s'agit d'obligations qui prennent naissance indépendamment de la capacité personnelle de l'obligé. En effet l'autorisation a pour but de relever la femme de son incapacité ; donc elle n'est requise en matière d'obligations que dans les cas où l'incapacité est un obstacle à la naissance de l'obligation. Cette exception s'applique notamment :

1° Aux obligations qui ont pour cause un délit ou un quasi-délit commis par la femme (arg., art. 1310);

2° Aux obligations résultant de cette règle d'équité que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Ainsi la femme mariée, qui a emprunté de l'argent sans autorisation de son mari, serait tenue vis-à-vis du prêteur dans la mesure du profit qu'elle a en définitive retiré de l'emprunt, *quatenus locupletior facta est* (arg., art. 1312).

## II. *Par qui la femme mariée doit être autorisée dans les cas où l'autorisation est requise.*

**609.** Régulièrement la femme doit être autorisée par son mari. Dans certains cas exceptionnels, elle peut ou doit être autorisée par la justice.

### A. *De l'autorisation du mari.*

**610.** L'autorisation du mari n'est pas autre chose que son consentement, son assentiment à l'acte que la femme veut accomplir. La loi emploie en effet en cette matière le mot *consentement* comme synonyme

d'*autorisation*, ainsi qu'on peut le voir par la comparaison des articles 117 et 119 du Code civil, et des articles 4 et 5 du Code de commerce. Voyez aussi les articles 934, 1426, 1449, 1535 et 1538 cbn., art. 215-226, 776 et 1576. L'autorisation du mari, soit en ce qui concerne les actes judiciaires, soit en ce qui concerne les actes extrajudiciaires, peut être expresse ou tacite. L'autorisation expresse est celle qui est exprimée, celle qui résulte d'une déclaration de volonté faite par le mari. L'autorisation tacite est celle qui s'induit de son concours à l'acte accompli par la femme ; ici le mari ne dit pas qu'il autorise sa femme, mais il le prouve très-clairement par sa conduite.

Notre ancien Droit n'admettait l'autorisation tacite du mari que pour les actes judiciaires. La femme, qui voulait accomplir un acte extrajudiciaire, devait nécessairement obtenir une autorisation *expresse*. Bien plus, le choix des expressions n'était pas indifférent : il y avait des termes sacramentels ; le mot *autoriser* devait nécessairement être employé, et c'est à peine si Pothier considérait le mot *habiliter* comme équivalent.

Cette distinction de notre ancien Droit entre les actes judiciaires qui admettaient une autorisation soit expresse soit tacite, et les actes extrajudiciaires pour lesquels on exigeait une autorisation expresse et même donnée en termes sacramentels, ne pouvait pas être reproduite par notre législateur, parce qu'elle n'avait aucune raison d'être. Il en est cependant resté quelques traces dans les articles 245 et 247. Ce dernier article dit positivement que, pour les actes extrajudiciaires, l'autorisation du mari peut être expresse ou tacite, tandis qu'en ce qui concerne les actes judiciaires l'article 245 se borne à énoncer le principe que l'autorisation du mari est nécessaire sans dire qu'elle peut être tacite, précision qui sans doute a paru inutile, puisque l'autorisation tacite a toujours été admise en cette matière.

**611. a). De l'autorisation expresse.** — L'article 217 porte que l'autorisation expresse du mari doit être donnée par écrit : « sans le concours du mari dans l'acte *ou son consentement par écrit* ».

\* De là il résulte très-certainement que, si l'autorisation n'a été donnée que verbalement par le mari, la preuve de son existence ne peut pas être faite par témoins, et cela non seulement lorsqu'il s'agira de plus de 450 fr., ce qui n'est que l'application du Droit commun (art. 1344), mais aussi (car la loi ne distingue pas) lorsque l'intérêt engagé ne dépassera pas 450 fr., ou lorsque, l'intérêt engagé dépassant 450 fr., il y aura commencement de preuve par écrit, ce qui est contraire au Droit commun (art. 1344 et 1347). La loi prohibe donc d'une manière générale l'emploi de la preuve testimoniale à l'effet d'établir l'existence d'une autorisation verbale. Il y avait pour cela de bonnes raisons. L'autorisation maritale est un acte très-fréquent dans la pratique, et la possibilité d'en prouver l'existence par témoins aurait pu être la source de nombreux abus. On n'aurait pas manqué dans bien des cas de se prévaloir de quelques paroles prononcées en l'air par le mari, pour soutenir qu'il avait verbalement autorisé sa femme. Le législateur a coupé par la racine beaucoup de contestations en exigeant une autorisation par écrit. Est-ce à dire que l'écriture soit ici requise comme condition de l'existence même de l'autorisation, qu'elle soit requise *ad solemnitatem* et non pas seulement *ad probationem*, de telle façon que l'autorisation serait inexistante si elle n'était pas constatée par écrit, conformément à la règle qui régit les actes solennels : *Forma dat esse rei*? S'il en était ainsi, l'existence de l'autorisation ne pourrait pas, en l'absence d'un écrit, être

prouvée même par l'aveu de celui qui se prévaut du défaut d'autorisation, ou par son refus de prêter serment. Tel est l'avis de quelques auteurs qui se fondent sur la généralité des termes de l'article 217 : « ou son consentement par écrit. » Mais cette rigueur n'aurait aucune raison d'être. Pour soutenir que le législateur a fait de l'autorisation maritale un acte solennel, il faudrait une disposition plus précise que l'article 217. Nous avons d'autres textes conçus dans les mêmes termes, ce sont les articles 2044 et 2085; le premier dit que la transaction doit être rédigée par écrit, et le deuxième que « l'antichrèse ne s'établit que par écrit ». On admet presque unanimement que ces formules ont pour but unique d'exclure la preuve testimoniale de la transaction ou de l'antichrèse, mais non la preuve résultant de l'aveu ou du serment. Tel doit être aussi le sens de l'article 217. En disposant que l'autorisation du mari doit être donnée par écrit, il proscriit seulement la preuve de l'autorisation par témoins, mais non par l'aveu ou par le serment.

Au surplus, la loi n'ayant pas indiqué la nature de l'écrit qui doit constater l'autorisation du mari, il en résulte qu'un écrit quelconque suffirait, même une simple lettre missive.

\* Il en serait ainsi, alors même que l'autorisation serait donnée à la femme pour l'habiliter à accomplir un acte solennel, tel qu'une donation (art. 931) ou une constitution d'hypothèque (art. 2127). Il est vrai que la loi exige ici, à peine d'inexistence de l'acte, que le consentement des parties soit constaté par un acte notarié, mais elle n'exige pas que la partie incapable de contracter soit habilitée dans une forme particulière.

**612. b). De l'autorisation tacite.** — L'autorisation tacite du mari résulte de son concours dans l'acte accompli par la femme. Ainsi une femme vend un de ses immeubles, et le mari concourt à la vente; la coopération du mari à la vente démontre qu'il l'approuve; aussi la loi la considère-t-elle avec raison comme emportant autorisation tacite.

Pour qu'il y ait concours du mari dans l'acte, il faut que le mari ait participé à l'acte accompli par sa femme de concert avec elle, c'est-à-dire conjointement avec elle et non séparément. Le mot *concourse* indique en effet une coopération.

Ainsi un même billet contient un engagement de payer une somme d'argent signé par le mari; puis au-dessous un engagement souscrit par la femme qui déclare s'obliger, en qualité de caution de son mari, au paiement de la somme portée au billet. Il n'est pas certain que le mari ait eu connaissance de l'engagement contracté par sa femme; car peut-être a-t-il été souscrit après coup et en dehors de sa présence. En cas de contestation sur ce point, le créancier, qui soutient que l'engagement de la femme est valable en vertu de l'autorisation tacite résultant du *concourse* du mari dans l'acte, devra, conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit*, démontrer l'existence de ce concours. Il ne pourra en aucun cas faire cette preuve par témoins (arg., art. 1341); mais il pourrait la faire à l'aide de l'aveu du défendeur ou en invoquant son refus de prêter serment (*supra*, n° 611).

**613.** L'autorisation tacite pourrait-elle résulter d'autres circonstances que le concours du mari dans l'acte accompli par la femme? Un arrêt de la Cour de cassation du 26 juillet 1871 (Sir., 71. 4. 65) a résolu la question dans le sens de la négative. Cet arrêt, il faut l'espérer, fixera la jurisprudence des cours d'appel, qui jusque-là était incertaine et inclinait plutôt vers l'affirmative. C'est dans le sens de la négative aussi que la doctrine en général se prononce, et avec raison ce semble. La

loi ne dit pas que l'autorisation du mari peut être tacite, ce qui permettrait au juge d'en induire l'existence d'un acte quelconque accompli par le mari qu'il considérerait comme impliquant son assentiment; elle dit, employant des termes presque prohibitifs, que la femme ne peut accomplir les divers actes juridiques par elle énumérés *sans le concours du mari dans l'acte* (art. 217). En signalant ainsi un seul fait comme emportant autorisation tacite, la loi donne bien à entendre qu'elle exclut les autres. Et il y avait de bonnes raisons pour le décider ainsi. L'autorisation maritale est un acte très-fréquent dans la pratique; et, si elle avait pu s'induire d'un acte quelconque accompli par le mari, on aurait vu s'élever à ce sujet des contestations sans nombre. La loi a voulu les empêcher de naître, en spécifiant le fait unique d'où peut résulter l'autorisation tacite, savoir le concours du mari dans l'acte.

\* C'est là une exception aux règles du Droit commun, d'après lesquelles l'existence du consentement tacite peut s'induire de tout acte que les juges considèrent comme suffisamment significatif. Aussi a-t-on soutenu que l'exception n'étant formulée par la loi que relativement aux actes extrajudiciaires (art. 217), il ne faut pas l'étendre aux actes judiciaires. En matière d'actes judiciaires, l'autorisation tacite du mari pourrait donc s'induire de faits autres que son concours dans l'acte, c'est-à-dire dans l'instance où la femme est engagée. Mais il faut convenir qu'on ne verrait guère la raison d'être de cette différence entre les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires, et cela permet de douter qu'elle ait été voulue par le législateur et que par suite elle doive être admise.

**614.** L'autorisation tacite, ne pouvant résulter que du concours du mari dans l'acte, ne peut être que concomitante à l'acte.

Quant à l'autorisation expresse, on conçoit qu'elle puisse être antérieure ou concomitante; presque toujours elle sera antérieure. Mais pourrait-elle intervenir utilement après coup, c'est-à-dire l'acte une fois accompli? La question est mal posée; on ne comprend pas en effet une autorisation donnée après coup. *Autoriser* est synonyme de *habiliter*; or se peut-il qu'on habilite quelqu'un à faire un acte qui est déjà accompli? La seule question qui puisse s'élever est celle de savoir si la nullité résultant du défaut d'autorisation est couverte par l'approbation que le mari donne après coup à l'acte accompli sans autorisation. L'affirmative a été soutenue. Telle était, dit-on, la solution admise dans notre ancien Droit. D'ailleurs que manque-t-il à l'acte dont il s'agit pour qu'il soit valable? L'assentiment du mari. Eh bien! à dater du jour où le mari a donné cet assentiment, l'acte est purgé du vice dont il était atteint; par suite il devient inattaquable. — Ce raisonnement serait sans réplique, si l'autorisation n'était exigée que comme sanction du devoir d'obéissance imposé à la femme à l'égard de son mari. Mais on a vu qu'elle est exigée aussi comme sanction du devoir de protection dont le mari est tenu vis-à-vis de sa femme. Aussi le défaut d'autorisation fait-il naître une double action en nullité: l'une au profit du mari dont l'autorité n'a pas été respectée, l'autre au profit de la femme qui n'a pas été protégée comme le veut la loi. Or, si l'on comprend à merveille que l'assentiment donné après coup par le mari puisse couvrir la nullité résultant de la violation du devoir d'obéissance, on ne comprendrait guère qu'il pût couvrir celle résultant de l'absence de la protection due à la femme. En d'autres termes, il va de soi que le mari puisse renoncer à son action en nullité en ratifiant l'acte; mais à quel titre pourrait-il disposer aussi de l'action en nullité qui appartient à la femme? Il était tout naturel qu'il le pût dans notre ancien Droit, où l'autorisation avait pour unique fondement le respect dû à l'autorité maritale; mais ce résultat serait inexplicable dans notre Droit actuel, où la nécessité de l'autorisation est aussi fondée sur une idée de protection pour la femme. Enfin on a fait remarquer en faveur de cette solution que la rédaction primitive de l'article 217 contenait un alinéa ainsi conçu :

« Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » Or cet alinéa a disparu de la rédaction définitive. — La jurisprudence est en ce sens; quant à la doctrine, elle est divisée.

### B. De l'autorisation de la justice.

#### 1. Dans quels cas il y a lieu à cette autorisation.

**615.** Régulièrement l'autorisation doit émaner du mari. Par exception, l'autorisation du mari peut ou doit être *suppléée* (d'où le nom d'autorisation *supplétive*) par celle de la justice dans les cas suivants :

1<sup>o</sup> Si le mari refuse son autorisation et que son refus soit injuste. « *Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation* » (art. 218). Et l'article suivant contient une disposition du même genre en ce qui concerne les actes extrajudiciaires : « *Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte...* » — L'autorisation constitue pour le mari un droit, mais elle constitue aussi à certains égards un devoir. S'il remplit mal ce devoir en refusant sans motif à sa femme une autorisation que celle-ci a intérêt à obtenir, il est juste que son *veto* ne soit pas sans appel;

2<sup>o</sup> Lorsque le mari a été condamné à une peine afflictive ou infamante. L'article 221 dit à ce sujet : « *Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation, sans que le mari ait été entendu ou appelé.* » — La loi considère le mari qui a été frappé d'une peine afflictive ou infamante comme indigne d'exercer la puissance maritale. Cette indignité ne subsiste que « pendant la durée de la peine ». Donc, une fois la peine subie, le mari recouvre le droit d'autorisation.

Mais voici une difficulté : toutes les peines criminelles temporaires entraînent de plein droit la dégradation civique (P., art. 28). Or la dégradation civique a une durée indéfinie : elle survit à l'accomplissement de la peine, et dure toute la vie du condamné, sauf le cas fort rare de la réhabilitation ou de l'amnistie. Le mari condamné à une peine criminelle temporaire restera donc dégradé civiquement après qu'il aura subi sa peine, partant il sera incapable d'autoriser sa femme, car la dégradation civique est une peine infamante (P., art. 8), et cet état de choses durera en principe toute sa vie. Alors que signifie l'article 221, quand il dit que le mari condamné à une peine afflictive ou infamante est incapable d'autoriser sa femme « pendant la durée de sa peine » ? Pour donner un sens à l'article 221, il est bien difficile de ne pas admettre que le mari recouvre le droit d'autoriser sa femme après qu'il a subi sa peine, et malgré la dégradation civique dont il continue à être frappé. Il faut entendre ces mots « pendant la durée de sa peine » comme signifiant pendant la durée de la peine principale dont il a été frappé.

Supposons que le mari soit frappé de la dégradation civique prononcée contre lui comme peine principale. Sera-t-il déchu pendant toute la durée de sa peine, c'est-à-dire pendant toute sa vie, de l'exercice de la puissance maritale ? On pourrait le soutenir en argumentant des termes généraux de l'article 221. Mais cependant il est remar-

quable que l'article 34 P., qui énumère les effets de la dégradation civique, ne mentionne pas celui-là. N'est-il pas bien probable que la dégradation civique est restée complètement en dehors des prévisions du législateur de 1804? Ce qui n'est pas étonnant d'ailleurs, puisqu'on attendait alors de nouvelles lois criminelles et qu'on ignorait si la dégradation civique y trouverait place. Et ne convient-il pas en conséquence de décider que jamais la dégradation civique, pas plus quand elle est prononcée comme peine principale que quand elle est encourue comme peine accessoire, n'entraîne la déchéance du droit d'autorisation maritale?

Quant à la condamnation au bannissement, peine infamante également, elle rendrait le mari incapable d'autoriser sa femme pendant toute la durée de sa peine.

Autre difficulté : l'article 224 déclare le mari condamné *par contumace* incapable d'autoriser sa femme *pendant la durée de sa peine*. Mais le contumax ne subit pas sa peine. Que signifie donc cette disposition? La loi a voulu dire probablement que le mari est incapable d'autoriser sa femme pendant toute la durée de la contumace, c'est-à-dire pendant les vingt années à l'expiration desquelles la prescription est acquise.

3° Lorsque le mari est interdit. « *Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter* » (art. 222). L'interdiction est prononcée contre ceux qui sont atteints d'aliénation mentale. L'interdit est incapable d'accomplir pour son propre compte les divers actes juridiques (art. 502); comment pourrait-il habiliter sa femme à les accomplir? Aussi notre article décide-t-il que l'autorisation du mari devra alors être remplacée par celle de la justice.

4° Lorsque le mari est absent. « *Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause...* » (art. 222). « L'application de cette disposition au cas d'absence déclarée ou même seulement présumée du mari est sans difficulté; s'applique-t-elle aussi au cas où le mari est simplement non-présent? La plupart des auteurs admettent l'affirmative. Outre les travaux préparatoires, ils invoquent l'autorité de Pothier, qui dit quelque part : « La femme peut recourir à la justice lorsque le mari est trop éloigné pour donner l'autorisation aussi promptement que le cas l'exige ». Cette situation se présentera beaucoup plus rarement de nos jours que du temps de Pothier, les nouveaux moyens de communication ayant presque supprimé les distances. Mais il y a plus. En supposant que l'article 222 laissât la question indécise, elle semble bien aujourd'hui résolue dans un sens contraire à celui de Pothier par l'article 863 du Code de procédure civile : « *Dans le cas d'absence présumée du mari ou lorsqu'elle aura été déclarée, la femme qui voudra se faire autoriser...* ». N'est-ce pas là une interprétation législative de l'article 222 ?

5° Lorsque le mari est mineur. « *Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter* » (art. 274). — Dans notre ancien Droit le mari mineur pouvait autoriser sa femme. Cela tenait à ce que l'incapacité de la femme

était alors uniquement fondée sur le respect dû à l'autorité maritale. Une décision contraire devait être admise, du moment que l'on considérait la nécessité de l'autorisation comme reposant aussi sur une idée de protection pour la femme. Incapable d'accomplir pour son propre compte les actes juridiques, comment le mineur pourrait-il habiliter sa femme à les accomplir ?

\* La disposition qui ne permet pas au mari mineur d'autoriser sa femme, étant fondée sur son incapacité, doit être restreinte dans les limites mêmes de cette incapacité. De là il résulte que le mari mineur pourrait habiliter sa femme à accomplir les divers actes juridiques, que la loi le déclare capable d'accomplir pour son propre compte en qualité de mineur émancipé (art. 476). Ainsi le mari mineur peut autoriser sa femme à ester en justice en matière mobilière; car la loi lui accorde ce droit pour son propre compte (arg., art. 482). La question ne présente guère d'intérêt que dans cette hypothèse.

**616.** Par exception, l'autorisation de la justice ne peut pas suppléer celle du mari dans les cas suivants :

1<sup>o</sup> Pour accepter une exécution testamentaire, excepté quand la femme est séparée de biens par contrat ou par jugement (ar. 1029) ;

2<sup>o</sup> Pour compromettre (arg., art. 1004 et 83, § 6, Pr., cbn.).

3<sup>o</sup> Quand il s'agit d'habiliter la femme à faire le commerce. En effet l'article 4 Co. dit : « La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. » La loi n'ajoute pas : *ou l'autorisation de la justice*. Or sur quoi se fonderait-on pour soutenir que l'autorisation de la justice peut ici suppléer celle du mari? Ce ne pourrait être que sur les principes généraux ; ils sont contenus dans le Code civil, et on va voir qu'ils ne permettent pas à la justice de donner l'autorisation. En effet l'autorisation de la justice ne peut suppléer celle du mari que dans les cas exprimés par la loi; autrement l'énumération qu'elle fait des diverses hypothèses dans lesquelles la justice peut donner à la femme l'autorisation supplétive n'aurait pas de sens. — Les cas, dans lesquels le besoin de l'autorisation supplétive de la justice se fait sentir, sont ceux : 1<sup>o</sup> de refus du mari ; 2<sup>o</sup> de minorité, d'absence, d'interdiction ou de condamnation du mari. Pour le cas de refus du mari nous avons deux textes : l'article 218 qui permet à la justice d'autoriser la femme à ester en jugement, et l'article 219 qui lui permet d'autoriser la femme à passer un acte; or exercer la profession de commerçant, ce n'est ni ester en justice, ni passer un acte; c'est autre chose, et le Code civil, pas plus que le Code de commerce, ne permet à la justice de donner en ce cas l'autorisation que le mari refuse. D'autre part, pour les hypothèses de minorité, d'interdiction, d'absence du mari ou de condamnation de celui-ci à une peine afflictive ou infamante, nous avons les articles 221, 222 et 224 qui permettent à la justice d'autoriser la femme « soit pour ester en jugement, soit pour contracter ». Le mot *contracter* ne peut guère être considéré comme comprenant le cas de la femme qui veut obtenir l'autorisation de faire le commerce; très-certainement dans l'idée du législateur il fait allusion à un contrat déterminé, et non à la série illimitée de contrats qu'entraîne l'exercice de la profession de commerçant. Les principes généraux déposés dans le Code civil ne permettent donc pas à la femme d'obtenir de la justice l'autorisation de faire le commerce.

La solution qui vient d'être développée est généralement admise pour le cas de refus du mari. Mais beaucoup d'auteurs la rejettent au cas où il est dans l'impossibilité physique, morale ou légale d'autoriser sa femme, comme s'il est absent, interdit ou condamné à une peine afflictive ou infamante; la justice pourrait alors

autoriser la femme à faire le commerce. Et toutefois il faut reconnaître que cette restriction est fondée sur des motifs d'utilité pratique beaucoup plus que sur des raisons juridiques, car les termes absolus de l'art. 4 Co. semblent bien exclure toute distinction.

Des raisons, semblables à celles qui viennent d'être déduites au sujet de la question précédente, semblent devoir conduire à décider que l'autorisation du mari ne pourrait pas être suppléée par celle de la justice, lorsque la femme veut contracter un engagement théâtral et peut-être d'une manière générale se livrer à l'exercice d'une profession quelconque. D'ailleurs, en ce qui concerne l'exercice de la profession théâtrale en particulier, outre que de puissantes considérations morales peuvent porter le mari à refuser à sa femme l'autorisation qu'elle sollicite, le mari n'aurait-il pas, en supposant que la justice puisse accorder l'autorisation, un moyen indirect d'empêcher sa femme d'en profiter en changeant de résidence et en l'obligeant à le suivre.

2. *De la procédure à suivre pour obtenir l'autorisation supplétive de la justice.*

**617.** Il y a lieu de distinguer si cette autorisation est demandée pour habilitier la femme à ester en justice ou pour l'habilitier à passer un acte.

a). L'autorisation supplétive est demandée pour habilitier la femme à ester en justice. Le Code civil est muet sur ce point qui est réglé par le Code de procédure civile. Une sous-distinction doit être faite entre le cas où la femme est demanderesse et celui où elle est défenderesse.

a). *La femme est demanderesse.* — C'est elle qui doit se pourvoir de l'autorisation. Elle devra s'adresser pour l'obtenir au tribunal du domicile du mari. La procédure à suivre varie suivant les cas. Si l'autorisation est demandée *au refus du mari*, la femme devra, après l'avoir mis par une sommation en demeure de donner son autorisation, demander à la justice l'autorisation supplétive suivant les formes prescrites en l'article 864 Pr. Le tribunal statuera sur cette demande en audience publique, après avoir entendu le mari en la chambre du conseil ou lui dûment appelé (Pr., art. 862). — Si l'autorisation est demandée au cas d'absence ou d'interdiction du mari, il sera procédé suivant la forme prescrite aux articles 864 et 865 Pr. Le Code de procédure civile ne prévoit pas le cas où le mari est mineur, ni celui où il est condamné à une peine afflictive ou infamante. Dans l'un et l'autre cas il n'y a pas lieu pour la femme d'adresser une sommation à son mari, qui légalement ne peut ni donner ni refuser son autorisation. Le mari doit-il être entendu ou appelé en la chambre du conseil? Non, s'il est condamné à une peine afflictive ou infamante (art. 224 *in fine*). Au cas où le mari est mineur, il *peut* être entendu s'il le réclame, ou si les juges en manifestent le désir; mais ce n'est pas obligatoire. Pour le surplus il sera procédé comme au cas d'interdiction.

b). *La femme est défenderesse.* — Ce cas n'est prévu ni par le Code civil ni par le Code de procédure civile. On décide qu'il appartient au demandeur de faire munir la femme de l'autorisation nécessaire, car le demandeur doit régulariser la procédure. A cet effet il devra assigner la femme et le mari tout à la fois, ce dernier aux fins d'autoriser sa femme, et si le mari refuse son autorisation ou s'il fait défaut, le tribunal saisi de la demande autorisera la femme, s'il le juge convenable, sur les conclusions du demandeur. Il n'y a pas lieu pour celui-ci d'assigner le mari dans les cas où la loi permet à la femme d'obtenir l'autorisation de la justice sans avoir à demander au préalable celle du mari, par exemple en cas d'absence ou d'interdiction du mari.

b). L'autorisation supplétive est demandée pour habilitier la femme à passer un acte. Le tribunal compétent pour statuer sur la demande d'autorisation est encore celui du domicile du mari. En ce qui concerne la procédure à suivre pour l'obtenir,

L'article 219 dit : « Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme » peut faire citer son mari directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après » que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil. »

On admet généralement que ce texte a été modifié par les articles 861 et 862 Pr., en tant qu'il permet à la femme de « faire citer son mari directement », c'est-à-dire sans sommation préalable, devant le tribunal. La femme devrait en conséquence suivre, pour obtenir de la justice l'autorisation de passer un acte, la même procédure que pour obtenir celle d'intenter une demande en justice. On ne voit pas de motifs en effet pour que la procédure ne soit pas la même dans les deux cas. Et toutefois les articles 861 et s. du Code de procédure civile font naître quelque doute sur ce point. Ils parlent en effet de la femme « qui veut se faire autoriser à la poursuite de ses droits », expressions qui semblent bien ne faire allusion qu'aux demandes judiciaires et non aux actes extrajudiciaires.

**618.** Que l'autorisation soit demandée pour plaider ou pour passer un acte, le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne doit statuer que *cognita causa*. Il peut donc dans tous les cas refuser l'autorisation qui lui est demandée. Les jugements qui statuent sur les demandes d'autorisation sont toujours susceptibles d'appel.

### III. De la spécialité de l'autorisation.

**619.** L'autorisation, donnée à la femme mariée soit pour ester en justice soit pour contracter, doit être spéciale (arg., art. 223 et 1538). Cette règle s'applique à l'autorisation donnée par la justice aussi bien qu'à celle donnée par le mari.

Le principe que l'autorisation doit être spéciale signifie qu'elle doit être donnée séparément pour chaque instance judiciaire dans laquelle la femme veut s'engager, pour chaque acte juridique qu'elle veut accomplir, par exemple pour chaque vente, chaque emprunt, chaque constitution d'hypothèque, etc. C'est ainsi que nos anciens entendaient la règle de la spécialité de l'autorisation. « J'estime, dit Lebrun, que les autorisations doivent être spéciales en chaque affaire et en chaque contrat », et Pothier dit de son côté : « L'autorisation doit être spéciale pour tel ou tel acte. » C'est encore aujourd'hui, sauf quelques rares dissidences, le sentiment des auteurs.

Le mari ne peut donc pas valablement donner à sa femme une autorisation générale. En agissant de la sorte, il abdiquerait à vrai dire la puissance maritale plutôt qu'il ne l'exercerait. La loi veut qu'il donne son autorisation en connaissance de cause, *cognita causa*, et après mûr examen, ce qui implique une autorisation donnée pour chaque acte en particulier, une autorisation spéciale en un mot.

Ne satisferait pas à la condition de la spécialité l'autorisation donnée à la femme d'aliéner ses immeubles (arg., art. 1538) ou de les hypothéquer; il faut que l'autorisation indique l'immeuble ou les immeubles qui pourront être aliénés ou hypothéqués, et dans ce dernier cas la somme jusqu'à concurrence de laquelle ils pourront être hypothéqués. Ne serait pas non plus suffisamment spéciale l'autorisation donnée à la femme *d'emprunter*, il faut dire jusqu'à concurrence de quelle somme; ou de cautionner toutes les dettes que le mari pourra contracter, il faut dire quelles

dettes ; ou d'ester en justice pour toutes les affaires intéressant son commerce (Cass., 30 janvier 1877, *Sir.*, 77. 1. 73).

Rien ne fait d'ailleurs obstacle à ce que, dans un même acte instrumentaire, le mari autorise sa femme à accomplir plusieurs actes spécialement désignés.

**620.** La règle de la spécialité de l'autorisation s'applique même à la femme mariée sous le régime de séparation de biens. Quoiqu'elle ait le droit, en vertu du régime adopté, de faire *sans autorisation* tous les actes qui concernent l'administration de son patrimoine, il lui faudrait une autorisation spéciale pour accomplir un acte quelconque en dehors de cette administration, et toute autorisation générale qui lui aurait été donnée par le contrat de mariage au-delà de cette sphère, par exemple l'autorisation d'aliéner ses immeubles, serait nulle. C'est sans doute ce qu'a voulu dire l'article 223, ainsi conçu : « *Toute autorisation générale,* » même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. » Cpr. art. 1538.

\* Au premier abord ce texte semble signifier que la femme, qui a stipulé dans son contrat de mariage le droit d'administrer ses biens, stipulation que la loi permet et qui est la base du régime de séparation de biens, doit être considérée comme autorisée à l'avance d'une manière générale à accomplir tous les actes relatifs à l'administration de son patrimoine. Ainsi envisagée la situation de la femme séparée de biens par contrat offrirait une exception à la règle de la spécialité de l'autorisation. La loi, qui prohibe dans tous les autres cas l'autorisation générale, la permettrait ici, mais seulement en ce qui concerne l'administration de ses biens ; si le contrat de mariage contenait une autorisation plus étendue, par exemple l'autorisation d'aliéner les immeubles, on rentrerait dans la règle générale, et l'autorisation serait nulle. — Mais ne joue-t-on pas sur les mots en disant que la femme séparée de biens est autorisée à accomplir tous les actes relatifs à l'administration de ses biens ? Sans doute elle y est autorisée, mais par la convention et non par son mari. Dira-t-on aussi que la femme séparée judiciairement reçoit par avance de la justice une autorisation générale d'accomplir tous les actes relatifs à l'administration de son patrimoine ? La vérité est que ni la femme séparée contractuellement, ni la femme séparée judiciairement, ne reçoivent d'autorisation générale pour administrer leur patrimoine. La première puise son droit d'administration dans le contrat de mariage, et l'autre dans le jugement qui prononce la séparation de biens ; et dans l'un comme dans l'autre cas nous avons plutôt une exception à la règle de la nécessité de l'autorisation qu'une exception à la règle de la spécialité de l'autorisation.

**621.** Le mari, qui en vertu des conventions matrimoniales a le droit d'administrer les biens de sa femme, pourrait-il pendant le cours du mariage lui confier cette administration ? Oui ; mais la femme devrait alors être considérée comme agissant en qualité de mandataire du mari, et non en vertu d'une autorisation générale que celui-ci lui aurait donnée.

**622.** Si le principe de la spécialité de l'autorisation s'applique dans toute sa rigueur à la femme séparée de biens, il souffre au contraire une exception en ce qui concerne la femme autorisée à faire le commerce : « *La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.* — Elle n'est

» pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé » (art. 220). Cpr. art. 5, Co. On présente quelquefois ces textes comme établissant une exception à la règle que la femme mariée ne peut accomplir aucun acte juridique sans autorisation. C'est une erreur. La femme mariée ne peut pas faire le commerce sans autorisation, et on a même vu plus haut que cette autorisation doit nécessairement émaner du mari. Ce qu'il y a seulement de particulier à la situation de la femme commerçante, c'est qu'elle reçoit une autorisation générale pour tous les actes qui dépendent de son commerce. Ces actes pouvant se multiplier à l'infini, il était impossible que la femme obtint une autorisation spéciale pour chacun d'entre eux. Aussi la loi déroge-t-elle ici, non à la règle qui exige une autorisation, mais à celle qui exige une autorisation *spéciale*.

Cette dérogation en amène forcément une autre. D'après l'article 217 l'autorisation tacite du mari ne peut résulter que de son concours dans l'acte. Mais bien évidemment cette règle n'est formulée qu'en vue du cas où il s'agit d'accorder à la femme une autorisation spéciale pour accomplir tel acte déterminé. Appliquée à une autorisation générale, elle constituerait un non-sens, et équivaudrait à la prohibition de l'autorisation tacite. Est-il possible que le mari concoure à chacun des actes, très-multipliés souvent, du commerce de sa femme? Assurément non, pas plus qu'il n'est possible qu'il autorise expressément chacun de ces actes. La règle de l'article 217, en ce qui concerne l'autorisation tacite, se trouve donc ainsi nécessairement écartée plus encore par l'esprit que par le texte de la loi, et l'on admet aujourd'hui, comme on le faisait déjà dans notre ancien Droit, que l'autorisation tacite du mari résultera de ce seul fait que, sa femme faisant le commerce sous ses yeux, il la laisse faire sans protester. *Patientia mariti pro consensu est*.

La femme, autorisée expressément ou tacitement à faire le commerce, a capacité pour accomplir tous les actes relatifs à son commerce. Elle peut donc « s'obliger pour ce qui concerne son négoce ». Elle peut aussi pour les besoins de son commerce, et sauf l'exception indiquée par l'article 7, al. 2, Co., engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles, et aussi transiger sur les différends relatifs à son commerce (arg., art. 2045). Toutefois elle ne peut sans autorisation spéciale ester en justice soit comme demanderesse soit comme défenderesse, même dans les procès relatifs à son commerce (art. 215), exception qui se justifie par la gravité que présente toujours un débat judiciaire, peut-être aussi par des motifs de convenance, et qui d'ailleurs ne sera pas de nature à entraver le commerce de la femme, les procès étant relativement rares même dans la vie commerciale.

L'alinéa 2 de notre article explique suffisamment que la femme n'est considérée comme marchande publique que quand elle fait « un commerce séparé » de celui de son mari. — *Un commerce séparé*; mais il n'est pas nécessaire que ce soit un commerce différent. Notre article a

évité à dessein de reproduire sur ce point les termes de l'article 235 de la Coutume de Paris qui disait : « Elle est réputée marchande publique quand elle fait une marchandise séparée *et autre que celle de son mari* ». Il faut et il suffit, pour que la femme soit réputée commerçante d'après l'article 220, qu'elle fasse le commerce dans des conditions telles que ses intérêts comme commerçante soient séparés de ceux de son mari, fût-elle le même commerce que lui.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que la femme n'est pas réputée commerçante, « si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari ». La femme joue alors le rôle d'un commis ; elle agit comme mandataire de son mari, qui seul a le titre de commerçant et pourrait seul par suite être mis en faillite s'il venait à cesser ses paiements.

#### IV. *Effets de l'autorisation.*

**623.** Ils doivent être envisagés successivement en ce qui concerne la femme et en ce qui concerne le mari.

A. En ce qui concerne la femme, l'autorisation soit du mari, soit de la justice, a pour effet de lever l'incapacité dont elle est frappée comme femme mariée. La femme se trouve donc, une fois autorisée, et relativement à l'acte auquel s'applique l'autorisation, dans la même situation que si elle était fille ou veuve.

D'ailleurs l'autorisation n'habilite la femme que pour l'acte en vue duquel elle a été donnée. Il a donc été jugé avec raison que la femme autorisée à faire une vente n'avait pas pu valablement faire une donation déguisée sous le masque de la vente. De même la femme autorisée à plaider sur telle affaire n'aurait pas le droit de transiger ou d'acquiescer à la prétention de son adversaire. Mais la femme autorisée à accomplir un acte devrait être considérée comme autorisée à faire tout ce qui est une dépendance nécessaire de cet acte. Ainsi, autorisée à ester en justice, elle doit être tenue pour autorisée à faire exécuter le jugement qu'elle obtiendra.

B. En ce qui concerne le mari, il va de soi que les actes accomplis par sa femme avec l'autorisation de la justice ne sauraient l'obliger. Ces actes en effet lui sont complètement étrangers. Voyez toutefois une double exception à cette règle dans l'article 1427. Le mari n'est pas obligé non plus, en principe, par les actes que sa femme accomplit avec son autorisation. *Qui auctor est non se obligat*. Le mari qui autorise sa femme consent à ce qu'elle accomplisse l'acte en vue duquel il l'autorise, mais il ne consent pas pour cela à être obligé par cet acte ; or il ne peut pas être obligé sans son consentement.

\* Toutefois la règle que le mari n'est pas obligé par l'autorisation qu'il donne à sa femme, souffre plusieurs exceptions :

1° Quand un mari autorise sa femme à aliéner un bien à elle appartenant dont il a le droit de jouir d'après ses conventions matrimoniales, cette autorisation produit effet par rapport au mari, en ce sens qu'elle équivaut à une renonciation à son droit de jouissance sur ce bien et permet par suite à la femme d'en aliéner la pleine propriété. Le contraire n'aurait lieu que si le mari avait spécifié qu'il autorise seulement sa femme à aliéner la nue propriété.

2° Sous le régime de la communauté, les obligations que la femme contracte avec l'autorisation de son mari rejaillissent sur la communauté et sur le mari (art. 1449). Le mari est donc alors personnellement tenu des obligations que sa femme contracte avec son autorisation. Cela tient à la confusion d'intérêts que la communauté établit entre le mari et la femme. Nous trouvons une application de cette exception dans l'article 220 étudié plus haut. Il y est dit que la femme commerçante qui s'oblige à raison de son commerce, « oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux ». Tous les bénéfices résultant du commerce de la femme profitant à la communauté et par suite au mari, il était juste que la communauté et le mari fussent aussi tenus des pertes. *Ubi emolumentum, ibi onus.*

#### V. Effets du défaut d'autorisation.

**624.** Les actes juridiques accomplis par une femme mariée non autorisée sont *nuls de droit* (arg., 225 et 1125). Cette formule ne signifie pas que la nullité n'a pas besoin d'être prononcée par la justice : tout au contraire la nullité n'existe qu'à l'état latent tant qu'elle n'a pas été déclarée par une décision judiciaire ; elle signifie que la justice doit, sur une demande régulièrement formée, prononcer la nullité sans se préoccuper de savoir si l'acte accompli par la femme lui a ou non causé préjudice. Cpr., art. 502.

Dans notre ancien Droit, la nullité provenant du défaut d'autorisation était absolue. Il résultait de là, d'une part que la nullité pouvait être proposée par tout intéressé, même par la personne capable qui avait contracté avec la femme ; et d'autre part que l'obligation contractée par la femme sans autorisation n'était susceptible ni de cautionnement ni de ratification. Aujourd'hui la nullité qui a pour cause le défaut d'autorisation n'est plus que relative. De là résultent deux conséquences : 1° la nullité ne peut être proposée que par certaines personnes ; 2° elle est susceptible de se couvrir.

**625.** 1° La nullité ne peut être proposée que par certaines personnes. L'article 221 va nous dire lesquelles : « *La nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers.* »

*Par la femme.* Parce qu'elle n'a pas été protégée comme le veut la loi.

*Par le mari.* Parce que son autorité n'a pas été respectée et que d'ailleurs l'acte accompli par la femme peut lui causer un préjudice pécuniaire.

\* L'action en nullité a donc en ce qui concerne le mari un double fondement, un fondement moral et un fondement pécuniaire. Le fondement moral s'évanouit à la dissolution du mariage, car il n'y a plus alors d'autorité maritale à faire respecter. Le mari ne pourra donc après la mort de sa femme, et en vertu du principe qu'il n'y a pas d'action sans intérêt, exercer l'action en nullité qu'autant que cette action présentera pour lui un intérêt pécuniaire, ce qui sera rare, mais ce qui, contrairement à l'assertion de plusieurs auteurs, arrivera cependant quelquefois. Marcadé cite comme exemple le cas où une femme aurait renoncé sans autorisation à une

succession qui devait tomber dans la communauté en tout ou en partie ; le mari a un intérêt pécuniaire évident à faire annuler cette renonciation ; il le pourra même après la dissolution du mariage.

*Par leurs héritiers* (du mari et de la femme). Car ils succèdent à tous les droits de leur auteur, et peuvent par suite exercer l'action en nullité qu'ils trouvent dans sa succession.

\* La femme ayant le plus souvent un intérêt pécuniaire à faire annuler les actes qu'elle a accomplis sans autorisation, il est sans difficulté que l'action en nullité peut lui survivre et être exercée le cas échéant par ses héritiers qui succèdent à tous ses droits.

\* Quant au mari, il est clair que l'action en nullité ne peut lui survivre qu'autant qu'elle présentait pour lui un intérêt pécuniaire ; car, en tant qu'elle est fondée sur un intérêt moral, le respect dû à l'autorité maritale, l'action en nullité s'éteint avec lui : il ne peut pas être question après la mort du mari d'intenter une action tendant à faire respecter son autorité maritale. De là il résulte que ses héritiers ne pourront agir que dans les cas, assez rares d'ailleurs, où l'exercice de l'action présentait pour le mari et présentera pour eux un intérêt pécuniaire. En tant qu'elle offrirait un intérêt pécuniaire, l'action en nullité pourrait aussi être intentée par les créanciers des époux ou de leurs héritiers (arg., art. 1466).

Telles sont les seules personnes qui peuvent intenter l'action en nullité résultant du défaut d'autorisation. L'article 1125 contient une application de ce principe en ce qui concerne les contrats : la personne capable, qui a contracté avec une femme mariée non autorisée, ne peut pas se prévaloir de la nullité du contrat. De même la nullité, résultant de ce qu'une femme mariée a été en justice sans autorisation, ne pourrait pas être invoquée par son adversaire qui a, on le suppose, perdu son procès.

**626.** 2° La nullité résultant du défaut d'autorisation est susceptible de se couvrir, comme le peuvent en général les nullités fondées sur des considérations d'intérêt privé. Comment se couvrira-t-elle ? Par la renonciation à l'action en nullité émanée de ceux auxquels cette action appartient. Cette renonciation a pour résultat de confirmer l'acte nul ; aussi lui donne-t-on souvent le nom de confirmation ou ratification.

La confirmation ou ratification peut être expresse ou tacite.

a). La confirmation est expresse quand elle résulte d'une déclaration de volonté faite *expressis verbis*. Il sera bon de se conformer pour cette confirmation aux prescriptions de l'article 1338, qui contient le Droit commun à cet égard.

La ratification expresse étant une renonciation à l'action en nullité, et nul ne pouvant renoncer qu'aux droits qui lui appartiennent, il en résulte :

D'une part que la ratification expresse ne peut émaner que du mari, de la femme ou de leurs héritiers, car à eux seuls appartient l'action en nullité.

Et d'autre part que la confirmation n'éteint cette action que par rapport à la personne dont elle émane. Elle est donc sans effet par rapport aux autres personnes qui auraient aussi l'action en nullité. De là résultent entre autres les conséquences suivantes :

a). La ratification qui émane du mari et de la femme tout à la fois, éteindra com-

plètement l'action en nullité. Le mari doit être considéré comme ayant ratifié, quand la femme a ratifié avec son autorisation.

b). La ratification faite par la femme avec l'autorisation de la justice n'éteindra pas l'action en nullité du mari.

c). La ratification, opérée par le mari soit pendant le cours du mariage soit après sa dissolution, n'éteindra pas l'action en nullité de la femme ou de ses héritiers. Ce point toutefois est contesté.

b). La confirmation tacite peut résulter :

1<sup>o</sup> De l'exécution volontaire de l'acte nul par la femme (arg., art. 1338). Exécuter volontairement un acte qu'on pourrait se dispenser d'exécuter en le faisant annuler, c'est l'approuver, le ratifier.

Et toutefois, pour que cette ratification soit efficace, il faut que l'exécution volontaire d'où elle résulte ne soit pas entachée du même vice que l'acte qu'elle a pour objet de confirmer. Si donc l'exécution volontaire a eu lieu pendant le cours du mariage et sans autorisation, la nullité de l'acte ne sera pas couverte.

2<sup>o</sup> De la prescription de l'action en nullité. Elle s'accomplit par dix ans à compter de la dissolution du mariage (art. 1304). La loi considère que celui qui laisse écouler un aussi long délai sans intenter l'action en nullité qui lui appartient y a tacitement renoncé.

**627.** Une fois la nullité prononcée par la justice, tout est remis au même état que si l'acte annulé n'avait jamais existé. On applique la règle : *Quod nullum est nullum producit effectum*. Si donc il s'agit d'un contrat et que des prestations réciproques aient été effectuées par les parties, la femme aura droit à la restitution de tout ce qu'elle a payé en exécution de son engagement. Régulièrement aussi elle devrait restituer tout ce qu'elle a reçu ; mais par une mesure de protection sans laquelle le droit de demander la nullité constituerait souvent pour elle un secours illusoire, la femme n'est tenue de restituer ce qu'elle a reçu que dans la mesure du profit qu'elle en a retiré : elle n'est tenue que *quatenus locupletior facta est* (art. 1312).

**628. Observation.** — La femme mariée qui, dans le but de déterminer un tiers à contracter avec elle, emploierait des manœuvres frauduleuses pour se faire croire fille ou veuve (par exemple en produisant un faux acte de décès de son mari), se rendrait par là non recevable à intenter l'action en nullité pour défaut d'autorisation (arg., art. 1310). Mais il ne suffirait pas, pour que ce résultat se produisît, que la femme mariée se fût faussement déclarée fille ou veuve (arg., art. 1307). — En aucun cas d'ailleurs la fraude commise par la femme ne pourrait priver le mari de l'action en nullité qui lui appartient.

## CHAPITRE VI

## DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

**629.** La dissolution du mariage ne doit pas être confondue avec son annulation. En effet, d'une part les causes d'annulation sont antérieures ou au moins concomitantes à la célébration, tandis que les causes de dissolution prennent naissance postérieurement. D'autre part le mariage annulé est censé n'avoir jamais existé, et les effets qu'il a produits sont rétroactivement anéantis, sauf le cas d'un mariage putatif; tandis qu'au contraire le mariage dissous a existé jusqu'au jour de sa dissolution, et les effets qu'il a produits sont maintenus.

**630.** Aux termes de l'article 227: « *Le mariage se dissout: 1° par la mort de l'un des époux; 2° par le divorce légalement prononcé; 3° par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile.* »

Le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816, et la mort civile par la loi du 31 mai 1854. Il ne reste donc plus aujourd'hui qu'une seule cause de dissolution du mariage, savoir la mort de l'un des époux. *Mors omnia solvit.* — L'absence de l'un des époux, quelque prolongée qu'elle soit, n'est pas une cause de dissolution du mariage. Quant à la séparation de corps, elle ne fait que relâcher les liens du mariage sans le dissoudre.

## CHAPITRE VII

## DES SECONDS MARIAGES

**631.** La rubrique de ce chapitre aurait dû être ainsi conçue: « Des seconds ou subséquents mariages. »

« *La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent* » (art. 228). — Ces dix mois, dits *de viduité*, doivent dans l'idée du législateur être consacrés à la mémoire du mari décédé. Leur durée est égale à trois cents jours. En effet, à l'époque où l'article 228 a été décrété, le calendrier républicain était encore en vigueur; or d'après ce calendrier tous les mois avaient une égale durée de 30 jours; dix mois signifiaient donc alors trois cents jours, et il est clair que cette signification n'a pas pu être changée par l'adoption d'un nouveau calendrier. D'ailleurs il est manifeste, comme on le verra bientôt, que le législateur a voulu fixer

un délai égal à celui des plus longues gestations ; or ce délai est de trois cents jours (art. 312).

Quel est le fondement de la prohibition édictée par l'article 228 ? Elle est fondée sur un motif de convenance tout d'abord : il y aurait quelque indécence de la part de la femme veuve à trop se hâter de contracter un nouveau lien. Elle a en outre pour but (c'est même le principal) d'empêcher la confusion de *part (partus)* ou *turbatio sanguinis*. Qu'on suppose une femme veuve qui se remarie un mois après la mort de son premier mari ; huit mois après, elle devient mère ; quel est le père de son enfant ? Est-ce le mari décédé ou le nouveau mari ? Il y a doute sur ce point, la présomption de la loi permettant d'attribuer l'enfant soit au premier soit au second mari (arg., art. 312). Ce doute, c'est la confusion de *part, turbatio sanguinis* ; on l'empêche de naître en obligeant la femme à attendre dix mois avant de contracter un nouveau mariage.

Une femme veuve met un enfant au monde un mois après la mort de son premier mari ; désormais la confusion de *part* n'est plus à craindre. Disons-nous que cette femme peut se remarier de suite sans attendre l'expiration du délai de dix mois ? Ou bien encore l'âge de la veuve lui enlève tout espoir de progéniture ; elle a soixante ans par exemple. Pourra-t-elle se remarier de suite ? Il faut répondre négativement ; car d'un côté la loi ne distingue pas, et d'un autre la crainte de la confusion de *part* n'est pas l'unique motif qui a fait édicter l'article 228 ; sa disposition est aussi fondée, comme on vient de le voir, sur une raison de convenance qui existe dans tous les cas.

**632.** On admet généralement que la prohibition écrite en l'article 228 s'appliquerait à la femme dont le mariage a été déclaré nul. La confusion de *part*, dit-on, peut être à craindre dans ce cas comme dans celui où le mariage est dissous par la mort du mari. — Est-ce un motif suffisant pour étendre d'un cas à un autre une disposition qui déroge à un principe de Droit commun, celui de la liberté du mariage ? La légitimité de l'extension serait déjà fort douteuse s'il y avait absolument les mêmes motifs de décider ; à plus forte raison l'est-elle lorsque ces motifs ne se retrouvent qu'en partie. La confusion de *part* peut être à craindre, soit ! Mais la raison de convenance existe-t-elle aussi, du moins au même degré ?

**633.** L'article 228 ne parle que de la *femme* veuve ; il est donc inapplicable à l'homme veuf : un veuf peut songer à un nouveau mariage aussitôt après la mort de sa première femme. Pour justifier cette différence entre les veufs et les veuves, il ne suffit peut-être pas de dire avec Tacite : *Feminis lugere honestum est, viris meminisse* ; car, si les convenances sociales exigent qu'une veuve porte le deuil de son mari, elles ne dispensent pas le veuf de porter le deuil de son épouse.

La situation privilégiée que la loi fait ici au veuf s'explique par cette double considération : d'une part que son nouveau mariage ne peut jamais donner lieu à la *turbatio sanguinis*, et d'autre part qu'il aura

souvent pour but de donner une nouvelle mère aux enfants en bas âge issus du mariage dissous plutôt qu'une nouvelle épouse à leur père.

**634.** On est à peu près d'accord pour décider que l'empêchement au mariage édicté par l'article 228 est simplement *prohibitif*; le mariage contracté par une veuve au mépris de cet empêchement ne serait donc pas nul. Les termes de la loi sont prohibitifs, il est vrai. Mais on a vu (*supra*, n° 480) que les nullités de mariage sont régies par des règles tout à fait spéciales: il n'y a pas en cette matière de nullités sous-entendues, on n'en peut admettre d'autres que celles qui sont écrites dans un texte formel; or, ni dans le chapitre des nullités de mariage, ni ailleurs, le législateur ne prononce la nullité pour le cas qui nous occupe.

Mais alors la disposition de l'article 228 va se trouver sans aucune sanction, elle sera lettre morte! — L'objection n'est pas fondée, elle trouve sa réponse dans les articles 494 et 495 du Code pénal, qui prononcent une forte amende contre l'officier de l'état civil qui se serait fait le complice de la violation de l'article 228.

**635.** Une femme, violant la prohibition de l'article 228, s'est remariée quelques mois après la mort de son premier mari; elle met au monde un enfant, qui naît à une époque telle que la présomption de la loi permet de l'attribuer soit au premier mari soit au deuxième, ce qui arrive quand l'enfant naît 180 jours au moins après la célébration du deuxième mariage et moins de trois cents jours après la dissolution du premier (arg., art. 342, 344 et 345). On demande quel est le père de l'enfant? — Ce qu'il y a de bien certain, c'est qu'il ne peut pas appartenir aux deux maris à la fois. Et comme la présomption de la loi conduit cependant à ce résultat, il faut en conclure que cette présomption doit être mise de côté, et que la question sera une question de fait à résoudre par le juge suivant les circonstances de la cause.

D'après une autre opinion qui compte un certain nombre de partisans, l'enfant aurait en pareil cas deux filiations entre lesquelles il pourrait choisir suivant son intérêt; de même que celui auquel les dispositions de la loi attribuent plusieurs nationalités peut choisir celle qui lui plait. Mais il existe à notre avis une objection grave contre cette solution. Il n'y a rien de déraisonnable à laisser à une personne dans telle hypothèse le choix de sa nationalité, parce que la volonté de l'homme joue un rôle important dans l'acquisition de la nationalité; tandis qu'au contraire cette volonté ne joue et ne peut jouer aucun rôle dans le règlement de la filiation. Un homme peut dans une certaine mesure et sous certaines conditions choisir sa patrie; conçoit-on qu'il puisse choisir son père?

## TITRE V

### **Du divorce.**

**636.** Le divorce est la rupture du mariage prononcée par la justice sur la demande des époux ou de l'un d'eux et pour les causes que la loi détermine.

Notre ancien Droit n'admettait pas le divorce, ce qui s'explique tout naturellement par la confusion qui existait alors entre le domaine de la loi religieuse et celui de la loi civile: on sait que la religion catholique

n'admet pas le divorce. Cependant, comme il fallait absolument un remède à des situations qui peuvent être intolérables, notre ancien Droit avait consacré la séparation de corps, *divortium a toro et mensa*, qui, sans rompre le mariage, en relâchait seulement le lien, en dispensant les époux de l'obligation de vivre en commun que le mariage leur imposait.

Mû par un esprit de réaction exagéré contre l'ancien régime, le législateur de la période intermédiaire établit le divorce, et supprima la séparation de corps par la loi du 25 septembre 1792. Admettre le divorce, soit ; mais supprimer la séparation de corps, c'était enlever aux catholiques (et ils étaient en majorité) l'unique remède aux unions malheureuses que leur religion considérait comme compatible avec le principe de l'indissolubilité du mariage, et à ce point de vue la loi de 1792 méritait une sévère critique. D'un autre côté, cette loi, en donnant à l'institution du divorce une étendue excessive, notamment en admettant le divorce pour cause d'incompatibilité d'humeur, compromit gravement l'institution du mariage qui est l'une des bases fondamentales de la société. On ne tarda pas à en avoir la preuve : l'an VI eut à enregistrer plus de divorces que de mariages !

Le Code civil fut plus sage. D'une part il rétablit la séparation de corps, et d'autre part il maintint le divorce, mais en le restreignant dans d'étroites limites. Le mariage est contracté dans un esprit de perpétuité, et le divorce ne doit être qu'un remède à certaines situations devenues intolérables, une rare exception par conséquent.

On a toutefois reproché avec raison au législateur du Code civil d'avoir admis le divorce par consentement mutuel, (qui n'est il est vrai, dans le système de la loi, qu'un divorce fondé sur une cause légitime que les époux ne veulent pas révéler parce qu'ils ont intérêt à la cacher), et d'avoir autorisé l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée à demander au bout de trois ans la transformation de la séparation de corps en divorce (art. 310).

Le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816. Il fut alors considéré comme incompatible avec l'article 6 de la Charte de 1814, qui faisait du catholicisme la religion d'Etat.

La Charte de 1830 ayant supprimé la religion d'Etat, le divorce aurait dû logiquement être rétabli. Il ne l'a pas été cependant. Ce n'est pas que de nombreuses tentatives n'aient été faites dans ce but. De 1830 à 1848 le rétablissement du divorce a été voté quatre fois par la Chambre des députés, mais toujours rejeté par la Chambre des pairs. En 1848 la proposition de le rétablir fut reproduite sans succès devant l'Assemblée constituante. Tout récemment encore un projet de loi, tendant au rétablissement du divorce et dont M. Naquet s'est fait le promoteur, vient d'être rejeté par la Chambre des députés.

Le divorce étant aboli, nous n'en parlons que pour mémoire. Notons

toutefois que l'abolition du divorce n'est complète que depuis la loi du 31 mai 1854 abolitrice de la mort civile. Jusqu'à cette époque en effet, le mariage était dissous par les condamnations qui entraînaient la mort civile ; or c'était là un véritable divorce, un divorce prononcé de plein droit par la loi qui rompait brutalement le lien existant entre deux époux encore vivants.

## CHAPITRE V

### DE LA SÉPARATION DE CORPS

**637.** La séparation de corps est l'état de deux époux dispensés par la justice de l'obligation de vivre ensemble que le mariage leur imposait.

A la différence du divorce la séparation de corps ne dissout pas le mariage. Elle en relâche seulement le lien, en ce sens qu'elle délivre les époux de l'obligation de la vie commune devenue impossible, et les affranchit par suite réciproquement du devoir d'assistance qui en est une conséquence.

De plus, comme la société de biens, qui a pu se former entre les époux par suite de leurs conventions matrimoniales, n'est qu'une conséquence de la société établie par le mariage entre leurs personnes, et que, celle-ci étant rompue, celle-là n'a plus de raison d'être en vertu de ce principe que l'effet ne doit pas survivre à la cause, la loi décide que cette société de biens sera dissoute par la séparation de corps (art. 311). Les intérêts pécuniaires des époux se trouvant ainsi séparés, la femme reprend l'administration et la jouissance de son patrimoine, en supposant, comme il arrive le plus souvent, que cette administration et cette jouissance appartenissent au mari d'après les conventions matrimoniales.— Tous les autres effets du mariage en général continuent de subsister, notamment le devoir de fidélité qui cependant, comme on le verra bientôt, n'a plus de sanction en ce qui concerne le mari ; le devoir de secours qui, le cas échéant, se traduira sous la forme d'une pension alimentaire ; enfin l'incapacité de la femme, et comme conséquence, l'obligation à elle imposée de demander à son mari, pour les divers actes juridiques autres que ceux relatifs à l'administration de son patrimoine, une autorisation que le mari se fait régulièrement un jeu de refuser et qu'elle est obligée de faire suppléer s'il y a lieu par celle de la justice.

Le projet de Code civil, à l'imitation de la loi du 20 septembre 1792, ne consacrait que le divorce. A la suite de discussions assez vives, la séparation de corps fut admise parallèlement au divorce, principalement dans le but d'offrir aux époux qui professent la religion catholique un

moyen de se séparer qui ne fût pas en opposition avec leurs croyances religieuses. Mais, comme si le législateur eût fait cette concession à regret, il a réglementé la séparation de corps avec une brièveté toute voisine de l'obscurité; nous n'avons que six articles sur cette importante matière qui en demandait autant que le divorce. Ce lacanisme ne peut guère s'expliquer qu'en supposant au législateur l'intention de rendre communes à la séparation de corps un grand nombre de dispositions du titre *du Divorce*, solution qui est confirmée par les travaux préparatoires de la loi, desquels il résulte que la séparation de corps a été considérée comme un diminutif du divorce, comme un divorce mis en rapport avec les idées catholiques; on l'a plusieurs fois appelée dans la discussion de la loi *le divorce des catholiques*.

**638.** Reste à savoir quelles sont les dispositions du titre *du Divorce* qui doivent être appliquées à la séparation de corps. Ce sont, disent MM. Aubry et Rau, « toutes celles dont l'application à cette dernière matière n'est pas en opposition avec la nature même de la séparation de corps, avec une disposition expresse ou implicite de la loi ou avec les principes généraux du Droit ». Même en adoptant ce *criterium* qui est en général suivi par la doctrine, on est loin d'être d'accord sur les applications pratiques que le principe comporte.

#### I. *Pour quelles causes la séparation de corps peut être prononcée.*

**639.** Aux termes de l'article 306 : « *Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps* »

Le Code civil distingue deux espèces de divorce, le divorce pour cause déterminée et le divorce par consentement mutuel. La séparation de corps ne peut pas avoir lieu par le consentement mutuel des époux (art. 307), mais seulement pour cause déterminée. D'après notre article les causes déterminées de séparation de corps sont les mêmes que celles de divorce. Elles sont indiquées par les articles 229-232, ainsi conçus :

« *Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme* » (art. 229).

« *La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune* » (art. 230).

« *Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices, ou injures graves, de l'un d'eux envers l'autre* » (art. 231).

« *La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce* » (art. 232).

Il y a donc trois causes déterminées de divorce et par suite trois causes de séparation de corps, savoir : 1<sup>o</sup> l'adultère de l'un des époux;

2° les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre ;  
3° la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. Nous allons les étudier successivement.

#### A. Adultère de l'un des époux.

640. Nous retrouvons ici une différence qui nous est déjà connue entre l'adultère du mari et celui de la femme. Tout adultère de la femme, quel que soit le lieu où il a été commis, fût-ce en dehors de la maison conjugale, et alors même qu'il constituerait un fait isolé, peut servir de base à une demande en séparation de corps formée par le mari (art. 229). Au contraire l'adultère du mari ne devient une cause de séparation de corps pour la femme que lorsqu'il est accompagné de cette circonstance aggravante que le mari a « tenu sa concubine dans la maison commune » (art. 230), ou, comme le dit l'article 339 du Code pénal en des termes qui doivent être considérés comme équivalents : « entretenu sa concubine dans la maison conjugale » : ce qui constitue un spectacle particulièrement offensant pour la femme ainsi réduite à voir son titre et ses droits usurpés, *quod castas et pudicas maxime exasperat*.

La concubine du mari, c'est la femme avec laquelle il a une liaison, c'est-à-dire des relations suivies. La maison *commune* (art. 229) ou *conjugale* (P. 339), c'est la maison que le mari habite ou a le droit d'habiter, où il peut forcer sa femme à venir habiter avec lui, et où celle-ci peut de son côté forcer son mari à la recevoir ; peu importe que le mari y ait ou non son domicile. Ainsi la maison, que le mari loue à la campagne pour y passer l'été, est la maison conjugale *hoc sensu*.

Cela posé, il résulte de nos textes que l'adultère ou même la série d'adultères, commis par le mari, fût-ce avec une concubine, mais en dehors de la maison conjugale, ne peut pas à ce titre servir de base à une demande en séparation de corps formée par la femme. Il en est de même de l'adultère que le mari commettrait, même dans la maison conjugale, avec une femme qui n'est pas sa concubine, ou bien avec une femme qui est sa concubine, mais qu'il n'a amenée qu'accidentellement dans la maison conjugale, sans l'y tenir habituellement, sans l'y entretenir.

D'ailleurs, quand le mari tient sa concubine dans la maison conjugale, il importe peu qu'elle y soit entrée à tel titre ou à tel autre : domestique, institutrice, parente de la femme... Peu importe aussi qu'elle ait été introduite dans la maison conjugale par la femme elle-même ou par le mari. Peu importe enfin que la femme ait ou non habité la maison conjugale pendant le séjour de la concubine ; peut-être d'ailleurs en a-t-elle été chassée précisément par la présence de la concubine, ce qui n'est rien moins qu'une circonstance atténuante pour le mari.

La doctrine et la jurisprudence s'accordent pour admettre que l'adultère du mari, quand il ne réunit pas les conditions exigées par l'article 230, pourrait, dans certaines circonstances dont l'appréciation est laissée aux tribunaux, être considéré comme une injure grave, et servir à ce titre (art. 231) de base à une séparation de corps prononcée au profit de la femme. Tel serait le cas d'un mari qui amènerait habituellement dans la maison conjugale des femmes de mœurs perdues, et rendrait ainsi le domicile conjugal inhabitable pour sa femme.

**641.** Aux termes de l'article 308 : « *La femme contre laquelle la séparation de corps sera prononcée pour cause d'adultère sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années.* Cpr., art. 337, P.

C'est à tort que notre article donne le nom de *réclusion* à la peine qu'il édicte contre la femme adultère. L'article 337 du Code pénal l'appelle beaucoup plus exactement du nom d'*emprisonnement*. C'est d'un emprisonnement correctionnel en effet qu'il s'agit, et non de la *réclusion*, peine criminelle dont le *minimum* est de cinq années et le *maximum* de dix années (art. 21, P.). A l'époque où le Code civil a été rédigé, la langue du Droit criminel était encore peu précise.

A la sanction civile de l'adultère de la femme, qui consiste dans la séparation de corps, l'article 308 ajoute, on le voit, une sanction pénale. Comment se fait-il que cette dernière ait trouvé place dans le Code civil? Comment se fait-il surtout que le soin de prononcer la peine édictée par l'article 308 ait été confié à un tribunal civil, contrairement aux règles du Droit commun qui auraient désigné ici le tribunal *correctionnel*? Cette singularité reçoit une explication historique. La loi du 25 septembre 1794 avait supprimé toute pénalité pour l'adultère de la femme. Le législateur a saisi la première occasion qui s'est offerte à lui de faire cesser ce fâcheux état de choses, et c'est dans ce but qu'il a écrit l'article 308.

L'article 308, dérogeant au Droit commun en tant qu'il autorise un tribunal de première instance jugeant au civil à prononcer une peine correctionnelle, doit être interprétée restrictivement conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

De là il résulte :

1° Que le jugement, qui prononce la séparation de corps pour cause d'adultère de la femme, ne pourrait pas prononcer contre son complice la peine édictée par l'article 338 P., car l'article 308 ne parle que de la femme.

2° Que, si la séparation de corps est prononcée à la requête de la femme sur ce fondement que le mari a entretenu sa concubine dans la maison conjugale (art. 230), le tribunal ne peut pas prononcer en même temps contre le mari la peine édictée par l'article 339 P.

3° Que, si le tribunal a prononcé la séparation de corps pour cause d'adultère de la femme, sans condamner celle-ci à la peine édictée par l'article 308, il ne peut pas prononcer cette condamnation par un jugement ultérieur (rendu au civil). L'article 308 dit en effet que la peine sera prononcée « par le même jugement ». Si le tribunal ne l'a pas fait, on rentre alors dans le Droit commun.

L'article 308 du Code civil a été complété par les art. 336, 337 et 339 du C. pén. Avant que ces articles fussent promulgués, le mari ne pouvait obtenir la condamnation de sa femme pour adultère qu'à la condition de demander la séparation de corps; or la séparation de corps peut être onéreuse pour le mari; car elle entraîne de plein droit la séparation de biens (art. 311), et prive par conséquent le mari des droits d'administration et de jouissance qui pouvaient lui appartenir en vertu de ses conventions.

matrimoniales sur les biens de sa femme ; il lui fallait donc souvent faire un sacrifice pécuniaire pour obtenir la répression pénale de l'adultère de sa femme. L'article 337 du Code pénal a fait disparaître cette anomalie : aujourd'hui le droit pour le mari de dénoncer l'adultère de sa femme à l'effet d'obtenir sa condamnation à la peine édictée par la loi est indépendant du droit de demander la séparation de corps.

**642.** L'adultère de la femme portant principalement atteinte aux droits du mari, il s'ensuit, d'une part que le mari peut seul dénoncer cet adultère (P., art. 336), et d'autre part qu'il peut faire grâce à sa femme condamnée pour cette cause. Sur ce dernier point l'article 309 dit : « *Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme.* »

De ce principe que le mari peut seul dénoncer l'adultère de sa femme, il résulte cette conséquence que le ministère public ne serait pas fondé à prendre l'initiative d'une poursuite correctionnelle contre la femme. Mais le mari est considéré comme ayant dénoncé l'adultère de sa femme par cela seul qu'il a intenté contre elle une demande en séparation de corps, et le ministère public est alors autorisé à requérir contre la femme la peine édictée par l'article 308, sans qu'il soit nécessaire que le mari prenne à ce sujet des conclusions formelles.

Le mari pourrait-il, tout en demandant la séparation de corps pour cause d'adultère de la femme, s'opposer à ce que le tribunal prononçât contre elle la peine de l'emprisonnement ? Pourquoi pas. L'adultère de la femme ne peut être poursuivi criminellement que sur la dénonciation du mari (P., art. 336). Or, s'il est tout naturel de considérer l'action en séparation de corps, intentée par le mari pour cause d'adultère de sa femme, comme contenant implicitement une dénonciation de cet adultère en vue d'en obtenir la répression pénale, lorsque le mari a formé sa demande sans explications ni réserves, on ne comprendrait pas pourquoi il devrait en être encore ainsi lorsque le mari exprime positivement une volonté contraire. D'ailleurs le mari est maître de faire cesser l'effet de la condamnation prononcée contre sa femme (art. 309 C. et 337 P.); or à quoi bon obliger le tribunal à condamner la femme contre la volonté du mari pour permettre ensuite à celui-ci d'annihiler la condamnation en usant du droit de grâce que la loi lui accorde ?

On voit en résumé que le mari dont la femme a commis un adultère peut à son choix : ou dénoncer seulement l'adultère de sa femme en vue de lui faire appliquer la peine édictée par la loi, ou bien demander seulement la séparation de corps, ou enfin demander tout à la fois la séparation de corps et l'application de la peine édictée par la loi, ce qu'il est censé faire quand il forme sa demande en séparation de corps sans autre explication.

#### B. *Excès, sévices ou injures graves.*

**643.** Les *excès* sont des actes de violence exercés par l'un de époux contre l'autre et qui peuvent mettre en danger la vie ou la santé de celui qui en est victime.

Les *sevices* sont un diminutif des excès. Ils consistent dans de mauvais traitements, dans des voies de fait qui, sans menacer la vie ou

même la santé, rendent cependant la vie commune insupportable. C'est dire qu'ils doivent être graves pour pouvoir servir de fondement à une demande en séparation de corps : le mot *graves* de l'article 231 s'applique aux sévices aussi bien qu'aux injures.

Il est difficile de donner une définition précise des *injures* à cause de l'infinie variété des cas auxquels cette expression s'applique. Elle comprend les insultes, les offenses, les outrages résultant soit de paroles ou d'écrits (*injures verbales*), soit de faits, d'actions (*injures réelles*). Verbales ou réelles, les injures doivent être *graves* pour pouvoir servir de fondement à une séparation de corps. C'est au juge du fait qu'il appartient d'apprécier la gravité de l'injure, et il l'appréciera en tenant compte de la condition sociale des époux, du lieu où l'injure a été commise, de la fréquence des faits allégués, de leur publicité et des mille autres circonstances de la cause. Aussi bien toutes les questions que les auteurs agitent sur ce sujet sont des questions de fait plutôt que de droit. Cette considération explique les contradictions apparentes que présentent à ce sujet les diverses décisions judiciaires. Elle explique aussi comment les jugements, statuant sur les demandes en séparation de corps pour cause d'injures graves, sont rarement l'objet d'une censure de la part de la Cour de cassation qui ne réprime pas les erreurs de fait. En pratique, c'est presque toujours pour injures graves que la séparation de corps est demandée. Citons parmi les cas les plus remarquables, le refus par le mari de procéder à la bénédiction nuptiale, le refus par l'un des époux de consommer le mariage, le refus obstiné par le mari de recevoir sa femme ou par celle-ci de rejoindre son mari.

#### C. *Condamnation de l'un des époux à une peine infamante.*

644. Rappelons les termes de l'article 232 : « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre une cause de divorce. »

*De l'un des époux.* Donc, quoi qu'on en ait dit, une condamnation antérieure au mariage ne pourrait pas servir de base à une demande en séparation de corps. D'ailleurs cette condamnation a pu être facilement connue.

*A une peine infamante,* c'est-à-dire à l'une des peines indiquées par les articles 7 et 8 du Code pénal.

Jamais une condamnation à une peine correctionnelle ne peut servir de fondement à une séparation de corps, alors même qu'elle aurait été prononcée à raison d'un crime par suite du bénéfice des circonstances atténuantes.

Ce système de la loi peut conduire dans certains cas, comme on l'a remarqué, à des résultats assez choquants. Ainsi la femme du voleur ou de l'escroc, condamné à des peines correctionnelles par application de l'article 404 P., ne pourra pas obtenir

sa séparation pour cette cause, tandis qu'elle devrait être accordée à la femme d'un magistrat condamné à la dégradation civique, peine infamante (P., art. 8), pour s'être immiscé par un règlement quelconque dans l'exercice du pouvoir législatif (P., art. 127). Et cependant l'opinion publique considèrera le premier mari comme plus infâme que le second.

Pour que la condamnation à une peine infamante puisse servir de base à une séparation de corps, il faut que cette condamnation soit devenue irrévocable, et la justification en devra être faite par le moyen qu'indique l'article 264. D'ailleurs le condamné ne pourrait tirer aucune fin de non-recevoir contre la demande en séparation de cette circonstance qu'il aurait subi ou prescrit sa peine ou obtenu sa grâce, car l'infamie attachée à la condamnation survit à ces événements. Il en serait autrement, si le condamné avait été réhabilité ou amnistié, parce que la réhabilitation et l'amnistie effacent l'infamie attachée à la condamnation (I. Cr., art. 649).

**645.** Telles sont les seules causes de séparation de corps ; les dispositions de la loi sont bien évidemment limitatives sur ce point. Ainsi le changement de religion de l'un des époux ne formerait pas pour l'autre une cause de séparation de corps. De même l'un des époux ne pourrait pas la demander contre l'autre, parce que celui-ci serait tombé en état de démence ou aurait été atteint d'une maladie, quelque grave et quelque répugnante qu'on la suppose, fût-elle contagieuse, dit Pothier. Enfin le consentement mutuel des époux ne serait pas non plus une cause de séparation de corps. Nous avons sur ce dernier point un texte ; c'est l'article 307, al. 2, ainsi conçu : « *Elle (la séparation de corps) ne pourra pas avoir lieu par le consentement mutuel des époux.* »

Cette disposition ne signifie pas que les époux ne pourraient pas d'un commun accord vivre séparément, mais bien que le juge ne peut pas, sur le fondement du consentement mutuel des époux, prononcer entre eux une séparation de corps. Elle signifie en outre que, si les époux ont fait une convention aux termes de laquelle ils doivent vivre séparément, le mari devant payer à sa femme une pension déterminée, cette convention est nulle et de nul effet. Quand l'une des parties ne voudra plus l'exécuter, l'autre ne pourra pas l'y forcer.

Ainsi donc le consentement mutuel des parties ne peut servir de base à une séparation de corps prononcée par la justice. Les époux ne peuvent pas non plus faire une convention valable et obligatoire en vertu de laquelle ils seront séparés de corps.

**646.** La séparation de corps ne pouvant pas être prononcée par la justice pour consentement mutuel des époux, il en résulte que l'aveu du défendeur ne devrait pas être regardé comme une preuve suffisante des faits allégués par le demandeur à l'appui de sa demande. Autrement rien ne serait plus facile aux époux que d'arriver indirectement à une séparation de corps par consentement mutuel : il leur suffirait pour cela de se concerter à l'avance, puis l'un allèguerait devant la justice, tout à fait fausement peut-être, une cause légale de séparation, par exemple une injure grave, dont l'autre reconnaîtrait l'existence, et le juge prononcerait une séparation qui se trouverait en définitive n'avoir pas d'autre base que le consentement mutuel

des époux. On peut d'ailleurs établir en principe que l'aveu du défendeur est insuffisant pour prouver les faits sur lesquels se base la prétention du demandeur, toutes les fois que la convention des parties est impuissante à remplacer la décision judiciaire qu'elles sollicitent.

Ce qui vient d'être dit de l'aveu devrait, pour les mêmes motifs, être dit du serment.

Mais alors comment l'époux demandeur prouvera-t-il les faits qu'il allègue à l'appui de sa demande ? Par tous les autres moyens de preuve du Droit commun, c'est-à-dire par la preuve écrite, ou par la preuve testimoniale, ou par de simples présomptions.

Rarement il arrivera que le demandeur soit en mesure de fournir une preuve écrite. Ce sera donc presque toujours à l'un des deux autres modes de preuve qu'il devra avoir recours.

En ce qui concerne la preuve par témoins, la doctrine est d'accord avec la jurisprudence pour décider qu'il y aurait lieu d'appliquer à la séparation de corps l'article 251, aux termes duquel : « *Les parents des parties à l'exception de leurs enfants et descendants ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité; mais le tribunal aura tel égard que de raison à la déposition des parents et des domestiques* ». Les faits qu'il s'agit de prouver sont la plupart du temps des scènes d'intérieur, qui n'ont en général d'autres témoins que les personnes de la maison, c'est-à-dire les parents et les domestiques. Rejeter leur témoignage par application des règles du Droit commun (Pr., art. 283), ce serait souvent rendre la preuve impossible, *quoniam non facile quæ domi geruntur per alienos testes possunt comprobari*.

Là où la preuve par témoins est admise, la loi admet aussi la preuve par les simples présomptions, qui ne sont pas autre chose que les inductions que le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu (art. 1353). C'est surtout en ce qui concerne la preuve de l'adultère qu'elles pourront avoir de l'importance.

## II. *Par qui la séparation de corps peut être demandée.*

647. La séparation de corps peut être demandée par l'un des époux contre l'autre.

Dans notre ancien Droit, la femme seule pouvait demander la séparation de corps, sans doute parce que l'on considérait cette mesure comme un secours offert au plus faible contre le plus fort. Cependant le mari pouvait arriver indirectement à une *séparation d'habitation* en dénonçant l'adultère de sa femme. Pothier dit à ce sujet dans son *Traité du contrat de mariage*, n° 527 : « La peine qui est en usage chez nous contre la femme convaincue d'adultère, est la réclusion dans un monastère, où son mari peut la venir voir et visiter, et au bout de deux ans l'en faire sortir pour la reprendre chez lui ; sinon, ledit temps passé, faute par son mari de la reprendre, elle doit être rasée, et rester dans ledit couvent le restant de ses jours. On la déclare en outre déchue de ses dot, douaire et conventions matrimoniales ».

Dans notre législation actuelle, le droit de demander la séparation de corps est réciproque pour les deux époux, même au cas d'excès, sévices ou injures graves, ainsi que le témoigne le mot *réciproquement* qui ne figurait pas dans la rédaction primitive de l'article 231 et qui y a été ajouté après coup pour proscrire toute distinction entre le mari et la femme.

648. Le droit de demander la séparation de corps est exclusivement attaché à la personne des époux. Il ne peut pas être exercé de leur chef par leurs créanciers (arg., art. 1466 *in fine*), ni après leur mort par leurs héritiers. Bien plus, on doit décider, quoiqu'il y ait quelque doute sur ce point, que l'action qui aurait été intentée

par l'un des époux contre l'autre ne pourrait plus être continuée après la mort de l'un d'eux survenue *pendente lite*. L'action s'éteint avec le mariage; il n'est plus alors possible d'atteindre le but en vue duquel elle a été intentée, qui est de dispenser les époux de l'obligation de la vie commune.

Il est vrai que l'époux demandeur, si c'est lui qui a survécu, ou ses héritiers, s'il est prédécédé, pourraient avoir intérêt à continuer l'instance pour faire déclarer par la justice qu'il existait une cause légitime de séparation, et que par suite l'autre époux a subi la déchéance établie par l'article 299 que l'on reconnaît en général applicable à la séparation de corps. Mais cette déchéance ne peut être en tout cas qu'un effet de la séparation de corps prononcée; or se figure-t-on bien un jugement qui prononcerait une séparation de corps entre deux époux, dont l'un serait décédé? Il est vrai aussi qu'il y a la question des dépens à régler; mais il n'est pas nécessaire pour arriver à ce règlement de pousser l'instance jusqu'à son terme, le tribunal le fera d'après les éléments qu'il a sous la main au moment où la mort de l'un des époux met fin à l'instance. — En ce sens: Paris, 7 juillet 1870, Sir., 71. 2. 46; Cass., 27 juillet 1871, Sir., 71. 4. 209; Dijon, 7 février 1872, Sir., 72. 2. 6.

Rien ne paraît s'opposer d'ailleurs à ce que la demande en séparation de corps soit formée au nom de l'un des époux par son tuteur s'il est interdit, ou par son subrogé-tuteur si son tuteur est son conjoint (arg., art. 450 et 420).

### III. Des fins de non-recevoir contre l'action en séparation de corps.

649. Le chapitre de la séparation de corps ne contient aucune disposition sur ce point. La doctrine s'accorde avec la jurisprudence pour décider qu'il y aurait lieu d'appliquer ici par analogie les dispositions des articles 272-274 au titre *du Divorce*, qui d'ailleurs ne sont à bien prendre que des applications des règles du Droit commun.

L'unique fin de non-recevoir indiquée par ces articles est la réconciliation des époux. Aux termes de l'article 272: « *L'action en divorce sera éteinte par la réconciliation des époux, survenue soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce.* » La réconciliation implique le pardon de l'époux offensé, et par suite sa renonciation au droit d'exercer l'action en séparation de corps ou de continuer cette action si elle a déjà été intentée.

La réconciliation des époux ou plutôt le pardon qu'elle implique peut résulter, soit d'une déclaration expresse émanée de l'époux offensé, soit de certains faits accomplis par lui et dont il appartient souverainement aux tribunaux d'apprécier la portée. Celui qui paraît entre tous le plus significatif, sans qu'on puisse cependant le considérer comme fournissant toujours une preuve péremptoire du pardon, c'est le consentement donné par l'époux offensé au rétablissement de la vie commune suspendue pendant quelque temps. Quant à la grossesse de la femme survenue depuis la demande ou depuis les faits qui y ont donné lieu, on ne peut pas établir en principe qu'elle fait preuve de la réconciliation; car si la femme est demanderesse, sa grossesse peut être le résultat d'une concession forcée qu'elle a faite aux obsessions ou aux brutalités de son mari pendant qu'elle vivait encore avec lui, et si la femme est défenderesse, sa grossesse est peut-être le fruit d'un adultère, cas auquel, loin de fournir une fin de non-recevoir contre la demande du mari, elle ne fait qu'en augmenter la légitimité.

« Le pardon amnistie le passé; mais il n'est pas un brevet d'impunité

pour l'avenir ». Aussi l'article 273 décide-t-il que l'époux, qui par son pardon s'est rendu non recevable dans son action en séparation de corps, pourra « *en intenter une nouvelle pour causes survenues depuis la réconciliation et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande* ». Cette disposition signifie que les faits amnistiés par le pardon pourront servir d'appoint aux nouveaux qui, par eux-mêmes et à eux seuls, ne seraient peut-être pas suffisants pour faire prononcer la séparation de corps. Entendu autrement, l'article n'aurait pas de sens. Seulement les juges auront à apprécier si les nouveaux faits survenus depuis la réconciliation ont assez de gravité par eux-mêmes pour faire disparaître les effets du pardon et la fin de non-recevoir qui en était la conséquence.

Enfin l'article 274 dit : « *Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera preuve soit par écrit, soit par témoins, dans la forme prescrite en la première section du présent chapitre* ».

La loi dit : « Si le demandeur nie qu'il y ait eu réconciliation. » Donc l'époux défendeur ne sera pas obligé de faire preuve de la réconciliation, si le demandeur n'élève pas de contestation sur ce point. De sorte que la loi, qui n'admet pas la preuve résultant de l'aveu quand il s'agit d'établir les faits qui servent de base à la demande en séparation, l'admet au contraire quand il s'agit de prouver les faits invoqués comme fin de non-recevoir contre la demande, et notamment la réconciliation ; ce qui est d'ailleurs fort rationnel, car on n'a pas à craindre ici un concert frauduleux entre les époux. La preuve résultant de l'aveu étant admissible, il n'y aurait pas de motif pour rejeter celle résultant du serment.

**650.** On demande si la réciprocité des torts constitue une fin de non-recevoir contre l'action en séparation de corps. En principe il faut répondre négativement, d'abord parce que cette fin de non-recevoir n'est pas écrite dans la loi, et puis parce que la réciprocité des torts ne fait souvent que rendre la vie commune plus intolérable et par suite la séparation de corps plus urgente. Ainsi il est clair que, si la séparation de corps est nécessaire lorsque la vie de l'un des époux est mise en péril par les excès de l'autre, elle l'est deux fois pour une lorsque les excès étant réciproques la vie des deux époux se trouve en danger.

On prétend cependant que la règle souffre deux exceptions.

La première, qui est généralement admise par les auteurs, a lieu quand les deux époux ont été condamnés l'un et l'autre à une peine infamante. Concevrait-on en pareil cas que l'un des époux vînt alléguer l'infamie de l'autre pour obtenir la séparation de corps ?

La deuxième exception est beaucoup plus contestable et beaucoup plus contestée. Elle aurait lieu au cas où, la séparation de corps étant demandée pour cause d'adultère, l'époux défendeur prouverait que son conjoint s'est lui-même rendu coupable de ce délit dans les conditions qui en font une cause de séparation de corps. On fonde principalement cette solution sur l'article 336 du Code pénal, d'après lequel le mari perd le droit de *dénoncer l'adultère de sa femme* quand il a lui-même tenu sa concubine dans la maison conjugale. Il en résulte, dit-on, que le mari ne peut plus alors demander la séparation de corps pour cause d'adultère de sa femme ; car, en formant une semblable demande, il dénoncerait cet adultère, ce que lui interdit l'article 336. Et l'on ajoute que, par une juste réciprocité, la femme convaincue d'adultère devrait être elle aussi déclarée non recevable à demander la séparation de corps contre son mari sur ce

fondement qu'il aurait tenu sa concubine dans la maison conjugale. — Cet argument n'est rien moins que concluant. Le Code pénal ne s'occupe de l'adultère qu'au point de vue de sa sanction pénale, et non au point de vue de sa sanction civile qui est la séparation de corps. Tout ce qui résulte de l'article 336 du Code pénal, c'est que le mari ne peut plus demander la répression pénale de l'adultère de sa femme, quand il a lui-même tenu sa concubine dans la maison conjugale ; mais il ne s'ensuit nullement qu'il ne puisse invoquer cet adultère comme fondement d'une demande en séparation de corps. Seulement s'il use de cette faculté, le tribunal ne pourra pas, en faisant droit à sa demande, prononcer par le même jugement une condamnation pénale contre la femme conformément à l'article 308, car la femme adultère ne peut être condamnée que sur la dénonciation du mari, et il a perdu le droit de dénonciation au point de vue pénal. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la majorité des auteurs.

\* Mais, en admettant que la réciprocité des torts n'est pas, sauf peut-être le cas de condamnation des deux époux à une peine infamante, une fin de non-recevoir contre la demande en séparation de corps, ne court-on pas le risque d'arriver à une grosse injustice? L'époux le plus diligent, et peut-être le plus coupable, va tenter la demande ; la séparation sera prononcée à son profit, et l'autre époux supportera seul les frais de l'instance et les déchéances attachées à la séparation de corps (*infra*, n° 662). Est-ce juste? Non assurément ; mais il faut se hâter de dire qu'il ne tient qu'à l'époux défendeur d'éviter ce résultat. Qu'il demande *reconventionnellement* la séparation de corps. Chaque époux jouera alors dans l'instance le double rôle de demandeur et de défendeur, et ils partageront ainsi les avantages et les inconvénients de la lutte.

#### IV. De la procédure à suivre sur la demande en séparation de corps et des mesures provisoires auxquelles cette demande peut donner lieu.

**651.** « Elle (la demande en séparation de corps) sera intentée, instruite » et jugée de la même manière que toute autre action civile... » (art. 307). Ce texte a pour but d'exclure en matière de séparation de corps la procédure spéciale organisée par le Code civil pour les demandes en divorce. Mais d'ailleurs la procédure adoptée n'est pas de tous points celle du Droit commun, ainsi qu'il résulte des articles 875-880 du Code de procédure civile.

**652.** Les demandes en séparation de corps sont de la compétence exclusive des tribunaux civils. En aucun cas une demande de ce genre ne peut être intentée devant un tribunal de répression incidemment à l'action publique dont il serait déjà saisi (arg., art. 234).

Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en séparation de corps demeurera suspendue jusqu'après la décision de la justice criminelle ; car *le criminel tient le civil en état* (arg., art. 235 C. et art. 3 I. Cr.). Lorsque la justice criminelle aura définitivement statué, et quelle que soit sa décision, l'action en séparation de corps pourra être reprise (art. 235 *in fine*).

**653.** Le tribunal compétent pour statuer sur une demande en séparation de corps est le tribunal du domicile commun (art. 234 C. et 875 Pr.).

**654.** Au lieu de débiter, comme dans les procès ordinaires, par la citation en conciliation qui a lieu par acte d'huissier, l'époux demandeur débute par une requête adressée au président du tribunal accompagnée des pièces à l'appui s'il y en a (Pr., art. 875). En réponse à cette requête le président du tribunal rend une ordonnance portant que les époux comparaitront devant lui au jour fixé par ladite ordonnance. « Les parties sont tenues de comparaître en personne sans pouvoir se faire assister ni d'avoués ni de conseils » (Pr., art. 876 et 877). Cette mesure a pour but de soustraire les parties à toute influence étrangère, et de faciliter l'essai de conciliation que doit tenter le président du tribunal. L'article 878 Pr. dispose à ce sujet : « Le président du tribunal fera aux deux époux les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement ; s'il ne peut y parvenir, il rendra en suite de la première ordonnance, une seconde portant qu'attendu qu'il n'a pu concilier les parties, il les renvoie à se pourvoir, *sans citation préalable au bureau de conciliation* ». Les mots qui viennent d'être soulignés signifient que les époux sont dispensés de l'épreuve ordinaire du préliminaire de conciliation, qui est ici remplacée par l'essai de conciliation devant le président du tribunal. L'article 878 ajoute : « Il autorisera par la même ordonnance la femme à procéder sur sa demande et à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues ou qu'il indiquera d'office ; il ordonnera que les effets journaliers à l'usage de la femme lui soient remis. Les demandes en provision seront portées à l'audience ».

*Les demandes en provision.* Il s'agit de la demande que forme l'un des époux contre l'autre, ordinairement la femme contre le mari, d'une provision *ad litem* et d'une provision alimentaire, c'est-à-dire des subsides qui lui sont nécessaires, soit pour faire face aux frais du procès dont il faudra faire l'avance, soit pour vivre pendant les délais de l'instance. Ces demandes, à raison de leur importance, doivent être jugées par le tribunal et non par le président tout seul.

Bien que l'article 878 ne parle que de la femme demanderesse en séparation de corps, il n'est pas douteux qu'il ne soit applicable aussi à la femme défenderesse.

**655.** On est à peu près d'accord pour décider qu'il y aurait lieu d'appliquer en matière de séparation de corps les dispositions des articles 267, 269, 270 et 271 du titre *du Divorce*, relatives à certaines mesures provisoires qui peuvent être nécessaires au cas de demande en séparation comme au cas de demande en divorce. Ces textes sont ainsi conçus :

Art. 267. « *L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants* ».

Art. 269. « *La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise : à défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites* ».

Il est très-douteux toutefois qu'il y ait lieu d'appliquer à la séparation de corps la disposition finale de ce dernier texte à cause de son extrême rigueur.

Art. 270. « *La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire.* »

Art. 271. « *Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date*

» de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. »

Ce dernier article n'est que l'application du Droit commun. V. art 1167.

**656.** L'instance est engagée; comment se poursuivra-t-elle? L'article 878 du C. Pr. répond : « La cause sera instruite dans les formes établies pour les autres demandes et jugée sur les conclusions du ministère public. » — Les jugements sur les demandes en séparation de corps sont toujours susceptibles d'appel. L'appel doit être jugé en audience ordinaire (Ordonnance du 16 mai 1834).

**657.** Enfin aux termes de l'article 880 Pr. : « Extrait du jugement qui prononce la séparation de corps sera inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux que dans les chambres d'avoués et de notaires, ainsi qu'il est dit à l'article 872. » Cpr. Code de com., art. 66.

### V. Effets de la séparation de corps.

**658.** Nous avons un seul texte sur ce point, l'article 311. La doctrine a comblé les lacunes que crée en cette matière le silence à peu près complet du législateur par des emprunts faits au titre *du Divorce*.

Nous étudierons successivement les effets de la séparation de corps en ce qui concerne la personne et en ce qui concerne les biens des époux.

**659. A. Effets de la séparation de corps en ce qui concerne la personne des époux.** — A défaut de textes l'expression elle-même *séparation de corps* nous indique quels sont ces effets. Le mariage est l'union de deux âmes et des deux corps qu'elles animent. Quand la séparation de corps est demandée, l'union des âmes n'existe plus, et les époux viennent demander à la justice l'autorisation de faire cesser l'union des corps. Tel est en effet le but et le résultat de notre institution : rompre le lien des corps (*divortium a toro et mensa*); faire cesser la vie commune qui est devenue insupportable, et par conséquent délivrer les époux des obligations respectives que leur impose l'article 214 : obligation pour la femme d'habiter avec son mari, obligation pour celui-ci de recevoir sa femme; d'où le droit pour la femme d'avoir une résidence et même un domicile distincts de celui du mari.

Mais c'est tout! Le lien du mariage n'est pas brisé; le devoir de fidélité continue donc à subsister. Toutefois, s'il conserve sa sanction à l'égard de la femme, il la perd à l'égard du mari; car d'après nos lois l'adultère du mari n'est punissable qu'autant qu'il a tenu sa concubine dans la maison conjugale, et cette circonstance devient désormais d'une réalisation impossible, puisqu'il n'y a plus de maison conjugale. Le devoir de secours survit aussi à la séparation de corps; il pourra se traduire désormais sous la forme d'une pension alimentaire, que l'un des époux pourra être condamné à payer à l'autre s'il se trouve sans ressources. Le droit aux aliments existe même au profit de l'époux contre lequel la

séparation de corps a été prononcée ; la jurisprudence est constante sur ce point. Quant au devoir d'assistance, il y a quelque doute ; mais comme en définitive l'assistance qui consiste dans des soins personnels semble impliquer la cohabitation des époux, on admet en général que ce devoir cesse après la séparation de corps.

**660.** Que décider quant aux droits qui appartiennent aux époux sur la personne de leurs enfants ? La jurisprudence et la majorité des auteurs admettent qu'il y a lieu d'appliquer ici par analogie les articles 302 et 303, ainsi conçus :

Art. 302. « *Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille, ou du ministère public, n'ordonne, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.* »

Art. 303. « *Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.* »

Voyez sur ce point Req. Rej., 24 juillet 1878. Sir., 79. 1. 424.

D'ailleurs les décisions que les tribunaux rendent en ce qui concerne les relations des parents vis-à-vis de leurs enfants, ne sont pas nécessairement définitives. Elles peuvent être modifiées lorsque de nouveaux faits surviennent.

**661. B. Effets de la séparation de corps en ce qui concerne les biens des époux.** — « *La séparation de corps emportera toujours séparation de biens* », dit l'article 311. Cet effet se produit de plein droit, *ipso jure*, comme conséquence nécessaire de la séparation de corps. Deux époux peuvent être séparés de biens sans être séparés de corps ; mais ils ne peuvent pas, en sens inverse, être séparés de corps sans être séparés de biens. En effet la société de biens, qui peut exister entre deux époux en vertu de leurs conventions matrimoniales, est une conséquence de la société des personnes ; cette dernière cessant par la séparation de corps, l'autre doit cesser aussi.

Par suite de la séparation de biens que produit virtuellement la séparation de corps, la femme est remise à la tête de son patrimoine lorsque l'administration et la jouissance en appartenaient au mari, comme il arrive sous la plupart des régimes nuptiaux. La femme aura donc désormais le droit d'administrer ses biens et de faire sans autorisation tous les actes qui rentrent dans cette administration.

Mais pour tous autres actes elle demeure incapable, et doit en conséquence obtenir l'autorisation de son mari et à défaut celle de la justice.

\* **662. Des déchéances qu'entraîne la séparation de corps.** — La loi inflige certaines déchéances à l'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée :

1<sup>o</sup> Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 14 juillet 1866 intitulée *Loi sur les droits des héritiers et ayants cause des auteurs*, le conjoint survivant d'un auteur a la jouissance des droits d'auteur qui appartenaient à son conjoint prédécédé. Mais ce droit de jouissance n'a pas lieu au profit du conjoint survivant, s'il existe au moment du décès une séparation de corps prononcée contre lui.

2<sup>o</sup> La femme, contre laquelle la séparation de corps a été prononcée, perd, au cas de veuvage, tout droit à une pension de retraite soit militaire soit civile du chef de son mari. Lois des 11 avr. 1831, art. 20 ; 18 avr. 1831, art. 20 ; 9 juin 1853, art. 43.

3° L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd son droit au préciput (arg., art. 1518). Cette déchéance doit être appliquée, car il y a même raison de décider, aux autres droits de survie sur les biens de la communauté, *v. gr.* l'attribution au survivant d'une part de la communauté plus forte que la moitié.

Doit-elle être étendue aussi à tous les autres avantages, qui ont été faits à l'époux coupable par son conjoint soit par le contrat de mariage soit depuis le mariage contracté? En d'autres termes faut-il appliquer à la séparation de corps les articles 299 et 300, ainsi conçus :

Art. 299. « Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté ».

Art. 300. « L'époux qui aura obtenu le divorce, conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu ».

La jurisprudence paraît définitivement fixée dans le sens de l'affirmative depuis l'arrêt solennel du 23 mai 1845 (Sir., 45. 1. 321), par lequel la Cour de cassation a condamné sa jurisprudence antérieure sur ce point. Cet arrêt fut rendu contrairement aux conclusions du procureur-général Dupin, et Troplong raconte (Traité des Donations, n° 4357) que ce ne fut qu'après un délibéré de sept heures et demie, qu'une majorité de 48 voix contre 46 put se former pour repousser les conclusions du procureur-général. Rien ne saurait mieux prouver la difficulté de la question.— La jurisprudence se fonde principalement sur ce que le législateur, n'ayant pas indiqué les effets de la séparation de corps, a dû vouloir s'en référer sur ce point au titre du *Divorce*; on doit donc appliquer à la séparation de corps tous les effets du divorce, à l'exception bien entendu de ceux qui sont une conséquence de la dissolution du mariage opérée par le divorce; or la déchéance établie par l'article 299 n'est pas une conséquence de la dissolution du mariage, c'est une sorte de peine prononcée contre l'époux ingrat; donc elle est applicable à la séparation de corps. La jurisprudence invoque en outre un argument *a fortiori* tiré de l'article 1518 et l'autorité de notre ancien Droit.—Malgré ces raisons, un parti important dans la doctrine persiste à soutenir que l'article 299 n'est pas applicable à la séparation de corps. A quelque point de vue qu'on se place, dit-on, il est certain que l'article 299 contient une déchéance; or les dispositions qui établissent des déchéances sont de droit étroit, elles ne peuvent pas être étendues d'un cas à un autre. D'ailleurs plusieurs textes nous prouvent que l'intention du législateur n'a pas été d'appliquer à la séparation de corps toutes les déchéances pécuniaires qu'entraîne le divorce; c'est ainsi que la séparation de corps, à la différence du divorce, laisse subsister le droit de successibilité réciproque entre époux (arg., art. 767), et ne fait pas perdre, comme le divorce, à l'époux contre lequel elle a été prononcée la jouissance légale de l'article 384 (arg., art. 386).

#### VI. De la cessation de la séparation de corps.

**663.** La séparation de corps peut cesser quant aux personnes par le consentement mutuel des époux; tout le monde admet qu'il n'y a pas lieu d'appliquer à la séparation de corps l'article 295, aux termes duquel « les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir ». On conçoit que la loi n'ait pas voulu favoriser le caprice de deux époux qui, après avoir fait rompre leur union, demandent à la renouer. Mais la séparation de corps ne dissout pas le mariage, et la loi

ne pouvait voir que d'un œil favorable les tentatives faites par les époux pour en resserrer le lien qui est seulement relâché. Aussi ne prescrit-elle aucune forme solennelle pour la manifestation de la volonté des époux qui veulent faire cesser la séparation de corps. Le simple fait du rétablissement de la vie commune suffit : il prouve en effet d'une manière non équivoque la volonté des époux de renoncer à la séparation de corps, puisqu'ils abandonnent d'un commun accord la situation que cette séparation leur avait créée.

Le consentement des deux époux est nécessaire pour faire cesser la séparation de corps; la volonté de l'époux qui l'a obtenue ne suffirait pas. Inutilement dit-on que, la séparation constituant un bénéfice pour l'époux qui l'a obtenue, il est libre d'y renoncer et de forcer son conjoint au rétablissement de la vie commune. Il faut répondre que le jugement qui a prononcé la séparation de corps a fait naître une situation nouvelle pour les époux; elle appartient à chacun d'eux comme leur appartiendrait la situation qu'ils se seraient créée par un contrat. *In judiciis quasi contrahimus*. Et de même que le contrat ne peut être révoqué que d'un commun accord (art. 1434), de même un commun accord est nécessaire pour révoquer la séparation de corps. Cette idée apparaît bien dans l'article 309, qu'on invoque tout à fait à tort au soutien de l'opinion adverse. Cet article, supposant que la séparation de corps a été prononcée contre la femme pour cause d'adultère et que celle-ci a en outre été condamnée à la peine édictée par l'article 308, dit : « *Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme* ». En *consentant*, ce qui suppose un accord entre la femme et le mari; car consentir, c'est vouloir ce qu'un autre veut, *sentire cum alio*. Ce texte ne dit donc pas, comme quelques-uns le prétendent, que le mari peut par sa seule volonté forcer sa femme à reprendre la vie commune; il signifie plutôt le contraire.

Le rétablissement de la vie commune, qui suffit, comme on vient de le voir, pour faire cesser les effets de la séparation de corps quant à la personne des époux, ne suffit pas pour faire cesser les effets de cette même séparation quant à leurs biens. En d'autres termes, les époux qui ont rétabli la vie commune cesseront d'être séparés de corps, mais ils continueront à être séparés de biens; leur régime matrimonial brisé par la séparation de corps ne revivra pas. Pour qu'il puisse revivre, il faut une convention passée dans la forme prescrite par l'article 1451.

## TITRE VII

### De la paternité et de la filiation.

**664.** « Le lien de parenté qui existe entre le père ou la mère et l'enfant, disent MM. Aubry et Rau, se nomme paternité ou maternité quand on l'envisage dans la personne du père ou de la mère, et filiation quand on le considère dans la personne de l'enfant. » On aurait donc pu se borner à intituler notre titre : *De la filiation*.

**665.** On distingue trois espèces de filiation, savoir : la filiation légitime, la filiation illégitime et la filiation adoptive. Les deux premières

sont l'œuvre de la nature, la troisième le résultat d'une fiction légale.

a). La filiation *légitime* est le fruit du mariage. Sont donc légitimes les enfants conçus des œuvres de deux personnes légitimement mariées. Toutefois la loi regarde aussi comme légitime l'enfant qui, conçu avant le mariage, est né pendant (art. 314); et d'un autre côté elle autorise la légitimation par mariage subséquent des enfants illégitimes, pourvu qu'ils ne soient pas le fruit d'un adultère ou d'un inceste (art. 331).

b). La filiation *illégitime* est le fruit du commerce de deux personnes qui ne sont pas légitimement mariées l'une avec l'autre au moment de la conception ou tout au moins de la naissance de l'enfant. Suivant la nature des rapports qui ont existé entre les parents de l'enfant au moment de sa conception, elle se subdivise en :

*Filiation naturelle simple*, résultant du commerce de deux personnes qui auraient pu valablement se marier l'une avec l'autre au moment de la conception de l'enfant;

*Filiation adultérine*, fruit d'un adultère;

*Filiation incestueuse*, fruit d'un inceste, c'est-à-dire du commerce de deux personnes parentes au degré où le mariage est prohibé.

c). La filiation *adoptive* résulte de l'adoption. C'est une filiation purement fictive.

Il n'est question dans notre titre (titre VII) que de la filiation légitime, dont le législateur traite dans les chapitres I et II consacrés l'un à la filiation paternelle, l'autre à la filiation maternelle, et de la filiation naturelle dont s'occupe le chapitre II. La filiation adoptive est reléguée dans le chapitre VIII. Cette division est assez vicieuse. Il aurait fallu, ou bien traiter dans un même titre divisé en trois chapitres des trois espèces de filiation, ou bien traiter de chaque espèce de filiation dans un titre distinct. A moins qu'on ne dise que le législateur a voulu réunir dans un même titre les deux filiations qui dérivent de la nature, et consacrer un titre spécial à celle qui ne résulte que d'une fiction de la loi.

## CHAPITRE I

### DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU NÉS PENDANT LE MARIAGE

#### I. Généralités.

**666.** La légitimité est le fruit du mariage. L'enfant qui se prétend légitime soutient donc qu'il a été conçu des œuvres de deux personnes légitimement mariées l'une avec l'autre au moment de sa conception

ou tout au moins de sa naissance. Prétention complexe, que par l'analyse on peut décomposer de la manière suivante : l'enfant qui se prétend légitime dit :

1° La femme que je soutiens être ma mère est ou a été mariée ;

2° Cette femme a eu un enfant, et c'est moi qui suis cet enfant (filiation maternelle) ;

3° J'ai été conçu ou tout au moins je suis né (art. 314) pendant le mariage de ma mère ;

4° C'est le mari de ma mère qui est mon père (filiation paternelle).

L'enfant, qui se prétend légitime et à qui cette qualité est déniée, doit, d'après les principes du Droit commun (*Actori incumbit probatio, Reus excipiendo fit actor*) démontrer que cette qualité lui appartient, et faire par suite la preuve des différents faits qui viennent d'être indiqués, savoir : le mariage de la femme qu'il prétend être sa mère, sa filiation maternelle, sa conception ou au moins sa naissance pendant le mariage, enfin sa filiation paternelle.

**667.** Les deux premiers faits, c'est-à-dire le mariage et la filiation maternelle, sont susceptibles d'une preuve directe et positive. Le mariage s'annonce en effet par une cérémonie solennelle, et la filiation maternelle par l'accouchement, faits susceptibles de tomber sous nos sens. Nous savons comment se prouve le mariage. Quant à la preuve de la filiation maternelle, le législateur s'en occupe dans le chapitre II. Nous pouvons dire tout de suite qu'elle se fait par l'acte de naissance (art. 319).

**668.** Il n'en est pas de même des deux derniers faits : la conception de l'enfant pendant le mariage de sa mère, et sa conception des œuvres du mari de sa mère (filiation paternelle). Le mystère de la conception échappe à nos investigations ; aucun fait extérieur ne révèle à nos sens ni sa date ni son auteur. Aussi la loi a-t-elle établi cette présomption que « *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* » (art. 312). Une présomption est une induction que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu. Le fait connu dans le cas qui nous occupe, c'est la maternité, c'est-à-dire la filiation de l'enfant par rapport à sa mère ; le fait inconnu c'est la paternité, c'est-à-dire la filiation de l'enfant par rapport à son père. Eh bien ! de la maternité de la femme la loi conclut à la paternité de son mari ; de ce fait connu qu'une femme mariée est devenue mère la loi tire cette induction que son mari est le père de l'enfant. Cette présomption, comme toutes les autres, est basée sur l'ordre naturel des choses, c'est-à-dire sur ce qui arrive le plus ordinairement. *Præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. La règle générale, c'est la fidélité de la femme à son mari ; la loi présume cette fidélité, et la conséquence nécessaire en est la paternité du mari. Admettre une solution

contraire, ce serait présumer l'adultère de la femme ; or l'adultère est un délit, et heureusement il ne constitue pas la règle générale ; en le présumant la loi aurait manifestement renversé l'ordre naturel des choses. Aussi la règle que « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari », règle que les Romains formulaient en ces termes : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, est vraisemblablement aussi ancienne que le mariage, dont elle est à vrai dire le complément nécessaire parce que sans elle il perdrait toute sa dignité.

669. Mais la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* n'est applicable d'après l'article 312 qu'à l'enfant conçu pendant le mariage. L'enfant qui l'invoque doit donc prouver sa conception pendant le mariage. Comment fera-t-il cette preuve ? Rien ne serait plus facile, si la nature avait assigné à la gestation des femmes une durée fixe et invariable. Supposons par exemple que toutes les gestations aient une durée fixe de 270 jours, soit 9 mois, il suffirait, le jour de la naissance étant connu, de remonter à 270 jours en arrière, et on trouverait ainsi avec une précision mathématique le jour de la conception ; il serait facile de savoir par suite si la conception se place ou non pendant le mariage.

Mais en cette matière comme en bien d'autres la nature a ses caprices. La durée des gestations varie. Fallait-il alors laisser au juge le soin de la déterminer dans tous les cas où quelque difficulté s'élèverait sur ce point ? C'était le système admis dans notre ancien Droit ; mais il a donné lieu à des décisions judiciaires tellement fabuleuses que le législateur de 1804 n'a pas été tenté de le reproduire. On vit des parlements déclarer légitimes des enfants nés dans le douzième, dans le treizième et même dans le dix-huitième mois après la mort du mari de la mère, et assigner ainsi à la grossesse une durée hors de toute proportion avec les données fournies par les lois de la nature. Sans rechercher si le Parlement de Grenoble a réellement jugé, comme on le prétendit dans une brochure imprimée en 1637 et dont le Parlement de Paris crut devoir interdire la publication : « qu'une femme avait pu concevoir par la seule force de son imagination », ce qu'on ne saurait contester, c'est qu'il existait alors en cette matière une anarchie complète. On vit des hommes, sensés pourtant, soutenir que les longues gestations pouvaient durer trois années ! Il fallait mettre un peu d'ordre dans ce chaos ; il fallait surtout tarir dans leur source un grand nombre de procès, auxquels l'absence d'une règle précise ne pouvait manquer de donner naissance. Voici ce qu'a décidé notre législateur.

S'inspirant des données fournies par la science physiologique, et même dépassant un peu dans l'intérêt de la légitimité les limites du cercle tracé par cette science, il a fixé la durée *maximum* et la durée *minimum* de la gestation. La conception de l'enfant ne peut pas être antérieure

à la limite que la loi assigne à la gestation la plus longue ni postérieure à celle assignée à la gestation la plus courte ; elle se place donc nécessairement pendant l'intervalle qui les sépare.

Reste à savoir quelles sont les limites extrêmes de la gestation. La loi les a fixées à trois cents jours et à cent quatre-vingts jours : ce qui correspond à dix et à six mois d'après le calendrier républicain, qui était en vigueur à l'époque où le Code civil a été décrété. En d'autres termes, la loi suppose que la plus longue gestation ne peut pas durer plus de 300 jours (arg., art. 312 et 315), et que la gestation la plus courte ne peut pas durer moins de 180 jours (arg., art. 312 et 314).

Nous disons d'abord que, d'après la présomption de la loi, la gestation la plus longue ne peut pas durer plus de trois cents jours. En effet l'article 315 permet de contester la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage ; c'est donc que, d'après la présomption de la loi, la conception de cet enfant se place en dehors du mariage. L'enfant, qui naît le trois centième jour après la mort du mari de sa mère, peut encore soutenir que sa conception remonte à une époque antérieure à la dissolution du mariage, et que par conséquent le mari de sa mère est son père (art. 312). Mais l'enfant, qui naîtra le 301<sup>e</sup> jour après la dissolution du mariage, ne pourra plus se dire conçu dans le mariage, et par suite invoquer la règle *Pater is est...* La loi admet donc que la conception d'un enfant ne peut pas remonter au-delà du trois centième jour avant sa naissance.

Nous disons ensuite que, selon la présomption de la loi, la gestation la plus courte ne peut pas être moindre de 180 jours. En effet la loi considère l'enfant né le 180<sup>e</sup> jour du mariage comme conçu dans le mariage, et par conséquent des œuvres du mari qui n'aura pas le droit de le désavouer. Au contraire, elle regarde l'enfant né avant le 180<sup>e</sup> jour du mariage comme conçu avant le mariage, et elle permet en conséquence au mari de le désavouer. La loi ne suppose donc pas qu'un enfant puisse rester moins de 180 jours dans le sein de sa mère ; par suite elle n'admet pas qu'il puisse avoir été conçu après le 180<sup>e</sup> jour qui précède sa naissance.

Ainsi la loi présume que la conception d'un enfant est possible au plus tôt le 300<sup>e</sup> jour, au plus tard le 180<sup>e</sup> avant sa naissance et dans toute la période intermédiaire entre ces deux termes extrêmes. Ce temps, qui s'écoule entre le 300<sup>e</sup> et le 180<sup>e</sup> jour avant la naissance de l'enfant, constitue la période légale de la conception. Elle comprend 121 jours : 121 et non 120, parce que la conception a été possible le 300<sup>e</sup> jour avant sa naissance, le 180<sup>e</sup> et tous les jours intermédiaires. L'enfant peut, suivant son intérêt, et sans avoir de ce chef aucune preuve à faire, placer sa conception à un moment quelconque de cette période, et par suite

se dire conçu des œuvres du mari de sa mère conformément à la règle *Pater is est...*, s'il prouve qu'à ce moment sa mère était mariée.

\* 670. Comment doivent se calculer les délais de 180 jours et de 300 jours qui forment les limites extrêmes de la durée légale de la gestation ?

Suivant l'opinion commune, ces délais devraient être comptés par jours, c'est-à-dire par intervalles de 24 heures de minuit à minuit, et non par heures. C'est, dit-on, la règle générale pour les délais de jours : ils se comptent *de die ad diem*, et non *de hora ad horam*. La loi applique ce principe en matière de prescription (art. 2260).

D'autre part, le jour, qui sert de point de départ au délai (*dies a quo*), ne devrait pas être compté dans le calcul du délai, conformément à la règle *Dies a quo non computatur in termino*. Ainsi, dans le cas prévu par l'article 314, le jour de la célébration du mariage ne devrait pas être compté, non plus que le jour de sa dissolution dans le cas prévu par l'article 315.

La jurisprudence la plus récente incline vers la solution contraire, d'après laquelle les délais doivent être calculés *de hora ad horam*. La cour d'Angers a décidé qu'un homme étant décédé le 19 mars 1866 à deux heures du matin, la fille dont sa veuve était accouchée le 13 janvier 1867 à huit heures et demie du matin, c'est-à-dire trois cents fois vingt-quatre heures plus six heures et demie après la mort du mari, devait être considérée comme conçue après la dissolution du mariage et par suite comme illégitime. Le Tribunal de Beaugé, dont la décision était déférée à la Cour d'Angers, avait au contraire décidé, en comptant *de die ad diem* suivant l'opinion générale, et en excluant par suite du calcul le jour de la dissolution du mariage conformément à la règle *Dies a quo non computatur in termino*, que l'enfant devait être considérée comme conçue dans le mariage et par suite des œuvres du mari. — Il y a de très-bonnes raisons en faveur de la solution, qui compte les délais *de momento ad momentum* et non *de die ad diem*. D'abord l'art. 315 dit : « trois cents jours après la dissolution du mariage », et non, comme il l'aurait fallu si le législateur avait voulu que le délai se calculât *de die ad diem*, après celui de la dissolution du mariage. Même manière de parler dans l'article 314, où on lit : « l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour DU MARIAGE... », et non : l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour A DATER DE CELUI du mariage, et dans l'article 312 qui dit : « avant la naissance de l'enfant » et non avant celui de la naissance. D'un autre côté, la conception devenant possible aussitôt après la célébration du mariage et cessant de l'être aussitôt après sa dissolution, logiquement les délais de 180 jours et de 300 jours doivent courir à dater du moment précis où ces faits se sont accomplis. Pourquoi donc exclure du délai de 180 jours (art. 314) le jour de la célébration du mariage ? ce qui semble signifier que la loi considère la conception comme impossible ce jour-là ; et pourquoi exclure du délai de 300 jours celui de la dissolution du mariage ? ce qui donne à entendre que la loi considère la conception comme possible pendant tout ce jour et par suite même pendant les heures de ce jour qui suivent le moment de la dissolution, chose souverainement absurde !

Quant à l'article 2260 qu'on invoque au soutien de l'opinion contraire, outre qu'il ne formule pas une règle générale, mais statue seulement en vue de la prescription, les motifs qui l'ont fait édicter ne se retrouvent plus, tout au moins avec le même degré de force, dans la matière qui nous occupe, et son extension à cette hypothèse est partant peu logique. Les faits de possession, qui servent de base à une prescription que l'on prétend accomplie, remontent à une date très-éloignée, souvent trente ans. Etablir à un jour près, et presque toujours par la preuve testimoniale, le moment où ces faits se sont produits, est déjà chose difficile ; les établir à une heure près serait tout à fait impossible. De là la règle de l'article 2260. Mais la même dif-

ficulté n'existe pas, quand il s'agit de préciser la date des faits qui servent de point de départ au délai de 180 jours ou de 300 jours de l'article 312. Outre que le moment précis où ces faits se sont accomplis sera souvent indiqué dans un acte authentique, comme l'heure de la naissance par exemple dont l'acte de naissance fera presque toujours mention (art. 57), dans les cas où ce document fera défaut, la preuve testimoniale fournira presque toujours des indications certaines, soit parce que les faits dont il s'agit de prouver la date précise ont de nombreux témoins, comme le mariage, soit parce qu'ils sont de nature à frapper vivement les quelques témoins qui les constatent, comme il arrive pour un décès.

## II. *Du désaveu de paternité.*

**671.** En principe la présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* n'est susceptible d'être combattue par aucune preuve contraire. Ainsi l'exigent l'honneur du mariage et l'intérêt si puissant de la légitimité des enfants. Dans certains cas exceptionnels cependant, la loi autorise le mari à l'attaquer. L'action qui lui est accordée à cet effet porte le nom d'action en *désaveu* (de paternité ou d'enfant); elle peut être définie : une dénégation judiciaire de la paternité du mari. Par sa définition même cette action ne peut être exercée qu'au sujet d'un enfant qui est en situation d'invoquer la présomption *Pater is est...*, puisqu'elle a pour but de la faire tomber.

Pour que rien ne soit livré à l'arbitraire dans une matière aussi grave, le législateur a précisé avec un soin minutieux les conditions du désaveu, c'est-à-dire les causes de désaveu, les personnes qui peuvent tenter l'action en désaveu, le délai dans lequel cette action doit être intentée et les fins de non-recevoir dont elle est susceptible. Par leur nature même, les dispositions de la loi sur ces divers points doivent être interprétées restrictivement, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

### A. *Des causes de désaveu.*

**672.** Les causes de désaveu sont au nombre de trois : la première prévue par l'article 312 (impossibilité physique de cohabitation); la deuxième prévue par l'article 313 (impossibilité morale de cohabitation); et la troisième prévue par l'article 314 (naissance précoce de l'enfant).

**673.** PREMIÈRE CAUSE DE DÉSAVEU. *Impossibilité physique de cohabitation.*— Le mari est admis à désavouer l'enfant conçu pendant le mariage, lorsqu'il prouve que, durant toute la période légale de la conception, il a été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. Ce cas est prévu par l'article 312, qui, après avoir établi dans son al. 1 la règle que : « *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* », ajoute : « *Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jus-* » qu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il

» *était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.* »

Un mari s'embarque pour l'Australie le 1<sup>er</sup> janvier, laissant sa femme à Marseille; il est de retour le 1<sup>er</sup> septembre; sa femme accouche le 1<sup>er</sup> décembre. Il pourra désavouer l'enfant.

L'impossibilité physique de cohabitation doit avoir existé pendant toute la durée de la période, où peut se placer d'après la présomption de la loi la conception de l'enfant, c'est-à-dire pendant toute la durée du 300<sup>e</sup> jour avant la naissance de l'enfant, pendant toute la durée du 180<sup>e</sup> jour avant cette même naissance, et pendant tout le temps intermédiaire entre ces deux termes extrêmes. En un mot, l'impossibilité physique de cohabitation doit avoir existé pendant toute la durée des 121 jours, qui se sont écoulés depuis et y compris le 300<sup>e</sup> jusques et y compris le 180<sup>e</sup> jour avant la naissance de l'enfant; car celui-ci est autorisé à placer sa conception à un moment quelconque de cette période, et il suffit par conséquent que, fût-ce pendant un seul instant, il ait été physiquement possible au mari de cohabiter avec sa femme, pour qu'il ne puisse pas échapper à l'application de la présomption *Pater is est*.....

**674. De quelles causes doit résulter l'impossibilité physique de cohabitation.** — La loi dit : de l'éloignement ou de quelque accident.

a). *De l'éloignement.* Faut-il un éloignement tel qu'il ait été physiquement impossible aux époux de franchir l'espace qui les séparait pendant la période légale de la conception? Non; il suffit qu'il soit démontré que cet espace n'a pas été franchi, et que par suite les époux sont demeurés constamment séparés l'un de l'autre pendant toute la période légale de la conception, cas auquel il y a eu évidemment impossibilité physique de cohabitation. La question de savoir si ces conditions se trouvent réunies est une question de fait que le juge doit résoudre en cas de contestation. Ainsi la Cour d'Alger a admis le désaveu formé par un mari qui avait résidé à Alger et sa femme à Paris pendant tout le temps légal de la conception. Et cependant il est facile de faire, et bien des fois, le voyage de Paris à Alger dans un délai de 121 jours; mais il était démontré que pendant tout ce temps le mari n'avait pas quitté Alger ni la femme Paris. De même, s'il était prouvé que deux époux ont été incarcérés pendant tout le temps légal de la conception sous prévention de crime et sans communication possible l'un avec l'autre, l'action en désaveu formée par le mari devrait être admise.

b). L'impossibilité physique de cohabitation peut aussi servir de base à la demande en désaveu du mari, quand elle résulte « *de quelque accident* ». La loi ne précise pas davantage, et elle ne le pouvait guère. On peut citer à titre d'exemples des mutilations, une blessure, une opé-

ration chirurgicale ayant produit chez le mari une *impuissance accidentelle* soit temporaire soit perpétuelle. Duveyrier, l'orateur du Tribunat, a dit : « Il serait déraisonnable de vouloir détailler les espèces, les cas, les accidents qui peuvent produire l'impuissance accidentelle, soit qu'il s'agisse d'une blessure, d'une mutilation, *d'une maladie grave et longue* ».

Considérant ces dernières paroles comme une interprétation officielle de la loi, plusieurs auteurs décident que l'impuissance accidentelle due à la prostration résultant d'une maladie pourrait servir de fondement à une demande en désaveu du mari. Mais l'induction, qu'on peut tirer en faveur de cette solution des paroles du tribun Duveyrier, est plus que contrebalancée par la discussion qui s'est produite au Conseil d'Etat, discussion à la suite de laquelle la solution contraire paraît avoir été très-positivement adoptée. N'est-elle pas d'ailleurs commandée par le texte de la loi, qui parle de l'impuissance produite par l'effet de quelque *accident*? Une maladie est-elle un *accident*? Ce mot ne désigne-t-il pas un événement dont la cause est *externe* plutôt qu'un événement dont la cause est *interne* comme la maladie?

**675.** L'impossibilité physique de cohabitation peut aussi résulter pour le mari de son impuissance naturelle; mais alors la loi ne lui permet pas de l'invoquer à l'appui d'une demande en désaveu. « *Le mari, dit* » l'article 313, al. 1, *ne pourra pas, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant* ». Il y en a deux raisons : d'une part, la constatation de l'impuissance naturelle est souvent fort difficile, et en tout cas elle serait pleine de scandale ; et puis d'autre part, la situation du mari ne mérite guère d'intérêt : devait-il s'engager dans un contrat dont il se savait incapable de remplir les obligations, et faut-il maintenant lui permettre de venir déshonorer la femme, qu'il a odieusement trompée, en désavouant son enfant ?

**676.** L'impuissance, résultant d'un accident survenu antérieurement au mariage, pourrait-elle servir de fondement à une action en désaveu du mari? En mettant l'accident sur la même ligne que l'éloignement, l'article 312 nous donne à entendre qu'il a en vue un accident survenu postérieurement au mariage, et c'est ce qui paraît découler aussi de la discussion au Conseil d'Etat. D'ailleurs le mari, qui était atteint lors du mariage d'impuissance accidentelle, a trompé sa femme tout aussi bien que celui qui était atteint d'impuissance naturelle : il ne mérite donc pas plus de faveur. Et toutefois la question est controversée. On invoque en faveur de l'opinion contraire les termes généraux de l'article 312, qui parle de l'impuissance résultant « de quelque accident » sans distinguer si l'accident est ou non antérieur au mariage. On ajoute que d'ailleurs la conduite du mari vis-à-vis de celle qu'il a épousée peut être excusable, du moins lorsque l'impuissance accidentelle dont il était atteint lors du mariage était de nature à pouvoir se guérir, ou que le mari la croyait telle.

**677.** DEUXIÈME CAUSE DE DÉSAVEU. *Impossibilité morale de cohabitation.* — L'impossibilité morale de cohabitation résulte d'un *obstacle moral*, tel que des mésintelligences graves, qui s'oppose au rapprochement des époux, tandis que l'impossibilité physique résulte d'un obstacle physique. L'impossibilité physique de cohabitation fournit une preuve plus certaine de la non-paternité du mari que l'impossibilité morale

parce que la première est susceptible d'une constatation directe et matérielle, tandis que la seconde résulte d'une induction qui peut être fautive.

En principe, la loi ne permet pas au mari de désavouer l'enfant de sa femme pour cause d'impossibilité morale de cohabitation avec celle-ci. Cette règle souffre cependant exception dans deux cas prévus l'un et l'autre par l'article 313.

**678. Premier cas.** — Après avoir dit que « le mari ne pourra en alléguant son impuissance naturelle désavouer l'enfant », l'article 313 ajoute : « *Il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père* ». Ainsi l'impossibilité morale de cohabitation (c'est à elle que l'article fait allusion quand il parle des faits propres à justifier que le mari n'est pas le père) devient une cause de désaveu, lorsque l'induction qu'elle fournit en faveur de la non-paternité du mari est corroborée par cette double circonstance que la mère a commis un adultère et qu'elle a caché à son mari la naissance de l'enfant. Le mari doit donc, pour réussir dans son action en désaveu, faire une triple preuve ; il doit prouver : 1° l'adultère de la mère ; 2° le recèlement de la naissance de l'enfant ; 3° l'impossibilité morale de cohabitation pendant le temps légal de la conception.

1° *Adultère de la mère.* Quoique la loi ne le dise pas, on doit admettre, parce que le bon sens l'exige, que l'adultère dont le mari fait la preuve doit coïncider ou à peu près avec la conception de l'enfant. Quelle induction pourrait-on tirer pour la non-paternité du mari d'un adultère commis par la femme à une époque éloignée de celle où se place la conception de l'enfant ?

La preuve d'un adultère de la femme, même coïncidant avec l'époque de la conception, ébranle fortement la présomption de paternité du mari ; mais elle ne suffit pas pour la détruire. La loi romaine nous en donne la raison : *Quum possit mater adultera esse et impubes maritum patrem habuisse*. L'adultère commis par la femme rend seulement la paternité douteuse ; car la femme a pu avoir aussi des relations avec son mari, et l'enfant peut être le fruit de ces relations. Aussi la loi exige-t-elle en outre la preuve des deux autres faits dont il nous reste à parler.

2° *Recel de la naissance de l'enfant.* La femme, qui cache à son mari sa grossesse et son accouchement, dresse par sa conduite un acte d'accusation contre elle-même. Pourquoi donc agirait-elle de la sorte, si elle pensait que son mari est le père de son enfant, ou même si elle croyait possible de le lui persuader ? — La loi veut qu'il y ait eu recèlement de la naissance, ce qui implique un recèlement de la grossesse. Mais le recèlement de la grossesse ne suffirait pas, si la naissance de l'enfant n'avait pas été cachée ; tout est de droit étroit en cette matière. La Cour de

Paris paraît donc s'être laissé guider plutôt par l'inspiration du sentiment que par des considérations juridiques, en admettant le désaveu dans un cas où la femme, après avoir dissimulé sa grossesse pendant sept mois, l'avait ensuite annoncée, « par bravade et défi » il est vrai, au moment où la discorde avait éclaté entre elle et son mari. La loi exige positivement que « la naissance de l'enfant ait été cachée ». Il importe peu d'ailleurs, du moment que cette condition se trouve remplie, que le mari ait ou non connu la naissance de l'enfant.

Quant à savoir quelles sont les circonstances d'où peut résulter le recèlement de la naissance, ce n'est plus là qu'une question de fait à résoudre par le juge dans les divers cas où il y aura contestation sur ce point. Un des faits les plus significatifs est l'inscription de l'enfant sur les registres de l'état civil comme appartenant à un père autre que le mari ou comme né de père et mère inconnus.

On est d'accord pour admettre que l'aveu exprès fait par la mère de la non-paternité du mari n'équivaudrait pas à l'aveu tacite résultant du recèlement de la naissance. Outre que le texte de la loi manque, il peut y avoir quelques bonnes raisons de se défier de cet aveu qui a peut-être été fait dans un moment de colère et de dépit. En tout cas il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit pas seulement de l'honneur de la mère, mais aussi de la légitimité de l'enfant que la mère ne doit pas pouvoir compromettre par une simple déclaration.

3° *Impossibilité morale de cohabitation*. C'est à la preuve de cette impossibilité que la loi fait allusion, lorsqu'elle dit « auquel cas le mari sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père ». Quels sont ces faits ? La loi ne le dit pas, et elle ne pouvait pas le dire, car ils varieront suivant les cas. On peut indiquer à titre d'exemples le grand âge du mari, son état valétudinaire, ses mésintelligence avec sa femme, sa résidence dans une habitation séparée et et enfin (ce serait le fait qui fournirait l'induction la plus puissante) la couleur de la peau de l'enfant au cas où la femme, étant convaincue d'adultère avec un homme de couleur, aurait mis au monde un mulâtre.

**679.** C'est au demandeur en désaveu, nous l'avons déjà dit, qu'incombe la preuve des différents faits dont l'existence est requise par la loi pour le succès de la demande en désaveu, savoir l'adultère de la mère, le recèlement de la naissance et l'impossibilité morale de cohabitation. *Probatio incumbit ei qui agit*. Il n'est pas nécessaire, quoique le contraire ait été soutenu, que l'adultère de la mère soit prouvé préalablement dans une instance distincte qui précéderait l'instance en désaveu, ni même que son existence soit constatée par un jugement préalable et distinct de celui qui admet le désaveu. La loi n'exige rien de semblable, et son vœu paraît rempli du moment que ce dernier jugement constate la preuve de l'adultère ainsi que des autres faits dont parle l'article 313. L'adultère pourrait donc être prouvé dans la même enquête que celle dans laquelle le mari établit les faits qui attestent sa non-paternité.

Mais la jurisprudence paraît être allée trop loin en décidant qu'il n'est pas nécessaire que l'adultère soit l'objet d'une preuve spéciale et distincte, d'une preuve directe, cet adultère se trouvant suffisamment établi par la preuve des faits qui démontrent la non-paternité du mari. A quoi bon, dit la jurisprudence, exiger que le

mari prouve *directement* l'adultère de sa femme? Quand il aura prouvé qu'il n'est pas le père de l'enfant, n'aura-t-il pas prouvé par cela même que la paternité appartient à un autre, et par suite que sa femme a commis un adultère? — Sans doute; mais, qu'on le remarque bien, les faits que le mari prouvera pour établir sa non-paternité ne fourniront jamais à cet égard qu'une induction. La loi parle de « faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père »; on n'a pas osé dire : *à prouver*. Or l'induction, résultant des faits que le mari propose à l'appui de sa non-paternité, n'est considérée par la loi comme ayant une puissance suffisante qu'autant qu'elle est corroborée par l'induction, très-puissante aussi, que fournissent l'adultère de la mère et le recel de la naissance de l'enfant. Donc le mari doit prouver ces faits, et il doit les prouver *directement*, l'adultère aussi bien que le recel de la naissance. Permettre au mari d'invoquer comme preuve de l'adultère les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant, ce serait en réalité le dispenser d'établir l'adultère. D'ailleurs le système, qui dispense le mari de prouver *directement* l'adultère de la femme, n'est pas moins contraire au texte de la loi qu'à son esprit. L'article 313 semble en effet considérer l'adultère de la mère comme la base fondamentale de l'action du mari, puisqu'il le présente comme la *cause* du désaveu. Or, dans le système qui vient d'être exposé, on tient l'adultère pour un élément tout à fait secondaire du débat. La doctrine en général se prononce en ce sens.

La preuve de l'adultère pourrait d'ailleurs être faite par tous les moyens possibles, même par présomptions. Ainsi le mari prouvera que sa femme a accepté des rendez-vous, qu'elle a fait de fréquentes absences...; de ces faits les magistrats pourront induire l'existence de l'adultère.

**680. Deuxième cas. — Impossibilité morale de cohabitation résultant de la séparation de corps.** D'après le Code civil, la séparation de corps laissait subsister dans toute son énergie la présomption *Pater is est...* Un mari séparé de corps était donc légalement présumé être le père des enfants que sa femme mettait au monde, et ne pouvait les désavouer que suivant le Droit commun, c'est-à-dire pour l'une des deux causes indiquées jusqu'ici, savoir : l'impossibilité physique de cohabitation pendant le temps légal de la conception, ou l'impossibilité morale accompagnée de la preuve de l'adultère de la mère et du recel de la naissance de l'enfant. Une femme séparée de corps pouvait ainsi, en ayant soin de ne pas dissimuler sa grossesse et son accouchement, c'est-à-dire en vivant publiquement dans l'inconduite, infliger à son mari la paternité d'enfant qui ne lui appartenait pas. C'était une sorte de prime accordée au cynisme de la femme ! Cet état de choses, déjà fort regrettable à l'époque où le divorce existait, le devint beaucoup plus encore, quand son abolition rendit les séparations de corps plus fréquentes. Il a cependant subsisté jusqu'en 1850. A cette époque, une loi due à l'initiative de Demante, la loi du 6 décembre 1850, est venue ajouter à l'article 313 un alinéa ainsi conçu : « *En cas de séparation de corps pro-* »  
 » *noncée, ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera* »  
 » *né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes* »  
 » *de l'article 878 du Code de procédure civile, et moins de cent quatre-* »  
 » *vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la récon-*

» *ciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux.* »

Ainsi, cette loi admet qu'il existe une impossibilité morale de cohabitation entre les époux à dater du jour où le président du tribunal a rendu, aux termes de l'article 878 Pr., l'ordonnance autorisant la femme à résider séparément de son mari. Cette impossibilité morale continue d'exister, aux yeux du législateur, jusqu'au jour du rejet définitif de la demande ou jusqu'à celui de la réconciliation; elle subsiste donc indéfiniment, si la séparation est prononcée et que les époux ne se réconcilient pas. Cela posé, tout enfant conçu dans les conditions déterminées par notre texte peut être désavoué par le mari, et son désaveu est *péremptoire* en ce sens qu'il n'a pas à justifier de sa non-paternité; il lui suffit d'établir que la conception de l'enfant se place nécessairement pendant la période où existait l'impossibilité morale de cohabitation, ce qui se réduit à une question de date. Demante qui a proposé la loi ne demandait pas autant; il voulait seulement que le mari fût dispensé de prouver l'adultère de sa femme, mais pour le surplus l'action en désaveu devait rester soumise au Droit commun. La commission chargée d'examiner le projet de loi l'a modifié ou pour mieux dire transformé en accordant au mari un droit péremptoire de désaveu. Cela résulte formellement des explications qui ont accompagné la présentation de la loi.

Une seule fin de non-recevoir peut être opposée à la demande en désaveu du mari : c'est celle résultant d'une réunion de fait entre les époux. Conformément aux principes du Droit commun, ce serait au défendeur à l'action en désaveu de prouver cette réunion de fait. En ce sens, Cass., 19 août 1872, Sir., 73. I. 75.

**681. TROISIÈME CAUSE DE DÉSAVEU. Naissance précoce de l'enfant.** — La durée *minimum* de la gestation étant de 179 jours pleins (arg., art. 312), il en résulte que la conception de l'enfant qui naît avant le 180<sup>e</sup> jour du mariage remonte à une époque antérieure à sa célébration. C'est au mari de juger s'il en est le père; seul il peut le savoir, et la loi s'en rapporte à lui sur ce point. S'il se considère comme n'étant pas le père de l'enfant, il le désavouera (arg., art. 314), et l'enfant sera regardé comme illégitime. Remarquez que le désaveu est ici *péremptoire* : le mari n'a aucune preuve à fournir de sa non-paternité. S'il se considère comme étant l'auteur de l'enfant, il gardera le silence, et l'enfant jouira en paix du bénéfice de la légitimité.

On voit que l'enfant qui vient au monde avant le 180<sup>e</sup> jour du mariage naît légitime. Cela est certain; car c'est par l'action en désaveu que le mari doit procéder contre lui quand il veut le rejeter du sein de la famille. Or l'action en désaveu, qui a pour but de faire tomber l'autorité de la présomption *Pater is est...*, suppose nécessairement un enfant

né sous le bénéfice de cette présomption, par conséquent un enfant qui est en possession de l'état d'enfant légitime, puisque la présomption *Pater is est...* est le fondement de la légitimité.

**682.** Mais comment la loi a-t-elle pu considérer l'enfant dont il s'agit comme légitime, puisqu'il a été conçu en dehors du mariage? Ce ne peut être évidemment qu'en vertu d'une fiction; car la vraie légitimité n'appartient qu'à l'enfant né *du* mariage, c'est-à-dire à l'enfant conçu pendant le mariage, et non à l'enfant né *en* mariage et conçu en dehors. Reste à savoir quelle est cette fiction, et ce point est l'objet d'une grave difficulté. Voici à cet égard les diverses opinions qui se sont fait jour.

I. D'après la majorité des auteurs, cette fiction ne serait autre que celle de la légitimation (art. 334 et s.). En d'autres termes, l'enfant dont il s'agit est illégitime par son origine; s'il était né avant le mariage de ses parents, ceux-ci auraient pu le légitimer par leur mariage subséquent (art. 334); la mère s'étant mariée pendant sa grossesse avec un homme que la loi suppose être le père de l'enfant, celui-ci se trouve immédiatement légitimé dans le sein de sa mère, et il naît ainsi en possession de la légitimité, sauf le droit qui appartient au mari de le désavouer.

Cette doctrine conduit aux conséquences suivantes :

1<sup>o</sup> L'enfant qui naît avant le 180<sup>e</sup> jour du mariage naîtra illégitime, si pendant toute la durée de la période où peut se placer sa conception le mari de sa mère était engagé dans les liens d'un autre mariage non dissous. Exemple : un homme veuf depuis quatre mois se remarie; un mois après, sa nouvelle femme accouche. L'enfant naîtra illégitime; car on ne pourrait le supposer conçu des œuvres du mari de sa mère sans lui donner une origine adultérine, et d'après l'article 334 les enfants issus *d'un commerce adultérin* ne peuvent pas être légitimés.

2<sup>o</sup> L'enfant qui naît avant le 180<sup>e</sup> jour du mariage naîtra illégitime, si le mari de sa mère n'a pu l'épouser qu'en vertu de dispenses, à raison du lien de parenté ou d'alliance qui l'unissait à celle-ci. Exemple : un oncle épouse sa nièce après avoir obtenu une dispense du chef de l'Etat; un enfant naît avant le 180<sup>e</sup> jour du mariage. Il naîtra illégitime; en effet sa conception remontant à une époque antérieure au mariage, on ne peut l'attribuer au mari de la mère sans donner à l'enfant une origine incestueuse, et d'après l'article 334 les enfants issus *d'un commerce incestueux* ne peuvent pas être légitimés.

\* 3<sup>o</sup> L'enfant qui naît avant le 180<sup>e</sup> jour du mariage naissant illégitime quand sa conception, en supposant qu'elle soit l'œuvre du mari, est entachée d'adultère ou d'inceste, il en résulte que la légitimité de l'enfant né dans ces conditions pourra être contestée par tous les intéressés, et non pas seulement par le mari, et que leur action ne sera pas soumise aux exceptions et prescriptions particulières à l'action en désaveu.

\* La Cour de cassation, qui admet ce système, en accepte la première conséquence, mais elle rejette la deuxième. Cette particularité tient à ce que la Cour suprême, ainsi qu'on le verra plus loin, considère les enfants nés d'un commerce incestueux comme pouvant être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère contracté en vertu de dispenses. Certains auteurs, qui ne partagent pas sur ce dernier point l'avis de la Cour de cassation, arrivent cependant par un autre chemin au même résultat; mais il leur est difficile d'échapper au reproche de contradiction.

II. Une autre opinion, qui prend tout à fait le contre-pied de la précédente, raisonne de la manière suivante. Il est incontestable que l'enfant né avant le 180<sup>e</sup> jour du mariage est illégitime par sa conception; il est non moins incontestable qu'il

naît légitime; il est certain enfin qu'il ne naît légitime qu'en vertu d'une fiction. Mais cette fiction n'est pas celle de la légitimation : c'est une fiction particulière qui n'a pas de nom spécial, une fiction *innommée*, qui a pour résultat de reporter la conception de l'enfant au jour de la célébration du mariage. L'enfant dont il s'agit naîtrait donc véritablement légitime, et non légitimé. De là toute une série de conséquences contraires à celles qui résultent de l'opinion précédente. Notamment l'enfant né avant le 480<sup>e</sup> jour du mariage naîtrait légitime, alors même qu'en se reportant à l'époque de la conception on trouverait que le commerce de sa mère avec l'homme qu'elle a plus tard épousé était entaché d'adultère ou d'inceste. La jurisprudence la plus récente des Cours d'appel paraît se dessiner en ce sens (Poitiers, 19 juillet 1875, Sir., 76. 2. 464).

Cette opinion se fonde sur les raisons suivantes : 1<sup>o</sup> D'après l'article 334 la légitimation n'est applicable qu'aux enfants nés *hors mariage*. Il n'en faut donc pas parler pour les enfants nés *en mariage*. — 2<sup>o</sup> N'est-ce pas d'ailleurs ce qui résulte de la rubrique de notre chapitre : *De la filiation des enfants légitimes ou nés pendant le mariage*. *Ou* est ici synonyme de *c'est-à-dire*, et par conséquent cette rubrique donne à entendre que la légitimité est attachée par la loi au fait de la naissance pendant le mariage. — 3<sup>o</sup> Les travaux préparatoires confirment pleinement cette solution. On cite notamment ces paroles de Régnaud de Saint-Jean d'Angély : « C'est la naissance de l'enfant qui fait son titre. L'enfant conçu pendant le mariage et né après est légitimé si le père ne réclame pas. » — 4<sup>o</sup> Enfin on invoque des considérations morales; mais elles seraient plus qu'équilibrées par des considérations du même ordre qu'invoque l'opinion contraire.

\* A l'argument tiré de l'article 334 on peut répondre que ce texte nous présente la légitimation comme s'appliquant à des enfants déjà nés, parce que, ici comme partout, *lex statuit de eo quod plerumque fit*. D'ailleurs supposer n'est pas disposer. Enfin en raison l'idée de la légitimation s'applique aux enfants conçus tout aussi bien qu'aux enfants déjà nés. En ce qui concerne l'argument tiré du chapitre I<sup>er</sup>, non-seulement nous le repoussons, mais nous le revendiquons pour l'opinion adverse. Si la rubrique signifie ce qu'on lui fait dire, si elle est l'équivalent de ceci : *Des enfants légitimes, c'est-à-dire nés pendant le mariage*, elle est incomplète; car elle omet toute une classe d'enfants légitimes, ceux qui sont conçus pendant le mariage et qui naissent après sa dissolution. Nous prétendons que la rubrique signifie : *De la filiation des enfants légitimes ou des enfants nés pendant le mariage*; — DES ENFANTS LÉGITIMES, ce qui comprend tous les enfants conçus pendant le mariage, quelle que soit d'ailleurs l'époque de leur naissance; — DES ENFANTS NÉS PENDANT LE MARIAGE, ce qui fait allusion aux enfants conçus avant le mariage et nés pendant, que la loi *assimile* seulement à des enfants légitimes, sans pour cela les dire tels. Ainsi entendue (et ce sens est plus rationnel et plus naturel tout à la fois que celui que tous les auteurs lui donnent), la rubrique fournit un argument très-puissant à la première opinion, puisque la loi distinguerait les enfants légitimes proprement dits et ceux qui leur sont assimilés. Voici en outre à l'appui de cette opinion une considération qui nous paraît décisive. Soit une femme veuve qui se remarie quatre mois après la dissolution de son premier mariage, violant ainsi la prohibition de l'article 228; un mois après elle devient mère. La conception de l'enfant remonte évidemment à une époque antérieure à la dissolution du premier mariage, et par conséquent l'enfant appartient au premier mari. Nul ne songerait sans doute à appliquer ici l'article 344, et à décider que le deuxième mari sera considéré comme père de l'enfant s'il ne le désavoue pas; on ne permettrait même pas au deuxième mari de revendiquer la paternité de ce second enfant. Pourquoi cela? Nous n'en voyons pas d'autre raison que celle-ci : c'est qu'en supposant cet enfant issu des œuvres du deuxième mari, ce qui

cependant est possible, on arrive à lui donner une origine adultérine, et il devient ainsi impossible que cet enfant ait été légitimé dans le sein de sa mère par son mariage avec le père, impossible par suite qu'il naisse légitime (arg., art. 334). Eh bien ! si l'article 344 ne peut pas s'appliquer lorsque son application conduirait à donner à l'enfant une origine adultérine par rapport à sa mère, quelle raison y aurait-il de l'appliquer quand il conduirait à lui donner une origine adultérine par rapport au père ? *Nulla ratio diversitatis*.

\* 683. Quelle que soit d'ailleurs la solution qu'on adopte sur la question qui précède, on doit décider que l'enfant conçu avant le mariage et né pendant ne pourrait pas en invoquant la maxime : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, se prévaloir de sa légitimité pour recueillir une succession ouverte avant la célébration du mariage de ses parents, par exemple la succession d'un de ses frères utérins mort peut-être la veille du mariage. En effet jusqu'à la célébration du mariage l'enfant a été naturel ; et, pour que sa légitimité pût rétroagir au jour de sa naissance, il faudrait dans la loi une disposition expresse qui n'existe pas.

**684. Fins de non-recevoir contre l'action en désaveu pour cause de naissance précoce de l'enfant.** — L'article 344 nous en indique trois : « *L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer ; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable.* »

Etudions ces trois fins de non-recevoir :

1° *Si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage.* — Il y a alors de la part du mari un aveu tacite de paternité. On n'épouse pas une femme enceinte, quand on a la conviction qu'on n'est pas le père de son enfant ; si on a assez peu d'honneur pour le faire, la loi ne permet pas qu'on vienne le dire à la justice. *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

2° « *Si le mari a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer* ». — Ici encore la loi voit dans la conduite du mari un aveu tacite de sa paternité. Il importe peu d'ailleurs qu'il ait participé à l'acte de naissance en qualité de déclarant ou en qualité de témoin. Mais il faut, bien entendu, que l'acte de naissance ne contienne aucune protestation ni réserve en ce qui concerne l'exercice de l'action en désaveu. Le mari a pu se croire obligé de déclarer la naissance de l'enfant pour obéir à la prescription de l'article 56 ; et s'il prend soin d'expliquer que c'est là le motif qui l'a fait agir et qu'il entend se réserver le droit de désavouer l'enfant, on ne peut certes pas voir dans sa conduite une renonciation à l'action en désaveu.

La renonciation tacite du mari à l'action en désaveu pourrait-elle s'induire d'autres circonstances que de celles qui viennent d'être relatées et qui sont indiquées par l'article 344, 1° et 2° ? L'affirmative est généralement admise, l'article 344 n'étant pas conçu dans des termes limitatifs ou restrictifs. Ainsi le mari, n'ayant pu assister

à l'acte de naissance de l'enfant, écrit une lettre de félicitations à sa femme ou assiste à la fête du baptême de l'enfant. Les juges *pourront* considérer ces faits comme emportant renonciation tacite du mari à l'action en désaveu.

Si l'on admet cette solution, on doit décider aussi que la renonciation expresse du mari le rendrait non recevable à agir en désaveu.

3° « *Si l'enfant n'est pas déclaré viable* ». La viabilité, c'est l'aptitude à vivre, *vita habilitas* : question de fait à résoudre en cas de difficulté par les juges qui s'aideront au besoin des secours de la science.

Pourquoi le mari ne peut-il pas désavouer l'enfant qui n'est pas né viable ? Il y en a deux raisons. D'abord la non-viabilité de l'enfant provient souvent de sa naissance avant terme, et alors l'induction, que l'on voudrait tirer de la date de sa naissance pour soutenir que sa conception remonte à une époque antérieure au mariage, perd toute sa force. En second lieu, l'enfant qui naît non viable, de même que celui qui est mort-né, est considéré comme n'ayant jamais été *in rerum natura* ; aucun droit n'a pu se fixer sur sa tête, notamment un droit de succession (art. 725) ; la naissance d'un pareil enfant ne peut donc nuire à personne, et le mari par suite n'a pas d'intérêt à le désavouer. L'action en désaveu ne pourrait avoir pour but comme pour résultat que de déshonorer la mère, et le législateur ne devait pas l'admettre.

Cette deuxième raison, qui existe dans tous les cas où l'enfant est né non viable, a une telle puissance qu'elle doit conduire à considérer la non-viabilité de l'enfant comme constituant une fin de non-recevoir, non-seulement contre l'action en désaveu formée pour cause de naissance précoce conformément à l'article 314 3°, mais aussi contre toute autre action en désaveu. On étend ainsi, il est vrai, en dehors de ses termes une disposition exceptionnelle de sa nature ; mais il y a des exceptions qui s'étendent : ce sont celles qui ne sont que l'application d'un principe de Droit commun. Telle est la fin de non-recevoir qui nous occupe ; elle est fondée sur cette règle de Droit commun : pas d'action sans intérêt.

#### B. Des personnes auxquelles appartient l'action en désaveu.

**685.** La loi les détermine limitativement ; ce sont le mari et dans certains cas ses héritiers.

Tant que le mari est vivant, l'action en désaveu n'appartient qu'à lui. Non seulement elle n'appartient qu'à lui, mais elle doit, à raison de l'élément moral qui y domine, être considérée quant à son exercice comme exclusivement attachée à sa personne. Elle ne pourrait donc pas être exercée de son chef par ses créanciers (arg., art. 4166 *in fine*).

Il est même fort douteux que l'action en désaveu puisse, au cas où le mari serait interdit, être exercée par son tuteur. Il est vrai que le tuteur de l'interdit, comme le tuteur du mineur, le représente dans tous les actes civils (art. 450 et 509 *cbn.*). Mais, s'il est incontestable que le tuteur peut en vertu de ce principe exercer au nom de l'interdit les actions qui ont un caractère pécuniaire, il n'est rien moins que démontré qu'il ait les mêmes pouvoirs relativement aux actions qui ont un caractère moral, et telle est l'action en désaveu : l'interdiction en effet n'a pour but que la protection des intérêts pécuniaires de l'aliéné.

**686.** Après le décès du mari l'action en désaveu passe à ses héritiers,

s'il est mort maître de son action, c'est-à-dire étant encore dans le délai utile pour l'intenter et sans y avoir renoncé. A plus forte raison les héritiers du mari pourraient continuer l'action en désaveu intentée par le mari, si celui-ci était mort *pendente lite*.

En passant aux héritiers l'action en désaveu se transforme. Dans les mains du mari elle constituait un droit moral; des intérêts pécuniaires, il est vrai, pouvaient s'y trouver mêlés aux intérêts moraux, mais ceux-ci dominaient et absorbaient les premiers. Entre les mains des héritiers du mari au contraire, l'action en désaveu devient un droit exclusivement pécuniaire; on n'en peut douter en lisant l'article 317, qui nous représente les héritiers du mari comme exerçant l'action en désaveu pour sauvegarder un intérêt pécuniaire menacé par la prétention de l'enfant qui se dit légitime.

De ce principe que l'action en désaveu passe aux héritiers du mari à titre de droit *pécuniaire* faisant partie de sa succession, résultent les conséquences suivantes :

1<sup>o</sup> Les créanciers des héritiers du mari pourront, le cas échéant, exercer du chef de ceux-ci l'action en désaveu (arg., art. 1166).

2<sup>o</sup> L'action en désaveu passe à tous ceux qui succèdent au mari *in universum jus*, à tous ses successeurs universels. Par suite elle appartient :

a). *A ses héritiers légitimes*, c'est-à-dire à ceux qui sont appelés à sa succession en qualité de parents légitimes. La règle ne souffre même pas d'exception en ce qui regarde les enfants issus du mariage. Leur qualité de fils de la femme dont l'honneur sera compromis par l'action en désaveu, et de frères, au moins utérins, de l'enfant qu'il s'agit de désavouer pourra dans bien des cas élever en ce qui les concerne un obstacle moral, mais non légal, à l'action en désaveu; car, la loi ne distinguant pas, sa disposition comprend nécessairement tous les héritiers du mari.

b). Aux successeurs irréguliers du mari, tels que ses enfants naturels.

c). Aux donataires ou légataires universels ou à titre universel du mari. Ils sont ordinairement compris sous la dénomination d'héritiers, et l'intention du législateur de les y comprendre dans le cas qui nous occupe découle à n'en pas douter des travaux préparatoires.

D'ailleurs les héritiers ou autres successeurs universels du mari peuvent exercer l'action en désaveu pour les mêmes causes que lui; car c'est son action qui leur est transmise, par conséquent l'action telle qu'elle lui appartenait, avec ses mêmes caractères. Les héritiers du mari pourraient donc intenter l'action en désaveu même pour la cause prévue par l'article 343, al. 4, bien que cette action nécessite ici la preuve de l'adultère de la mère. On a inutilement objecté contre cette solution qu'aux termes de l'article 336 P. l'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari. Cette disposition signifie seulement que la dénonciation du mari est nécessaire, pour que l'adultère de la femme puisse être l'objet d'une répression pénale. D'ailleurs à ce compte les héritiers du mari ne pourraient presque en aucun cas exercer l'action en désaveu, puisque cette action, sauf dans l'hypothèse de l'article 344, al. 4, implique toujours un adultère de la femme.

**687.** Telles sont les seules personnes qui peuvent intenter l'action en désaveu : le mari et après lui ses héritiers quand il est mort maître de son action. Les dispositions de la loi sont limitatives sur ce point comme en ce qui concerne la détermination des causes de désaveu.

L'action en désaveu n'appartiendrait donc pas :

1<sup>o</sup> Aux parents du mari qui ne sont point ses héritiers, soit parce qu'ils ont renoncé à sa succession (arg., art. 785), soit parce qu'ils sont précédés par des parents plus proches qui les excluent de la succession, soit parce qu'ils sont exclus par la volonté du défunt : tel serait le cas d'un frère du mari appelé par la loi à la succession à défaut de l'enfant dont la légitimité est douteuse, et qui serait écarté de la succession par l'institution d'un légataire universel (Cass., 3 mars 1874, Sir., 74. 1. 201).

2<sup>o</sup> Aux légataires à titre particulier du mari. — Ils ne succèdent pas *in universum jus*, et ne se trouvent pas compris par suite sous la dénomination d'héritiers.

3<sup>o</sup> A la mère. — Comment écouter en justice celle qui, ne respectant ni sa qualité d'épouse ni sa qualité de mère, viendrait proclamer son crime et demander qu'on en fit subir les conséquences à son enfant en le déclarant adultérin ? La mère est dans son rôle en combattant les prétentions de ceux qui intentent l'action en désaveu, et en cherchant ainsi à laver son honneur compromis par cette action ; elle n'y peut jamais être en la mettant en mouvement.

4<sup>o</sup> Aux héritiers de la mère.

\* 5<sup>o</sup> A un donataire du mari qui voudrait, en intentant l'action en désaveu, échapper à la révocation de plein droit qu'a entraînée la survenance d'un enfant au donateur (arg., art. 960).

### C. Du délai dans lequel doit être intentée l'action en désaveu.

**688.** La loi fixe un délai dans lequel l'action en désaveu doit être exercée sous peine de déchéance. Ce délai devait être très-bref pour que l'état de l'enfant ne fût pas tenu trop longtemps en suspens. Sa durée varie suivant que l'action est exercée par le mari ou par ses héritiers après sa mort.

**689. a).** L'action est exercée par le mari : « Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant ; — Dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent ; — Dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant » (art. 316).

C'est une question de fait, à résoudre en cas de contestation par les juges, que celle de savoir dans quels cas le mari sera assez éloigné du lieu de la naissance de l'enfant pour qu'il puisse être regardé comme *absent* dans le sens de notre article, et dans quels cas il s'en sera assez rapproché pour qu'il puisse être dit *de retour*.

La loi donne au mari un délai plus long au cas d'absence ou au cas de recel de la naissance, parce que dans ces deux hypothèses il sera pris au dépourvu le jour où il apprendra la naissance de l'enfant, et aura besoin d'un certain temps pour réunir ses preuves. Au contraire, quand le mari est sur les lieux au moment de la naissance de l'enfant et que cette naissance ne lui est pas d'ailleurs cachée, la loi suppose que non-seulement il connaîtra immédiatement la naissance, mais qu'il a eu auparavant connaissance de la grossesse et qu'il a pu réunir ses preuves.

L'idée qui ressort de l'article 316, en ce qui concerne le point de départ du délai accordé pour l'exercice de l'action en désaveu, c'est que ce délai court à compter du jour où le mari a connu ou dû connaître l'événement qui donne ouverture à cette action, c'est-à-dire la naissance de l'enfant. Jusque-là le mari ne peut pas songer à exercer son action, et il ne peut être question de faire courir le délai à l'expiration duquel il sera considéré comme ayant tacitement renoncé au droit de l'intenter et par suite comme forclos. Cela posé, le législateur fait courir immédiatement le délai d'un mois contre le mari *présent sur les lieux*, parce qu'il suppose que, faisant ménage commun avec sa femme, il sera immédiatement avisé de la naissance de l'enfant. Mais cette supposition n'a plus de raison d'être au cas de séparation de corps. Aussi la jurisprudence décide-t-elle avec raison, se conformant sur ce point à l'esprit de la loi plus encore qu'à son texte, qu'au cas de séparation de corps le délai pour intenter l'action en désaveu conférée au mari par l'al. 2 de l'art. 313 (addition de la loi du 6 décembre 1850) ne court qu'à compter du jour où le mari a connu la naissance de l'enfant, alors même qu'elle ne lui aurait pas été cachée. En cas de séparation de corps en effet, le mari *présent sur les lieux* peut parfaitement ignorer, surtout dans une grande ville, l'accouchement de sa femme, alors même que celle-ci n'aurait rien fait pour le lui cacher; et si le délai, très-bref d'ailleurs, de l'action en désaveu commençait à courir immédiatement, il pourrait arriver que le mari fût forclos avant même d'avoir su qu'il y avait lieu pour lui d'exercer l'action en désaveu.

**690. b).** L'action en désaveu est exercée par les héritiers du mari. « Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession » (art. 317).

« Pour contester la légitimité de l'enfant ». Pourquoi la loi n'a-t-elle pas dit : *pour exercer l'action en désaveu*? Peut-être, disent MM. Aubry et Rau, la loi a-t-elle évité l'emploi du mot *désaveu*, « parce que les héritiers du mari ne peuvent précisément avouer ou désavouer un fait de paternité qui leur est complètement étranger ».

Le délai accordé aux héritiers du mari pour intenter l'action en désaveu est de deux mois dans tous les cas. La loi accorde un délai plus court (un mois) au mari, quand il est présent sur les lieux et que la naissance ne lui a pas été cachée, parce qu'ayant eu vraisemblablement connaissance de la grossesse de sa femme, il aura pu réunir ses preuves à l'avance.

Le délai de deux mois court, d'après notre article, à compter de l'époque où l'enfant se serait mis en possession des biens du mari ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par lui dans cette possession. Ce texte prouve, ainsi que nous l'avons déjà remarqué plus haut par anticipation, que l'action en désaveu a, entre les mains des héritiers du mari, un caractère pécuniaire. En effet, en faisant courir le délai de l'action en désaveu du jour où l'enfant dispute aux héritiers du mari toute ou partie des biens de celui-ci, la loi nous donne très-clairement à entendre qu'elle considère les héritiers comme ne pouvant songer à agir en

désaveu que du jour où ils verront leurs intérêts pécuniaires menacés par les prétentions de l'enfant, et que par suite elle ne leur accorde l'action en désaveu qu'en tant qu'elle peut servir pour eux de point d'appui à un intérêt pécuniaire.

De là il semble bien résulter que les héritiers du mari ne pourraient pas prendre les devants, et intenter l'action en désaveu tant que l'enfant ne manifeste aucune prétention à la succession du mari. Jusque là en effet ils n'ont pas d'intérêt pécuniaire à désavouer l'enfant, du moins ils n'ont qu'un intérêt futur et éventuel ; et il est de principe que, lorsque une action ne peut être intentée que sur le fondement d'un intérêt pécuniaire, cet intérêt doit être né et actuel. Malgré ces raisons, la jurisprudence et la grande majorité des auteurs décident que les héritiers du mari peuvent prendre l'offensive et intenter l'action en désaveu contre l'enfant qui garde le silence, tout au moins lorsqu'il possède le titre d'enfant légitime, ayant un acte de naissance et une possession d'état conforme. Il ne faut pas, dit-on, les obliger à rester sous la menace perpétuelle d'une réclamation de l'enfant, qui attend peut-être pour manifester ses prétentions que les preuves dont pourraient user les héritiers du mari aient dé péri.

\* Le délai de deux mois, accordé aux héritiers du mari pour intenter l'action en désaveu, ne constitue pas une prescription, mais bien un délai préfix à l'expiration duquel il y a déchéance du droit d'agir. Ce délai courrait donc contre les héritiers même mineurs, tandis que, s'il s'agissait d'une prescription, elle serait suspendue pendant toute la durée de leur minorité (art. 2252).

**691.** L'article 318 fournit soit au mari soit à ses héritiers un moyen d'allonger d'un mois le délai de l'action en désaveu. « *Tout acte extra-judiciaire contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers sera comme non venu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice, dirigée contre un tuteur ad hoc donné à l'enfant, et en présence de sa mère.* »

Ainsi, en désavouant l'enfant par acte extrajudiciaire pendant le délai accordé pour exercer l'action, fût-ce le dernier jour, le mari ou ses héritiers peuvent utilement intenter l'action en désaveu dans le délai d'un mois à dater de l'acte.

**692.** C'est l'enfant désavoué qui est défendeur à l'action en désaveu ; s'il est majeur, il soutiendra lui-même la lutte. Presque toujours il sera mineur et même en très-bas âge : c'est ce que suppose la loi qui, ici comme partout, *statuit de eo quod plerumque fit*, et c'est pourquoi elle ordonne la nomination à l'enfant d'un tuteur *ad hoc* qui le représentera. Ce tuteur doit être nommé même quand l'enfant est déjà pourvu d'un tuteur général.

Par qui sera nommé ce tuteur *ad hoc*? Une jurisprudence constante, qui vient de s'enrichir d'un arrêt tout récent de la Cour de cassation (Cass., 24 nov. 1880, Sir., 81. 1. 68), décide que cette nomination doit être faite par un conseil de famille composé suivant les règles écrites dans les articles 406 et s. En effet, dit la Cour, dans le silence de la loi on ne peut que se référer aux règles du Droit commun, qui font rentrer la nomination des tuteurs dans les attributions des conseils de famille (art. 405). L'arrêt précité décide même que la nomination *par le conseil de famille* est requise à

peine de nullité de la procédure. — Cette solution est vivement combattue par quelques auteurs, qui pensent que la nomination du tuteur *ad hoc* doit être faite par le tribunal. La principale raison qu'ils en donnent est que le conseil de famille formé suivant les règles du Droit commun sera composé d'adversaires de l'enfant; car tous ses parents soit paternels soit maternels sont intéressés, pécuniairement au moins, au succès de l'action en désaveu qui, si elle réussit, exclura l'enfant de la succession paternelle, et ne lui permettra plus de réclamer dans la succession maternelle que les droits accordés par la loi soit à un enfant naturel simple soit à un enfant adultérin. Charger de la nomination du tuteur *ad hoc* un conseil de famille, c'est donc confier aux adversaires de l'enfant le soin de lui choisir un protecteur. Cpr. *supra*, n° 426.

**693.** Notre article dit que l'action en désaveu sera dirigée « contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, *et en présence de sa mère* ». La mère doit être entendue, parce que son honneur est en jeu ; elle figure donc à l'instance pour son propre compte, et c'est peut-être pour ce motif que la loi n'a pas voulu lui confier le soin d'y figurer en même temps pour le compte de son enfant.

**694.** On est d'ailleurs d'accord pour admettre que l'action en désaveu ne pourrait pas être intentée avant la naissance de l'enfant. Tant que l'enfant n'est pas né, il ne constitue pas encore une personne, et ne peut par suite être désavoué. La loi considère bien quelquefois l'enfant simplement conçu comme étant déjà né, mais seulement lorsqu'il s'agit de ses intérêts, *Infans conceptus pro nato habetur QUOTIES DE COMMODIS EJUS AGITUR*. Enfin l'enfant peut ne pas naître viable, auquel cas l'action intentée prématurément se trouverait avoir causé un scandale inutile.

#### D. Effets du désaveu.

**695.** Quand le demandeur en désaveu triomphe, l'enfant est rejeté hors du sein de la famille. En effet sa filiation se trouve établie vis-à-vis de sa mère sans l'être vis-à-vis du mari de celle-ci, c'est-à-dire qu'il est considéré comme adultérin. Cependant, quand l'enfant a été désavoué pour cause de naissance précoce (art. 314), il est seulement regardé comme enfant naturel simple.

\* Quand l'action en désaveu a été intentée par le mari, la décision judiciaire intervenue sur sa demande fait loi, quelle qu'elle soit, *erga omnes*. Tous peuvent l'invoquer, et on peut l'invoquer contre tous. La raison en est que, nul autre que le mari n'ayant le droit d'intenter l'action en désaveu; personne ne peut plus débattre judiciairement ce qui a été définitivement jugé avec lui : seul il avait le droit d'agir au nom de tous ; ce qui est jugé pour lui est jugé pour tous les autres intéressés. Il en est de même de la décision judiciaire, qui aurait été rendue contradictoirement avec tous les héritiers du mari. En dehors de ces cas, il y aurait lieu d'appliquer les règles du Droit commun sur l'autorité de la chose jugée. Si donc quelques-uns des héritiers du mari ont figuré dans l'instance en désaveu, quelle que soit la décision judiciaire obtenue, eux seuls pourront s'en prévaloir, et elle ne sera opposable qu'à eux conformément à la règle *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest* (arg., art. 1351).

### III. De l'action en contestation de légitimité.

**696.** L'action en désaveu dont nous venons de nous occuper a pour but de faire tomber la présomption *Pater is est...*, et s'applique par conséquent à un enfant qui peut l'invoquer. L'action en contestation de légitimité au contraire est dirigée contre un enfant qui n'est pas né sous la protection de la règle *Pater is est...* C'est celle par laquelle on soutient qu'un enfant n'est pas légitime parce que sa naissance ou sa conception se placent en dehors du mariage, ou parce que sa mère n'était pas mariée. L'action en contestation de légitimité suppose d'ailleurs, comme l'action en désaveu, la filiation de l'enfant établie par rapport à sa mère.

L'action en désaveu et celle en contestation de légitimité sont des actions *en contestation d'état lato sensu*. Toutefois cette dernière expression est plus spécialement employée pour désigner l'action par laquelle on conteste la filiation maternelle de l'enfant, c'est-à-dire soit l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère, soit son identité avec l'enfant dont elle est accouchée.

**697.** C'est de l'action en contestation de légitimité que s'occupe l'article 315 ainsi conçu : « *La légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée.* »

La durée la plus longue de la gestation étant d'après la présomption de la loi de trois cents jours (art. 312), il en résulte nécessairement que l'enfant, qui naît avant le trois centième jour depuis la dissolution du mariage, a été conçu en dehors du mariage. Il semble alors qu'il aurait dû être déclaré de plein droit illégitime. Telle était en effet l'idée du Tribunat, qui proposait de substituer à l'article 315 un texte ainsi conçu : « La loi ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né 301 jours après la dissolution du mariage ». Mais cette proposition ne fut pas admise par le Conseil d'État. Pourquoi déclarer de plein droit l'enfant illégitime, quand sa légitimité ne fait ombre à personne, nul ne la contestant ? « Tout intérêt particulier, dit le tribun Duveyrier, ne peut être combattu que par un intérêt contraire... ; si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre ».

La légitimité d'un enfant né après le 300<sup>e</sup> jour depuis la dissolution du mariage est contestée par ses adversaires. L'enfant devra-t-il être nécessairement déclaré illégitime, ou bien le juge pourrait-il, si des circonstances extraordinaires paraissent expliquer la tardiveté de sa naissance, le considérer comme conçu avant la dissolution du mariage, et par suite le déclarer légitime ? La doctrine adopte en général le premier sentiment. Quand l'article 315 dit que la légitimité de l'enfant dont il s'agit *pourra être contestée*, le mot *contestée* est synonyme de *déniée*, et le mot *pourra* indique une faculté pour les adversaires de l'enfant de dénier sa légitimité, mais non une faculté pour le juge de faire droit à leur prétention ou de la repousser. On rencontre des expressions analogues dans les articles 342 et 343 : « Le mari... *pourra* désavouer l'enfant... », et de l'avis à peu près unanime des auteurs le mot *pourra* indique ici une faculté pour le mari d'intenter l'action en désaveu, mais non

une faculté pour le juge de la rejeter sous prétexte que la conception de l'enfant pourrait remonter à une époque antérieure au 300<sup>e</sup> jour avant sa naissance. D'ailleurs il résulte de la discussion au conseil d'Etat et des discours des orateurs du Gouvernement et du Tribunal que le législateur, en déterminant les limites extrêmes de la gestation, s'est principalement proposé de supprimer en cette matière l'arbitraire du juge qui a donné lieu dans notre ancien Droit à tant de décisions scandaleuses. Or on le fait renaître avec tous ses inconvénients, si on admet que le juge n'est pas obligé, sur la demande des intéressés, de déclarer illégitime l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage, car alors où sera la limite? — La jurisprudence est incertaine; elle offre peu de monuments sur la question.

Il résulte par argument *a contrario* de l'article 315 que la légitimité de l'enfant, né le trois centième jour au plus tard après la dissolution du mariage, ne peut pas être utilement contestée pour cause de tardiveté de sa naissance. Et toutefois il faut excepter le cas où une veuve, étant accouchée d'un premier enfant peu de temps après la mort de son mari, en mettrait un autre au monde dans les trois cents jours de la dissolution du mariage. Il est bien évident que ce dernier enfant ne peut pas appartenir au mari décédé, et la présomption qui pourrait le lui attribuer doit être rejetée comme conduisant à une énormité.

**698.** A qui appartient l'action en contestation de légitimité? La loi garde le silence sur ce point. C'est donc le Droit commun qui doit être appliqué. Or il conduit à décider que l'action appartient à toute personne intéressée, c'est-à-dire à toute personne ayant un intérêt pécuniaire *né* et *actuel* à contester la légitimité de l'enfant.

Les principaux intéressés sont :

1<sup>o</sup> Les héritiers du mari qui, appelés à recueillir sa succession au défaut de l'enfant, ont intérêt à contester sa légitimité pour l'écarter.

2<sup>o</sup> Les héritiers de la mère; car s'ils font déclarer l'enfant illégitime, celui-ci ne pourra plus réclamer dans la succession maternelle que les droits d'un enfant naturel, droits qui sont beaucoup moins étendus que ceux d'un enfant légitime (art. 757 et s.).

3<sup>o</sup> La mère elle-même; si elle avait un intérêt pécuniaire né et actuel, ce qui arriverait notamment dans l'espèce suivante : un mari meurt sans enfants, laissant un testament par lequel il institue sa femme légataire universelle; plus de trois cents jours après son décès sa veuve devient mère; un jour son enfant se prétend légitime, et réclame à ce titre ses droits dans la succession du mari décédé; la mère pourra repousser sa demande en opposant son illégitimité.

4<sup>o</sup> Enfin l'enfant lui-même aurait le droit d'opposer son illégitimité dans les cas où il pourrait y avoir intérêt, par exemple pour faire déclarer non recevable une demande d'aliments formée contre lui par les ascendants du mari de sa mère.

On remarquera qu'avant l'abolition du divorce le mari était au nombre des personnes, auxquelles appartient l'action en contestation de légitimité. Il pouvait en effet contester la légitimité de l'enfant né de sa femme trois cents jours après le divorce légalement prononcé.

L'action en contestation de légitimité n'appartenant qu'à ceux qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel à contester la légitimité de l'enfant, il faut en conclure que cette action ne doit être envisagée que comme l'auxiliaire d'un intérêt pécuniaire, et que par suite sa durée se mesurera exactement sur celle de l'intérêt pécuniaire auquel elle se rattache. L'extinction de ce dernier, notamment par la prescription, entraînerait donc l'extinction de l'action en contestation de légitimité. Mais si l'action en contestation de légitimité est prescriptible comme l'intérêt pécuniaire dont elle est le soutien, l'action en réclamation d'état au contraire est imprescriptible à l'égard de l'enfant (art. 328). L'enfant pourrait donc, même après trente ans, exercer une action tendant à faire reconnaître sa légitimité, et alors bien évidemment ceux contre lesquels il intente l'action seraient reçus à contester sa légitimité; car, tant qu'une action peut être exercée, il faut que celui contre lequel elle est dirigée puisse contredire la prétention du demandeur.

**699. Différences entre l'action en désaveu et l'action en contestation de légitimité.** — L'indication de ces différences va nous permettre de résumer ce que nous avons dit relativement à ces deux actions.

1<sup>o</sup> L'action en désaveu est dirigée contre un enfant qui est né sous la protection de la maxime *Pater is est quem nuptiae demonstrant*; elle tend donc à chasser de la famille un enfant qui y est entré. L'action en contestation de légitimité a pour but au contraire d'interdire l'entrée de la famille à un enfant qui veut s'y introduire, car elle s'applique à un enfant qui ne peut pas invoquer la présomption *Pater is est...*

2<sup>o</sup> L'action en désaveu n'appartient qu'à certaines personnes limitativement déterminées par la loi, c'est-à-dire au mari et à ses héritiers. L'action en contestation de légitimité appartient à tout intéressé.

3<sup>o</sup> L'action en désaveu doit être exercée dans les délais très-brefs déterminés par les articles 316-318, tandis que l'action en contestation de légitimité reste soumise au Droit commun en ce qui concerne le délai dans lequel elle doit être intentée.

Les mots *réclamer, réclamation, contester la légitimité*, qu'on trouve dans les articles 316 et 317, pourraient au premier abord faire croire que ces articles sont applicables à l'action en contestation de légitimité; mais l'article 318 prouve d'une manière péremptoire que le législateur ne s'occupe dans ces dispositions que de l'action en désaveu. C'est donc le Droit commun qui devra être appliqué en ce qui concerne la durée du délai pendant lequel la légitimité peut être contestée. On se trouve ainsi conduit à décider que, si la légitimité est contestée par voie d'action, comme il arrivera par exemple lorsque l'enfant est en possession des biens du mari et que les héritiers de celui-ci veulent en obtenir la restitution, l'action pourra être exercée tant que subsistera l'intérêt pécuniaire dont elle doit assurer le triomphe. Si au contraire la contestation de légitimité est opposée par voie d'exception à une action en réclamation d'état intentée par l'enfant, elle sera possible à quelque époque que l'enfant intente son action: ce qui pourra avoir lieu même après trente ans, puisque l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant (art. 328.)

## CHAPITRE II

## DES PREUVES DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES

La loi s'occupe dans ce chapitre : 1<sup>o</sup> des divers modes de preuve de la filiation des enfants légitimes (art. 319-325); 2<sup>o</sup> des actions en réclamation et en contestation d'état (art. 326-330). Nous en traiterons dans deux paragraphes distincts.

§ I. *Des divers modes de preuve de la filiation des enfants légitimes.*

**700.** On sait que l'enfant qui se dit légitime doit prouver : 1<sup>o</sup> le mariage de sa mère; 2<sup>o</sup> sa conception ou au moins sa naissance pendant le mariage; 3<sup>o</sup> sa filiation maternelle; 4<sup>o</sup> sa filiation paternelle. Nous savons comment se prouve le mariage (art. 194 et suiv.) et la conception pendant le mariage (art. 312 et s.). Quant à la filiation paternelle, elle n'est pas susceptible d'une preuve directe, aussi la loi la fait-elle résulter d'une présomption. Mais, pour que l'enfant puisse invoquer cette présomption, il faut évidemment que sa filiation maternelle soit prouvée. Comment la prouvera-t-il? Telle est la question que le législateur résout dans notre chapitre, intitulé : « De la preuve de la filiation *des enfants légitimes* »; lisez : *des enfants* QUI SE PRÉTENDENT LÉGITIMES, car l'enfant n'est pas légitime quand sa filiation n'est pas encore prouvée.

On pourrait formuler une autre critique au sujet de cet intitulé. Il est conçu dans des termes tellement généraux qu'on pourrait penser que le chapitre est consacré à la preuve de la filiation paternelle et de la filiation maternelle tout à la fois; or le législateur ne traite ici que de la filiation maternelle; il s'est occupé de la filiation paternelle dans le chapitre précédent. Toutefois, comme d'une part la preuve de la filiation maternelle conduit à celle de la filiation paternelle pour les enfants qui se prétendent légitimes, puisque la première étant prouvée la seconde se présume, et comme d'autre part, parmi les modes de preuve dont le législateur s'occupe ici, il y en a un, la preuve par la possession d'état, qui peut être considéré comme prouvant la paternité aussi bien que la maternité, et un autre, la preuve testimoniale, qui pourra quelquefois conduire à la preuve plus ou moins directe de la paternité, somme toute la généralité des termes de la rubrique peut paraître suffisamment justifiée.—Il y a un reproche plus grave à adresser au législateur : c'est d'avoir traité de la filiation paternelle (chapitre I) avant d'avoir traité de la filiation maternelle. Puisque la filiation paternelle s'induit d'une présomption établie par la loi au profit de l'enfant dont la filiation maternelle est établie, l'ordre logique des idées commandait de s'occuper d'abord de celle-ci.

**701.** La loi se montre plus favorable pour la preuve de la filiation des enfants légitimes que pour celle des enfants illégitimes. En d'autres

termes, quand l'enfant qui veut établir sa filiation se dit légitime, la loi est plus disposée à écouter sa prétention que lorsqu'il se dit illégitime; elle autorise en effet trois modes de preuve pour établir la filiation légitime, savoir : l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve testimoniale; tandis qu'elle n'en admet que deux pour la filiation illégitime : l'acte de reconnaissance, et exceptionnellement la preuve testimoniale quand elle n'interdit pas complètement la preuve de cette filiation. Il y a deux raisons de cette préférence. D'abord la filiation légitime est le fondement de la société, tandis que la filiation illégitime est une des causes qui la ruinent. D'un autre côté, l'action qui tend à établir une filiation légitime ne porte aucune atteinte à l'honneur de ceux contre qui elle est dirigée : bien au contraire, la paternité et la maternité légitimes sont des faits honorables. Il en est autrement de l'action qui tend à établir une filiation illégitime : elle porte toujours une atteinte plus ou moins grave à la considération de celui ou de celle contre qui elle est dirigée. A ce double point de vue, le législateur devait se montrer plus sympathique à la cause des enfants légitimes qu'à celle des enfants naturels.

Mais alors n'est-il pas à craindre que l'enfant, qui sait que sa filiation est illégitime et qui veut la prouver, s'annonce comme étant un enfant légitime, et qu'il arrive à usurper ainsi un mode de preuve réservé à la filiation légitime ? Non ; car il ne suffit pas à l'enfant de dire qu'il est légitime pour être admis à user des modes de preuve réservés à la filiation légitime : il faut qu'il y ait en sa faveur une présomption de légitimité ; or cette présomption n'existe qu'autant que l'enfant prouve le mariage de la femme qu'il prétend être sa mère et sa conception ou tout au moins sa naissance pendant le mariage.

Ces préliminaires posés, étudions successivement les trois modes de preuve admis pour la filiation légitime, savoir : 1<sup>o</sup> l'acte de naissance ; 2<sup>o</sup> la possession d'état ; 3<sup>o</sup> la preuve par témoins.

### I. *Preuve par l'acte de naissance.*

**702.** « *La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil* » (art. 319).

L'acte de naissance est le mode de preuve régulier et normal de la filiation légitime. C'est « le passeport que la loi délivre à chacun de nous lors de son entrée dans la société civile », ainsi que l'a dit le tribun Lahary.

L'acte de naissance d'un enfant légitime prouve sa naissance et sa filiation maternelle.

1<sup>o</sup> *Sa naissance*, c'est-à-dire le fait de son entrée dans le monde ;

2<sup>o</sup> *Sa filiation maternelle*, c'est-à-dire sa naissance *de telle femme*.

La filiation maternelle ainsi prouvée par l'acte de naissance, la filiation pater-

nelle se trouve par cela même établie en vertu de la règle *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (art. 312). On s'explique ainsi, d'une part comment l'article 319 a pu dire que l'acte de naissance prouve la filiation des enfants légitimes (ce qui semble comprendre la filiation paternelle et la filiation maternelle tout à la fois), et d'autre part comment l'article 57 a pu exiger dans l'acte de naissance, non-seulement l'indication du nom de la mère, mais aussi l'indication de celui du père, bien que l'acte de naissance ne prouve et ne soit destiné à prouver que la filiation maternelle.

**703.** L'acte de naissance n'étant pas destiné à prouver la filiation paternelle, il en résulte que les omissions ou les indications contraires à la présomption de la loi, qu'il pourrait contenir au sujet de cette filiation, ne tireraient pas à conséquence. Ainsi l'acte de naissance n'indique pas le nom du père, comme le veut l'article 57; peu importe, la présomption *Pater is est...* suppléera à cette lacune. Ou bien l'acte de naissance indique comme père de l'enfant un homme autre que le mari de la mère; peu importe encore, c'est là une indication contraire à la loi que l'officier de l'état civil n'aurait pas dû mentionner dans l'acte, qui est due peut-être à la malveillance d'une sage-femme et qui ne doit pas nuire à l'enfant. La présomption de la loi a plus d'autorité que les dires des déclarants, et d'ailleurs les déclarants ne peuvent pas être les arbitres du sort de l'enfant. Tout cela résulte de l'article 323, qui ne considère le titre (acte de naissance) comme insuffisant pour établir la filiation de l'enfant, et n'oblige celui-ci à avoir recours à la preuve testimoniale que lorsqu'il a été inscrit sous de *faux noms* (ce pluriel exclut le cas où, le nom du père étant faussement indiqué, celui de la mère le serait d'une manière exacte), ou comme né « de père et mère inconnus », ce qui exclut le cas où l'acte de naissance déclare seulement l'enfant né d'un père inconnu.

L'acte de naissance n'est pas non plus destiné à fournir la preuve du mariage. Il importerait donc peu, si la mère est réellement mariée, que l'acte de naissance contînt à cet égard des indications inexactes en la désignant comme fille ou comme veuve, ou à plus forte raison en la désignant sous son nom de fille, sans dire si elle est ou non mariée.

**704.** Bien entendu, pour que l'acte de naissance dont je produis un extrait prouve ma filiation, il doit être constant que cet acte de naissance est bien le mien, c'est-à-dire que je suis l'enfant même en vue duquel cet acte a été dressé; autrement je pourrais facilement usurper la filiation qui vous appartient en me faisant délivrer un extrait de votre acte de naissance. En cas de contestation, je devrai donc, conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit*, prouver mon *identité*, c'est-à-dire démontrer que je suis identiquement le même que l'enfant auquel s'applique l'acte de naissance dont je me prévau.

Cette preuve pourra être faite par la possession d'état et à défaut par témoins; car la preuve testimoniale est admise, quel que soit l'intérêt engagé, pour prouver de simples faits qui par eux-mêmes ne produisent ni droit ni obligation.

\* Toutefois la jurisprudence n'admet le réclamant à faire par témoins la preuve de son identité qu'autant qu'il possède un commencement de preuve par écrit. Elle fonde cette exigence sur l'article 323. Mais on ne saurait faire une plus fautive application de ce texte. L'article 323 n'est relatif qu'au cas où l'enfant veut faire la preuve de sa filiation par témoins; or, dans notre hypothèse, ce n'est pas la preuve de sa filiation que l'enfant demande à faire, mais celle de son identité. Appliquer ici

l'article 323, c'est donc confondre la preuve de l'identité avec celle de la filiation. Où est le danger d'ailleurs d'admettre la preuve testimoniale toute nue dans l'espèce dont il s'agit? L'acte de naissance, que présente le réclamant pour établir sa filiation, constate que telle femme a mis au monde un enfant légitime. Si le réclamant n'est pas cet enfant comme il le prétend, et s'il fait entendre des témoins qui viennent faussement l'affirmer à la justice, sera-t-il bien difficile à ses adversaires de le convaincre d'imposture? Il y a eu un enfant légitime, c'est un fait constant. Qu'est-il devenu? Les parents doivent le savoir. S'il est mort, ils présenteront son acte de décès; et s'il est vivant, ils le désigneront et prouveront que c'est à lui que l'acte de naissance s'applique.

**705.** L'acte de naissance ne prouve la filiation légitime qu'autant qu'il est « inscrit sur le registre de l'état civil » (art. 349). Donc un acte inscrit sur une feuille volante n'aurait aucune force probante en ce qui concerne la filiation.

## II. *Preuve par la possession d'état.*

**706.** Art. 320. « *A défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit.* »

La rédaction primitive de cet article portait : « *Si les registres sont perdus ou s'il n'en a pas été tenu, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit.* » C'était dire en d'autres termes que l'enfant n'était autorisé à faire preuve de sa filiation par la possession d'état que lorsqu'il se trouvait dans l'un des cas prévus par l'article 46. Mais on fit remarquer qu'il y a d'autres cas encore dans lesquels il est impossible à l'enfant de rapporter son titre, par exemple celui où, les registres de l'état civil ayant été régulièrement tenus, sa naissance n'aurait pas été déclarée à l'officier de l'état civil qui par suite n'en aurait pas dressé acte; aussi remplaça-t-on les mots : « *si les registres sont perdus ou s'il n'en a point été tenu* » par ceux-ci qui sont beaucoup plus généraux : « *à défaut de ce titre* ». L'enfant légitime peut donc faire preuve de sa filiation par la possession d'état, toutes les fois qu'il n'a pas de titre, quelle qu'en soit la cause, et sans être obligé de démontrer l'existence de cette cause ni même de l'indiquer. En un mot il suffit à l'enfant, qui veut prouver sa filiation légitime par la possession d'état, de dire : je n'ai pas de titre; sauf à ses adversaires de prouver qu'il en existe un et qu'il est contraire à sa prétention, ce qui rendrait inutile la preuve que l'enfant voudrait faire de sa possession d'état; car, en cas de contradiction entre le titre et la possession d'état, c'est le titre qui l'emporte, la loi ne reconnaissant à la possession d'état la vertu de prouver la filiation légitime qu'*à défaut de titre*.

**707.** L'acte de naissance prouve que la qualité, l'état d'enfant légitime appartient au réclamant, qu'il en est *propriétaire*. La possession d'état prouve seulement qu'il est *en possession* de cet état, c'est-à-dire qu'il a toujours été considéré et traité comme enfant légitime, et qu'il a joui en fait des prérogatives de la légitimité. Mais comment peut-il résulter de là que l'enfant est véritablement légitime? La loi suppose volontiers que le fait est ici d'accord avec le droit, parce que c'est ce qui arrive le plus souvent. Quand un enfant a été traité comme légitime par ses père et mère, quand il a été présenté comme tel à la famille qui est intéressée à méconnaître sa légitimité et accepté par elle, quand le public enfin, se faisant l'écho de la voix des parents et de celle de la famille, a toujours reconnu à l'enfant la qualité de légitime, toutes les apparences sont pour lui; et comme il y a toutes chances pour que ces

apparences soient conformes à la réalité, la loi, s'associant à l'opinion de la famille et à celle du public, proclame à son tour la légitimité de l'enfant.

**708.** Les explications qui viennent d'être fournies ont indiqué par avance quels sont les principaux faits d'où résulte la possession d'état. L'article 321 les résume dans les termes suivants : « *La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. — Les principaux de ces faits sont : — Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ; — Que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ; — Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ; — Qu'il a été reconnu pour tel par la famille. »*

La doctrine a résumé depuis longtemps tous les faits dont parle notre article dans trois mots : *nomen, tractatus, fama*.

*Nomen* : « que l'enfant a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir. »

*Tractatus* : « que le père l'a traité comme son enfant et a pourvu en cette qualité à son éducation, à son entretien et à son établissement. »

*Fama* : « qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société, qu'il a été reconnu pour tel dans la famille ».

Ce sont là, dit notre article, les *principaux* faits qui peuvent être invoqués à l'appui de la possession d'état que revendique le réclamant ; ce ne sont donc pas les seuls. D'un autre côté, il n'est pas absolument nécessaire que tous ces faits se trouvent réunis pour qu'il y ait possession d'état ; la loi paraît laisser à cet égard une certaine latitude au juge, puisqu'elle dit que « la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent... »

Conformément à la maxime *Probatio incumbit ei qui agit*, c'est au réclamant qui invoque la possession d'état de prouver les différents faits d'où il prétend la faire résulter. Cette preuve peut être faite par témoins ; c'est le droit commun pour tous les faits matériels, qui par eux-mêmes n'engendrent ni droit ni obligation. D'ailleurs la preuve testimoniale n'offre pas ici de dangers ; car il s'agit de faits extrêmement notoires, et le témoin qui viendrait mentir à la justice trouverait à l'instant même cent contradicteurs. Les adversaires de l'enfant ont en effet le droit de faire entendre eux aussi des témoins pour contredire les assertions de ceux qui viennent déposer en faveur de l'enfant. C'est de bonne guerre : l'enquête appelle la contre-enquête (Pr., art. 256).

**709.** Quels sont les caractères que doit présenter la possession

d'état invoquée comme moyen de preuve de la légitimité? Elle doit : 1° être constante; 2° exister simultanément et indivisément à l'égard du père et à l'égard de la mère.

1° Elle doit être *constante* (art. 320), c'est-à-dire *continue, sans lacunes*. « La possession d'état, dit Demante, doit avoir un caractère de fixité et de continuité qui remonte jusqu'à la naissance ». Ainsi la possession d'état d'enfant légitime ne serait pas constante, si l'enfant avait été considéré et traité comme enfant naturel pendant les premières années de son existence, et ensuite comme enfant légitime.

2° La possession d'état doit exister simultanément et indivisément tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère.— L'article 321 dit en effet que « la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et *la famille* à laquelle il prétend appartenir ». Il faut donc que les faits articulés par le réclamant prouvent qu'il appartient à « la famille » : ce qui n'est possible qu'autant que sa filiation est établie par rapport à son père et à sa mère tout à la fois. D'ailleurs c'est la possession d'état « d'enfant légitime » (art. 320) que le réclamant doit démontrer ; or qui dit *enfant légitime* dit enfant issu d'une femme mariée et de son mari. On ne peut donc pas avoir la possession d'état d'enfant légitime par rapport à l'un des époux sans l'avoir par rapport à l'autre; on ne peut passer pour enfant légitime de telle femme qui est mariée sans passer pour enfant légitime de son mari, ni réciproquement. Et si l'article 321 ne mentionne que des faits de possession relatifs au père, « que l'individu a toujours porté le nom DU PÈRE auquel il prétend appartenir; que LE PÈRE l'a traité... », ce n'est pas assurément qu'il entende exclure les faits relatifs à la mère, mais bien que les faits qui établissent la possession d'état par rapport au père l'établissent aussi par rapport à la mère.

**710.** La possession d'état d'enfant légitime prouve à la fois la filiation maternelle, la filiation paternelle et la légitimité de l'enfant. Elle est donc plus puissante que l'acte de naissance, qui ne prouve (outre le fait de la naissance) que la filiation maternelle.

De là résulte une conséquence importante : quand un enfant qui se prétend légitime établit sa filiation maternelle par son acte de naissance, la paternité du mari n'étant pas prouvée par cet acte, mais étant seulement *présumée* en vertu de la règle *Pater is est...*, le mari peut échapper à cette prétention en désavouant l'enfant, s'il est dans un des cas où la loi admet le désaveu. Au contraire, quand un enfant légitime a prouvé sa filiation par la possession d'état, cette preuve établissant directement sa filiation paternelle aussi bien que sa filiation maternelle, le mari ne peut pas le désavouer. En effet l'action en désaveu suppose que la paternité est établie par la présomption *Pater is est...*, puisqu'elle a pour objet de la faire tomber; or ici l'enfant n'invoque pas cette présomption; donc il ne peut être question pour le mari de l'attaquer. D'ailleurs les faits mêmes, dont l'enfant doit faire la preuve pour établir sa possession d'état, impliquent un aveu de paternité de la part du mari et par suite une renonciation à l'action en désaveu.

**711.** La possession d'état, qui peut suppléer à l'acte de naissance pour prouver la filiation légitime, ne peut pas en principe suppléer à l'acte de mariage pour prouver le mariage. Il y a plusieurs raisons de cette différence. D'abord un enfant n'a pu surveiller ni la rédaction de son acte de naissance ni son inscription sur les registres de l'état civil, et on ne saurait par suite le rendre responsable de la négligence ou de la fraude par suite desquelles cet acte n'a pas été dressé ou inscrit. On peut au contraire sans injustice rendre les époux responsables de l'absence de leur acte de mariage, parce qu'ils ont pu veiller à ce que cet acte fût régulièrement dressé et inscrit sur les registres de l'état civil. D'autre part les époux ne peuvent ignorer la commune dans laquelle leur mariage a été célébré; il leur sera donc facile de rapporter l'acte de célébration s'il a été dressé. Au contraire un enfant peut fort bien, surtout après la mort de ses père et mère, ignorer la commune dans laquelle il est né et être par suite dans l'impossibilité de représenter son acte de naissance. Enfin la possession d'état d'époux légitimes est l'œuvre des époux prétendus; c'est parce qu'ils se sont comportés et traités comme époux que la famille d'abord et le public ensuite leur en ont reconnu cette qualité: accepter la possession d'état comme preuve du mariage, ce serait donc admettre une preuve fabriquée de toutes pièces par les intéressés. Au contraire la possession d'état d'enfant légitime n'est pas l'œuvre de l'enfant, elle est l'œuvre de sa famille, c'est-à-dire de ceux qui seraient intéressés à contester son état; il n'y avait donc pas de motif pour lui interdire ce genre de preuve; bien au contraire.

**712.** En cas de collision entre le titre et la possession d'état, c'est le titre qui l'emporte (arg., art. 320). Mais quand le titre et la possession d'état concourent, c'est-à-dire quand ils donnent à l'enfant la même filiation, ils se prêtent un mutuel appui; la possession d'état fortifie alors le titre et l'état de l'enfant se trouve assis sur une base inébranlable. C'est ce qui résulte de l'article 322, ainsi conçu: « *Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre; — Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance.* »

Ainsi l'état d'un enfant n'est pas irrévocablement fixé, quand il n'est prouvé que par son « titre de naissance » (acte de naissance); il ne l'est pas non plus quand il ne repose que sur la possession d'état; mais il le devient quand il repose sur la double base de l'acte de naissance et de la possession d'état. Ce n'est pas que la preuve résultant du titre et de la possession conforme soit infaillible. Ainsi il peut arriver que deux époux qui n'ont jamais eu d'enfant s'en procurent un, et le présentent comme étant le fruit de leurs œuvres à l'officier de l'état civil qui l'inscrira sous

leurs noms; puis, cette fraude une fois commise, qu'ils élèvent l'enfant comme s'il leur appartenait; cet enfant ayant un titre et une possession conforme se trouvera avoir un état mensonger que ni lui ni personne ne pourra contester. Mais ce sera là un fait infiniment rare, et, dans l'intérêt du repos des familles, la loi a cru devoir accorder à la preuve résultant du titre et de la possession conforme une autorité irréfragable. D'ailleurs, si le législateur avait admis ici la preuve contraire, elle aurait dû nécessairement être faite par témoins, et c'eût été, comme le dit fort bien M. Laurent, préférer à deux preuves sûres (le titre et la possession) une troisième preuve très-chanceuse.

Au surplus l'article 322 ne signifie pas que la légitimité de celui qui a un titre et une possession d'état conforme ne peut jamais être contestée, mais seulement qu'elle ne peut pas l'être sur ce fondement que sa filiation est mensongère. Il est certain que la légitimité de celui qui a un titre et une possession d'état conforme pourrait être contestée sur ce fondement que ses père et mère n'ont jamais été mariés, ou qu'il est né trois cents jours après la dissolution du mariage (art. 315).

### III. *De la preuve par témoins.*

**713. Dans quels cas ce mode de preuve est admis.** — Aux termes de l'article 323 : « *A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par témoins. — Néanmoins cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour déterminer l'admission.* »

Cet article, combiné avec le précédent, déclare la preuve testimoniale admissible pour établir la filiation légitime dans quatre cas :

1<sup>o</sup> *Quand l'enfant a une possession d'état sans titre* (art. 322, al. 1). — L'enfant peut alors soutenir que la filiation qui lui est attribuée par sa possession d'état est mensongère, et prouver par témoins sa véritable filiation.

2<sup>o</sup> *Quand il a un titre sans possession d'état.* — L'enfant peut alors prouver sa véritable filiation par témoins, après avoir préalablement démontré qu'il « a été inscrit soit sous de faux noms soit comme né de père et mère inconnus ».

*Sous de faux noms*, ce qui s'appliquerait, dit Demante, 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.

*Comme né de père et mère inconnus.* Dans ce cas l'acte de naissance de l'enfant n'indique à vrai dire aucune filiation.

3<sup>o</sup> *Quand l'enfant a un titre et une possession contradictoires* (arg., art. 323, cbn. 322, al. 1). — En pareil cas l'enfant a, jusqu'à preuve contraire,

la filiation que lui donne son titre; car, en cas de collision, le titre l'emporte sur la possession d'état; mais il peut prouver que la filiation résultant de son titre est mensongère, qu'il a été inscrit sous de faux noms et établir par témoins sa véritable filiation, soit celle que lui donne sa possession d'état, soit une autre.

4<sup>o</sup> *Quand l'enfant n'a ni titre ni possession d'état.* — La loi dit: « à défaut de titre et de possession constante... » Peu importe d'ailleurs la cause pour laquelle l'enfant se trouve privé de son titre, soit qu'il ignore le lieu de sa naissance et qu'il ne sache par suite sur les registres de quelle commune est inscrit son acte de naissance, soit que son acte de naissance n'ait jamais été dressé, soit enfin qu'il n'ait pas été tenu de registres de l'état civil dans la commune où il est né ou que les registres sur lesquels était inscrit son acte de naissance aient été perdus, cas prévu par l'article 46. D'ailleurs l'enfant, qui demande à faire la preuve de sa filiation par témoins à défaut de titre, n'est même pas obligé d'indiquer la cause pour laquelle il ne peut rapporter son titre.

**714. Conditions requises pour l'admission de la preuve testimoniale dans les quatre cas ci-dessus.** La loi se défie surtout de la preuve testimoniale, mais surtout en matière de filiation, soit à raison de la gravité des intérêts engagés, soit à raison des facilités particulières que rencontre ici le faux témoignage vu la difficulté de convaincre les témoins d'imposture. Il fallait garantir les familles contre les entreprises d'audacieux intrigants, qui n'auraient pas craint de suborner des témoins pour se faire attribuer une filiation mensongère. Aussi le législateur, dépassant les rigueurs du Droit commun, a-t-il soumis en cette matière l'admission de la preuve testimoniale à de sévères restrictions. En effet, d'après le Droit commun, la preuve testimoniale est admise *de plano*, c'est-à-dire sans conditions préalables, et quel que soit l'intérêt engagé, lorsqu'il a été impossible au réclamant de se procurer une preuve écrite. Tel est bien le cas de l'enfant qui demande à prouver sa filiation par témoins: il n'a pas de titre, ou il en a un qu'il dit faux, et il lui était bien impossible apparemment de se procurer un titre constatant sa vraie filiation: d'après le Droit commun il devrait donc être admis à la preuve testimoniale sans conditions. Eh bien! cependant le législateur ne l'y admet pas: la preuve testimoniale toute nue a paru offrir ici trop de dangers. L'enfant ne sera reçu à prouver sa filiation par témoins qu'autant que sa prétention sera rendue vraisemblable, soit par des présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants, soit par un commencement de preuve par écrit (art. 323, al. 2).

a). *Par des présomptions ou indices graves « résultant de faits DÈS LORS CONSTANTS ».* *Dès lors constants*, c'est-à-dire établis autrement que par la preuve testimoniale, *v. gr.* par l'aveu des adversaires ou par écrit.

Ainsi l'enfant vient dire à sa mère : vous m'avez abandonné sur la voie publique, et vous m'avez fait une marque ; cette marque je la porte ; la voilà. Et la mère avoue le fait. Ou bien il y a une ressemblance frappante entre le réclamant et la femme qu'il désigne comme étant sa mère... C'est d'ailleurs au juge qu'il appartient d'apprécier si les présomptions ou indices fournis par l'enfant ont assez de gravité pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale.

b). *Par un commencement de preuve par écrit.* Le projet en exigeait un dans tous les cas. Considérée comme trop rigoureuse, cette disposition a été tempérée par l'admission, à titre d'équivalent, des présomptions ou indices dont il vient d'être parlé.

**715.** Un commencement de preuve par écrit résulte d'un écrit qui, sans prouver complètement la prétention du demandeur, la rend cependant vraisemblable. L'article 324 indique quels écrits peuvent fournir ici ce commencement de preuve. « *Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics, et même privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante.* »

*Des titres de famille, des registres ou papiers domestiques DU PÈRE OU DE LA MÈRE.* La loi ne distingue pas s'ils sont vivants ou décédés, parties ou non au procès.

*Des ACTES publics ou MÊME PRIVÉS.* La jurisprudence et la doctrine reconnaissent que des lettres missives émanées de l'une des personnes dont parle l'article, par exemple de la mère, pourraient être invoquées comme commencement de preuve par écrit, bien qu'une lettre missive ne soit pas à proprement parler un *acte*. L'article 1347 s'exprime dans les mêmes termes, et on est d'accord pour admettre que sous le nom d'actes privés cet article comprend même les lettres missives. Toutefois les lettres missives ne peuvent en aucun cas être produites en justice sans le consentement du destinataire ; car elles sont sa propriété, et il peut tenir à ce qu'elles ne soient pas divulguées. La jurisprudence est constante sur ces divers points.

*Emanés d'une partie engagée dans la contestation OU QUI Y AURAIT INTÉRÊT SI ELLE ÉTAIT VIVANTE.* Telle serait une lettre émanée d'un enfant, aujourd'hui décédé, de l'homme et de la femme que le réclamant désigne comme ses père et mère. Si cet enfant dont le réclamant se dit le frère était vivant, il aurait intérêt à contester la prétention du nouveau-venu qui veut s'introduire dans la famille ; son témoignage ne peut donc pas être suspect. De plus, l'acte dont il s'agit étant antérieur à l'époque où le procès a été engagé, il est peu probable qu'il ait été fait pour le besoin de la cause.

\* Si on compare l'article 324 avec l'article 1347 qui contient les règles du Droit commun en ce qui concerne le commencement de preuve par écrit requis pour l'admission de la preuve testimoniale en matière excédant 150 francs, on voit que d'après l'article 1347 le commencement de preuve par écrit ne peut résulter que d'un acte écrit émané du défendeur ou de celui qu'il représente, tandis qu'en matière de filiation légitime il peut résulter en outre des actes émanés d'une personne appelée ici improprement *partie*, qui n'est point engagée dans la contestation, mais qui y aurait intérêt si elle était vivante. On voit en outre que la loi admet en matière de filiation les présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants comme équivalant au commencement de preuve par écrit, tandis que l'article 1347 repousse ce tempérament. — Remarquons enfin que, dans les matières ordinaires, les simples présomptions peuvent être considérées par le juge comme fournissant une preuve complète dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible (arg., art. 1353), tandis qu'en matière de filiation légitime les présomptions ne peuvent servir qu'à faire admettre la preuve testimoniale sans pouvoir par elles-mêmes et par elles seules faire preuve complète de la filiation.

**716.** L'enfant qui, satisfaisant aux conditions requises par l'article 323, al. 2, est reçu à prouver par témoins sa filiation maternelle, doit prouver l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère et son identité avec l'enfant dont elle est accouchée. Cette preuve une fois faite, la filiation maternelle sera établie, et l'enfant pourra invoquer contre le mari la présomption *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (arg., art. 312), de sorte qu'il aura ainsi établi du même coup sa filiation maternelle et sa filiation paternelle. Cette solution résulte de l'article 325, qui rejette sur les adversaires de l'enfant l'obligation de prouver la non-paternité du mari lorsque la filiation maternelle est établie, et suppose ainsi que la preuve de la filiation maternelle entraîne par voie de conséquence la présomption de paternité du mari. Ce texte est ainsi conçu : « *La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère.* »

Toutefois, pour que le réclamant puisse invoquer contre le mari la présomption *Pater is est...*, il faut que la preuve de la filiation maternelle ait été faite contradictoirement avec celui-ci, c'est-à-dire lui présent ou dûment appelé; car autrement le mari pourrait, en invoquant la maxime *Res inter alios judicata aliis non nocet* (art. 1354), prétendre que la maternité n'est pas légalement établie *par rapport à lui*, et qu'on ne peut pas par suite en déduire contre lui une présomption de paternité. Le réclamant serait alors obligé d'engager avec le mari, au sujet de la filiation maternelle, un nouveau débat, dans lequel il pourrait succomber. Pour éviter cet inconvénient, le réclamant devra mettre en cause le mari ou ses représentants.

En supposant que cela ait été fait, le mari ou ses représentants pourront contredire la prétention de l'enfant en employant les mêmes armes que lui, c'est-à-dire la preuve par témoins (Pr., art. 256). Ils pourront donc prouver que l'enfant n'a pas droit à la filiation maternelle qu'il réclame; ils y ont intérêt pour échapper à la présomption de paternité, conséquence nécessaire de la maternité prouvée. Et s'ils reconnaissent l'impossibilité de contredire la prétention de l'enfant relativement

à sa filiation maternelle, ils pourront la contredire en ce qui concerne la filiation paternelle. Ils pourront donc prouver par tous les moyens possibles que le réclamant, en supposant qu'il soit le fils de la mère qu'il réclame, n'est pas celui de son mari; la preuve contraire portera en pareil cas sur la non-paternité du mari. En effet l'enfant, tout en réclamant en apparence une seule chose, sa filiation maternelle, en réclame deux en réalité, puisque la preuve de la filiation maternelle conduira par voie d'induction à celle de la filiation paternelle. Eh bien! dans l'impossibilité où ils se trouvent de combattre la prétention de l'enfant pour le tout, ses adversaires la combattent pour la moitié; ils lui concèdent la filiation maternelle, mais ils nient sa filiation paternelle. Et remarquez que les adversaires de l'enfant peuvent prouver la non-paternité du mari, même en dehors des cas où la loi admet l'action en désaveu. La loi attache en effet moins d'énergie à la présomption *Pater is est...*, quand elle est la conséquence d'une maternité prouvée par témoins, que lorsqu'elle est la conséquence d'une maternité prouvée par le moyen normal, c'est-à-dire par l'acte de naissance ou même par la possession d'état qui implique un aveu du mari; et c'est pourquoi elle se montre plus facile pour permettre au mari d'attaquer cette présomption. Les circonstances ne se présentent pas en effet sous un jour favorable pour l'enfant. « Lorsque l'enfant n'a ni possession constante ni titre, a dit Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs, ou lorsqu'il a été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, il en résulte une *présomption très-forte* qu'il n'appartient pas au mariage. » Cette présomption doit, sinon neutraliser, au moins affaiblir la présomption *Pa'er is est...* Il était donc tout naturel que la loi permit au mari de l'attaquer plus facilement que dans les cas ordinaires : il lui suffira, pour y échapper, de prouver une simple impossibilité morale de cohabitation, sans qu'il soit nécessaire que les autres circonstances exigées par l'article 343 al. 4 se trouvent réunies.

## § II. *De l'action en réclamation d'état et de l'action en contestation d'état.*

**717.** L'action en réclamation d'état est celle par laquelle un enfant légitime qui n'est pas en possession de son état, c'est-à-dire de sa qualité d'enfant légitime, réclame cet état. L'action en contestation d'état est celle par laquelle les adversaires d'un enfant lui contestent son état d'enfant légitime dont il est en possession. Ainsi l'action en réclamation d'état suppose que l'enfant n'est pas en possession de son état; s'il le possède, il n'a pas à le réclamer, car on ne réclame pas ce que l'on a. Pour l'enfant qui possède son état d'enfant légitime il ne peut être question que d'une action en contestation d'état dirigée contre lui par ses adversaires.

\* L'enfant légitime peut posséder son état en droit ou en fait : *en droit*, s'il a un acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil qui constate sa filiation maternelle, et que d'ailleurs son identité ne soit pas contestée; *en fait*, si à défaut de titre il a la possession d'état. Pour qu'il y ait lieu à l'action en réclamation d'état, il faut que l'enfant ne possède son état ni en droit ni en fait, à moins cependant qu'il ne revendique un état autre que celui que lui attribue sa possession de droit ou sa possession de fait. Si l'enfant possède son état en droit seulement ou en fait seulement, il peut y avoir lieu contre lui de la part de ses adversaires à l'action en con-

testation d'état. Enfin s'il a tout à la fois la possession de droit et la possession de fait, son état est irrévocablement fixé ; il n'y a lieu ni à la contestation de cet état de la part de ses adversaires ni à la réclamation d'un autre état de sa part.

*Lato sensu* l'expression *action en contestation d'état* comprend l'action en désaveu et l'action en contestation de légitimité, ainsi qu'on l'a vu plus haut. Mais on prend ordinairement cette expression dans un sens beaucoup plus restreint comme désignant l'action dirigée contre un enfant, qui est en possession de l'état d'enfant légitime et dont on conteste la *filiation maternelle*. C'est dans ce sens restreint que nous emploierons désormais l'expression *action en contestation d'état*.

#### N° 4. De l'action en réclamation d'état.

**718.** Souvent un enfant légitime est mis dans la nécessité de prouver par témoins sa filiation maternelle, par suite d'un crime ou d'un délit qui a eu pour résultat de supprimer la preuve de son état, et qu'on désigne dans la doctrine sous la dénomination générique de *crime de suppression d'état*. Ainsi l'officier de l'état civil a commis un faux en rédigeant l'acte de naissance d'un enfant : par exemple il a inscrit cet enfant sous d'autres noms que ceux qui lui ont été déclarés par les comparants (P., art. 146); ou bien encore les comparants ont donné de fausses indications à l'officier de l'état civil, qui, en relatant exactement leurs déclarations, a ainsi donné à l'enfant dans son acte de naissance une fausse filiation (P. art. 345 et 363); ou bien enfin l'officier de l'état civil a inscrit l'acte de naissance sur une feuille volante (P., art. 192), ce qui lui enlève toute force probante au point de vue de la preuve de la filiation. Dans tous ces cas et dans d'autres encore, il y a un crime ou un délit dont le résultat est de mettre l'enfant dans l'impossibilité d'établir sa véritable filiation par le mode de preuve normal : la représentation de son titre de naissance ; et si la possession d'état lui fait défaut, il sera forcé d'avoir recours à la preuve testimoniale, que la loi toutefois n'admet, même dans ce cas, que moyennant un commencement de preuve par écrit, ou moyennant des présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants (art. 323).

Cela posé, si la loi n'avait établi ici aucune règle particulière, il aurait fallu décider par application des principes du Droit commun :

1° Que l'action civile née du crime ou du délit de suppression d'état, c'est-à-dire l'action tendant à obtenir le rétablissement de la preuve de la filiation, peut être intentée, soit *principalement* devant les tribunaux civils, soit *incidemment à l'action publique* devant le tribunal criminel déjà saisi de cette action (I. Cr., art. 3), ou même par voie principale devant le tribunal de police correctionnelle, au cas où la preuve de l'état a été supprimée par suite d'un simple délit (I. Cr., art. 182).

2° Que, dans le cas où un tribunal civil d'une part et un tribunal criminel d'autre part se trouveraient saisis, l'un de l'action civile, l'autre de l'action publique résultant du crime de suppression d'état, il devrait être sursis au jugement de l'action civile jusqu'après la décision des tribunaux criminels, d'après la règle : *Le criminel tient le civil en état*; EN ÉTAT, c'est-à-dire en suspens, *in statu quo* (I. Cr., art. 3).

Mais les articles 326 et 327 sont venus déroger sur l'un et l'autre point aux règles du Droit commun. Ces articles sont ainsi conçus :

« *Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état* » (art. 326).

« *L'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état* » (art. 327).

Il résulte de ces deux textes :

1° Que les tribunaux civils (tribunaux d'arrondissement au premier degré et cours d'appel au deuxième degré de juridiction) sont seuls compétents pour connaître des questions d'état. En aucun cas donc les tribunaux criminels ne peuvent être appelés à statuer sur ces questions.

2° Que les tribunaux criminels ne peuvent être saisis de l'action publique, résultant d'un crime ou d'un délit de suppression d'état, que lorsque les tribunaux civils auront définitivement statué sur la question d'état (art. 327); de sorte que, par une inversion de la règle ordinaire, c'est ici le civil qui tient le criminel en état. La justice criminelle est paralysée jusqu'à ce que la justice civile ait statué (art. 327).

**719.** Cette double dérogation paraît avoir été consacrée, les travaux préparatoires en font foi, comme sanction de la règle, qui n'autorise l'admission de la preuve testimoniale pour prouver la filiation maternelle que moyennant un commencement de preuve par écrit, ou moyennant des présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants (art. 323). On a craint que la possibilité d'agir en réclamation d'état devant les tribunaux criminels, soit par voie principale, soit par voie incidente, ne fournisse un moyen d'éluder cette règle salutaire. La preuve testimoniale toute nue, a-t-on dit, étant toujours admise devant les tribunaux criminels, si on les autorise à statuer sur les actions en réclamation d'état, le réclamant pourra prouver sa filiation par témoins sans avoir fourni les garanties préalables exigées par l'article 323. Cette crainte était chimérique. Elle suppose en effet que les règles du Droit commun relatives à la preuve ne sont pas applicables devant les tribunaux criminels, qu'un même fait pourrait être prouvé par un mode différent suivant qu'on aurait à en faire la preuve devant un tribunal civil ou devant un tribunal criminel. Or il n'en est rien. Aucune loi

n'établit de règles spéciales pour la preuve à faire devant les tribunaux criminels; ils restent donc à cet égard soumis aux règles du Droit commun; et si la preuve testimoniale est d'un usage très-fréquent devant les tribunaux criminels, cela tient non pas au prétendu principe, qui n'est écrit nulle part et qui n'existe pas : que la preuve testimoniale est toujours admise *de plano* devant les tribunaux criminels, mais à cet autre principe, écrit celui-là dans l'article 1348 : qu'à l'impossible nul n'est tenu, et que par suite la preuve par témoins est autorisée sans aucune restriction, quand il a été impossible au réclamant de se procurer une preuve écrite des faits qu'il doit prouver : ce qui arrive presque toujours, mais non toujours, pour les faits dont la preuve est à faire devant les tribunaux criminels.

Ainsi la preuve testimoniale n'est admise devant les tribunaux criminels que dans les cas et sous les conditions où elle pourrait l'être devant les tribunaux civils. La preuve à faire varie suivant la nature des faits à prouver, et non suivant la juridiction devant laquelle la preuve doit être faite.

Quelques applications mettront ce principe dans tout son jour. Ainsi le fait d'un vol peut être prouvé par témoins sans commencement de preuve par écrit, soit par le ministère public exerçant au nom de la société l'action publique, soit par la partie lésée intentant son action civile en réparation du préjudice causé par l'infraction, parce qu'il a été impossible à l'un comme à l'autre de se procurer une preuve écrite du vol. Et la situation de la partie lésée sera la même à ce point de vue de la preuve, soit qu'elle intente, comme elle en a le droit, son action civile devant un tribunal criminel saisi ou non de l'action publique, soit qu'elle l'intente devant un tribunal civil. Mais supposons qu'il s'agisse d'une violation de dépôt, délit qui est compris dans le Code pénal sous la dénomination générique d'*abus de confiance* (P., art. 408). L'existence du contrat de dépôt, base du délit qui nous occupe, pourra-t-elle être prouvée par témoins sans commencement de preuve par écrit, soit par le ministère public sur l'action publique, soit par la partie lésée, le déposant, sur son action civile? Non; tout au moins quand il s'agira d'un dépôt volontaire et que la valeur de la chose déposée excédera 450 francs. Le Droit commun en effet n'autorise la preuve par témoins que moyennant un commencement de preuve par écrit (art. 1344 et 1347), et cette règle s'appliquera, qu'il s'agisse de prouver l'existence du contrat de dépôt devant un tribunal criminel ou devant un tribunal civil.

Conformément à ces principes, si le législateur avait admis, par application des règles du Droit commun, que les tribunaux criminels peuvent être saisis de l'action en réclamation d'état, soit principalement dans le cas de l'article 182 I. Cr., soit incidemment à l'action publique intentée contre l'auteur du délit de suppression d'état, le réclamant n'aurait pas été plus favorisé, pour la preuve à faire de son état, devant les tribunaux criminels que devant les tribunaux civils. Dans un cas comme dans l'autre, il n'aurait pu prouver sa filiation maternelle par témoins que moyennant les adminicules exigés par l'article 323.

Mais de ce que l'on a donné, lors de la confection de la loi, une mau-

vaise raison pour justifier les dérogations au Droit commun établies par les articles 326 et 327, ce n'est pas à dire qu'il n'en existe pas de bonnes.

D'abord, à la différence de ce qui a lieu dans les autres infractions, la question civile, à laquelle donne naissance le délit de suppression d'état, a pu paraître à bon droit plus importante que la question pénale, en ce sens que la société est plus intéressée au rétablissement de l'état supprimé qu'à la punition du coupable auteur de la suppression. La conservation de l'état des citoyens est en effet l'une des bases de l'ordre social, et la loi a considéré que le rétablissement de cet état, quand il a été supprimé, offre un intérêt social de premier ordre. A ce point de vue, on comprend fort bien que la loi ait voulu que la question la plus importante ne fût pas préjugée par celle qui l'est le moins; elle l'aurait été, si l'action publique avait pu être jugée la première, car les juges civils auraient nécessairement subi l'influence de la décision rendue par les juges criminels. Que dis-je ! ils auraient été liés par la décision des juges criminels, si l'on admet, suivant l'opinion générale, que la sentence des tribunaux criminels a l'autorité de la chose jugée par rapport aux tribunaux civils. De là cette règle qu'en matière de réclamation d'état *le civil tient le criminel en état* : ce qui permet à la question civile, celle du rétablissement de l'état supprimé, d'arriver pure de tout préjugé devant le tribunal qui doit en connaître.

D'un autre côté les questions d'état sont souvent difficiles et compliquées, le juge chargé de les résoudre a besoin de calme non moins que de science. Or, à ce double point de vue, la justice civile offrait des garanties bien autrement sérieuses que la justice criminelle : la première est ordinairement rendue par des juges plus éclairés que la seconde ; et puis surtout le juge civil siège dans une atmosphère moins tourmentée que le juge de répression, il n'a pas à lutter contre toutes les passions qui s'agitent autour des procès criminels !

**720.** La double exception aux règles du Droit commun contenue dans les articles 326 et 327 se trouve donc ainsi suffisamment justifiée.

\* Et toutefois la deuxième, au moins s'il faut accepter l'extension que lui donnent les décisions judiciaires, prête à la critique. D'après une jurisprudence constante, l'article 327, qui renverse pour les questions d'état la règle que « le criminel tient le civil en état » (I. Cr., art. 3), ne signifie pas seulement que l'action publique résultant d'un délit de suppression d'état doit être suspendue jusqu'à ce qu'il ait été prononcé définitivement sur l'action civile par le tribunal civil *qui en est actuellement saisi*; il signifierait en outre que le ministère public a les mains liées, tant qu'il plaît à la partie lésée de ne pas saisir les tribunaux civils de son action civile en réclamation d'état; de sorte que, si, par négligence ou par collusion, la partie dont l'état a été supprimé n'agit pas au civil pour obtenir le rétablissement de son état, l'action du ministère public sera paralysée. Un simple particulier pourrait donc ainsi tenir en échec l'action publique. Il faut, dit-on, admettre cette solution pour que le vœu de la loi soit rempli, à savoir que l'action civile arrive vierge de tout

préjugé devant le tribunal civil. D'ailleurs l'article 327 est conçu dans des termes qui excluent toute distinction entre l'action civile intentée et celle à intenter.

\* La grande majorité des auteurs approuve l'interprétation extensive que la jurisprudence donne à l'article 327. Ce n'est pas cependant que les objections manquent. D'abord les termes de l'article 327 ne sont pas aussi absolus qu'on le prétend. « L'action criminelle, dit cet article, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. » Mais cette disposition ne suppose-t-elle pas qu'il y a une *question d'état* engagée? La loi ne dit pas, qu'on le remarque bien : après le jugement définitif *sur l'état*; elle dit : sur la question d'état. Il faut donc qu'il y ait une question d'état; or la question d'état ne naît que quand elle est posée au juge, c'est-à-dire quand il y a une action intentée. D'un autre côté, l'article 3 du Code d'instruction criminelle fournit contre la solution de la jurisprudence un puissant argument d'analogie. D'après cet article l'action civile n'est suspendue jusqu'au jugement de l'action publique que lorsque l'action publique est « intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile ». La maxime « *le criminel tient le civil en état* » signifie donc que l'action publique *intentée* suspend le cours de l'action civile qui n'a pas encore reçu une solution définitive. La maxime retournée qui résulte de l'article 327 C. « *le civil tient le criminel en état* » doit donc signifier que l'action civile *intentée* avant ou pendant le cours de l'action publique suspend l'exercice de celle-ci. En d'autres termes, de même que l'exercice de l'action civile dans les cas ordinaires n'est pas suspendu par la simple possibilité de l'exercice de l'action publique, de même, dans le cas qui nous occupe, l'exercice de l'action publique ne doit pas être suspendu par la simple possibilité de l'exercice de l'action civile.

\* Il est vrai (et cela viendrait à l'appui du système de la jurisprudence) qu'il y a une différence de rédaction entre l'article 3. I. Cr. et l'article 327 C. Le premier dit que l'exercice de l'action civile « est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée *avant* ou *pendant* la poursuite de l'action civile ». Il est donc certain que l'action civile peut être intentée en vertu de ce texte avant l'action publique, sauf à être suspendue si l'action publique est intentée avant qu'elle soit définitivement jugée. L'article 327 dit au contraire : « L'action criminelle... ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état » : ce qui semble bien signifier que l'action publique ne peut même pas être intentée tant que l'action civile n'a pas été définitivement jugée.

\* Si la loi doit être interprétée dans le sens que lui donne la jurisprudence, elle mérite, nous l'avons dit, d'être critiquée. Doit-il dépendre d'un particulier d'arrêter le cours de la justice criminelle? Peut-on admettre surtout que l'impunité soit assurée au coupable, lorsque l'action civile ne peut plus être exercée soit par suite de la mort de l'enfant à qui cette action appartient soit pour toute autre cause? A moins qu'on ne dise que l'intérêt de l'enfant dont l'état a été supprimé ou compromis domine et absorbe l'intérêt social, et que la loi a cru devoir, en se plaçant à ce point de vue, rendre la victime de l'infraction maîtresse de la poursuite criminelle, en ce sens que, tant qu'elle ne réclamera pas, la société n'aura pas le droit d'élever la voix.

**721. De la nature de l'action en réclamation d'état.** — « *L'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant* », dit l'article 328. L'état des personnes n'est pas chose dans le commerce ; par conséquent il n'est pas susceptible de faire l'objet d'une convention (art. 1128), ni d'une renonciation, ni par suite d'une prescription (art. 2226) la prescription n'étant qu'une renonciation présumée.

Mais si l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant, il n'en est pas de même des intérêts pécuniaires qui peuvent s'y rattacher. Ainsi un homme meurt, et son fils recueille sa succession ; trente-cinq ans après se présente un individu qui prétend être fils légitime du défunt, frère par conséquent de l'enfant qui a recueilli sa succession, et qui lui réclame à ce titre la moitié de cette succession (action en pétition d'hérédité). La prétention du réclamant sera admise, si elle est fondée, en tant qu'elle a pour objet d'établir sa filiation, et par suite son état d'enfant légitime ; mais elle sera repoussée en ce qui concerne les biens de la succession. Car si l'action en réclamation d'état est imprescriptible, il n'en est pas de même de l'action en pétition d'hérédité et des autres droits pécuniaires qui se rattachent à l'état (art. 2262).

**722.** L'action en réclamation d'état peut-elle être exercée après la mort de l'enfant par ses héritiers ? La loi distingue : « *L'action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq années après sa majorité* » (art. 329).

Sous la dénomination d'héritiers il faut comprendre ici tous les successeurs universels du réclamant, non-seulement par conséquent les héritiers légitimes, mais aussi les donataires ou légataires universels ou à titre universel.

Aux yeux de la loi, l'enfant qui n'a pas agi dans les cinq ans à compter de sa majorité a tacitement renoncé au droit de réclamer son état. Cette renonciation, qui ne pourrait pas être opposée à l'enfant lui-même, peut être opposée à ses héritiers, que la loi déclare en ce cas déchu du droit d'exercer l'action en réclamation d'état. La raison en est que l'action dont il s'agit se transforme en passant aux héritiers ; dans la personne de l'enfant elle constituait principalement un droit moral, tandis que dans la personne de ses héritiers elle apparaît surtout comme pouvant servir de point d'appui à des intérêts pécuniaires, et devient à ce titre susceptible de renonciation et de prescription.

Dans un cas particulier, les héritiers de l'enfant mort après sa vingt-sixième année sont autorisés à exercer de son chef l'action en réclamation d'état : « *Les héritiers peuvent suivre cette action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne s'en fût désisté formellement, ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure* » (art. 330).

Ce texte suppose, quoiqu'il ne le dise pas (cela résulte de sa relation avec l'article précédent), que l'enfant meurt après sa vingt-sixième année, ayant intenté avant ou après cet âge l'action en réclamation d'état, mais avant que son action ait reçu une solution définitive : il meurt *pendente lite*. La loi, faisant l'application de la règle romaine *Actiones quæ morte aut tempore pereunt semel inclusæ judicio salvæ per-*

*manent*, décide que les héritiers pourront suivre l'action. Toutefois, pour qu'ils aient ce droit, il faut :

1° Que l'enfant ne se soit pas désisté formellement. S'il s'est désisté, il a renoncé, sinon à son droit, au moins à l'instance qu'il avait engagée ; la situation est donc la même que si cette instance n'avait jamais été introduite, ce qui entraîne pour les héritiers déchéance du droit d'agir.

2° Que l'enfant n'eût pas laissé passer trois années sans poursuites à compter du dernier acte de procédure ; car autrement il y aurait désistement présumé de l'enfant, et ce désistement présumé produirait le même effet que le désistement exprès dont il vient d'être parlé.

\* Il y aurait lieu de décider, conformément aux règles du Droit commun, que le désistement exprès de l'enfant ne constituerait une fin de non-recevoir pour ses héritiers qu'autant qu'il aurait été accepté par son adversaire (Pr., art. 402) ; et aussi que le désistement présumé résultant de la discontinuation des poursuites pendant trois ans n'entraînerait pour les héritiers déchéance du droit de continuer l'instance qu'autant que la péremption aurait été demandée et prononcée (Pr., art. 399). Il y a toutefois controverse sur l'un et l'autre point.

\* L'article 330 suppose, on l'a vu, que l'enfant est mort après sa vingt-sixième année. Si donc il était mort avant cette époque, son désistement ou la péremption de l'instance n'empêcherait pas l'action d'être transmise à ses héritiers ; car c'est seulement l'instance qui disparaît par l'effet du désistement ou de la péremption, et par suite la situation est la même après le désistement ou la péremption que s'il n'y avait jamais eu d'instance.

**723.** L'article 329, qui ne permet pas aux *héritiers* d'un enfant mort après sa vingt-sixième année d'intenter du chef de leur auteur l'action en réclamation d'état que celui-ci n'a pas intentée de son vivant, s'applique-t-il aux descendants de l'enfant ? Il y a de bonnes raisons pour soutenir la négative. En revendiquant pour leur père décédé l'état de fils légitimes, les enfants du défunt revendiquent pour eux-mêmes la qualité de petits-fils légitimes. C'est donc une action en réclamation de leur propre état qu'ils exercent, et elle est imprescriptible aux termes de l'article 328, dans lequel le mot *enfant* doit être considéré comme comprenant les petits-enfants.

Et cependant la question est controversée. On invoque surtout en faveur de la solution contraire la généralité des termes de l'article 329, qui parle des *héritiers* sans distinction.

## N° 2. De l'action en contestation d'état.

**724.** La contestation d'état, dont la loi ne parle pas, implique une réclamation d'état de la part de l'enfant ; il réclame l'état que lui contestent ses adversaires. Aussi reconnaît-on que les articles 326, 327 et 328 seraient applicables à l'action en contestation d'état comme à l'action en réclamation d'état.

Quant aux articles 329 et 330, la nature même de leurs dispositions s'oppose à ce qu'on les applique à l'action en contestation d'état. Cette action pourrait être intentée, conformément au Droit commun, par toute personne ayant intérêt.

## CHAPITRE III

## DES ENFANTS NATURELS

**725.** Un enfant naturel ou illégitime est celui qui est issu de parents qui n'étaient pas unis par les liens du mariage, *extra justas nuptias quæsitus*.

On distingue trois classes d'enfants naturels :

1° *Les enfants naturels simples*, issus du commerce de deux personnes non mariées l'une avec l'autre, mais libres de tout lien matrimonial, *ex soluto et soluta*, et entre lesquelles il n'existe pas de parenté ni d'alliance au degré où le mariage est prohibé. L'expression *enfants naturels simples* ne se trouve pas dans la loi ; elle appartient à la doctrine. Ce sont en général les enfants naturels simples que la loi entend désigner, quand elle dit sans préciser autrement *les enfants naturels*.

2° *Les enfants adultérins*, fruit d'un adultère, c'est-à-dire issus du commerce de deux personnes non mariées ensemble et dont l'une au moins ou toutes les deux étaient engagées dans les liens du mariage. Tel est l'enfant né du commerce d'un homme marié avec une fille libre qu'il a pour concubine, ou l'enfant né du commerce d'un homme marié avec une femme mariée autre que la sienne. Dans le premier cas, l'enfant est le fruit d'un adultère simple dont la mère de l'enfant a été la complice ; dans le deuxième cas, il est le fruit d'un double adultère.

3° *Les enfants incestueux*, fruit d'un inceste, c'est-à-dire issus du commerce de deux personnes entre lesquelles il existe un empêchement au mariage à raison de la parenté ou de l'alliance, par exemple l'enfant issu du commerce d'un frère avec sa sœur ou d'un oncle avec sa nièce.

Pour apprécier la qualité d'un enfant illégitime, pour savoir s'il est naturel simple, adultérin ou incestueux, il faut se reporter à l'époque de sa conception ; car la qualité de l'enfant dépend évidemment de la nature du commerce de ses parents à l'époque de sa procréation. Et pour déterminer le moment de la conception de l'enfant, il faut appliquer les présomptions écrites dans les articles 312 et suivants, desquels il résulte que la conception d'un enfant se place entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant sa naissance, en ayant soin de prendre toujours le parti le plus favorable à l'enfant, c'est-à-dire de le supposer conçu à tel ou tel moment de la période légale de la conception suivant son intérêt.

Faisons quelques applications de cette règle. Un homme marié qui a une concubine devient veuf; la concubine, enceinte de ses œuvres, accouche le 180<sup>e</sup> jour après la dissolution du mariage. L'enfant sera naturel simple; car, en plaçant sa conception à la limite extrême de la période légale, c'est-à-dire au 180<sup>e</sup> jour avant sa naissance, on trouve qu'elle est postérieure à la dissolution du mariage de son père. Si au contraire l'enfant était né la veille, il serait nécessairement adultérin.

*Autre espèce.* Un homme qui a une concubine épouse une autre femme, et continue ses relations avec sa concubine; un enfant naît de ces relations le trois centième jour après la célébration du mariage ou plus tôt. Cet enfant ne sera pas considéré comme adultérin; car, en le supposant né à l'extrême limite du terme le plus long que la loi assigne à la gestation, sa conception remonte à une époque antérieure à la célébration du mariage. Mais si l'enfant est né plus de 300 jours après cette célébration, il sera nécessairement adultérin.

Supposons enfin qu'un oncle entretient des relations avec sa nièce; il l'épouse ensuite en vertu de dispenses; un enfant naît le 180<sup>e</sup> jour du mariage ou plus tard. La conception de cet enfant pouvant d'après la présomption de la loi se placer dans le mariage, il naîtra légitime. Au contraire, si l'enfant naît avant le 180<sup>e</sup> jour du mariage, sa conception se plaçant nécessairement d'après la présomption de la loi en dehors du mariage, son origine est incestueuse; on a vu (*supra*, n<sup>o</sup> 682) qu'il y a controverse sur le point de savoir s'il naît légitime ou incestueux.

**726.** La loi se montre à plusieurs points de vue plus favorable aux enfants naturels simples qu'aux enfants adultérins ou incestueux :—1<sup>o</sup> les premiers peuvent être reconnus par leurs auteurs; la reconnaissance des seconds est interdite (art. 335).—2<sup>o</sup> Les enfants naturels simples peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère (art. 331); la loi refuse cette faveur aux enfants adultérins ou incestueux (art. 331).—3<sup>o</sup> Les enfants naturels dont la filiation est légalement constatée ont des droits importants dans la succession de leurs père et mère (art. 757 et s); les enfants adultérins ou incestueux sont exclus de la succession de leurs parents, la loi ne leur accorde qu'un morceau de pain sur cette succession (art. 762).

Ces différences s'expliquent. L'enfant naturel est le fruit d'une simple faiblesse; l'enfant adultérin ou incestueux est le fruit d'un crime. La loi devait donc faire un accueil plus sympathique au premier qu'au second. Et toutefois on ne peut s'empêcher de remarquer que les rigueurs de la loi tombent sur des innocents. Un enfant est-il coupable de l'irrégularité de son origine? Cette considération aurait peut-être dû porter le législateur à se montrer un peu moins sévère à l'égard des enfants adultérins ou incestueux. Ils sont hommes après tout, et à ce titre ils ont le droit de vivre; or le législateur les condamne presque à mourir de faim!

**727.** L'ordre naturel des idées aurait peut-être conduit à parler d'abord de la reconnaissance des enfants naturels et ensuite de la légitimation; car la reconnaissance, comme on le verra bientôt, est un préliminaire obligé de la légitimation. Le législateur a suivi un ordre

inverse : il traite d'abord de la légitimation, sans doute parce que, venant de parler des enfants légitimes, il tenait à parler immédiatement des enfants naturels qui leur sont assimilés par le bénéfice de la légitimation. Fidèle à la ligne de conduite que nous nous sommes tracé, nous suivrons le plan adopté par le législateur.

## SECTION I

### DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS

**728.** Le père et la mère d'un enfant naturel simple peuvent le légitimer en contractant mariage l'un avec l'autre, après l'avoir reconnu. Les parents ayant ainsi réparé dans la mesure du possible l'irrégularité de l'union à laquelle l'enfant naturel doit le jour, la loi veut bien regarder cet enfant comme un fruit anticipé du mariage, et l'élever à la dignité d'enfant légitime. En offrant aux parents comme cadeau de noces la légitimation de leur enfant, le législateur espère les inviter à transformer leur concubinage en un mariage légitime. Ce système est assurément préférable à celui de la législation anglaise, qui, dans la crainte sans doute de favoriser le concubinage en faisant briller aux yeux des concubins l'espoir d'en réparer un jour les conséquences, interdit la légitimation des enfants naturels. La passion ne calcule pas, et l'expérience a prouvé qu'il ne suffit pas à un législateur de déclarer une faute irréparable pour empêcher qu'elle ne soit commise. Bien plus sage est celui qui compte avec la faiblesse humaine et qui autorise la réparation des fautes que les prohibitions les plus sévères seront toujours impuissantes à prévenir.

On peut définir la légitimation : un bienfait de la loi, en vertu duquel des enfants naturels sont élevés à la dignité d'enfants légitimes par le mariage que leurs parents contractent après les avoir reconnus.

**729. Historique.** — Le Droit romain admettait quatre modes de légitimation des enfants naturels, c'est-à-dire des enfants issus du concubinat : 1<sup>o</sup> la légitimation par oblation à la curie ; 2<sup>o</sup> la légitimation par mariage subséquent ; 3<sup>o</sup> la légitimation par rescrit du prince ; 4<sup>o</sup> la légitimation par testament. Cette dernière ne pouvait être opérée que moyennant un rescrit ; ce qui fait que certains auteurs n'y voient qu'une variante de la légitimation par rescrit.

Notre ancien Droit admettait la légitimation par mariage subséquent, et la légitimation par lettres patentes du Roi, laquelle correspondait à la légitimation par rescrit. A l'origine ces deux modes de légitimation produisaient les mêmes effets ; mais plus tard il s'établit entre eux des différences importantes. La légitimation par mariage subséquent tend à absorber la légitimation par rescrit, en ce sens que les effets de cette dernière vont toujours en diminuant. Ainsi on décide d'abord que l'enfant légitimé par rescrit ne pourra succéder à son auteur qu'autant que les lettres du prince lui conféreront expressément ce droit ; puis enfin on en vient à lui refuser le droit de succéder. Quel fut alors l'effet de cette légitimation ? Elle conférait à l'enfant le droit de porter le nom de son père, et aussi les armes de sa maison, mais avec

une brisure de droite à gauche, signe de la bâtardise. Elle avait aussi pour résultat de relever l'enfant légitime de certaines incapacités dont les bâtards étaient alors frappés, notamment de l'incapacité de remplir certaines fonctions ecclésiastiques.

Notre Code civil ne reconnaît qu'un seul mode de légitimation : la légitimation par mariage subséquent.

### I. *Quels sont les enfants qui peuvent être légitimés.*

**730.** Les enfants naturels simples seulement. C'est ce qui résulte de l'article 331 ainsi conçu : « *Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration* ».

La loi exclut, on le voit, du bénéfice de la légitimation les enfants adultérins et incestueux ; et pour savoir si un enfant a cette qualité, il faut se reporter, comme on l'a vu, à l'époque de sa conception. C'est d'ailleurs ce qui résulte très-formellement de notre article qui déclare la légitimation impossible pour les enfants « *nés d'un commerce adultérin ou incestueux* ».

Cela posé, on ne comprend guère qu'il puisse y avoir controverse sur le point de savoir si les enfants issus du commerce de deux personnes parentes au degré où le mariage est prohibé, sont légitimés par le mariage subséquent que leurs auteurs contractent avec dispense. Un oncle a commerce avec sa nièce ou un beau-frère avec sa belle-sœur ; de ce commerce naît un enfant ; il est incestueux (art. 162 et 163). Les parents obtiennent une dispense pour contracter mariage, et ils se marient après avoir reconnu leur enfant. Cet enfant sera-t-il légitimé ? L'article 331 répond trois fois non ; une première fois, en défendant la légitimation des enfants issus d'un commerce incestueux ; une deuxième fois, en exigeant comme condition préalable de la légitimation la reconnaissance de l'enfant légitimé, condition impossible ici à remplir (voy. art. 335) ; enfin une troisième fois, en ce sens que, si la disposition de notre article relative aux enfants incestueux ne s'applique pas à l'hypothèse dont il s'agit, elle n'a pas d'application possible. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point. Malgré ces raisons écrasantes, la Cour de cassation juge d'une manière constante que les enfants dont il s'agit sont légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs. Quelles raisons en donne-t-elle ? Dans son dernier arrêt sur la question, celui du 27 janvier 1874 (Sir., 74. 4. 408), on lit : « Attendu qu'il résulte des termes et de l'esprit de l'article 331 que la prohibition de légitimer par mariage subséquent des enfants incestueux ne s'applique qu'aux enfants *nés de personnes entre lesquelles le mariage est absolument interdit*, ou qui n'ont pas obtenu du Gouvernement l'autorisation de le contracter. » Ainsi l'article 331 signifie que les enfants, issus du commerce d'un père avec sa fille ou d'un frère avec sa sœur, ne pourront pas être légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs ! Mais en interprétant ainsi l'article 331, on prête au législateur une naïveté, disons mieux : une niaiserie. Comprend-on que le législateur soit venu nous dire que deux personnes, *qui ne peuvent en aucun cas se marier ensemble*, ne pourront pas légitimer leurs enfants par leur mariage ? Ou l'article 331, en tant qu'il parle des enfants incestueux, n'a pas de sens, ou bien il signifie que les enfants issus d'un commerce incestueux ne seront pas légitimés par le mariage que leurs auteurs pourront contracter plus tard avec dispenses. Cette rigueur d'ailleurs peut recevoir une explication telle quelle. Le lé-

gislateur a peut-être pensé qu'il diminuerait le nombre des liaisons incestueuses en interdisant dans tous les cas la légitimation des enfants qui en sont le fruit. — On ne peut se dissimuler cependant que la prohibition de légitimer les enfants incestueux présente de grands inconvénients pratiques. Les enfants, nés avant mariage d'un oncle et de sa nièce, d'un beau-frère et de sa belle-sœur qui se sont ensuite mariés avec dispenses, et même d'après l'opinion exposée plus haut (*supra*, n° 682), ceux nés avant le 180<sup>e</sup> jour du mariage, seront incestueux, et comme tels privés de tout droit de succession; tandis que leurs frères, qui ont eu le bonheur de venir au monde un peu plus tard, jouiront des honneurs et des avantages de la légitimité. Il y aura donc sous le même toit des frères, dont la condition semble devoir être égale et qui seront cependant séparés par un abîme : tout pour les uns, rien pour les autres. De là des haines inextinguibles, des conflits... Ces considérations expliquent, sans la justifier, la solution à laquelle s'est arrêtée la jurisprudence. Elles expliquent aussi la proposition qui a été faite le 41 mai 1872 d'un projet de loi modifiant l'article 331 « pour le mettre d'accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation ». La loi se mettant d'accord avec la jurisprudence! c'est assez plaisant. Ceux qui ont proposé ce projet de loi voyaient combien est fâcheux le conflit auquel ils voulaient mettre fin, *exemplo pessimum*. Ceux qui l'ont fait échouer sur ce fondement qu'il était inutile, parce que la question était définitivement tranchée par la jurisprudence, semblent n'avoir pas compris combien il est périlleux d'encourager le juge à se faire législateur en réformant la loi quand il la trouve inique!

**731.** Aux termes de l'article 332 : « *La légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants* ».

Il s'agit des descendants *légitimes* de l'enfant naturel décédé. La légitimation les fera devenir petits-fils ou arrière-petits-fils légitimes des auteurs de leur père aujourd'hui décédé; elle les mettra dans la même situation, vis-à-vis des parents de leur père, que si celui-ci avait été légitimé de son vivant. Quant aux enfants naturels de l'enfant naturel, la légitimation de leur père ne leur ouvrirait pas la porte de la famille dans laquelle celui-ci entre; à plus forte raison ne pourraient-ils pas y entrer par une légitimation obtenue après son décès.

## II. Conditions requises pour la légitimation.

**732.** La loi en exige deux (art. 331).

PREMIÈRE CONDITION. Il faut que l'enfant ou les enfants qu'il s'agit de légitimer aient été reconnus par leurs deux auteurs avant le mariage ou au plus tard dans l'acte de célébration (art. 331).

Notre ancien Droit n'exigeait pas cette condition; il admettait la légitimation des enfants reconnus pendant le cours du mariage par les deux époux. Mais ce système donnait lieu à une fraude facile à commettre et souvent commise : des époux, dont l'union avait été stérile, reconnaissaient l'un et l'autre un enfant qui ne leur appartenait pas, et se procuraient ainsi un enfant légitime en dehors des formes prescrites pour l'adoption. C'était, comme l'a dit le premier Consul, « créer des enfants par consentement mutuel. » La postérité ne peut être que l'œuvre de la nature, elle ne doit jamais être celle du caprice. Il y avait donc de bonnes raisons pour exiger que la filiation fût devenue certaine avant la célébration du mariage, ou au plus tard au moment même de cette célébration. Et toutefois on ne peut se dissimuler qu'en pra-

tique ce système offre de graves inconvénients. Beaucoup de mères, considérant leur maternité comme certaine, par cela seul que l'acte de naissance de leur enfant la constate, ne songent pas à reconnaître cet enfant, en vue de la légitimation duquel la plupart du temps elles contractent mariage : leur erreur est irréparable le mariage une fois célébré. On aurait pu obvier à ce grave inconvénient en obligeant l'officier de l'état civil à prévenir les futurs époux que, s'ils ont un ou plusieurs enfants à légitimer, ils doivent, au cas où ils ne les auraient pas déjà reconnus, les reconnaître dans l'acte de célébration.

Pourvu d'ailleurs que la reconnaissance soit antérieure au mariage, il importe peu qu'elle soit volontaire ou forcée. Les termes de la loi « lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus » font il est vrai allusion à une reconnaissance volontaire ; mais ici comme ailleurs, *lex statuit de eo quod plerumque fit*. En raison d'ailleurs, il n'y a pas de motif pour distinguer entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée. Enfin la reconnaissance forcée produit, comme on le verra plus loin, les mêmes effets que la reconnaissance volontaire. Mais elle n'en produit pas davantage ; aussi ne saurait-on admettre l'opinion de quelques auteurs qui pensent que la reconnaissance forcée survenue pendant le mariage pourrait être utile au point de vue de la légitimation.

**DEUXIÈME CONDITION.** Il faut que le père et la mère de l'enfant contractent mariage ensemble. Bien entendu le mariage doit être valable ou au moins putatif.

Le projet du Code civil contenait un article ainsi conçu : « Le mariage contracté à l'extrémité de la vie, entre deux personnes qui auraient vécu en concubinage, ne légitime point les enfants qui seraient nés avant le mariage. » On voulait sans doute, à l'aide de cette disposition, empêcher que l'espoir de légitimer au dernier moment de la vie les enfants issus d'un concubinage, ne favorisât le dérèglement des mœurs. Mais, sur les observations de Berlier, cette mesure fut reconnue impuissante, et l'article supprimé. La légitimation résulterait donc d'un mariage *in extremis*.

**733.** Telles sont les seules conditions requises pour la légitimation. Ainsi il n'y a pas de délai fixé pour la conclusion du mariage qui doit opérer la légitimation, sans doute parce qu'il n'est jamais trop tard pour réparer une faute. Il n'est pas non plus nécessaire, comme en Droit romain, que le mariage ait été possible entre les auteurs de l'enfant lors de sa conception, ce qui permet de légitimer l'enfant né d'une fille âgée de moins de quinze ans (art. 145) et celui conçu par une veuve dans les dix mois qui suivent la dissolution de son mariage (art. 228). Enfin l'existence d'un mariage intermédiaire contracté par l'un des auteurs de l'enfant ne ferait pas obstacle à la légitimation. « Personne ne doute, dit Pothier, que le mariage a la force de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu auparavant ensemble, quoique l'une d'elles, depuis ce commerce, en ait contracté un avec une autre personne après la dissolution duquel elles se sont mariées ensemble. »

**734.** Quand les deux conditions prescrites par la loi se trouvent remplies, la légitimation se produit de plein droit *ipso jure, vi et potestate legis*, sans qu'il soit nécessaire que les parents aient manifesté la volonté de l'opérer et bien plus, alors même qu'ils auraient manifesté une volonté contraire. La loi dit, il est vrai, que « les enfants... POURRONT être légitimés... » ; mais ce mot POURRONT fait allusion, non à une faculté pour les parents qui se marient de légitimer ou de ne pas légitimer les enfants

qu'ils ont reconnus, mais à la faculté qui leur appartient de se marier ou de ne pas se marier, ce qui il est vrai les rend indirectement les arbitres du sort de leurs enfants.

Le consentement de l'enfant légitimé n'est pas non plus nécessaire, comme en Droit romain. L'enfant ne pourrait même pas, en exprimant une volonté contraire, empêcher sa légitimation de se produire; l'état d'un enfant ne saurait dépendre de sa volonté.

Cependant l'enfant légitimé aurait le droit, s'il y avait intérêt, de contester la reconnaissance dont il a été l'objet de la part d'un de ses auteurs ou de tous les deux; et, s'il faisait annuler cette reconnaissance comme étant contraire à la vérité, la légitimation tomberait par voie de conséquence, puisqu'elle suppose nécessairement une reconnaissance, et une reconnaissance valable.

\* On ne pourrait pas, suivant l'opinion générale, opposer à l'enfant qui conteste la reconnaissance et par suite la légitimation dont il a été l'objet, une fin de non-recevoir tirée de l'article 322, qui ne permet pas à un enfant de réclamer un état autre que celui que lui donne son titre de naissance et la possession d'état conforme. L'article 322 n'est pas applicable à l'enfant naturel légitimé, soit parce qu'il ne peut pas avoir une possession d'état d'enfant légitime conforme à son titre de naissance, puisque d'après son titre il est naturel; soit parce qu'il n'a pas la possession constante de l'état d'enfant légitime, puisque le plus souvent il n'aura cette possession que depuis le mariage de ses père et mère.

\* Ce n'est pas seulement l'enfant légitimé qui peut contester la reconnaissance et par suite la légitimation dont il a été l'objet : tout intéressé a le même droit (arg., art. 339). Ainsi un donataire pourrait, dans le but d'échapper à la révocation pour cause de survenance d'enfant, contester la reconnaissance faite par le donateur d'un enfant né depuis la donation et la légitimation qui l'a suivie (arg., art. 960).

### III. Effets de la légitimation.

**735.** « Les enfants légitimés par le mariage subséquent auront le » mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage » (art. 333). — « *Tanta vis est matrimonii ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur* », dit une décrétale d'Alexandre III.

Il résulte de l'article 333 que la légitimation ne rétroagit pas au jour de la naissance de l'enfant : c'est au contraire la naissance de l'enfant qui est reportée au jour de la célébration du mariage. *Dies nuptiarum dies est conceptionis et nativitatis legitimæ.*

\* De là résultent plusieurs conséquences :

\* 1<sup>o</sup> L'enfant légitimé n'aura aucun droit aux successions collatérales qui auraient pu s'ouvrir avant la célébration du mariage. Exemple : un homme a un fils naturel; il se marie avec une femme autre que la mère de son enfant, et de ce mariage naissent deux enfants, Primus et Secundus. L'un d'eux, Secundus, meurt; puis le père devient veuf: il épouse sa concubine, et légitime son enfant naturel. Celui-ci ne pourra réclamer aucun droit dans la succession de son frère consanguin Secundus, mort avant le mariage qui a produit sa légitimation.

\* 2<sup>o</sup> Un enfant naturel légitimé pourrait être légalement le puîné par rapport à des enfants légitimes issus d'un mariage antérieur à celui qui a produit sa légitimation et qui en fait seraient moins âgés que lui. Ainsi, dans l'espèce qui vient d'être

citée tout à l'heure, l'enfant naturel légitimé, bien qu'en fait il soit plus âgé, serait légalement le puîné par rapport à son frère consanguin Primus. Ce serait donc celui-ci qui jouirait, à l'exclusion de celui-là, des avantages attachés au droit d'aînesse: ce qui avait autrefois beaucoup plus d'importance qu'aujourd'hui, principalement en ce qui concerne les majorats. — Toutefois il est douteux qu'il y ait lieu d'appliquer cette déduction au cas prévu par l'article 17 de la loi du 27 juillet 1872, qui exempte du service militaire dans l'armée active en temps de paix : « 1<sup>o</sup> l'aîné d'orphelins de père et de mère; 2<sup>o</sup> le fils unique ou l'aîné des fils..... ou l'aîné des petits-fils d'une femme actuellement veuve..... ou d'un père aveugle ou entré dans sa soixante-dixième année. » Il est probable que la loi entend ici par aîné l'aîné d'âge; car son idée est évidemment que le plus âgé des enfants soit dispensé du service d'activité comme étant le plus apte à remplir le rôle de soutien de famille.

Si plusieurs enfants naturels ont été légitimés par un même mariage, l'aîné sera le plus âgé.

\* **736.** On a vu que la législation anglaise n'admet pas la légitimation des enfants naturels par le mariage subséquent de leurs parents. De là peut naître un conflit entre les deux législations. Voici les diverses faces sous lesquelles il peut se présenter :

A. Un Français épouse une Française en Angleterre. Ce mariage légitimera-t-il les enfants naturels que les époux auraient reconnus l'un et l'autre, au plus tard dans l'acte de célébration du mariage? Oui d'après la loi française qui est la loi nationale des contractants. Non d'après la loi du pays où ils ont contracté mariage. Laquelle doit s'appliquer? La loi française, car la loi qui régit la légitimation appartient au statut personnel, et les Français sont régis par leur statut personnel, même quand ils contractent en pays étranger (Bordeaux, 27 août 1877, Sir., 79. 2. 405).

B. Un Anglais épouse une Anglaise en France. Leur mariage n'opèrera pas la légitimation de leurs enfants naturels. Ainsi le veut la loi personnelle des contractants, qui leur est applicable même en France. — C'est la contre-partie de la proposition précédente (Cass., 20 janvier 1879, Sir., 79. 4. 447).

C. Une Anglaise épouse un Français soit en France soit en Angleterre. Aux yeux de la loi française, ce mariage opèrera la légitimation de leurs enfants; car la femme est devenue française par son mariage, ce qui lui rend applicable le statut personnel français. Aux yeux de la loi anglaise il en serait sans doute autrement, car on sait que la femme anglaise qui épouse un Français reste anglaise d'après la loi de son pays.

D. Une Française épouse un Anglais soit en France soit en Angleterre. Elle perd ainsi sa nationalité aux yeux de la loi française, et devient anglaise (art. 19). De là il résulte que, pour résoudre la question de savoir si le mariage produit la légitimation des enfants naturels, il faut se référer à la loi anglaise qui forme le statut personnel des deux époux; or, d'après cette loi, la légitimation n'a pas lieu. La jurisprudence de la Cour de cassation paraît être en sens contraire; mais les raisons qu'elle invoque ne prouvent rien ou prouvent trop.

\* **737.** Un conflit d'un autre genre peut se produire entre la loi française et une loi étrangère au sujet des formes de la légitimation. Il devrait être tranché par l'application de la règle *Locus regit actum*. Ainsi des Français ayant des enfants naturels se marient en pays étranger; la légitimation sera régie quant à son principe et quant aux conditions de fond par la loi française; car les conditions de fond appartiennent au statut personnel, qui régit les Français même en pays étranger (numéro précédent); mais, en ce qui concerne les conditions de forme, la légitimation sera régie par la loi étrangère, conformément à la règle *Locus regit actum*.

La difficulté est de savoir quelles sont les conditions de fond et quelles sont les

conditions de forme de la légitimation. Les conditions de fond sont : 1<sup>o</sup> que les deux époux aient reconnu leurs enfants avant le mariage ou au plus tard lors du mariage; 2<sup>o</sup> que les auteurs de l'enfant contractent mariage. Le reste semble appartenir à la forme; il en est ainsi notamment de la célébration du mariage et du mode de constatation de la reconnaissance. Même au point de vue de la légitimation, le mariage pourrait donc être valablement célébré et la reconnaissance valablement constatée dans la forme prescrite par la loi du pays; d'où il résulte logiquement que la filiation des enfants serait suffisamment constatée par une possession constante antérieure au mariage, si la loi du pays où le mariage est contracté admet la possession d'état comme mode de preuve de la filiation des enfants naturels; car la filiation serait alors établie antérieurement au mariage suivant les formes prescrites par la loi du pays. Mais il paraîtrait difficile d'admettre, comme l'a cependant fait la cour de Besançon (25 juillet 1876, Sir., 79. 2. 249), que la légitimation puisse se produire au profit d'enfants dont la filiation n'était aucunement établie lors du mariage, pas même par la possession d'état, et qui acquièrent cette possession pendant le cours du mariage; cela sous prétexte que la loi du pays où le mariage est contracté (la Californie) consacre la légitimation dans ces conditions. Le mode de constatation de la reconnaissance des enfants naturels, et par suite de leur filiation, appartient bien à la forme; mais l'époque, à laquelle la filiation doit être constatée, paraît être une condition de fond qui doit être régie à ce titre par la loi française.

## SECTION II

### DE LA RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS

**738.** Sous ce titre le législateur traite des divers modes de preuve de la filiation naturelle. Tandis qu'il indique dans le chapitre II trois modes de preuve de la filiation légitime, savoir : l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve par témoins, il n'en signale ici que deux en ce qui concerne la filiation naturelle : la reconnaissance volontaire et la reconnaissance judiciaire ou forcée. On verra qu'il n'y a pas lieu d'ajouter à cette liste.

#### § I. *De la reconnaissance volontaire.*

**739.** La reconnaissance volontaire est une déclaration de paternité ou de maternité faite spontanément par le père ou par la mère d'un enfant naturel dans les formes prescrites par la loi. L'acte authentique (art. 334), qui constate cette reconnaissance, forme le titre de l'enfant naturel; il constitue le mode de preuve régulier et normal de la filiation naturelle, de même que l'acte de naissance constitue le mode de preuve régulier et normal de la filiation légitime (art. 319). Au point de vue de la preuve de la filiation, l'acte de reconnaissance est donc pour l'enfant naturel ce qu'est l'acte de naissance pour l'enfant légitime.

#### N<sup>o</sup> 4. En quelles formes doit être faite la reconnaissance.

**740.** La reconnaissance d'enfant naturel doit être faite dans la forme

authentique. C'est ce qui résulte de l'article 334 ainsi conçu : « *La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance.* »

L'acte authentique est celui qui a été reçu par un officier public compétent et avec les solennités requises (art. 1317). La loi a cru l'authenticité nécessaire pour assurer la liberté et la sincérité de la reconnaissance : la présence de l'officier public chargé de la recevoir et des témoins instrumentaires est une garantie contre les surprises et les violences, dont il y avait lieu de craindre que l'auteur de la reconnaissance fût trop souvent victime. L'authenticité de l'acte assure aussi l'irrévocabilité de la reconnaissance. Sous ce double rapport, un acte sous seing privé n'aurait pas offert les mêmes avantages.

On le voit, c'est pour des raisons majeures que la loi a exigé l'authenticité de l'acte de reconnaissance. Aussi tous les auteurs admettent-ils que l'acte authentique est ici requis *ad solemnitatem*, c'est-à-dire comme une condition essentielle à la validité, disons mieux, à l'existence même de la reconnaissance ; la loi ne le dit pas, mais elle le sous-entend. La reconnaissance d'enfant naturel est donc un acte *solennel*, c'est-à-dire un acte dans lequel *Forma dat esse rei*.

**741.** Quels sont les officiers publics compétents pour recevoir une reconnaissance d'enfant naturel et en dresser acte ? Régulièrement ce sont les officiers de l'état civil et les notaires.

**A. Les officiers de l'état civil.** Leur compétence est toute naturelle, puisqu'il s'agit d'un acte relatif à l'état civil. Si la reconnaissance est faite devant l'officier de l'état civil en même temps que la déclaration de naissance de l'enfant, l'officier de l'état civil dresse un acte unique pour constater tout à la fois la naissance et la reconnaissance ; l'acte ainsi dressé prouvera donc à la fois la naissance et la filiation de l'enfant naturel. Si la reconnaissance est faite postérieurement à la déclaration de naissance, alors l'officier de l'état civil en dresse un acte distinct, qu'il inscrit sur les registres à sa date et dont il doit faire mention en marge de l'acte de naissance s'il en existe un (art. 62). Dans le cas particulier où la reconnaissance est faite en vue de la légitimation de l'enfant au moment de la célébration du mariage de ses père et mère, l'officier de l'état civil la constate dans l'acte de mariage (art. 331) :

**B. Les notaires.** Ils ont en effet qualité, d'après l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 25 ventôse an XI, pour recevoir tous les actes auxquels les particuliers veulent ou doivent faire donner le caractère de l'authenticité.

D'après le projet, les officiers de l'état civil devaient avoir une compétence exclusive pour recevoir les reconnaissances d'enfants naturels et en dresser acte. Ce système présentait un inconvénient grave : c'est qu'il ne permettait pas de tenir la reconnaissance secrète, les registres de l'état civil sur lesquels elle devait nécessairement figurer étant publics ; on pouvait craindre qu'il n'empêchât bien des recon-

naissances de se produire. C'est pour ce motif que le législateur a admis la compétence des notaires concurremment avec celle des officiers de l'état civil. L'emploi de cet officier ministériel permet en effet de tenir la reconnaissance secrète; car les minutes d'un notaire ne sont pas à la disposition du public, il n'en doit communication qu'aux parties intéressées (loi du 25 ventôse an XI, art. 33). Ces considérations prouvent que la reconnaissance faite devant notaire ne doit pas nécessairement être transcrite sur les registres de l'état civil. L'article 62 ne contredit pas cette solution. D'abord sa place dans le titre *des Actes de l'état civil* donne déjà à entendre qu'il n'est applicable qu'aux reconnaissances faites devant l'officier de l'état civil. Son texte d'ailleurs confirme cette induction: il dit que l'acte de reconnaissance doit être INSCRIT sur les registres; or, pour un acte notarié de reconnaissance, il ne pourrait être question que d'une *transcription*, et non d'une *inscription* sur les registres. Enfin l'article ajoute que l'acte doit être inscrit à *sa date*, ce qui serait souvent impossible pour un acte notarié de reconnaissance.

**742.** D'après l'article 2 de la loi du 21 juin 1843, la reconnaissance d'enfants naturels figure parmi les actes pour lesquels la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires est exigée à peine de nullité, au moins au moment de la lecture de l'acte par le notaire rédacteur et de sa signature par les parties.

L'acte notarié contenant reconnaissance d'enfant naturel doit être rédigé en minute (arg., art. 20 et 68, l. 25 ventôse an XI).

Une reconnaissance faite par acte sous seing privé ne deviendrait pas valable par le dépôt qui serait fait de cet acte chez un notaire; les actes sous seing privé, dont le dépôt a été effectué dans l'étude d'un notaire et constaté par un acte, ne deviennent pas pour cela des actes authentiques.

\* **743.** La jurisprudence et les auteurs admettent, sauf quelques divergences, qu'une reconnaissance d'enfant naturel pourrait accidentellement être reçue et constatée :

1<sup>o</sup> Par le juge de paix, assisté de son greffier, *siégeant comme magistrat conciliateur*, dans le procès-verbal qu'il dresse pour constater les dires et déclarations des parties et les conventions intervenues entre elles. Ce procès-verbal étant un acte authentique, on ne voit pas pourquoi la reconnaissance qu'il constate ne serait pas valable. En dehors de cette hypothèse spéciale, et peut-être de celle où il préside un conseil de famille, le juge de paix ne pourrait pas recevoir une reconnaissance d'enfant naturel et en dresser acte, parce qu'il n'a pas qualité pour constater dans la forme authentique les déclarations faites par les particuliers.

2<sup>o</sup> Par un tribunal, lorsque, dans le cours d'une instance pendante devant lui, l'une des parties a reconnu un enfant naturel, et qu'il a été demandé acte de cette reconnaissance au tribunal. Une reconnaissance d'enfant naturel pourrait encore être constatée par un juge-commissaire dans un procès-verbal d'enquête.

3<sup>o</sup> Une reconnaissance d'enfant naturel pourrait valablement être faite dans un testament *par acte public*, car ce testament est un acte notarié (art. 971), partant un acte authentique; mais non dans un testament olographe qui est un acte sous seing privé (art. 999), ni même dans un testament mystique. Il n'y a d'authentique dans le testament mystique que l'acte de suscription; cet acte de suscription ne communique pas l'authenticité au testament dont il signale seulement l'existence sous l'enveloppe. La reconnaissance pourrait, il est vrai, être faite valablement dans l'acte de suscription; mais on ne comprendrait guère que le testateur, qui, en employant la forme mystique, paraît rechercher le secret, usât de ce moyen qui fera passer la reconnaissance sous les yeux de six témoins au moins (arg. art. 976).

La reconnaissance contenue dans un testament par acte public serait-elle révocable comme l'est le testament qui la contient ? Il y a controverse sur ce point. La jurisprudence décide que la reconnaissance, étant irrévocable de sa nature, conserve ce caractère même quand elle est déposée dans un testament. Il y a en effet de puissantes raisons à faire valoir en ce sens. L'article 895, qui pose le principe de la révocabilité des dispositions testamentaires, nous dit en même temps que « le testament est un acte par lequel le testateur dispose pour le temps où il ne sera plus de tout ou partie de ses biens. » C'est le testament ainsi défini qui est révocable, donc le testament en tant qu'il est un acte de disposition des biens ; par suite, s'il contient accidentellement des dispositions étrangères aux biens et que ces dispositions soient irrévocables de leur nature, cette circonstance qu'elles sont contenues dans un testament ne les rendra pas révocables. Or tel est le caractère de la reconnaissance ; elle est un aveu, et un aveu est irrévocable de sa nature. Il en doit être, à ce point de vue, de la reconnaissance contenue dans un testament, comme de celle qui serait contenue dans un contrat de mariage. Le contrat de mariage n'est qu'un projet, tant que le mariage en vue duquel il a été dressé n'est pas conclu : ce qui n'empêche pas, de l'avis général, la reconnaissance renfermée dans un contrat de mariage d'être efficace indépendamment de la célébration. Pourquoi n'en serait-il pas de même de la reconnaissance contenue dans un testament ? — Et toutefois la jurisprudence a reculé devant une conséquence nécessaire de son système. Si la reconnaissance contenue dans un testament est irrévocable, il n'y a pas de motif pour qu'elle ne puisse pas produire ses effets immédiatement ; on devra permettre par conséquent à l'enfant de l'invoquer, même du vivant de son auteur, par exemple pour obtenir une pension alimentaire, de même qu'on devrait lui permettre d'invoquer la reconnaissance contenue dans un contrat de mariage, même avant que le contrat ait été confirmé par la célébration du mariage. En refusant d'admettre la conséquence qui vient d'être signalée, la jurisprudence a fourni une arme puissante à ses adversaires, qui ont dit : si la conséquence n'est pas admissible, le principe d'où elle découle ne l'est pas non plus ; un prétendu principe qui engendre des conséquences inadmissibles est un faux principe. La critique paraît fondée : si l'on admet le principe, il faut admettre la conséquence. C'est impossible ! dit-on ; car on arriverait ainsi à exécuter un testament du vivant du testateur, ce qui est contraire à toutes les règles. Ne peut-on pas répondre que donner un effet immédiat à la reconnaissance, ce n'est pas exécuter le testament, par cette raison toute simple que la disposition qui contient la reconnaissance n'est pas une disposition testamentaire : il n'y a de telles que celles relatives aux biens (art. 895). Ce n'est pas plus une disposition testamentaire que la reconnaissance contenue dans un contrat de mariage n'est une convention matrimoniale ; et, de même qu'une telle reconnaissance peut produire son effet avant que le contrat de mariage ait force obligatoire, de même rien ne s'oppose à ce que la reconnaissance contenue dans un testament produise ses effets du vivant du testateur. Encore une fois ce n'est pas une disposition testamentaire !

**744.** Dans quelque acte que la reconnaissance soit contenue, elle doit toujours être faite, sinon en termes sacramentels, au moins en termes formels qui ne laissent aucun doute sur la volonté de l'auteur de la reconnaissance.

N° 2. Au profit de quels enfants la reconnaissance peut avoir lieu.

**745.** La reconnaissance ne peut avoir lieu qu'au profit des enfants naturels simples. « *Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit*

» *des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin* » (art. 335). La loi, dans un intérêt de moralité publique, n'a pas voulu que la paternité ou la maternité adultérine ou incestueuse pût être révélée. Ce sont là des faits honteux sur lesquels l'intérêt social exige que l'on jette un voile.

La loi prohibant la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux, il en résulte que l'officier public, qui serait requis de constater une semblable reconnaissance, devrait refuser de la recevoir : il ne doit pas prêter la main à une violation ouverte de la loi. Il se fait cependant dans la pratique des reconnaissances d'enfants adultérins ou incestueux, et voici comment : les parents, qui veulent faire une semblable reconnaissance, se gardent bien de révéler à l'officier public dont ils empruntent le ministère le vice d'adultère ou d'inceste qui s'oppose à la validité de la reconnaissance. Ainsi un homme marié qui veut reconnaître son enfant adultérin évitera soigneusement d'indiquer sa qualité à l'officier public, et celui-ci qui ne connaît pas, on le suppose, personnellement le déclarant, dressera acte de la reconnaissance. Ou bien encore, si les auteurs d'un enfant incestueux veulent reconnaître leur enfant dans un seul et même acte, ils se garderont bien d'indiquer à l'officier public le lien de parenté qui les unit; de sorte que l'officier public, qui ignore ce lien de parenté, dressera, sans le savoir, acte d'une reconnaissance d'enfant incestueux. On peut encore supposer que l'officier public reçoit sciemment une reconnaissance d'enfant adultérin ou incestueux soit par ignorance soit par collusion.

**746.** Dans tous les cas où il sera *légalement constant* que la reconnaissance s'applique à un enfant adultérin ou incestueux, cette reconnaissance sera nulle. La loi ne le dit pas, mais elle le donne clairement à entendre par les termes prohibitifs de l'article 335. Ce résultat, disons-nous, ne se produira que dans les cas où il sera *légalement constant* que l'enfant objet de la reconnaissance est adultérin ou incestueux. Ainsi un homme marié a un enfant, fruit de ses relations avec une fille libre; il reconnaît cet enfant. L'acte de reconnaissance ne dit pas que le père de l'enfant était marié lors de la conception de celui-ci, mais ce fait est prouvé par son acte de mariage inscrit sur les registres de l'état civil. La reconnaissance sera nulle. Supposons maintenant qu'au lieu d'être reconnu par son père, cet enfant soit reconnu par sa mère; rien d'ailleurs dans l'acte de reconnaissance ne révèle l'origine adultérine de l'enfant. La reconnaissance sera valable, parce que la filiation adultérine de l'enfant n'est pas légalement prouvée. De même, en ce qui concerne un enfant incestueux, si cet enfant a été reconnu par son père et par sa mère dans un même acte, le lien de parenté qui existe entre les auteurs de l'enfant étant, on le suppose, légalement constant, la reconnaissance sera nulle, que l'acte indique ou n'indique pas sa filiation incestueuse. Mais si l'enfant a été reconnu par son père seulement ou par sa mère seulement, la reconnaissance sera valable, puisque l'origine incestueuse de l'enfant ne sera pas légalement établie.

La reconnaissance faite au profit d'un enfant dont l'origine adultérine ou incestueuse est légalement établie étant nulle, il en résulte que cette reconnaissance ne produit aucun effet, *ni contre l'enfant, ni en sa faveur*, conformément à la règle *Quod nullum est nullum producit effectum*.

Elle ne produit pas d'effet *contre l'enfant*. On ne pourra donc pas la lui opposer pour faire réduire les donations qui lui auraient été faites en violation de l'article 908, c'est-à-dire les donations qui auraient trop d'importance pour pouvoir être considérées comme ayant un caractère alimentaire.

Elle ne produit pas non plus d'effet *au profit de l'enfant*. Il ne pourra donc pas l'invoquer à l'effet d'obtenir les aliments que lui allouent les articles 762 et 763.

Mais alors, dira-t-on, les articles 908 et 762 seront lettre morte. Si la reconnaissance faite au profit d'un enfant adultérin ou incestueux ne peut pas être invoquée contre lui à l'effet de lui faire appliquer l'article 908, et s'il ne peut jamais invoquer cette même reconnaissance pour jouir du droit qui lui est conféré par l'art. 762, ces deux articles ne recevront jamais leur application, puisqu'il ne sera jamais possible aux adversaires d'un enfant d'établir sa filiation adultérine ou incestueuse ni à l'enfant lui-même de prouver cette filiation. On pourrait être tenté de croire en effet que le législateur, en décrétant les articles 908 et 762, a perdu de vue la disposition de l'article 335. Mais cette imputation serait d'une extrême gravité, et on ne doit l'admettre qu'à la dernière extrémité. Or il n'est pas impossible de trouver des cas, rares il est vrai, dans lesquels la filiation adultérine ou incestueuse d'un enfant se trouve légalement constatée en l'absence de toute reconnaissance. Alors s'appliqueront les articles 908 et 762. Voici les principaux :

a). Un mari désavoue l'enfant de sa femme. Le jugement qui admet le désaveu constate la filiation adultérine de l'enfant, puisqu'il est légalement constant qu'il appartient à la mère et que le mari n'en est pas le père.

b). Un enfant qui se prétend légitime est admis à prouver sa filiation maternelle par témoins. Il réussit dans cette preuve; mais le mari de son côté réussit à prouver, comme le lui permet l'article 325, qu'il n'est pas le père de l'enfant. Le jugement qui constatera ces deux points établira la filiation adultérine de l'enfant.

c). Un mariage est annulé comme ayant été contracté au mépris de l'existence d'un premier lien. L'adultérinité des enfants issus de ce mariage sera légalement établie.

d). Un mariage est annulé comme ayant été contracté entre deux personnes parentes au degré où le mariage est prohibé. Les enfants issus de ce mariage seront légalement des enfants incestueux.

**747.** Les enfants naturels simples sont donc les seuls qui puissent être l'objet d'une reconnaissance valable et susceptible de produire des effets. D'ailleurs la reconnaissance d'un enfant est possible même avant sa naissance; le père peut être tenté de la faire en prévision du cas où il viendrait à mourir avant la naissance de l'enfant, la mère en prévision de celui où elle viendrait à succomber dans les douleurs de l'enfantement. L'intérêt de l'enfant à cette reconnaissance anticipée est manifeste, et par suite elle doit être autorisée en vertu de la maxime : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*.

Il est également sans difficulté que la reconnaissance d'un enfant naturel pourrait être faite après sa mort, au cas où il aurait laissé des descendants, et en vue de procurer à ceux-ci le bénéfice de la légitimation (arg., art. 331 et 332).

La question de savoir si un enfant naturel peut être reconnu après sa mort, quand il n'a pas laissé de descendants, est plus délicate. On a dit en faveur de la négative : une pareille reconnaissance se présente sous un jour défavorable, car elle est faite dans le but unique de recueillir la succession de l'enfant décédé. Comprend-on que la loi accueille la prétention d'un homme ou d'une femme qui, après avoir dissimulé sa paternité ou sa maternité pendant toute la vie de son enfant, sans doute pour échapper aux charges qu'elle lui aurait imposées, vient la révéler quand elle peut être la source d'un profit? D'ailleurs il résulte de l'article 332 que la légitimation d'un enfant naturel décédé n'est possible que quand il a laissé des descendants. Il

doit en être de même de la reconnaissance; d'autant plus que, au point de vue des droits qu'elle peut conférer aux parents, la reconnaissance équivaut à une légitimation quand l'enfant n'a pas laissé de descendants.—La loi aurait pu consacrer ce système; mais dans son silence il est fort douteux qu'il doive être admis. L'article 332 n'est rien moins que décisif; l'argument *a contrario* qu'on en tire prouverait jusqu'à un certain point qu'on ne peut pas *légitimer* un enfant naturel décédé qui n'a pas laissé de descendants; mais il ne prouve pas que cet enfant ne puisse pas être reconnu; car autre chose est la légitimation, autre chose la reconnaissance. La vérité est qu'il n'y pas de loi qui interdise ici la reconnaissance; donc elle doit être permise. La reconnaissance ne fait que révéler une filiation préexistante, et on ne voit pas comment la mort de l'enfant pourrait faire obstacle à cette révélation. N'y a-t-il pas des cas d'ailleurs où aucune faute ne peut être reprochée à l'auteur de cette reconnaissance posthume? Souvent ce sera une mère, qui a prodigué à son enfant les soins les plus dévoués; elle ne l'a pas reconnu pendant sa vie, parce qu'elle en ignorait peut-être la nécessité; et puis, lorsqu'après la mort de l'enfant le fisc se présentera pour recueillir sa maigre succession, on ne permettra pas à la mère de l'exclure, sous prétexte qu'elle n'a pas reconnu l'enfant du vivant de celui-ci et que la reconnaissance faite après sa mort est nulle!

N° 3. Par qui la reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite.

**748.** La reconnaissance peut être faite par les auteurs de l'enfant ou par leurs mandataires.

A. *Par les auteurs de l'enfant.* Ils peuvent reconnaître l'enfant par un même acte ou par acte séparé.

La loi ne s'explique pas sur la capacité requise pour faire une reconnaissance d'enfant naturel. Concluons en qu'à ce point de vue aucune condition particulière n'est requise: toute personne capable de faire une déclaration digne de foi pourra valablement reconnaître un enfant naturel. On ne peut guère songer à appliquer ici les règles relatives à la capacité de contracter; car la reconnaissance d'un enfant naturel n'est pas un contrat, c'est une déclaration, un aveu.

Une reconnaissance d'enfant naturel pourra donc être faite valablement, non seulement par tout individu majeur et maître de ses droits, mais encore:

a). *Par un interdit*, pendant un intervalle lucide bien entendu. *Non obstat* art. 502 qui déclare que *tous actes* passés par l'interdit... sont nuls de droit; car l'interdiction n'a pour but que la protection des intérêts pécuniaires de l'interdit; ses effets ne doivent donc se produire que relativement aux actes qui ont un caractère pécuniaire; or la reconnaissance d'enfant naturel a un caractère, non pas peut-être *exclusivement*, mais *essentiellement* moral. A plus forte raison une reconnaissance d'enfant naturel pourrait-elle être faite par une personne soumise à l'autorité d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil (arg., art. 499 et 543).

b). *Par un mineur même non émancipé.* Si un mineur ne pouvait pas lui-même reconnaître son enfant naturel, la reconnaissance serait impossible jusqu'à sa majorité; car, de l'avis de tous, cet acte ne rentre pas dans le mandat du tuteur. Or ce résultat serait doublement regrettable: d'abord il empêcherait la légitimation de l'enfant par le mariage de ses parents jusqu'à leur majorité, et puis l'enfant serait nécessairement privé de son état par suite de la mort de ses auteurs avant leur majorité.

c). *Par une femme mariée* sans l'autorisation de son mari ou de la justice. C'est ce qui paraît résulter de l'article 337.

La doctrine et la jurisprudence sont à peu près d'accord sur ces divers points.

B. *Par le mandataire des auteurs de l'enfant ou de l'un d'eux.* La procuration donnée à cet effet doit être spéciale et authentique (arg., art. 36 C. et art. 2. l. 21 juin 1843).

**749.** La reconnaissance émanée de l'un des auteurs de l'enfant n'établit sa filiation que par rapport à cet auteur, et non par rapport à l'autre. La reconnaissance est un aveu ; or l'aveu est essentiellement personnel.

Il en serait ainsi, alors même que l'acte constatant la reconnaissance faite par l'un des auteurs de l'enfant contiendrait l'indication du nom de l'autre.

Cependant à cette règle l'article 336 apporte une exception : « *La reconnaissance du père sans l'indication et l'aveu de la mère n'a d'effet qu'à l'égard du père* » (1). Une jurisprudence constante induit de cet article par argument *a contrario* que la reconnaissance du père avec l'indication et l'aveu de la mère produit effet à l'égard de celle-ci, c'est-à-dire que, si le père d'un enfant naturel, en le reconnaissant, a indiqué le nom de la mère, il suffira que la mère confirme par son aveu la déclaration de maternité faite par le père pour que la filiation de l'enfant soit légalement établie par rapport à elle. Et comme la loi n'exige pas que l'aveu de la mère soit fait dans telle forme plutôt que dans telle autre, il faudrait en conclure qu'un aveu quelconque suffit, soit un aveu exprès contenu dans un écrit émané de la mère, soit même un aveu tacite résultant des circonstances, c'est-à-dire de la conduite de la mère à l'égard de l'enfant, par exemple des soins qu'elle lui a donnés (Bordeaux, 27 août 1877, Sir., 79. 2.105).

Cette solution toutefois est vivement contestée par quelques auteurs, qui ne trouvent pas l'article 336 assez précis pour en faire sortir une dérogation si grave au principe, essentiel en cette matière, que la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut être faite que par acte authentique (art. 334). Mais on doit convenir qu'ils ne donnent pas une explication bien satisfaisante de ces mots de l'article 336 « sans l'indication et l'aveu de la mère » ; ils signifieraient *sans l'indication de la mère faite de son aveu* : DE SON AVEU, c'est-à-dire avec son consentement, et ce consentement ne pourrait être donné que par acte authentique conformément à l'article 334. L'article 336 voudrait donc dire : quand un père, en reconnaissant son enfant naturel, a indiqué la mère, sans que celle-ci lui en ait donné pouvoir par une procuration spéciale et authentique, cette indication ne produit aucun effet par rapport à la mère. Si l'article 336 devait être ainsi interprété, il ne contiendrait rien de particulier à la reconnaissance faite par le père ; car il en serait exactement de même de la reconnaissance faite par la mère. Nul doute que l'indication du père, faite par la mère dans l'acte par lequel elle reconnaît son enfant, sans une procuration spéciale et authentique du père, ne produirait aucun effet par rapport à celui-ci. Et alors on se demande pourquoi le législateur n'aurait pas conservé la troisième rédaction qui avait été donnée à l'article 336 à la suite des discussions au Conseil d'Etat : « La

(1) C'est surtout dans les reconnaissances faites par le père avant la naissance de l'enfant que l'on rencontre l'indication de la mère. Cette indication est alors absolument indispensable pour permettre de savoir quel est l'enfant auquel s'applique la reconnaissance.

reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu. » En remplaçant cette rédaction par celle qu'il a définitivement adoptée, le législateur a certainement voulu établir une particularité en ce qui concerne la reconnaissance faite par le père. Où est cette particularité dans le système qui vient d'être développé? On la voit au contraire nettement dans celui de la jurisprudence : elle consiste en ce que l'indication de la mère, faite par le père dans l'acte de reconnaissance, suffit pour constater la filiation maternelle de l'enfant, si cette indication est confirmée par un aveu de la mère; tandis que l'indication du père faite par la mère, fût-elle confirmée par un aveu exprès ou tacite du père, ne suffit pas pour prouver la filiation paternelle de l'enfant; différence d'ailleurs assez facile à expliquer dans le système adopté par le législateur du Code civil qui interdit la recherche de la paternité (art. 340), tandis qu'il admet celle de la maternité. — Quelques auteurs regrettent même que le législateur n'ait pas accordé à l'indication de la mère, faite par ceux qu'il charge de déclarer la naissance de l'enfant et constatée par l'acte de naissance de cet enfant, la même vertu qu'à l'indication faite par le père et consignée dans l'acte constatant sa reconnaissance, c'est-à-dire la vertu de prouver légalement la filiation maternelle, sous la seule condition d'être confirmée par l'aveu exprès ou tacite de la mère.

N° 4. Dans quels cas une reconnaissance d'enfant naturel peut être attaquée.

**750.** Une reconnaissance d'enfant naturel peut être attaquée quand elle est inexistante ou quand elle est nulle.

A. Une reconnaissance d'enfant naturel est inexistante dans les cas suivants :

1° Lorsque son auteur était privé de raison au moment où il l'a faite;

2° Lorsqu'elle n'a pas été faite dans les formes prescrites par la loi, car la reconnaissance est un acte solennel : telle serait la reconnaissance faite par acte sous seing privé ou verbalement. Toutefois la reconnaissance faite *par la mère* en la forme sous seing privé pourrait servir à l'enfant de commencement de preuve par écrit, et l'autoriser à ce titre à prouver par témoins sa filiation maternelle (arg., art. 341).

La non-existence d'une reconnaissance peut être invoquée en tout temps et par tout intéressé, soit en demandant, soit en défendant.

B. Une reconnaissance d'enfant naturel est nulle dans les cas suivants :

1° Lorsqu'elle est entachée de violence ou de dol.

\* La nullité ne peut en ce cas être invoquée que par l'auteur de la reconnaissance (arg., art. 1117). Elle serait susceptible de se couvrir par la confirmation ou ratification et aussi par la prescription. Mais la prescription ne s'accomplirait ici que par trente ans conformément à l'article 2262, et non par dix ans conformément à l'article 1304, dont la disposition exceptionnelle ne vise que les actions en nullité des conventions.

2° Lorsqu'elle est contraire à la vérité. C'est à cette hypothèse que se réfère l'article 339 ainsi conçu : « *Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt* ». L'intérêt, sur le fondement duquel on peut être admis à contester une reconnais-

sance comme n'étant pas l'expression de la vérité, peut être moral ou pécuniaire.

On peut citer comme ayant un intérêt moral :

a). L'enfant objet de la reconnaissance. Il ne lui suffirait pas de déclarer qu'il refuse la reconnaissance dont il a été l'objet, car sa volonté ne saurait exercer aucune influence sur son état ; il doit prouver que cette reconnaissance est contraire à la vérité, et il peut faire cette preuve par tous les moyens possibles.

b). Toute personne qui a déjà reconnu l'enfant naturel. Et cela non seulement lorsque la deuxième reconnaissance est contradictoire avec la première, mais aussi lorsqu'elle est susceptible de se concilier avec elle. Deux reconnaissances sont contradictoires quand elles émanent de deux personnes de même sexe ; nul ne peut avoir deux pères ni deux mères. Deux reconnaissances sont susceptibles de se concilier entre elles, quand elles sont faites par deux personnes de sexe différent. Même dans ce dernier cas, comme nous venons de le dire, l'auteur de l'une des reconnaissances peut contester l'autre ; car un homme a un intérêt moral évident à ce que la première femme venue n'usurpe pas la maternité de l'enfant dont il s'est reconnu le père, de même qu'en sens inverse une femme a un intérêt moral plus patent encore à ce que sa maternité ne soit pas associée à la paternité du premier venu.

c). Enfin l'auteur lui-même de la reconnaissance contraire à la vérité peut l'attaquer. Cette solution, qui est admise sans difficulté dans l'hypothèse où la reconnaissance est le résultat d'une violence, d'un dol ou d'une erreur sur la personne de l'enfant, est au contraire contestée pour le cas où la fausse reconnaissance a été faite sciemment et en dehors de toute influence étrangère. Mais la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que l'on oppose alors comme fin de non-recevoir à l'auteur de la reconnaissance, ne paraît pas suffisante pour neutraliser l'argument tiré de la généralité des termes de l'article 339, qui permet à « tout intéressé » sans exception d'attaquer la reconnaissance. D'autant plus qu'il s'agit ici de l'état d'un enfant, c'est-à-dire d'une matière d'ordre public où il est désirable par conséquent que la vérité se fasse jour par tous les moyens possibles.

Pourraient contester la reconnaissance sur le fondement d'un intérêt pécuniaire :

a). Les héritiers de l'auteur de la reconnaissance, après le décès de celui-ci. — Ils ont intérêt à la faire tomber pour empêcher l'enfant naturel de venir réclamer dans la succession de son auteur les droits que lui accordent les articles 757 et s.

b). Les donataires ou légataires, même à titre particulier, de l'auteur de la reconnaissance. — Ils peuvent avoir intérêt à la faire annuler pour échapper à l'action en réduction que l'enfant naturel exercerait contre eux dans le but d'obtenir la réserve à laquelle il a droit.

c). Les autres enfants naturels reconnus de l'auteur de la reconnaissance. — En contestant la reconnaissance, ils cherchent à écarter un concurrent dont la présence diminue leurs droits.

**751.** Celui qui conteste une reconnaissance d'enfant naturel doit prouver qu'elle est contraire à la vérité, et il peut faire cette preuve par tous les moyens possibles. L'action doit être intentée contre l'auteur de la reconnaissance et contre l'enfant. Si l'enfant n'était pas mis en cause, la décision judiciaire qui annulerait la reconnaissance n'aurait pas l'autorité de la chose jugée par rapport à lui (arg., art. 4354). Dans la pratique, on nomme à l'enfant, quand il est mineur, un tuteur *ad hoc*. Mais la loi n'exigeant pas cette nomination, on doit la considérer comme n'étant pas nécessaire pour la régularité de la procédure. L'enfant serait donc valablement représenté dans l'instance par son tuteur ordinaire.

## N° 5. Des effets de la reconnaissance volontaire.

**752.** Avant la reconnaissance l'enfant naturel a une filiation; mais cette filiation est légalement ignorée; la reconnaissance vient la révéler et la constater. Elle est donc, non pas attributive, mais simplement *déclarative* de la filiation de l'enfant. Nous savons qu'elle n'établit la filiation de l'enfant que par rapport à celui de ses auteurs dont elle émane, et non par rapport à l'autre: ainsi la reconnaissance faite par la mère n'établit pas la filiation de l'enfant à l'égard de son père, de même que la reconnaissance faite par le père n'établit pas la filiation de l'enfant à l'égard de sa mère. Ajoutons qu'elle ne crée de lien qu'entre l'enfant et l'auteur qui l'a reconnu, mais non entre l'enfant et les parents de cet auteur; la reconnaissance est un aveu, et les conséquences d'un aveu sont personnelles à celui dont il émane. L'enfant naturel n'entre donc pas dans la famille du père ou de la mère qui l'a reconnu. De là il résulte que la famille d'un enfant naturel est toujours fort restreinte: elle comprend ses descendants légitimes ou ses enfants naturels et, en ligne ascendante, seulement son père et sa mère qui l'ont reconnu. L'enfant naturel n'a pas de parents collatéraux; et toutefois la loi semble reconnaître l'existence d'un lien de parenté entre les enfants naturels qui ont le même père ou la même mère; elle les désigne sous le nom de frères naturels, et établit entre eux à ce titre un droit réciproque de succession (art. 776).

**753.** En révélant la filiation de l'enfant naturel, la reconnaissance fait naître certains droits, certaines obligations et certaines incapacités:

1° L'enfant naturel a le droit de porter le nom de son père ou de sa mère qui l'a reconnu. S'il a été reconnu par les deux, il portera le nom de son père.

2° Les père et mère d'un enfant naturel reconnu ont sur sa personne et sur ses biens quelques-uns des droits, et sont soumis à la plupart des obligations résultant de la puissance paternelle (art. 383).

3° L'enfant naturel reconnu ne peut se marier ou se donner en adoption, sans obtenir le consentement ou sans requérir le conseil de ses père et mère, suivant les distinctions établies par la loi quand il s'agit d'un enfant légitime (art. 158 et 346).

4° La reconnaissance fait naître une obligation alimentaire réciproque entre l'enfant et les parents qui l'ont reconnu.

5° La reconnaissance fait naître entre l'enfant et ses parents qui l'ont reconnu un droit réciproque de successibilité (art. 757 et s.). L'article 338 nous indique par anticipation que les droits de succession de l'enfant naturel sont moins étendus que ceux de l'enfant légitime. « *L'en-*

» *fant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime.*  
 » *Les droits des enfants naturels seront réglés au titre des Successions* ».  
 Ce n'est là qu'un article de renvoi. Le législateur a saisi la première occasion, qui s'est offerte à lui, pour annoncer qu'il ne voulait pas maintenir la scandaleuse assimilation qu'avaient établie les lois révolutionnaires entre les enfants naturels et les enfants légitimes.

6° L'enfant naturel reconnu est frappé de l'incapacité de recevoir de ses père et mère, par donation entre-vifs ou par testament, au-delà de ce qui lui est accordé au titre des Successions (art. 908).

**754.** L'acte de reconnaissance forme le titre de l'enfant naturel, de même que l'acte de naissance forme le titre de l'enfant légitime. L'un comme l'autre prouve la filiation de l'enfant *erga omnes*.

L'enfant naturel reconnu peut donc invoquer son titre (acte de reconnaissance) vis-à-vis de tous, à l'effet d'exercer les droits que lui donne sa qualité d'enfant naturel; de même que tous intéressés peuvent le lui opposer à l'effet de lui faire subir les charges ou de lui faire appliquer les incapacités qu'entraîne cette qualité. Ainsi un enfant naturel pourra invoquer la reconnaissance dont il a été l'objet de la part de son père vis-à-vis des héritiers de celui-ci, afin de se faire attribuer dans la succession paternelle la part que lui alloue l'article 757. Et en sens inverse, les héritiers du père pourront opposer à cet enfant sa reconnaissance, pour faire réduire aux limites déterminées par l'article 908 les donations que son père lui a faites.

**755.** La règle : que la reconnaissance constitue un titre opposable à tous, souffre une exception remarquable dans l'hypothèse prévue par l'article 337, ainsi conçu : « *La reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. — Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants* ».

Voici l'hypothèse prévue et réglée par notre article. Un homme a un enfant naturel, il épouse une femme autre que la mère de l'enfant, puis il reconnaît celui-ci pendant le cours du mariage; ou bien une femme, qui a un enfant naturel, épouse un homme autre que le père, et reconnaît l'enfant pendant le mariage. Le législateur considère la reconnaissance faite dans ces conditions comme une violation de la foi promise. La loyauté semble exiger en effet que l'époux, qui a dissimulé sa paternité ou sa maternité à son conjoint avant la célébration du mariage, ne la lui révèle pas par une reconnaissance faite pendant son cours. Aussi la loi, sans annuler cette reconnaissance, décide-t-elle qu'elle ne pourra pas être opposée au conjoint, en tant qu'elle pourrait lui nuire pécuniairement; et pour que ce conjoint ne soit pas indirectement atteint dans la personne de ses enfants, la loi ajoute que la reconnaissance ne pourra pas non plus nuire aux enfants nés du mariage. A

l'égard de tous autres, la reconnaissance produirait ses effets ordinaires ; notamment s'il ne reste pas d'enfants du mariage, l'enfant naturel pourrait opposer sa reconnaissance aux parents de son auteur (ascendants ou collatéraux) appelés à sa succession, et réclamer vis-à-vis d'eux la part déterminée par l'article 757.

Tel est l'article 337. Il établit, on le voit, une exception au Droit commun, d'après lequel la reconnaissance produit ses effets *erga omnes* ; d'où il faut conclure que sa disposition ne doit pas être étendue en dehors de ses termes, d'après la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

**756.** Deux conditions sont exigées par notre article pour qu'une reconnaissance d'enfant naturel tombe sous le coup de sa disposition restrictive.

PREMIÈRE CONDITION. — Il faut que la reconnaissance ait été faite pendant le mariage. Donc notre article serait inapplicable :

1<sup>o</sup> A la reconnaissance faite *avant le mariage*, eût-elle été tenue secrète par son auteur et ignorée par suite de son conjoint. D'ailleurs, en pareil cas, la reconnaissance, ayant été faite avant le mariage, avait fait naître un droit acquis au profit de l'enfant ; ce droit ne saurait être modifié par le fait postérieur de la célébration du mariage.

2<sup>o</sup> A la reconnaissance faite après la dissolution du mariage. Le motif de la loi manque ici non moins que son texte : comment une reconnaissance faite après la dissolution du mariage serait-elle considérée comme une violation de la foi promise ? L'historique de la confection de la loi lève d'ailleurs tous les doutes. Le projet contenait une disposition qui ne donnait plein et entier effet à la reconnaissance faite après la dissolution du mariage qu'autant qu'il n'en restait pas d'enfants ; or cette disposition n'a pas passé dans la rédaction définitive de la loi.

DEUXIÈME CONDITION. — Il faut que l'enfant reconnu par l'un des époux pendant le cours du mariage soit « d'un autre que de son époux ». L'article 337 ne s'appliquera donc plus, toutes les fois qu'il sera *légalement constant* que l'enfant reconnu par l'un des époux appartient aussi à l'autre, car il n'y a plus alors violation de la foi promise. Nous disons : *légalement constant* ; peu importe d'ailleurs que ce soit par une reconnaissance faite avant, pendant ou après le mariage ; et peu importe aussi que cette reconnaissance soit volontaire ou forcée.

**757.** Indiquons maintenant quelques applications du principe : que la reconnaissance faite dans les conditions déterminées par l'article 337 ne peut pas nuire à l'époux ni aux enfants issus du mariage.

a). Si au décès de l'époux auteur de la reconnaissance il existe des enfants légitimes issus du mariage, ils excluront complètement l'enfant

naturel de la succession de son auteur. Autrement la présence de l'enfant naturel nuirait aux enfants issus du mariage.

b). Si l'époux auteur de la reconnaissance ne laisse lors de son décès aucun parent au degré successible, son conjoint aura droit à toute sa succession (art. 767) à l'exclusion de l'enfant naturel. Si l'enfant naturel pouvait, conformément au Droit commun (art. 767), recueillir la succession à l'exclusion du conjoint, sa reconnaissance nuirait au conjoint : ce que ne permet pas l'article 337.

\* Et toutefois un doute naît à cet égard de la partie finale de l'article 337, qui déclare que la reconnaissance « produira son effet après la dissolution du mariage, s'il n'en reste pas d'enfants. » Donc, pourrait-on dire, comme il n'y a dans l'espèce proposée aucun enfant du mariage, le Droit commun reprend son empire, et par suite l'enfant naturel succède par préférence au conjoint. Mais on reconnaît généralement que la disposition finale de l'article 337 n'est qu'une déduction du principe posé par l'alinéa 1<sup>er</sup>, à savoir que la reconnaissance ne peut pas nuire au conjoint ni aux enfants issus du mariage, et qu'elle ne saurait par conséquent avoir pour résultat de paralyser dans un cas particulier l'application de ce principe. On s'explique d'ailleurs à merveille que le législateur n'ait pas songé au cas où un concours s'engagerait directement entre l'enfant naturel et le conjoint relativement à la succession de l'époux décédé, cette hypothèse étant de nature à se présenter très-rarement, parce que sa réalisation suppose l'absence de tout parent du défunt au degré successible (arg., art. 767). Ici comme partout *lex statuit de eo quod plerumque fit*. En ce sens Req. Rej., 28 mai 1878., Sir., 79. 4. 337.

\* c). L'enfant naturel reconnu dans les conditions déterminées par l'article 337 ne pourra pas, en invoquant son droit de réserve sur les biens de son auteur décédé, faire réduire les donations que celui-ci a faites à son conjoint par le contrat de mariage; autrement la reconnaissance de l'enfant nuirait au conjoint.

\* **758.** Une question du même genre s'élève en ce qui concerne, soit les donations entre-vifs faites par l'auteur de la reconnaissance à son conjoint pendant le mariage (art. 1096), soit les donations testamentaires. L'enfant naturel, dont la reconnaissance tombe sous le coup de l'article 337, peut-il faire réduire ces donations pour obtenir sa réserve? La négative paraît au premier abord résulter de la généralité des termes de l'article 337, d'après lequel la reconnaissance ne peut pas nuire au conjoint; elle lui nuirait, si les donations qui lui ont été faites par l'auteur de l'enfant pouvaient être réduites sur la demande de celui-ci en vertu du droit de réserve qui résulte de sa reconnaissance. Mais cette solution, conforme au texte de la loi, serait contraire à son esprit. Il est vraisemblable que la loi entend sauvegarder ici seulement les droits qui appartiennent au conjoint *en cette qualité*, et non ceux qui peuvent lui appartenir à un autre titre. Cela posé, le droit de succession que l'article 767 confère au conjoint survivant lui est attribué en sa qualité de conjoint. Il en est de même des avantages résultant du contrat de mariage : c'est sur la foi de ces avantages que le mariage a été contracté ; la reconnaissance faite dans les conditions déterminées par l'article 337 ne pourra donc pas porter atteinte à ces droits. Tout autre est la situation du conjoint en ce qui concerne les legs ou les donations à lui faits *constante matrimonio* : ce n'est pas en qualité de conjoint qu'il vient en réclamer le bénéfice, et l'enfant naturel qui demande à les faire réduire est dans le vrai en disant que ce ne sont pas les droits *du conjoint* auxquels il porte atteinte, mais ceux du donataire ou du légataire. Comme le dit fort bien Marcadé, il est raisonnable de penser que les droits de l'époux, auxquels la reconnaissance ne peut

pas nuire, sont ceux « qui découlent de cette qualité même, soit d'après les dispositions de la loi, soit d'après les clauses arrêtées dans le contrat de mariage comme condition de ce mariage ».

Mais voilà l'auteur de l'enfant naturel qui, craignant que l'application de l'article 337 ne prive son enfant de tout droit dans sa succession lors de son décès, lui lègue une somme plus ou moins importante ou lui fait une donation. Cette donation ou ce legs devra-t-il être exécuté au préjudice du conjoint ou des enfants, dans les limites de la quotité disponible bien entendu? La plupart des auteurs admettent la négative. Ils disent en substance : si on donne effet à la donation ou au legs dont l'enfant naturel a été gratifié, on accorde à l'auteur de la reconnaissance un moyen indirect et bien simple d'é luder l'article 337 qui alors deviendra lettre morte. D'ailleurs, quand l'article 337 dit que la reconnaissance faite dans les conditions qu'il détermine ne peut pas nuire au conjoint ni aux enfants issus du mariage, cela revient à refuser à l'enfant naturel tout droit de succession vis-à-vis du conjoint et des enfants du mariage; or, aux termes de l'article 908, l'enfant naturel ne peut recevoir par donation entre-vifs ou testamentaire au-delà de ce qui lui est alloué par la loi à titre de succession; donc il ne peut rien recevoir en face du conjoint et des enfants du mariage, puisque vis-à-vis d'eux il n'a aucun droit de succession. Mais on peut répondre : l'article 908 ne dit pas, comme on le lui fait dire, que l'enfant naturel ne peut rien recevoir par donation au-delà de ce qui lui est accordé à titre de succession; il dispose que « les enfants naturels ne pourront par donation.... rien » recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre des Successions ». Or l'article 337 est placé dans le titre de la Paternité et de la Filiation, et il doit par suite être laissé de côté pour l'application de l'article 908. D'ailleurs ce dernier article suppose qu'il est accordé quelque chose à l'enfant naturel, et qu'on peut lui faire une donation dans la limite de ce qui lui est accordé. L'appliquer à un cas où l'enfant naturel n'aurait aucun droit de succession, c'est étendre son application en dehors de ses termes; or l'article 908 n'est pas susceptible d'une interprétation extensive, parce qu'il formule une prohibition fort rigoureuse et contient une disposition en quelque sorte pénale. Enfin l'enfant naturel n'est-il pas en droit de dire : la reconnaissance dont j'ai été l'objet, ayant été faite dans les conditions déterminées par l'article 337, doit être considérée comme non avenue vis-à-vis du conjoint de mon auteur et des enfants issus du mariage; ma situation est donc la même par rapport à eux que si je n'avais jamais été reconnu; or, dans cette hypothèse je pourrais conserver le don ou réclamer le legs qui m'a été fait dans les limites de la quotité disponible. Ne serait-il pas d'ailleurs contraire à toute justice que les adversaires de l'enfant pussent invoquer et rétorquer contre lui une reconnaissance qu'ils ne lui permettent pas d'alléguer en sa faveur? L'enfant naturel n'est-il pas bien fort quand il vient dire à ses adversaires : ma reconnaissance est valable à votre égard ou elle est nulle, choisissez; si elle est valable, j'ai droit dans la succession de mon auteur à la part que m'alloue l'article 757, et la donation ou le legs qui m'a été fait doit s'exécuter jusqu'à concurrence de cette part; si elle est nulle, alors je n'ai aucun droit de succession à faire valoir, mais aussi je puis conserver le don qui m'a été fait ou en réclamer l'exécution dans les limites de la quotité disponible, comme pourrait le faire un étranger : ce qui n'est pas admissible, c'est que vous souteniez que ma reconnaissance est nulle en tant qu'il s'agit de me faire appliquer l'article 337, et valable en tant qu'il s'agit de me faire appliquer l'article 908. En ce sens Req. Rej., 28 mai 1878. Sir., 79. 4. 337.

L'article 337 constitue une disposition de faveur pour le conjoint et les enfants issus du mariage; ils pourraient donc renoncer au bénéfice de cet article pour s'en tenir au Droit commun. *Unusquisque potest juri in favorem suum introducto*

*renuntiare*. Le conjoint ou les enfants pourraient avoir intérêt à agir de la sorte précisément dans l'hypothèse qui vient d'être examinée tout à l'heure, celle où l'enfant naturel est donataire ou légataire de son auteur. Ils pourraient dire à l'enfant naturel : nous considérons votre reconnaissance comme valable de tous points, nous demandons par suite qu'on vous applique l'article 908, et que le don ou le legs qui vous a été fait soit réduit aux limites déterminées par les articles 757 et suivants. Cette prétention est d'ailleurs de toute justice ; autrement l'enfant reconnu pendant le mariage se trouverait ici dans une situation plus favorable que celui reconnu auparavant, ce qui est inadmissible.

**759.** L'enfant naturel reconnu dans les conditions déterminées par l'article 337 peut-il invoquer sa reconnaissance à l'effet d'obtenir des aliments de son auteur ? Plusieurs jurisconsultes accordent ce droit à l'enfant naturel sans aucune distinction à cause du caractère sacré de la dette alimentaire. Mais il y a quelque chose de plus sacré encore que la dette alimentaire, c'est le texte de la loi ; or la loi dit que la reconnaissance de l'enfant ne peut pas nuire au conjoint ni aux enfants issus du mariage ; donc la demande d'aliments formée par l'enfant naturel devra être rejetée en tant qu'elle leur nuirait. Elle leur nuira presque toujours, à tel point qu'on éprouve quelque embarras pour citer un cas dans lequel la demande devrait être accueillie comme ne leur causant aucun préjudice. En voici un cependant : les deux époux sont séparés de corps ; ils vivent l'un et l'autre avec les ressources que leur fournit leur fortune personnelle ; il n'y a pas d'ailleurs d'enfant du mariage. La demande d'aliments formée par l'enfant naturel reconnu pendant le mariage devra être accueillie, si elle est d'ailleurs fondée. En quoi peut-elle préjudicier aux droits du conjoint ?

**760.** Il reste une grave question. La reconnaissance *forcée*, survenue pendant le cours du mariage au profit d'un enfant que l'un des époux a eu avant le mariage d'un autre que de son conjoint, tombe-t-elle sous le coup de l'article 337 ? En d'autres termes, y a-t-il lieu de distinguer, au point de vue de l'application de l'article 337, entre la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée ? D'après la jurisprudence de la Cour de cassation il n'y aurait pas lieu de distinguer ; la reconnaissance forcée survenue pendant le cours du mariage ne pourrait pas plus nuire au conjoint et aux enfants que la reconnaissance volontaire. La raison serait que, la loi n'ayant pas déterminé les effets de la reconnaissance forcée, on ne peut que l'assimiler sur ce point comme sur tous les autres à la reconnaissance volontaire. — Même en admettant, ce qui en effet est exact, comme on le verra plus loin, que les effets de la reconnaissance forcée sont les mêmes que ceux de la reconnaissance volontaire, il n'en résulterait pas nécessairement que l'article 337 fût applicable à la reconnaissance forcée. En effet l'article 337 contient une limitation aux effets ordinaires de la reconnaissance, et il s'agit de savoir si cette limitation est spéciale à la reconnaissance volontaire, ou si elle s'applique aussi à la reconnaissance forcée. On peut donc fort bien admettre en principe que les effets de la reconnaissance forcée sont les mêmes que ceux de la reconnaissance volontaire, sans être obligé d'appliquer pour cela l'article 337 à la reconnaissance forcée. L'argument invoqué par la Cour de cassation étant ainsi écarté, on ne peut se dissimuler que les termes de l'article 337 ne sont pas favorables à la solution qu'elle adopte. Il parle d'une reconnaissance « FAITE pendant le mariage », expression qui fait bien allusion à une reconnaissance volontaire. En appliquant l'article 337 au cas d'une reconnaissance forcée, on l'étend donc en dehors de ses termes : ce que ne permettent pas les règles ordinaires de l'interprétation, l'article 337 constituant une disposition exceptionnelle. *Exceptio est strictissime interpretationis*. La doctrine est divisée sur cette question.

## § II. De la reconnaissance forcée ou judiciaire.

**761.** Dans certains cas, la loi admet l'enfant naturel, qui n'a pas été l'objet d'une reconnaissance volontaire, à établir judiciairement sa filiation. On dit alors qu'il y a de la part de l'enfant *recherche de la paternité ou de la maternité*. Si l'enfant réussit dans cette recherche et qu'il obtienne une décision judiciaire déclarant que tel homme est son père naturel ou telle femme sa mère naturelle, la filiation de l'enfant se trouve établie par une reconnaissance *judiciaire* ou *forcée*. Ces expressions paraissent singulières : le mot *reconnaissance* semble impliquer un fait volontaire de la part de celui qui reconnaît ; mais la loi en autorise l'emploi, car les articles dans lesquels elle admet exceptionnellement la recherche de la paternité ou de la maternité sont placés dans la section II intitulée : *De la reconnaissance des enfants naturels*. La loi considère donc aussi la constatation judiciaire de la paternité ou de la maternité comme une reconnaissance, et pour la distinguer de la reconnaissance volontaire, on l'a appelée reconnaissance forcée ou judiciaire. L'observation a de l'importance : la constatation judiciaire de la paternité ou de la maternité constituant aux yeux de la loi une reconnaissance, il en résulte que les textes dans lesquels la loi parle des enfants naturels « légalement reconnus » sont applicables aux enfants dont la filiation est judiciairement constatée aussi bien qu'à ceux dont la filiation est constatée par une reconnaissance volontaire. Voyez notamment art. 756.

### N° 4. De la recherche de la paternité.

**762.** Notre ancien Droit admettait la recherche de la paternité naturelle. On regardait à cet égard comme un des éléments de preuve les plus convaincants la déclaration de paternité faite par la mère dans les douleurs de l'enfantement, ainsi que l'atteste l'adage : *Creditur virgini parturienti*. Qui donc mieux qu'elle pouvait connaître le père de son enfant, et comment aurait-elle trahi la vérité dans ce moment solennel ? Bigot-Préameneu dit que la faculté de rechercher la paternité était devenue le fléau de la société. Les filles mères comprenaient souvent la règle *Creditur virgini parturienti* en ce sens : que, quand elles avaient eu des relations avec plusieurs hommes, les honneurs de la paternité de leur enfant revenaient naturellement au plus riche et au plus puissant, et elles ne manquaient pas de le déclarer au moment suprême ; il arrivait même qu'elles déclaraient comme pères de leurs enfants des hommes avec lesquels elles n'avaient jamais eu aucune relation intime. D'un autre côté, la faculté accordée à l'enfant de rechercher la paternité per-

mit souvent à d'audacieux intrigants de s'introduire, à l'aide de faux témoignages, dans des familles honorables auxquelles ils n'appartenaient pas. Frappé de ces dangers, notre législateur a pris sur ce point le contre-pied de notre ancien Droit. Il établit en principe dans l'article 340 que : « *La recherche de la paternité n'est point admise* ».

Mais en le décidant ainsi notre législateur n'est-il pas tombé dans un excès opposé? Bigot-Préameneu dit que la nature a couvert d'un voile impénétrable la transmission de notre existence. Cela est vrai; mais il ne s'ensuit pas que le fait de la paternité ne soit pas susceptible d'être prouvé. Il l'est si bien que la loi en autorise la preuve dans un cas particulier (art. 340). Sans doute la preuve de la paternité est pleine d'incertitudes et de dangers; mais tout ce qui en résulte, c'est que la loi aurait dû se montrer sévère pour son admission et exiger de sérieuses garanties. Comme le dit fort bien M. Laurent, « à force de protéger les honnêtes gens, on finit par donner une prime d'encouragement à ceux qui n'ont ni foi ni loi ».

\* **763.** La règle: que la recherche de la paternité est interdite, est formulée par l'article 340 dans les termes les plus absolus. De là il faut conclure :

1<sup>o</sup> Que la recherche de la paternité est interdite contre l'enfant aussi bien qu'à son profit. Ainsi les héritiers d'un homme décédé ne pourront pas, dans le but de faire réduire aux proportions déterminées par l'article 908 un don ou un legs fait par leur auteur, être admis à prouver que le donateur est le père naturel du donataire. Si des motifs d'ordre public ont pu porter le législateur à interdire à l'enfant la recherche de la paternité malgré l'intérêt moral si puissant qu'il peut avoir à connaître son père, combien à plus forte raison devait-il interdire cette recherche aux héritiers qui n'agissent qu'en vue d'un intérêt pécuniaire ?

2<sup>o</sup> Que la recherche de la paternité ne devrait pas être admise, alors même qu'elle aurait un but autre que celui d'établir la filiation de l'enfant. Ainsi une fille devenue mère intente contre l'homme, qu'elle accuse d'être le père de son enfant, une action en vue d'obtenir que celui-ci soit condamné à payer une pension alimentaire pour l'entretien de l'enfant; la demande de la mère doit être rejetée, parce que, pour la justifier, il faudrait prouver le fait de la paternité, et l'article 340 interdit cette preuve.

Autre est le cas où un homme se serait engagé, même par acte sous seing-privé, à fournir une pension alimentaire à un enfant qu'il déclare dans l'acte même être son fils. Une jurisprudence constante décide que celui qui a fait une semblable promesse peut être condamné à l'exécuter, bien que la reconnaissance qu'elle contient soit nulle. En demandant judiciairement cette exécution, la mère ou le tuteur de l'enfant ne recherche pas la paternité, il demande seulement l'exécution d'un engagement librement contracté. On objecte que, la paternité n'étant pas prouvée, cet engagement constitue une donation, et qu'une donation est nulle quand elle est faite par acte sous seing-privé (art. 934). Il faut répondre qu'il n'y a pas ici donation, mais exécution de l'obligation de réparer le préjudice causé par un quasi-délit. En ce sens Caen, 5 juillet 1875, Sir., 75. 2. 334.

La jurisprudence admet également que la fille séduite peut, en dehors de toute recherche de paternité, intenter une action en dommages-intérêts contre son séducteur. Cette action est, dit-on, fondée sur l'article 1382; la fille séduite demande la réparation du préjudice, que lui a causé son séducteur en lui faisant perdre son honneur et en lui donnant la charge d'un ou de plusieurs enfants. Et toutefois, pour que cette action soit recevable, la séduction doit avoir été opérée par des moyens coupables, tels que promesse de mariage, manœuvres dolosives, abus d'auto-

rité (v. l'arrêt précité). — On ne peut se dissimuler cependant qu'il faut ne pas y regarder de trop près pour ne pas voir sous cette action en dommages-intérêts une action en recherche de la paternité, et qu'ainsi entendu l'article 340 est complètement défiguré.

**764.** Le principe : que la recherche de la paternité est interdite, comporte une exception que l'article 340 formule ainsi : « *Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant.* » — Un homme enlève une fille par la violence, et la retient pendant un certain temps en *chartre* (de *carcer*) privée. Plus tard la fille devient mère, et l'accouchement a lieu à une époque telle, que la conception de l'enfant se trouve coïncider avec la période pendant laquelle la mère s'est trouvée sous la puissance de son ravisseur. Il y a une très-forte présomption que le ravisseur est le père de l'enfant ; il n'y a pas certitude cependant, comme le prétendait Treilhard ; aussi notre article dit-il seulement que le ravisseur **POURRA** être déclaré père de l'enfant, établissant ainsi une faculté et non une obligation pour le juge. L'induction, que fournit à ce sujet le texte de la loi, est d'autant plus puissante que les mots *pourra être* ont été substitués dans la rédaction définitive au mot *sera*, qui figurait dans la rédaction adoptée par le Conseil d'Etat. Le ravisseur serait donc admis à prouver par tous les moyens possibles qu'il n'est pas le père de l'enfant, par exemple en établissant une impossibilité physique de cohabitation pendant tout le temps légal de la conception, ou en démontrant que la fille ravie a eu des relations suivies avec un autre homme pendant qu'elle était retenue en chartre privée. Les juges apprécieront.

La loi dit que le ravisseur pourra être déclaré le père de l'enfant « sur la demande des parties intéressées ». Ces expressions, qui sont on ne peut plus générales, comprennent, non-seulement l'enfant et la fille ravie, mais toutes autres personnes qui pourraient avoir intérêt à faire déclarer la paternité, par exemple les adversaires de l'enfant qui voudraient lui faire appliquer l'article 908.

**765.** Il y a plusieurs manières de ravir une fille : on peut la ravir par fraude ou violence (rapt de violence) ; on peut aussi la ravir par séduction, la fille enivrée *blandis orationibus* suit alors volontairement son séducteur. Le mot *enlèvement* qu'emploie l'article 340 implique une idée de violence, comme on peut le voir en consultant le dictionnaire de l'Académie. De là il résulte que l'article 340 est inapplicable au rapt de séduction, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la fille ravie est mineure ou majeure. Cette interprétation doit d'autant plus être admise que d'une part, l'article 340 al. 2 déroge au Droit commun, et que d'autre part, la présomption de paternité attachée au rapt de séduction est beaucoup moins forte que celle qui découle du rapt de violence ; car dans le premier cas la fille ravie conserve sa liberté, qu'elle perd dans le second où elle se trouve soumise à la puissance exclusive de son séducteur.

Le mot *enlèvement* implique aussi une idée de déplacement, et on est autorisé

à en conclure qu'il ne faudrait pas appliquer l'article 340 au cas de viol. Demante dit bien que le viol est un enlèvement momentané; mais on ne peut parler ainsi qu'en s'exprimant au figuré. Appliquer l'article 340 au cas de viol, c'est donc en réalité étendre sa disposition, ce que ne permet pas sa nature exceptionnelle. L'intention du législateur de soustraire le cas de viol à l'application de l'article 340 paraît d'autant moins douteuse, que dans les divers remaniements successifs qu'a subis l'article 340, remaniements qui ont eu pour résultat de le dénaturer complètement, le mot *enlèvement* a été en définitive substitué aux mots *rapt ou viol* qui figuraient dans les rédactions précédentes. *Et alias non est eadem ratio.*

La jurisprudence est à peu près muette sur ces questions, ce qui prouve qu'elles ont peu d'importance pratique. La doctrine est divisée.

**766.** En désaccord sur les questions qui précèdent, les auteurs s'entendent à peu près pour reconnaître que la disposition de l'article 340 est complètement indépendante des dispositions de la loi pénale relatives à l'enlèvement. Ainsi l'enlèvement par fraude ou violence n'est puni comme tel par l'article 354 P. qu'autant qu'il a été pratiqué sur la personne d'un mineur; ce qui n'empêche pas que, si une fille *majeure* est ravie par violence, l'article 340 sera applicable. Cet article n'établit en effet aucune distinction entre le cas où la fille enlevée est majeure ou mineure. — D'autre part, quand l'enlèvement constitue un crime, il n'est pas nécessaire que la justice criminelle ait statué pour que les intéressés puissent réclamer l'application de l'article 340.

#### N° 2. De la recherche de la maternité.

**767.** L'article 340 interdit la recherche de la paternité; au contraire l'article 341 établit en principe que « *la recherche de la maternité est admise* ». Cette différence est dans la nature même des choses. En effet, tandis que la paternité échappe à nos investigations, la maternité au contraire se trahit par des faits extérieurs et positifs (grossesse, accouchement), susceptibles d'être établis avec le même degré de précision que les faits en général, ce qui a fait dire aux jurisconsultes romains : *Mater in jure semper certa est* (l. 5, D., *De in jus vocando*, II, 4).

La preuve à faire par l'enfant, qui recherche judiciairement sa filiation vis-à-vis de sa mère, est double : il doit établir d'une part, le fait de l'accouchement de la femme qu'il réclame comme sa mère, et d'autre part, son identité avec l'enfant dont cette femme est accouchée. La démonstration du premier fait n'implique pas celle du second; car de ce qu'il est constant que telle femme a mis un enfant au monde à telle époque, il n'en résulte pas que cette femme soit ma mère; il faut pour cela qu'il soit démontré que je suis bien l'enfant dont elle est accouchée, il faut que mon identité soit prouvée. Au contraire la preuve de l'identité entraîne nécessairement celle de l'accouchement : si je prouve que je suis l'enfant dont telle femme est accouchée à telle époque, je prouve par cela même le fait de l'accouchement. On s'explique ainsi que l'article 341 ne mentionne que la preuve de l'identité. « *L'enfant qui réclamera sa mère*, dit l'alinéa 2 de cet article, *sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée.* » Cette disposi-

tion ne suppose nullement que l'enfant soit dispensé de faire la preuve de l'accouchement, mais seulement qu'il peut faire une preuve unique s'appliquant à l'accouchement et à l'identité tout à la fois. Il doit toutefois prouver ces deux faits.

**768.** Comment les prouvera-t-il ? Exiger une preuve écrite de l'accouchement et de l'identité, c'eût été en fait demander l'impossible. En l'absence d'un aveu de la mère, l'enfant n'aura la plupart du temps qu'un seul moyen d'établir sa filiation maternelle, savoir la preuve par témoins. Mais cette preuve est dangereuse ; en l'admettant sans réserves, on aurait permis à d'audacieux intrigants de se procurer à l'aide de faux témoignages une filiation qui ne leur appartient pas. Aussi le législateur n'en autorise-t-il ici l'emploi que lorsque l'enfant a déjà un commencement de preuve par écrit. C'est ce qui résulte de l'alinéa 3 de l'article 341, ainsi conçu : « *Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit.* »

Si on compare ce texte avec l'article 323, qui détermine les conditions moyennant lesquelles la preuve testimoniale est admise pour prouver la filiation maternelle légitime, on remarque une différence qui ne peut guère être mise sur le compte d'une inadvertance de la part du législateur. L'article 323 considère comme équivalents au commencement de preuve par écrit, à l'effet de donner passage à la preuve testimoniale, les « présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants », lorsque le juge leur trouve une gravité suffisante. L'article 341 ne nous parle plus de ces présomptions ou indices, et de là il faut conclure qu'ils ne pourraient pas suppléer le commencement de preuve par écrit pour autoriser l'admission de la preuve par témoins de la maternité naturelle. A ce point de vue comme à bien d'autres, le législateur fait un accueil moins favorable à la prétention de l'enfant naturel qu'à celle de l'enfant légitime.

\* Mais s'il faut appliquer la loi, quelque dure qu'elle puisse paraître, du moins ne faut-il pas exagérer sa rigueur. Or c'est ce que semblent avoir fait certains auteurs, d'après lesquels le commencement de preuve par écrit dont parle l'article 341 serait celui que définit l'article 1347, et non celui que définit l'article 324. Si cette solution était fondée, il en découlerait que le commencement de preuve par écrit, exigé pour donner passage à la preuve par témoins de la maternité naturelle, devrait nécessairement consister dans un écrit émané du défendeur (ordinairement de la mère) ou de celui qu'il représente (art. 1347) ; il ne pourrait pas résulter, conformément à l'article 324, des titres de famille, des registres et papiers domestiques de la mère, ni des actes publics ou privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante. La jurisprudence n'a pas admis cette interprétation rigoureuse, qui aboutit à mettre le plus souvent l'enfant dans l'impossibilité de prouver sa filiation maternelle par témoins. En effet la plupart des mères naturelles ne savent pas écrire (elles appartiennent en général à la classe inférieure de la société où l'instruction est peu répandue), et celles qui le savent se gardent bien, quand elles veulent que leur maternité demeure ignorée, de fournir à l'enfant des armes contre elles-mêmes. D'ailleurs le législateur, en exigeant dans l'article 341 un commencement de preuve par écrit sans définir cette expression, n'a guère pu que se référer à la définition qu'il en avait déjà donnée en matière de filiation légitime. Comment admettre qu'il se soit reporté par la pensée à l'article 1347 qui n'existait pas encore ? On dit, il est vrai, dans le sens de l'opinion adverse, que l'article 1347 con-

tient le Droit commun en matière de commencement de preuve par écrit, et que, dans le silence de la loi, c'est le Droit commun qui doit être appliqué. Nous répondons que l'article 1347 renferme le Droit commun en matière d'obligations et l'article 324 le Droit commun en matière de filiation. En ce sens Douai, 29 janvier 1879, Sir., 79. 2. 195.

**769.** Le commencement de preuve par écrit doit rendre vraisemblable la prétention du réclamant. Or que prétend-il? Que la femme qu'il affirme être sa mère est accouchée, et qu'il est l'enfant dont elle est accouchée. Sa prétention implique l'existence de ces deux faits : accouchement d'une part, identité d'autre part (art. 341). Donc le commencement de preuve par écrit doit les rendre vraisemblables l'un et l'autre.

Il ne suffirait pas par conséquent que le commencement de preuve par écrit fourni par l'enfant rendît vraisemblable le fait de l'accouchement ; il doit rendre en outre vraisemblable le fait de l'identité. Autrement, comme le dit Demante, « 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. »

De là il résulte qu'une reconnaissance par acte sous seing-privé, émanée de la mère, ne serait pas toujours suffisante à elle seule pour faire admettre l'enfant qui s'en prévaudrait à la preuve testimoniale. Cette reconnaissance rend bien vraisemblable l'accouchement de la femme, que l'enfant réclame comme sa mère ; mais elle ne rend pas nécessairement vraisemblable l'identité du réclamant avec l'enfant dont elle est accouchée. En sens inverse, tout acte qui rendrait vraisemblable le fait de l'identité rendrait nécessairement vraisemblable le fait de l'accouchement ; car il y a un lien étroit entre la preuve de l'identité et celle de l'accouchement. De même qu'en prouvant mon identité avec l'enfant dont telle femme est accouchée, je prouve par cela même l'accouchement de cette femme, de même toute semi-preuve qui rendra mon identité vraisemblable, rendra aussi tel le fait l'accouchement.

On voit en somme que l'enfant sera rarement en mesure de satisfaire aux exigences de la loi relativement au commencement de preuve par écrit, et que rarement par suite il devra être admis à la preuve testimoniale de sa filiation maternelle. A force de vouloir protéger le droit de la mère, le législateur n'a-t-il pas sacrifié celui de l'enfant ?

\* **770.** L'enfant peut-il tirer, au point de vue de la preuve de sa filiation maternelle, quelque parti de son acte de naissance, en supposant que le nom de la femme qu'il réclame comme sa mère y soit indiqué? On sait que l'acte de naissance de l'enfant naturel ne prouve pas sa filiation, à la différence de l'acte de naissance de l'enfant légitime ; on sait aussi qu'il ne prouve même pas l'accouchement de la femme qui y est désignée comme mère de l'enfant, il ne prouve que le fait de la naissance. Sur ce dernier point toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation est en sens contraire (Cass., 4<sup>er</sup> décembre 1869, Sir., 70. 4. 404). Mais ne peut-il pas au moins fournir à l'enfant un commencement de preuve par écrit de l'accouchement de la femme, qu'il réclame comme étant sa mère? Oui, mais seulement si l'acte de naissance a été dressé avec le concours de la mère, ce qui sera rare, ou même avec le concours de l'une des personnes désignées en l'article 324, si l'on adopte la définition qui vient d'être donnée du commencement de preuve par écrit. Dans ces deux cas l'acte de naissance ne fournira à l'enfant qu'un commencement de preuve par écrit de l'accouchement, jamais de son identité, dans tous les autres, il ne lui fournira aucun commencement de preuve.

L'historique de la confection de la loi confirme cette solution. On a supprimé dans sa rédaction définitive un article du projet, qui était ainsi conçu : « Le registre de l'état civil qui constate la naissance d'un enfant né de la mère réclamée, et duquel le décès n'est pas prouvé, pourra servir de commencement de preuve par écrit. »

\* **771.** D'après la Cour de cassation, l'action en recherche de la maternité est exclusivement attachée à la personne de l'enfant; elle ne pourrait donc pas être exercée par ses ayant-cause, notamment par ses héritiers. Mais les raisons que la Cour donne à l'appui de cette solution semblent être d'une extrême faiblesse. Elle dit dans son dernier arrêt sur la question (Civ. Cass., 3 avril 1872, Sir., 72. 4. 426) que, « si l'article 344 admet la recherche de la maternité, il résulte aussi des termes de cet article et des principes de la matière que cette action, lorsqu'il ne l'a pas exercée lui-même, ne passe pas à ceux qui se prétendent ses héritiers ». Ainsi la Cour de cassation invoque d'abord les termes de l'article 344, ensuite les principes de la matière. — En ce qui concerne les termes de l'article 344, cet article suppose en effet que l'action en recherche de la maternité est exercée par l'enfant. Mais d'abord les expressions de la loi n'ont rien d'exclusif. La loi ne dit pas que l'action ne pourra être exercée que par l'enfant; elle la suppose exercée par lui, parce qu'ici comme ailleurs *statuit de eo quod plerumque fit*. Voici d'ailleurs une considération qui enlève à cet argument presque toute sa valeur : les deux derniers alinéa de l'article 344, où la loi suppose l'action intentée par l'enfant, n'ont nullement pour but de déterminer les personnes à qui l'action appartient, mais bien les conditions auxquelles est subordonné son exercice. C'est donc sur ce dernier point que le législateur a dû concentrer son attention en écrivant la disposition dont il s'agit, et on comprend à merveille qu'il n'ait pas pesé avec une précision rigoureuse les expressions relatives au premier, dont il ne parlait qu'incidemment. C'est bien plutôt dans l'alinéa 4 de l'article que le législateur a dû se préoccuper des personnes auxquelles appartient l'action en recherche de la maternité; or ici il s'exprime dans des termes assez larges pour comprendre tous les intéressés, il dit : « la recherche de la maternité est admise ». Cette induction acquiert une très-grande force, si on rapproche la disposition qui vient d'être rapportée de celle qui la précède immédiatement. Dans le cas exceptionnel où le législateur admet la recherche de la paternité, il accorde l'action aux « parties intéressées » (art. 340); or comprendrait-on que, si l'action en recherche de la paternité, qui est interdite en règle générale, appartient à tout intéressé dans les cas exceptionnels où la loi l'admet, l'action en recherche de la maternité, qui est admise en principe, ne fût accordée qu'à un seul intéressé, c'est-à-dire à l'enfant? Voilà pour les textes. La Cour de cassation invoque aussi les principes de la matière. Quels sont ces principes? La Cour ne le dit pas, et elle a peut-être ses raisons pour cela. En l'absence de dispositions spéciales, c'est le Droit commun qui doit s'appliquer; or de Droit commun une action appartient à tout intéressé quand la loi ne détermine pas limitativement ceux qui peuvent l'intenter. Voilà, ce semble, les principes de la matière; ils ne sont pas plus favorables que les textes au sentiment de la Cour de cassation. — La solution qui vient d'être développée est généralement admise dans la doctrine.

La règle : que l'action en recherche de la maternité (et aussi de la paternité dans le cas exceptionnel où la loi l'admet) peut être intentée par tout intéressé, ne souffrirait même pas exception, au cas où l'action serait intentée par les adversaires d'un enfant qui voudraient établir sa filiation à l'effet de faire réduire aux limites déterminées par l'article 908 une donation qui lui a été faite par son auteur. En d'autres termes, la recherche de la maternité ou de la paternité, dans les cas exceptionnels où la loi l'autorise, est admise contre l'enfant aussi bien qu'à son profit.

Outre les raisons qui viennent d'être déduites, on peut invoquer cette considération que l'incapacité édictée par l'article 908 est établie contre les enfants naturels en général. Sans doute, pour qu'il y ait lieu d'invoquer contre un enfant la disposition de l'article 908, il faut que la filiation de cet enfant soit légalement établie. Mais on ne concevrait guère que l'application de l'article 908 pût être paralysée par suite d'une entente entre les parties intéressées, c'est-à-dire entre l'enfant donataire et son père naturel ou sa mère naturelle auteur de la donation. Or c'est ce qui arriverait, si la preuve de la filiation de l'enfant ne pouvait résulter que d'une reconnaissance volontaire faite par l'auteur de l'enfant ou d'une action en recherche de la paternité ou de la maternité intentée par l'enfant, puisque l'enfant et ses auteurs seraient les seuls qui pussent fournir la preuve de la filiation et qu'il leur suffirait de se concerter pour la rendre impossible. La jurisprudence est fixée en sens contraire; mais c'est à peine si elle motive ses décisions sur ce point. Voy. notamment Req. Rej., 23 juillet 1878, Sir., 79. 4. 455.

**772.** La loi n'ayant pas indiqué les effets de la reconnaissance judiciaire ou forcée, on doit admettre qu'ils sont les mêmes que ceux de la reconnaissance volontaire. Toute autre solution serait plus ou moins arbitraire.

**773.** Tels sont les modes de preuve de la filiation naturelle. Si on compare les textes qui les organisent (art. 334 à 342) avec ceux relatifs à la preuve de la filiation légitime (art. 319 et s.), on voit que, tandis que le législateur admet trois modes de preuve de la filiation légitime, savoir : 1<sup>o</sup> la preuve par l'acte de naissance (art. 319), 2<sup>o</sup> la preuve par la possession d'état (art. 320 et s.), et 3<sup>o</sup> la preuve par témoins (art. 323 et s.), il ne nous en indique plus que deux en ce qui concerne la filiation naturelle, savoir : la preuve par l'acte de reconnaissance (art. 334), qui correspond à la preuve par l'acte de naissance pour les enfants légitimes (preuve par titre), et la preuve par témoins (art. 341). Il n'est plus question de la possession d'état : silence qu'il est difficile de ne pas considérer comme calculé à l'effet d'exclure ce mode de preuve en matière de filiation naturelle. D'ailleurs admettre la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état, c'est renverser la disposition de l'article 340 qui interdit en principe la recherche de la paternité, et celle de l'article 341 qui ne permet la preuve par témoins de la maternité naturelle que moyennant un commencement de preuve par écrit. Car en définitive qu'arrivera-t-il si l'on admet la preuve par la possession d'état de la paternité ou de la maternité naturelle ? c'est que l'enfant qui prétendra avoir cette possession d'état sera admis à la prouver, et par suite à prouver sa filiation paternelle ou maternelle par la preuve testimoniale toute nue : ce que prohibe l'article 340 pour la paternité et ce que prohibe également l'article 341 pour la maternité, puisqu'il n'admet la preuve par témoins de la maternité que moyennant la garantie préalable d'un commencement de preuve par écrit. La jurisprudence paraît se fixer en ce sens (Civ. Cass., 3 avril 1872, Sir., 72. 4. 426, et Paris, 2 août 1876, Sir., 79. 2. 250). Le premier de ces deux arrêts décide que la possession d'état ne forme même pas preuve de la filiation naturelle quand elle est conforme à l'acte de naissance de l'enfant.

Quant à la doctrine, elle est divisée. Quelques-uns admettent que la possession d'état fait preuve de la maternité, mais non de la paternité naturelle. Cette opinion bâtarde doit être rejetée sans hésiter ; en effet on ne comprendrait pas que le législateur eût pu admettre la possession d'état comme moyen de preuve dans un cas et la rejeter dans l'autre ; d'ailleurs les textes ne contiennent aucune trace de cette distinction. D'après une autre opinion, la possession d'état ferait preuve complète soit de la paternité soit de la maternité naturelle. En législation il est possible

que cette solution soit la meilleure : c'est cependant fort contestable. Mais il semble difficile de s'y rallier sous l'empire de la loi qui nous régit actuellement.

**774.** Aux termes de l'article 342 : « *Un enfant ne sera jamais admis à la recherche, soit de la paternité, soit de la maternité, dans les cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise* ». Cet article se réduit à ceci : la loi n'autorise pas plus la recherche de la filiation adultérine ou incestueuse qu'elle n'admet sa constatation par une reconnaissance volontaire. Ainsi un enfant est reconnu par son père ; il ne pourra pas rechercher sa filiation vis-à-vis de sa mère, si celle-ci est parente de son père au degré où le mariage est prohibé ; car, en supposant que sa demande fût accueillie, elle aurait pour résultat la constatation d'une filiation incestueuse. Du moins il ne pourra rechercher sa filiation vis-à-vis de sa mère qu'après avoir fait tomber préalablement la reconnaissance dont il a été l'objet de la part de son père.

## TITRE VIII

### **De l'adoption et de la tutelle officieuse.**

**775.** Après avoir traité de la filiation légitime et de la filiation naturelle, le législateur va s'occuper de la filiation adoptive, filiation purement civile et par suite fictive.

L'adoption était inconnue dans notre ancien Droit. C'est l'Assemblée législative qui la première en posa le principe. Le 18 janvier 1792, elle décréta « que son comité de législation comprendra dans son plan général des lois civiles celles relatives à l'adoption ». Le projet, préparé par la commission chargée de la rédaction d'un projet de Code civil, était muet sur l'adoption ; elle y fut introduite, non sans de vives résistances, par la section de législation du Conseil d'Etat, qui paraît s'être inspirée sur ce point du Code prussien.

Le titre du Code civil consacré à cette matière est divisé en deux chapitres : l'un consacré à l'adoption, l'autre à la tutelle officieuse qui, dans le système du législateur de 1804, n'est qu'une institution destinée à servir de préparation à l'adoption.

## CHAPITRE I

### DE L'ADOPTION

#### SECTION I

##### DE L'ADOPTION ET DE SES EFFETS

**776.** On peut définir l'adoption : un contrat solennel dont le ministre est le juge de paix et qui, sans faire sortir l'adopté de sa famille naturelle,

crée entre lui et l'adoptant un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation.

L'adoption a été admise pour procurer les douceurs d'une paternité fictive à ceux qui ne peuvent plus raisonnablement espérer une paternité réelle.

On distingue trois espèces d'adoption : l'adoption ordinaire, l'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire. Ces deux dernières sont dispensées de quelques-unes des conditions exigées pour l'adoption ordinaire, ce qui les a fait désigner sous la dénomination commune d'*adoption privilégiée*. Au surplus les trois variétés d'adoption produisent les mêmes effets.

Nous traiterons dans deux paragraphes distincts des conditions requises pour l'adoption et des effets de l'adoption.

### § I. Des conditions requises pour l'adoption.

777. Ces conditions varient suivant qu'il s'agit de l'adoption ordinaire, de l'adoption rémunératoire ou de l'adoption testamentaire. Elles sont indiquées par les articles 343-346, ainsi conçus :

Art. 343. « *L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans, qui n'auront, à l'époque de l'adoption, ni enfants, ni descendants légitimes, et qui auront au moins quinze ans de plus que les individus qu'elles se proposent d'adopter.* »

Art. 344. « *Nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux.— Hors le cas de l'article 366, nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de l'autre conjoint.* »

Art. 345. « *La faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité et pendant six ans au moins fourni des secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots.— Il suffira, dans ce deuxième cas, que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfants ni descendants légitimes ; et s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption.* »

Art. 346. « *L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant ; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil.* »

N° 4. Des conditions requises pour l'adoption ordinaire.

**778.** Il y a des conditions communes aux deux parties contractantes, l'adoptant et l'adopté, d'autres particulières à l'adoptant, d'autres enfin spéciales à l'adopté.

I. *Conditions communes aux deux parties contractantes.*

**779.** Elles sont au nombre de deux :

1° L'adoptant et l'adopté doivent donner leur consentement à l'adoption, car l'adoption est un contrat (arg., art. 353).

2° L'adoptant et l'adopté doivent avoir la jouissance des droits civils *stricto sensu*.

L'adoption est en effet une institution du pur Droit civil; la preuve en est que pendant longtemps cette institution n'a pas existé dans notre Droit, et beaucoup de peuples ne la possèdent pas. Un étranger ne peut donc ni adopter ni être adopté en France, à moins qu'il ne puise ce droit dans la réciprocité d'un traité ou qu'il n'ait en France un domicile autorisé (arg., art. 14 et 13). La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point.

II. *Conditions requises chez l'adoptant.*

**780.** Elles sont au nombre de six indiquées par les articles 343, 344 et 345, al. 1 :

1° L'adoptant doit avoir « plus de cinquante ans », c'est-à-dire au moins cinquante ans accomplis. En autorisant l'adoption avant cet âge, le législateur aurait peut-être détourné un certain nombre de citoyens du mariage : telle paraît du moins avoir été sa crainte. Aucune dispense d'âge ne saurait être accordée à l'adoptant.

2° Il faut que l'adoptant n'ait ni enfants ni descendants légitimes à l'époque de l'adoption (art. 343). L'illusion d'une paternité fictive était inutile pour celui qui jouit des douceurs de la paternité réelle. D'ailleurs il convenait de sauvegarder les droits des enfants ou descendants légitimes, auxquels l'adoption aurait causé préjudice, principalement en les menaçant du concours d'un cohéritier dans la succession de l'adoptant.

La naissance d'un enfant légitime, qui surviendrait à l'adoptant postérieurement à l'adoption, n'en entraînerait pas la nullité. Un acte, qui au moment de sa formation satisfait aux conditions exigées par la loi pour sa validité, ne peut pas cesser d'être valable par suite de faits survenus postérieurement. Cette solution résulte d'ailleurs formellement de l'article 350, d'après lequel la survenance d'enfants légitimes de l'adoptant postérieurement à l'adoption ne prive pas l'adopté du droit le plus important que l'adoption lui confère : celui de pouvoir réclamer sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'un enfant légitime.

Et toutefois cette règle devrait, d'après l'avis général, souffrir exception au cas où l'enfant, qui survient à l'adoptant après l'adoption, était déjà conçu au moment où

elle a été contractée. En d'autres termes, un enfant légitime de l'adoptant forme obstacle à l'adoption dès l'instant même de sa conception, sous la condition bien entendu qu'il naîtra vivant et viable; car les enfants, qui naissent morts ou qui naissent vivants mais non viables, sont considérés comme n'ayant jamais existé. Ainsi semble l'exiger la règle : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* : règle que le législateur paraît avoir consacrée, car il en fait plusieurs applications (voy. notamment art. 725).

La présence d'un enfant adoptif ne fait pas obstacle à une nouvelle adoption : l'article 348 suppose qu'un même individu peut avoir plusieurs enfants adoptifs.

L'adoption est aussi permise à celui qui a un enfant naturel même reconnu. La loi dit que l'adoptant doit être sans « enfants ni descendants légitimes » (art. 343); la présence d'un enfant naturel ne fait donc pas obstacle à l'adoption. Toutefois il en serait autrement, si l'enfant naturel avait été légitimé : à dater de sa légitimation il ferait obstacle à l'adoption.

Mais la légitimation d'un enfant naturel serait sans influence sur le sort d'une adoption qui aurait précédé sa légitimation, cette adoption fût-elle postérieure à sa naissance; car la légitimation ne produit pas d'effet rétroactif.

3° Il faut que l'adoptant ait au moins quinze ans de plus que l'adopté. « Sans cette condition, dit Berlier dans l'exposé des motifs, la protection légale qui doit résulter de l'adoption perdrait toute sa dignité ».

4° Si l'adoptant est marié, il faut que son conjoint consente à l'adoption (art. 344, al. 2). Autrement l'adoption aurait pu être une cause de désunion dans le ménage. Elle peut blesser en effet les intérêts pécuniaires du conjoint de l'adoptant : d'abord en ce sens qu'elle crée une dette alimentaire à la charge de l'adoptant (art. 349), puis aussi en ce sens qu'elle confère à l'adopté des droits successifs qui feront évanouir ceux auxquels pourrait prétendre le conjoint de l'adoptant, et pourront même porter atteinte aux donations que l'adoptant lui a faites; car l'enfant adoptif a un droit de réserve comme l'enfant légitime, et pour obtenir cette réserve il a le droit de faire réduire les donations qui l'entament.

D'ailleurs la disposition qui exige le consentement du conjoint de l'adoptant étant absolue, on doit en conclure qu'elle devrait recevoir son application, quel que soit celui des conjoints qui se propose d'adopter, et alors même qu'il y aurait séparation de corps entre les époux. On doit en conclure aussi que le consentement du conjoint de l'adoptant ne pourrait pas être suppléé par la justice.

5° Il faut que l'adoptant ait fourni des soins à l'adopté durant sa minorité et pendant six années au moins (art. 345, al. 1). « La loi, dit le tribun Gary, doit s'assurer que celui qui veut obtenir le titre de père en a déjà

les sentiments, et la preuve de ces sentiments ne peut résulter que des soins donnés pendant de longues années à l'enfant mineur ». On empêche ainsi les adoptions qui seraient le résultat d'une affection capricieuse ou d'un mécontentement passager de l'adoptant envers sa famille.

Bien que la tutelle officieuse ait été imaginée en vue de l'accomplissement de la condition qui nous occupe, il n'est pas nécessaire que les soins dont il vient d'être parlé aient été donnés par l'adoptant à l'adopté en qualité de tuteur officieux.

6° Aux cinq conditions qui viennent d'être indiquées, il faut en ajouter une sixième dont la nécessité résulte de l'article 355 *in fine* : l'adoptant doit jouir d'une bonne réputation.

### III. Conditions requises dans la personne de l'adopté.

**781.** Ces conditions sont au nombre de trois :

1° Il faut que celui qui va être adopté n'ait pas déjà été adopté par une autre personne. « *Nul, dit l'article 344, al. 1, ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux* ». L'adoption d'une même personne par plusieurs aurait pu amener des rivalités fâcheuses entre les adoptants. Ces rivalités n'étant plus à craindre quand les deux adoptants sont mariés l'un à l'autre, la loi admet alors une exception à la règle. Deux époux peuvent donc adopter une même personne, soit en même temps, soit consécutivement.

2° L'adopté doit être majeur, c'est-à-dire âgé de vingt-un ans accomplis (art. 346, al. 1). Si la loi avait autorisé l'adoption des mineurs, elle aurait dû en même temps réserver à l'adopté le droit de renoncer à l'adoption une fois sa majorité acquise, ce qui aurait donné une grande instabilité à l'adoption.

3° « *Si l'adopté ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère ou par le survivant; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil* » (art. 346, al. 2).

La loi soumet donc à l'autorité ou au contrôle de ses protecteurs naturels le fils de famille qui veut se donner en adoption, comme elle y soumet celui qui veut se marier.

Mais il existe à cet égard entre l'adoption et le mariage plusieurs différences qu'il est plus aisé d'énumérer que de justifier.

a). La loi fixe la *majorité matrimoniale* à vingt-un ans pour les filles et à vingt-cinq ans pour les fils (art. 148), tandis qu'elle fixe la *majorité adoptive* à l'âge de vingt-cinq ans, quel que soit le sexe de l'adopté.

b). L'adopté mineur de vingt-cinq ans, qui a encore ses père et mère, doit nécessairement obtenir le consentement des deux ; le refus de la mère ferait donc obstacle à l'adoption, alors même que le père y consentirait (argument des mots *par ses père et mère* de l'art. 346). Au contraire en matière de mariage l'article 148 dit : « en cas de dissentiment le consentement du père suffit ».

c). Aux termes de l'article 450, al. 4 : « Si le père et la mère sont morts ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et les aïeules les remplacent ». Aucune disposition semblable n'existant en matière d'adoption, on doit en conclure que celui dont les père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté peut se donner en adoption, sans qu'il lui soit nécessaire d'obtenir le consentement de ses ascendants ni de requérir leur conseil.

d). En matière de mariage la loi exige dans certains cas trois actes respectueux (art. 152); un seul suffira toujours en matière d'adoption, la loi n'en ayant pas indiqué le nombre.

## N° 2. Des conditions requises pour l'adoption rémunératoire.

**782.** L'adoption rémunératoire est ainsi appelée, parce qu'elle est conférée à titre de rémunération à celui qui, au péril de sa propre vie, a sauvé celle de l'adoptant, « soit, dit la loi, dans un combat, soit en le » *retirant des flammes ou des flots* » (art. 345). Ce ne sont que des exemples; il y aurait donc lieu à l'adoption rémunératoire, si l'adopté avait sauvé la vie à l'adoptant au péril de la sienne dans tout autre événement analogue à ceux dont parle la loi, tel que l'écroulement d'un bâtiment, l'éboulement d'une mine.

La faveur, que mérite l'adoption quand elle est le tribut d'une dette de reconnaissance aussi sacrée, a déterminé le législateur à se départir ici de quelques-unes de ses exigences. Il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait plus de cinquante ans, ni qu'il ait quinze ans de plus que l'adopté, ni qu'il ait donné à l'adopté des soins non interrompus durant six années de sa minorité. Quelles conditions sont donc requises pour cette adoption ?

A. En ce qui concerne l'adoptant, elles sont déterminées par l'article 345 *in fine*. Il faut : 1° que l'adoptant soit majeur ; 2° qu'il soit plus âgé que l'adopté, fût-ce d'un seul jour ; 3° que l'adoptant n'ait ni enfants ni descendants légitimes ; 4° s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption.

B. En ce qui concerne l'adopté, la loi ne contenant aucune disposition spéciale, il y aurait lieu de s'en référer au Droit commun, c'est-à-dire que les conditions requises dans la personne de l'adopté sont les mêmes pour l'adoption rémunératoire que pour l'adoption ordinaire. Il faudra donc :

a). Que l'adopté soit majeur (arg. des mots *en aucun cas* de l'art. 346 al. 1).

b). Qu'il obtienne le consentement ou requière le conseil de ses père et mère ou du survivant (art. 346).

c). Qu'il n'ait pas déjà été adopté par une autre personne (art. 344). On a soutenu à tort que cette troisième condition n'est pas requise ; elle l'est par cela seul que la loi garde le silence sur ce point.

N° 3. Des conditions requises en ce qui concerne l'adoption testamentaire.

**783.** En vue de la réalisation de la condition exigée pour l'adoption par l'article 345, al. 1, savoir que l'adoptant ait fourni à l'adopté durant sa minorité et pendant six ans au moins des soins non interrompus, le législateur a établi, on le sait, la tutelle officieuse, qui a pour résultat d'attacher le mineur au tuteur officieux par un titre légal, et d'obliger celui-ci à nourrir le pupille, à l'élever et à le mettre à même de gagner sa vie. Quand le tuteur officieux craint de mourir avant la majorité de son pupille, et avant par suite que l'adoption ait pu être consommée, la loi lui permet sous certaines conditions de conférer l'adoption à son pupille par acte testamentaire ; d'où le nom d'adoption testamentaire. L'article 366 dit à ce sujet : « *Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus* » depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité » du pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur officieux ne laisse point d'en- » fants légitimes ».

Trois conditions sont donc requises pour la validité de cette adoption :

1° Qu'il se soit écoulé cinq ans révolus depuis la tutelle. Il paraît bien résulter des termes de la loi sur ce point que l'adoption, qui aurait été faite par acte testamentaire avant l'expiration de ce délai, serait nulle, alors même que le tuteur officieux mourrait après l'expiration des cinq années. Il y a toutefois quelque doute sur ce point.

2° Que le tuteur officieux meure avant la majorité de son pupille. S'il meurt après cette époque sans avoir procédé à l'adoption dans les formes prescrites par la loi, l'adoption testamentaire devient caduque : le tuteur officieux est alors considéré comme ayant renoncé à la volonté qu'il avait manifestée dans son testament d'adopter son pupille.

3° Que le tuteur officieux ne laisse ni enfants ni descendants légitimes. Mais il importerait peu qu'il eût eu des enfants ou descendants légitimes à l'époque où il a fait le testament contenant l'adoption, si ces enfants ou descendants étaient tous morts avant lui.

L'adoption testamentaire ne peut avoir lieu sans le consentement de l'adopté.

Telles sont les seules conditions exigées par la loi pour chaque espèce d'adoption. Il n'y a pas lieu d'en ajouter d'autres.

L'adoption peut donc être faite par des personnes ou au profit de personnes de l'un ou de l'autre sexe.

Elle est permise, non-seulement aux personnes mariées, mais aussi aux célibataires, même aux prêtres, diacres et sous-diacres catholiques, bien qu'on ait élevé quelque doute sur ce point. Le doute n'est possible

au surplus que pour ceux qui n'admettent pas que les prêtres catholiques puissent valablement se marier. Même dans cette opinion, on doit reconnaître aux prêtres catholiques le droit d'adopter, car nulle loi ne le leur retire.

**784.** Les enfants naturels reconnus peuvent-ils être adoptés par leurs auteurs ? Nous disons *les enfants naturels reconnus*; car pour ceux dont la filiation n'est pas légalement constatée il n'y a pas de doute, ils peuvent certainement être adoptés.

Peu de questions ont soulevé tant et d'aussi graves débats. Le grand Merlin a, sur ce point, deux fois changé d'avis ; il décidait d'abord et en dernier lieu que l'adoption des enfants naturels reconnus était interdite. Mêmes changements, mais en sens inverse, dans les décisions de la Cour de cassation, qui, après avoir condamné sa première jurisprudence d'après laquelle l'adoption des enfants naturels reconnus devait être considérée comme permise, y est revenue en 1846 et y a toujours persisté depuis. « Les incapacités, dit la Cour, doivent, pour être appliquées, résulter d'un texte précis et formel de loi. » Or aucun texte ne déclare les enfants naturels reconnus incapables d'être adoptés ; donc leur adoption est permise.

Les objections ne manquent pas contre cette solution. Une des plus puissantes est tirée de l'article 908, aux termes duquel « Les enfants naturels [reconnus] ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre des Successions ». Qu'arrivera-t-il, dit-on, si on valide l'adoption faite au profit d'un enfant naturel reconnu ? Il arrivera que cet enfant acquerra dans la succession de son auteur les mêmes droits qu'un enfant légitime (art. 350), et qu'il recueillera ainsi dans cette succession beaucoup plus que l'article 908 ne lui permet de recevoir, peut-être même la totalité des biens de son auteur s'il ne laisse pas d'enfant légitime. Or est-il admissible que la loi, après avoir établi dans l'article 908 une prohibition aussi sévère, ait autorisé un moyen aussi facile de l'é luder ? La Cour de cassation répond : « Les limitations et prohibitions établies par les articles 757 et 908 peuvent cesser d'exister par l'effet des modifications, que la loi permet d'apporter à l'état de l'enfant naturel. Ces modifications résultent soit de la légitimation soit de l'adoption. » En d'autres termes, ce n'est pas comme naturel que l'enfant recueillera dans le cas dont il s'agit la totalité de la succession paternelle, c'est comme enfant adoptif ; et les articles 757 et 908 ne seront pas violés. On peut ajouter que l'article 908 ne frappe l'enfant naturel que d'une incapacité de recevoir « par donation entre-vifs ou par testament » ; or ce n'est pas par l'un de ces deux moyens que l'auteur de l'enfant naturel arrive ici à lui transmettre sa fortune, c'est à titre de succession ; l'enfant adopté recueillera la fortune de son père comme héritier, et non comme donataire, et l'article 908 ne l'en déclare nullement incapable.

D'ailleurs l'objection qui vient d'être développée n'a point échappé au législateur. Tronchet s'était posé en adversaire déclaré de l'adoption des enfants naturels reconnus, précisément parce qu'il y voyait un moyen détourné d'é luder l'incapacité dont la loi frappe ces enfants. Pour lui donner satisfaction, la section de législation du Conseil d'État avait inséré dans le second projet un article ainsi conçu : « Celui qui a reconnu dans les formes établies par la loi un enfant né hors mariage ne peut l'adopter ni lui conférer d'autres droits que ceux qui résultent de cette reconnaissance ; mais hors ce cas, il ne sera admis aucune action tendant à prouver que l'enfant adopté est l'enfant naturel de l'adoptant. » Or cet article a été supprimé après discussion. Qu'en conclure, sinon que le législateur a renoncé à l'idée de Tronchet d'interdire l'adoption des enfants naturels reconnus ?

On a objecté encore qu'autoriser l'adoption des enfants naturels reconnus, c'est

autoriser leur légitimation en dehors des conditions requises par la loi; car quelle différence y aura-t-il entre l'enfant naturel adopté et celui qui aurait été légitimé? — Il existe des différences considérables, et elles fournissent la réponse à l'objection: elles résultent de ce que l'adopté, à la différence de l'enfant légitimé, n'entre pas dans la famille de l'adoptant (*infra* n° 787.) L'enfant légitimé entre dans la famille de ses père et mère, il devient le parent de leurs parents: ce qui donne naissance à des droits de succession réciproques entre l'enfant légitimé et les parents de ses père et mère, et aussi dans certains cas à une obligation alimentaire réciproque. Au contraire l'enfant adoptif n'entre pas dans la famille de l'adoptant, il ne devient pas le parent de ses parents; entre l'adopté et les parents de l'adoptant, pas de droit de succession réciproque, pas d'obligation alimentaire.

## § II. Effets de l'adoption.

**785. PREMIER EFFET.** Aux termes de l'article 347: « *L'adoption conférera le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom propre de ce dernier* ». En nous disant que l'adopté conserve son nom et y ajoute seulement celui de l'adoptant, la loi nous donne déjà à entendre que l'adopté ne change pas de famille. Elle nous le dit d'une manière plus explicite dans l'article 348, al. 1, ainsi conçu: « *L'adopté restera dans sa famille naturelle, et y conservera tous ses droits* »; ajoutez: *et tous ses devoirs*. Notamment l'adopté demeure tenu de l'obligation alimentaire vis-à-vis de ses parents légitimes ou naturels; de même l'adopté, quand il voudra se marier, sera soumis à la nécessité d'obtenir le consentement ou de requérir le conseil de ses père et mère ou autres ascendants, jamais celui de l'adoptant, même après le décès de tous ses ascendants.

**786. DEUXIÈME EFFET.** L'adoption fait naître certains empêchements de mariage. Ils sont fondés sur des motifs de décence et d'honnêteté bien plus que sur un lien de parenté ou d'alliance: on n'a pas voulu que l'espoir d'un mariage pût allumer des désirs criminels entre des personnes destinées à vivre sous le même toit. Suivant l'opinion générale, ces empêchements sont simplement prohibitifs. Ils sont énumérés par l'article 348, al. 2, ainsi conçu: « *Néanmoins le mariage est prohibé; — Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; — Entre les enfants adoptifs d'un même individu; — Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant; — Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.* » Cette énumération est essentiellement limitative. Ainsi le mariage est permis entre le conjoint de l'adoptant et celui de l'adopté, entre un enfant de l'adoptant et un enfant de l'adopté, entre l'adopté et la sœur de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et la sœur de l'adopté...

De ce que la loi prohibe le mariage entre les enfants adoptifs d'un même individu, il ne faudrait pas conclure, comme l'ont fait quelques auteurs, qu'un même individu ne peut pas adopter conjointement ou successivement deux personnes mariées l'une

avec l'autre. Il est vrai qu'il arrivera, cette double adoption une fois consommée, que deux enfants adoptifs du même individu se trouveront mariés l'un à l'autre; mais l'article 348 ne s'y oppose pas. Il défend à deux enfants adoptifs du même individu de devenir époux; il ne défend pas à deux époux de devenir fils adoptifs du même individu. D'ailleurs les motifs de la loi manquent ici plus encore que son texte pour interdire une semblable adoption; le danger qu'elle a voulu prévenir est-il donc à redouter?

**787. TROISIÈME EFFET. Obligation alimentaire.** — Aux termes de l'article 349 : « *L'obligation naturelle, qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi, sera considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre* ».

L'adopté a donc le droit d'exiger des aliments de l'adoptant, et réciproquement celui-ci peut en exiger de l'adopté. Mais là s'arrête l'obligation alimentaire résultant de l'adoption; elle n'existe pas entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant. Cela vient de ce que l'adoption n'établit de lien qu'entre l'adoptant et l'adopté; l'adopté reste étranger à la famille de l'adoptant. L'adoption est un contrat, et les contrats ne produisent d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165). L'adopté ne devient donc pas le parent des parents de l'adoptant. Il ne peut par suite exister entre l'adopté et les parents de l'adoptant ni obligation alimentaire, comme le dit implicitement notre article, ni droit de succession, comme va nous le dire à l'instant même l'article 350.

**788. QUATRIÈME EFFET. Droit pour l'adopté de succéder à l'adoptant.** — Aux termes de l'article 350 : « *L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant; mais il aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption* ». Il pourra donc arriver que l'enfant adoptif se trouve, lors de l'ouverture de la succession de l'adoptant, en concours avec des enfants légitimes de celui-ci. Alors l'adopté comptera, quant au règlement de la succession, comme un enfant légitime de plus; il aura les mêmes droits que les enfants légitimes.

Si l'adoptant ne laisse pas d'enfant légitime lors de son décès, toute sa succession revient à l'adopté. En un mot, qu'il soit seul ou en concours avec des enfants légitimes de l'adoptant, les droits de l'adopté sur la succession de l'adoptant sont les mêmes que ceux d'un enfant légitime.

\* De là il résulte : 1° que l'adopté réduirait les enfants naturels de l'adoptant à la part déterminée par l'article 757, al. 4; 2° que l'adopté a droit à une réserve dans la succession de l'adoptant (arg., art. 913); et comme sanction de ce droit de réserve, il aurait la faculté de faire réduire même les donations consenties par l'adoptant antérieurement à l'adoption, de même qu'un enfant légitime peut faire réduire même les donations antérieures à sa naissance. Ce point a été contesté à tort; car la

loi donne au réservataire le droit de faire réduire toutes les donations qui entament sa réserve, sans distinction aucune (art. 920). Par où l'on voit que, si la personne qui se propose d'adopter est mariée, son conjoint peut avoir intérêt à refuser de consentir à l'adoption pour mettre les donations qui lui ont été faites par le contrat de mariage à l'abri d'une réduction éventuelle au profit de l'enfant adoptif. C'est le seul moyen pour le conjoint de conjurer cette réduction : il ne pourrait pas y parvenir au moyen d'une réserve insérée dans l'acte par lequel il donnerait son consentement à l'adoption; une semblable réserve constituerait un pacte sur succession future prohibé par les articles 791, 1430 et 1600.

\* Le droit de succession, que la loi accorde à l'adopté, lui est personnel. Les enfants de l'adopté ne pourraient donc pas, après la mort de celui-ci, succéder à l'adoptant soit de leur chef soit par représentation. En effet d'une part, l'article 350 n'accorde le droit de successibilité qu'à l'adopté et non à ses descendants, bien différent en cela de l'article 745 qui, réglant le droit de succession des enfants légitimes, dit : « les enfants *ou leurs descendants* succèdent... »; d'autre part, la loi n'établit pas de lien de parenté entre l'adoptant et les descendants de l'adopté (argument du mot *néanmoins* de l'art. 348). A quel titre donc les descendants de l'adopté succèderaient-ils à l'adoptant? Enfin l'obligation alimentaire résultant de l'adoption n'existe pas entre l'adoptant et les descendants de l'adopté : ce qui donne à entendre que le droit de succession n'existe pas non plus.

\* Sur cette question la jurisprudence paraît aujourd'hui fixée en sens contraire (Cass., 40 novembre 1869, Sir., 70. 4. 48). Voici son principal argument : le but de la loi, en autorisant l'adoption, a été de permettre à celui qui n'a pas de descendance naturelle de se créer une descendance fictive. La filiation résultant de l'adoption doit donc produire les mêmes effets que la filiation légitime; or les enfants d'un fils légitime succèdent à leur père; donc les enfants de l'adopté doivent succéder à l'adoptant. — Mais à ce compte il faudrait dire aussi que l'adoptant doit des aliments aux descendants de l'adopté, et réciproquement! Il faudrait dire également que l'obligation alimentaire existe entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté! La vérité est que l'adoption est une fiction légale; or la loi qui seule peut établir la fiction peut seule aussi en déterminer les effets. Il a fallu un texte pour que l'adopté pût succéder à l'adoptant; il en faudrait un autre pour que ses descendants eussent le même droit.

\* Les arrêts, qui reconnaissent aux descendants de l'adopté le droit de succéder à l'adoptant, ne distinguent nullement entre les descendants nés avant l'adoption et ceux nés après; tous auraient également le droit de succéder à l'adoptant. Quelques auteurs au contraire ne reconnaissent ce droit qu'aux enfants de l'adopté nés depuis l'adoption; ils le refusent à ceux nés avant, par ce singulier motif que ceux-ci ne portent pas le nom de l'adoptant. Comme si la communauté de nom était de quelque importance pour les vocations héréditaires!

**789.** La loi, qui accorde à l'adopté le droit de succéder à l'adoptant, n'accorde pas à l'adoptant le droit de succéder à l'adopté, et par cela même elle le lui refuse. C'est une exception remarquable au principe de la réciprocité du droit de succession. La succession de l'adopté sera recueillie lors de son décès par ses héritiers légitimes ou ses successeurs irréguliers. L'Etat lui-même, à défaut d'héritiers, exclurait l'adoptant.

Dans certains cas toutefois il eût été d'une rigueur extrême d'exclure l'adoptant de tout droit sur la succession de l'adopté. L'adoptant a donné certains biens à l'adopté; celui-ci meurt avant l'adoptant sans descendants légitimes; les biens donnés par l'adoptant se retrouvent en nature dans la succession de l'adopté. Ces

biens, auxquels l'adoptant attache peut-être un grand prix d'affection, vont-ils passer avec le reste de la succession de l'adopté à ses héritiers, qui sont le plus souvent des étrangers pour l'adoptant? Non, la loi autorise en pareil cas l'adoptant à reprendre ce qu'il a donné. Ce droit connu, sous le nom de *droit de retour légal*, est organisé par les articles 351 et 352, ainsi conçus : « *Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant ou recueillies dans sa succession et qui existeront en nature lors du décès de l'adopté passeront à l'adoptant ou à ses descendants, à la charge de contribuer aux dettes, et sans préjudice des droits des tiers. — Le surplus des biens de l'adopté appartiendra à ses propres parents; et ceux-ci excluront toujours, pour les objets même spécifiés au présent article, tous héritiers de l'adoptant autres que ses descendants (art. 351). — Si, du vivant de l'adoptant, et après le décès de l'adopté, les enfants ou descendants laissés par celui-ci mourraient eux-mêmes sans postérité, l'adoptant succédera aux choses par lui données, comme il est dit en l'article précédent; mais ce droit sera inhérent à la personne de l'adoptant, et non transmissible à ses héritiers, même en ligne descendante* » (art. 352).

Il existe dans notre Droit trois cas de *retour légal* ou *succession anormale* : le premier prévu par nos deux articles, le second par l'article 747 et le troisième par l'article 766. Pour ne pas tomber dans des redites, nous traiterons à la fois de ces trois cas de retour au titre des *Successions*.

## SECTION II

### DES FORMES DE L'ADOPTION

**790.** Les formes de l'adoption sont relatives : 1<sup>o</sup> à la réception du contrat par le juge de paix ; 2<sup>o</sup> à l'homologation du contrat par la justice ; 3<sup>o</sup> à l'inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.

1<sup>o</sup> *Réception du contrat par le juge de paix.* — « *La personne qui se proposera d'adopter, et celle qui voudra être adoptée, se présenteront devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, pour y passer acte de leurs consentements respectifs* » (art. 353). Le juge de paix est le seul officier public compétent pour la réception de ce contrat. L'adoption n'aurait pas d'existence légale, si elle était reçue par un officier public autre qu'un juge de paix, par exemple par un notaire : car il s'agit d'un contrat solennel, dans lequel par conséquent la forme est essentielle. *Forma dat esse rei.*

Voilà la base du contrat d'adoption. Mais il n'est pas encore parfait quand le juge de paix en a dressé acte; il ne le sera qu'après l'accomplissement des formalités dont il va être parlé, et, du moins suivant l'opinion la plus accréditée, avec effet rétroactif à dater du jour du contrat passé devant le juge de paix. Les parties qui ont fait dresser acte de leur consentement par le juge de paix peuvent donc d'un commun accord rendre l'adoption stérile en négligeant de remplir ces formalités.

2<sup>o</sup> *Homologation du contrat d'adoption par la justice.*

Art. 354. « *Une expédition de cet acte sera remise dans les dix jours suivants, par la partie la plus diligente, au procureur du Roi près le*

» tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouve le domicile de l'adoptant, pour être soumis à l'homologation de ce tribunal. »

Art. 355. « Le tribunal réuni en la chambre du conseil, et après s'être procuré les renseignements convenables, vérifiera : 1° si toutes les conditions de la loi sont remplies; 2° si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation. »

Art. 356. « Après avoir entendu le procureur du Roi, et sans autre forme de procédure, le tribunal prononcera, sans énoncer de motifs, en ces termes : Il y a lieu ou Il n'y a pas lieu à l'adoption. »

La loi veut que le tribunal statue sans énoncer de motifs, parce qu'il s'agit d'un acte de juridiction gracieuse et non d'un acte de juridiction contentieuse. D'ailleurs l'adoptant peut avoir intérêt à ce que le motif qui porte le tribunal à refuser son homologation ne soit pas énoncé, par exemple si c'est parce que l'adoptant ne jouit pas d'une bonne réputation.

Le tribunal de première instance doit toujours rendre son jugement, quel qu'il soit, dans la chambre du conseil. La loi veut qu'il soit soustrait à la publicité de l'audience.

Si le tribunal de première instance refuse d'homologuer l'adoption, sa décision est susceptible d'appel. S'il admet l'adoption, il y a lieu de poursuivre la confirmation de sa décision devant la cour d'appel. C'est ce que dit l'article 357, ainsi conçu : « Dans le mois qui suivra le jugement de première instance, ce jugement sera, sur les poursuites de la partie la plus diligente, soumis à la cour royale, qui instruira dans les mêmes formes que le tribunal de première instance, et prononcera, sans énoncer de motifs : Le jugement est confirmé ou, Le jugement est réformé; en conséquence, il y a lieu, ou il n'y a pas lieu à l'adoption ».

L'article 348 ajoute : « Tout arrêt de la cour royale qui admettra une adoption sera prononcé à l'audience, et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que le tribunal jugera convenable. »

On peut induire de ce dernier article par argument *a contrario* que l'arrêt de la cour d'appel, qui refuse d'admettre l'adoption, doit être rendu en la chambre du conseil. On évite ainsi aux parties l'humiliation que leur causerait la publicité de l'audience.

3° *Inscription de l'adoption sur les registres de l'état civil.* — Aux termes de l'article 359 : « Dans les trois mois qui suivront ce jugement, l'adoption sera inscrite, à la réquisition de l'une ou de l'autre des parties, sur le registre de l'état civil du lieu où l'adoptant sera domicilié. — Cette inscription n'aura lieu que sur le vu d'une expédition, en forme, du jugement de la cour royale; et l'adoption restera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai ».

C'est sur le registre des naissances que l'adoption doit être inscrite ; l'adoption est une sorte de naissance civile. Que doit-on inscrire sur ce registre ? l'acte d'adoption passé devant le juge de paix. C'est du moins ce qu'on peut induire de l'article 359, d'après lequel cette inscription doit avoir lieu « sur le vu d'une expédition en forme du jugement de la cour d'appel... » Donc ce n'est pas, comme le prétendent cependant quelques auteurs, ce jugement ou mieux cet arrêt qui doit être inscrit.

Enfin aux termes de l'article 360 : « *Si l'adoptant venait à mourir* » après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a » été reçu par le juge de paix et porté devant les tribunaux, et avant que » ceux-ci eussent définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et » l'adoption admise, s'il y a lieu. — Les héritiers de l'adoptant pourront, » s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au procureur du Roi tous » mémoires et observations à ce sujet. »

Cet article ne prévoit que le cas où c'est l'adoptant qui vient à mourir après la réception du contrat par le juge de paix et avant l'accomplissement des formalités prescrites pour sa perfection. Que décider, si c'est l'adopté ? La plupart du temps en pareil cas personne n'aura d'intérêt à ce que l'adoption devienne parfaite : ni l'adoptant parce qu'il n'a aucun droit sur la succession de l'adopté, ni les descendants de l'adopté parce qu'ils n'ont aucun droit sur la succession de l'adoptant. On s'explique ainsi tout naturellement que la loi, qui statue toujours *de eo quod plerumque fit*, n'ait pas prévu une question qui ne sera presque jamais soulevée, celle de savoir s'il peut y avoir lieu de continuer l'instruction pour faire acquérir au contrat d'adoption sa perfection. Nous le répétons, en règle générale personne n'y aura intérêt, et personne ne le demandera. Mais si exceptionnellement cet intérêt se présentait, on ne voit pas pourquoi les intéressés ne pourraient pas agir. On peut citer comme exemple le cas où l'adopté, ayant survécu à l'adoptant, est mort lui-même avant l'accomplissement des formalités nécessaires à la perfection de l'adoption. Ses héritiers ont intérêt à ce que l'adoption devienne parfaite ; car alors l'adopté sera considéré comme ayant été l'héritier de l'adoptant, et leur aura transmis la succession de celui-ci confondue dans la sienne.

## CHAPITRE II

### DE LA TUTELLE OFFICIEUSE

**791.** On peut définir la tutelle officieuse : un acte juridique, par lequel une personne, en se soumettant aux obligations de la tutelle ordinaire, s'impose de plus l'obligation de nourrir gratuitement son pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie, le tout en vue de l'adopter plus tard.

On voit par cette définition que la tutelle officieuse est destinée à servir de préparation à l'adoption ; c'est en effet dans ce but que le législateur l'a instituée. Mais il ne suffit pas de décréter une institution pour la faire passer dans les mœurs. La tutelle officieuse est à peu près in-

connue dans la pratique. Le motif en est facile à découvrir : la bienfaisance aime à s'exercer librement. Celui qui se propose d'adopter un enfant doit lui fournir des soins non interrompus durant six années au moins de sa minorité ; mais il aimera mieux le faire spontanément que de s'y obliger à l'avance par un titre légal.

**792.** Conditions requises pour la tutelle officieuse. — Il y a des conditions de fond et des conditions de forme.

Les premières sont indiquées par les articles 361, 362 et 364, ainsi conçus :

« *Tout individu âgé de plus de cinquante ans, et sans enfants ni descendants légitimes, qui voudra, durant la minorité d'un individu, se l'attacher par un titre légal, pourra devenir son tuteur officieux, en obtenant le consentement des père et mère de l'enfant, ou du survivant d'entre eux, ou, à leur défaut, d'un conseil de famille, ou enfin, si l'enfant n'a point de parents connus, en obtenant le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence* » (art. 361).

« *Un époux ne peut devenir tuteur officieux qu'avec le consentement de l'autre conjoint* » (art. 362).

« *Cette tutelle ne pourra avoir lieu qu'au profit d'enfants âgés de moins de quinze ans* » (art. 364).

Les conditions de forme sont indiquées par l'article 363 : « *Le juge de paix du domicile de l'enfant dressera procès-verbal des demandes et consentements relatifs à la tutelle officieuse* ».

**793.** Effets de la tutelle officieuse. — Ils sont en principe les mêmes que ceux de la tutelle ordinaire. Le tuteur a donc le gouvernement de la personne et des biens du mineur. C'est ce qui résulte des articles 365 et 370 ainsi conçus :

« *Si le pupille a quelque bien, et s'il était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens, comme celle de sa personne, passera au tuteur officieux, qui ne pourra néanmoins imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus du pupille* » (art. 369).

« *Le tuteur officieux qui aurait eu l'administration de quelques biens pupillaires en devra rendre compte dans tous les cas* » (art. 370).

Les autres effets sont indiqués par les articles 364 al. 2, 366, 367, 368 et 369 que nous nous bornerons à transcrire :

« *Elle emportera avec soi, sans préjudice de toutes stipulations particulières, l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever, de le mettre en état de gagner sa vie* » (art. 364 al. 2).

« *Si le tuteur officieux après cinq ans révolus depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui confère l'adoption par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur officieux ne laisse point d'enfants légitimes* » (art. 366).

« *Dans le cas où le tuteur officieux mourrait, soit avant les cinq ans, soit après ce temps, sans avoir adopté son pupille, il sera fourni à celui-ci durant sa minorité des moyens de subsister, dont la quotité et l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par une convention formelle, seront réglées soit amiablement entre les représentants respectifs du tuteur et du pupille, soit judiciairement en cas de contestation* » (art. 367).

« *Si, à la majorité du pupille, son tuteur officieux veut l'adopter, et que le premier y consente, il sera procédé à l'adoption selon les formes prescrites au chapitre précédent, et les effets en seront, en tous points, les mêmes* » (art. 368).

« *Si, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption, sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux pourra être condamné à indem-*

» niser le pupille de l'incapacité où celui-ci pourrait se trouver de pourvoir à sa subsistance.—  
 » Cette indemnité se résoudra en secours propres à lui procurer un métier; le tout sans pré-  
 » judice des stipulations qui auraient pu avoir lieu dans la prévoyance de ce cas » (art. 369).

**794. Parallèle entre la tutelle ordinaire et la tutelle officieuse.**

1° La tutelle ordinaire est imposée par la loi; on ne peut s'y soustraire, sauf dans les cas qu'elle détermine. Au contraire la tutelle officieuse est purement volontaire.

2° Le tuteur officieux est tenu de nourrir, entretenir et élever à ses frais son pupille et de le mettre en état de gagner sa vie. Ces obligations n'incombent pas au tuteur ordinaire. *Tutor de suo alere pupillum non compellitur.*

3° Les femmes, qui sont en principe frappées de l'incapacité de gérer une tutelle ordinaire (art. 442), ne sont pas frappées de la même incapacité en ce qui concerne la tutelle officieuse.

## TITRE IX

### De la puissance paternelle

**795.** Dans les titres qui précèdent le législateur s'est occupé de la constitution de la famille. Dans celui à l'étude duquel nous arrivons et dans le suivant, il va s'occuper du pouvoir domestique qui s'exerce sous forme de puissance paternelle ou de tutelle sur des enfants mineurs.

La puissance paternelle et la tutelle constituent deux mesures de protection pour le mineur non émancipé. Il n'y a lieu qu'à la première pour celui qui a encore ses père et mère. La mort de l'un des deux donne ouverture à la seconde sans mettre fin pour cela à la première. Le mineur non émancipé est donc à dater de cet événement soumis à une double puissance : la puissance paternelle et la puissance tutélaire. La puissance paternelle appartient toujours en principe au survivant des père et mère, et la puissance tutélaire lui appartient le plus souvent.

**796. Historique.** — Dans notre ancien Droit il y avait une grande divergence de vues, relativement au caractère de la puissance paternelle, entre la législation des pays de Droit écrit et celle des pays de coutume.

Dans les pays de Droit écrit, la puissance paternelle était accordée au père à l'exclusion de la mère; elle y était considérée comme un droit pour le père, et organisée par suite dans son intérêt beaucoup plus que dans celui de l'enfant. C'était la puissance paternelle du Droit romain avec le caractère de dureté et d'austérité qui la distingue dans cette législation, mitigée toutefois par quelques adoucissements dus à la force irrésistible de l'usage ou à la jurisprudence des parlements. C'est ainsi que la législation de nos pays de Droit écrit admettait dans son dernier état divers cas d'émancipation tacite, et principalement l'émancipation résultant du mariage.

Dans les pays de coutume au contraire, la puissance paternelle était regardée comme un droit pour l'enfant, et pour le père comme un devoir plutôt que comme un droit. Aussi y était-elle organisée surtout dans l'intérêt de l'enfant, et attribuée collectivement au père et à la mère qui sont ses deux protecteurs naturels, avec cette restriction toutefois que pendant le mariage le père seul en avait l'exercice. « Ce n'était, dit Demante, 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. » Ce rôle, tout de protection, des père et mère était assez mal désigné par l'expression *puissance paternelle*, et c'est là sans doute l'idée qu'exprimait cet adage admis dans quelques pays coutumiers : *Droit de puissance paternelle n'a lieu*.

Sauf quelques modifications, c'est le système admis dans les pays de coutume que notre législateur a reproduit. L'expression *puissance paternelle*, qui figurait dans la rédaction primitive de plusieurs articles de notre titre, en a été supprimée après discussion et remplacée par le mot *autorité* (art. 372 et 373). Elle est demeurée cependant dans l'intitulé de notre titre, sans qu'il soit bien facile d'expliquer pourquoi; car on avait aussi proposé à plusieurs reprises de le modifier sur ce point.

**797.** On peut définir la puissance paternelle : l'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants jusqu'à la majorité ou l'émancipation de ceux-ci. La puissance paternelle a principalement pour but de faciliter aux parents l'accomplissement du devoir d'éducation dont ils sont tenus vis-à-vis de leurs enfants.

D'après cette définition, qui est calquée sur les articles 374-373, la puissance paternelle n'appartient qu'aux père et mère, jamais aux autres ascendants, dont les articles de notre titre affectent de ne pas parler; et d'autre part la puissance paternelle prend fin à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant. On a donc tort de rattacher à cette puissance, soit les droits que la loi accorde aux ascendants autres que les père et mère sur la personne ou sur les biens de leurs enfants, soit ceux qu'elle accorde aux père et mère eux-mêmes et qui survivent à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant; tels sont notamment, le droit de consentir au mariage de l'enfant, le droit d'y former opposition, celui de réclamer des aliments, d'accepter des donations entre-vifs faites à l'enfant (art. 935) et enfin le droit de tutelle (art. 390, 402 et s.).

**798.** Les règles de la puissance paternelle varient suivant que cette puissance s'exerce sur des enfants légitimes ou sur des enfants naturels.

### § I. *De la puissance paternelle sur les enfants légitimes.*

**799.** Aux termes de l'article 371 : « *L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère* ». C'est là un précepte purement moral que le législateur a cru devoir placer au frontispice de son œuvre, sans doute pour nous montrer quel est le principe dont il s'inspire en cette matière.

Mais il ne faut pas tirer de l'article 371 d'autres conséquences pratiques que celles que la loi en a déduites elle-même. C'est ainsi qu'un fils créancier de son père peut recourir aux voies ordinaires d'exécution pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû, le père dût-il être ruiné par les poursuites du fils. La loi morale commandera souvent au fils d'user de plus de ménagement à l'égard de son père que vis-à-vis des autres débiteurs; mais la loi civile ne fait pas ces distinctions. De même un fils pourrait exercer contre son père une action dite déshonorante. Et c'est au surplus ce qui résulte par argument de l'article 380 P., qui autorise un fils victime d'un vol

commis par son père à exercer contre celui-ci une action civile en réparation du préjudice causé.

**800.** Aux termes de l'article 372 : « *Il (l'enfant) reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation.* »

*Sous leur autorité.* Donc la puissance paternelle appartient collectivement au père et à la mère. Mais, pour qu'il y ait plus d'unité dans la direction des intérêts moraux et matériels de l'enfant, la loi a cru devoir en attribuer l'exercice exclusif au père. C'est ce que dit l'article 373 : « *Le père exerce seul cette autorité durant le mariage* ». Quand donc la mère sera-t-elle appelée à l'exercice de la puissance paternelle ? En principe, ce ne sera qu'après la dissolution du mariage par la mort du mari; pendant le mariage son droit sommeille. Exceptionnellement la mère peut être appelée à exercer la puissance paternelle pendant le mariage lorsque le père est dans l'impossibilité *physique, morale* ou *légal* de l'exercer.

Le mari est dans l'impossibilité *physique* d'exercer la puissance paternelle, quand il est absent, quand il a disparu, comme le dit l'article 141.

Dans l'impossibilité *morale*, quand il est fou sans être interdit.

Dans l'impossibilité *légal* : 1° quand il est interdit judiciairement ; 2° quand il est interdit légalement ; 3° quand il a été condamné pour avoir excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de son enfant ; l'article 332, P. dit à ce sujet : « ... Si le délit a été commis par le père ou la mère, le coupable sera de plus privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et sur les biens de l'enfant par le Code Napoléon, livre I, titre IX, *de la Puissance paternelle* ».

L'interprétation restrictive qui doit toujours être admise en matière pénale conduit à décider, bien que ces solutions soient peu satisfaisantes : d'une part que le père ou la mère qui, ayant plusieurs enfants, en corrompt ou prostitue un seul ou quelques-uns, ne sera pas déchu de l'exercice de la puissance paternelle par rapport aux autres (argument des mots *sur la personne et sur les biens de l'enfant*); et d'autre part que, même vis-à-vis de l'enfant ou des enfants qu'il a prostitués ou corrompus le père ou la mère ne sera pas déchu de tous les attributs de la puissance paternelle, mais seulement de ceux « *à lui accordés... par le titre IX de la Puissance paternelle.* » Notamment il ne serait pas déchu du droit d'administration légale qui lui est accordé par l'article 389.

Nous disons que, dans tous les cas qui viennent d'être indiqués, la mère est appelée à exercer la puissance paternelle au lieu et place du père. En effet l'article 372 attribue la puissance paternelle à la mère aussi bien qu'au père, et le seul obstacle légal qui s'oppose à ce qu'elle l'exerce durant le mariage vient de ce que l'article 373 en confère l'exercice exclusif au père. Cet obstacle cessant lorsque le père est incapable d'exercer la puissance paternelle, son effet doit naturellement cesser.

**801.** Les attributs de la puissance paternelle sur les enfants légit-

mes sont assez nombreux. Le législateur en indique trois dans notre titre, savoir : le droit de garde, le droit de correction et le droit de jouissance légale. Il faut ajouter : le droit d'administration légale, dont le législateur traite à tort dans le chapitre de la tutelle (art. 389), et le droit accordé au dernier mourant des père et mère de choisir un tuteur à ses enfants (art. 397 et s.).

#### N° 1. Du droit de garde ou de surveillance.

**802.** « *L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de dix-huit ans révolus* » (art. 374). Pour que le père puisse remplir le devoir d'éducation dont il est tenu vis-à-vis de son enfant, il faut bien qu'il puisse le forcer à rester dans la maison paternelle ou dans toute autre qu'il lui a assignée, telle que collège, couvent, maison d'apprentissage...

Après la dissolution du mariage, si l'enfant mineur se trouve avoir un tuteur autre que le survivant de ses père et mère, il aura son domicile de droit chez ce tuteur (art. 408); mais il devra résider chez son père ou chez sa mère, qui, pour n'être pas tuteur, n'en demeure pas moins investi de la puissance paternelle, et par suite du droit de garde qui en est un attribut.

Le principe que le mineur ne peut pas quitter la maison paternelle sans la permission de son père, souffre exception au cas d'enrôlement volontaire. Cette exception trouve sa justification dans la faveur due à la défense de la patrie. L'âge, auquel l'enfant devient maître de son sort au point de vue de l'enrôlement volontaire, était de dix-huit ans révolus d'après notre article; il a été porté à vingt ans par l'article 32 de la loi du 21 mars 1832, dont la disposition sur ce point a été reproduite par l'article 106 de la loi du 27 juillet 1872, ainsi conçu : « Si l'engagé a moins de *vingt ans*, il doit justifier du consentement de ses père et mère ou tuteur. Ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille ». Arrivé à ce point, il aurait peut-être autant valu supprimer l'exception.

#### N° 2. Du droit de correction.

**803.** Sous ce nom le législateur attribue aux père et mère un droit extrêmement rigoureux, qui consiste à faire emprisonner l'enfant, ou plutôt à le faire renfermer (car il ne s'agit pas d'un véritable emprisonnement) hors de la maison paternelle. Ce moyen de correction, qu'on peut regretter de voir figurer dans nos lois, est réservé pour les cas d'une extrême gravité. « *Le père qui aura des sujets de mécontentement TRÈS-GRAVES sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction suivants* », dit l'article 375. Ce texte semble supposer que le droit de correction ne peut être exercé que par le père; mais, ainsi qu'on le verra tout à l'heure, l'exercice en appartient quelquefois à la mère. Nous étu-

dierons successivement les deux hypothèses : elles sont régies par des règles toutes différentes.

### I. *Du droit de correction exercé par le père.*

**804.** Le père peut, suivant les cas, faire détenir son enfant *par voie d'autorité* ou *par voie de réquisition*.

On dit que le père peut faire détenir son enfant *par voie d'autorité*, lorsqu'il lui suffit, pour arriver à ce résultat, de demander au président du tribunal un ordre d'arrestation que celui-ci est obligé de délivrer. Le président du tribunal n'a pas le droit en ce cas de contrôler les motifs qui portent le père à ordonner la détention de son enfant ; le père n'est même pas obligé de les indiquer.

On dit au contraire que le père ne peut faire détenir son enfant que *par voie de réquisition*, lorsqu'il a seulement le droit de solliciter du président du tribunal un ordre d'arrestation que celui-ci peut refuser s'il ne trouve pas suffisants les motifs allégués par le père. Le père est donc alors obligé d'indiquer ses motifs, et le président du tribunal a le droit de les contrôler et de les juger ; il statue *cognita causa* entre le père et l'enfant, tandis que dans la première hypothèse il n'est que l'exécuteur des volontés du père.

**805. A. Détention par voie d'autorité.** — Quatre conditions sont requises pour que le père ait le droit de faire détenir son enfant par voie d'autorité.

1° Que l'enfant ait moins de seize ans commencés. « *Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois ; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation* ». Quand l'enfant n'a pas encore quinze ans accomplis, son jeune âge est une garantie contre un excès de sévérité de la part du père. Comme le dit M. Laurent, « l'enfant qui n'a pas atteint quinze ans est trop jeune pour braver l'autorité paternelle. On ne doit donc pas craindre que le père se laisse emporter par le désir de venger un pouvoir qu'il voit méprisé ; tandis qu'entre l'adolescent et le père il peut naître des conflits, l'on peut craindre que le père n'agisse par vengeance ; dès lors la loi a dû faire intervenir un magistrat qui sera juge entre le père et l'enfant ».

2° Que le père ne soit pas remarié. « *Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'article 577* » (art. 380), c'est-à-dire que le père ne pourra alors agir que par voie de réquisition. La loi craint l'influence de la seconde épouse du père, la marâtre de l'enfant ; « elle ne suppose plus au père, dit Réal dans l'exposé des motifs, ni la même tendresse ni la même impartialité ».

Que décider si le père qui s'est remarié est redevenu veuf? Il recouvrera le droit de correction par voie d'autorité. On n'est plus alors ni dans les termes ni dans l'esprit de l'article 380. On n'est plus dans ses termes; car la loi parle du père qui *est remarié*, et non du père qui *s'est remarié*. On n'est plus dans son esprit; car ce que la loi craint, c'est l'influence de la marâtre, et elle n'est plus là! Le Droit commun reprendra donc son empire. La question est toutefois controversée.

3° Que l'enfant n'ait pas de biens personnels.

4° Qu'il n'ait pas d'état. Ces deux conditions sont indiquées par l'article 382, ainsi conçu : « *Lorsque l'enfant aura des biens personnels, ou lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra, même au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réquisition, en la forme prescrite par l'article 377* ».

On s'explique facilement que la loi ne permette pas au père de faire détenir son enfant par voie d'autorité, même au-dessous de seize ans commencés, quand celui-ci a un état, ce qui sera rare à cet âge. En pareil cas la détention requise par le père est de nature à compromettre gravement les intérêts de l'enfant, et la loi a voulu qu'il y eût un juge entre son père et lui. Mais on ne comprend pas aussi bien que la loi ait attaché le même effet à cette circonstance que l'enfant a des biens personnels. Cambacérès, qui a fait admettre cette exception, a cru la justifier en disant qu'il serait à craindre en pareil cas que le père n'abusât de son droit de correction en faisant acheter sa liberté à l'enfant; il suppose que l'enfant a un père dissipateur, et il craint que le père ne force indirectement l'enfant à lui donner ses biens en le menaçant de le faire détenir. Cambacérès oubliait qu'il s'agit d'un enfant mineur, qui ne peut par suite disposer d'aucune partie de son patrimoine; le danger qu'il redoutait était donc imaginaire. L'exception proposée a cependant été admise.

**806.** B. *Détention par voie de réquisition.* — Quand une des quatre conditions qui viennent d'être énumérées fait défaut, le père ne peut plus faire détenir son enfant que par voie de réquisition. C'est ce qui résulte des articles 380, 382 al. 1 et 377, ce dernier ainsi conçu : « *Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus; il s'adressera au président dudit tribunal, qui, après en avoir conféré avec le procureur du Roi, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père* ». Le président du tribunal « jugera donc le jugement du père », comme le dit un de nos anciens, Talon. Il pourra en conséquence, ou refuser de délivrer l'ordre d'arrestation requis par le père, ou le délivrer pour un temps moins long que celui fixé par le père; mais il ne pourrait pas le délivrer pour un temps plus long, ce serait statuer *ultra petita*.

## II. *Du droit de correction exercé par la mère.*

**807.** Le droit de correction étant un attribut de la puissance paternelle, son exercice ne peut passer à la mère qu'avec celui de la puissance paternelle elle-même, c'est-à-dire normalement après la mort du père, et accidentellement pendant la vie de celui-ci, lorsqu'il est dans l'impossibilité physique, morale ou légale d'exercer cette puissance. La loi, qui statue toujours *de eo quod plerumque fit*, ne s'est préoccupée que du cas normal ; mais ce n'est pas assurément dans l'intention d'exclure les autres. Elle dit à ce sujet dans l'article 381 : « *La mère survivante et non remariée ne pourra faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition, conformément à l'article 377.* »

On voit que la mère ne peut jamais exercer le droit de correction que par voie de réquisition, même à l'égard d'un enfant qui a moins de seize ans commencés.

On voit d'autre part que la mère ne peut exercer le droit de correction qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels de l'enfant. La loi dit : « avec le concours », elle ne dit pas *sur l'avis*. Il ne suffirait donc pas que les deux plus proches parents paternels eussent été consultés par la mère, il faut qu'ils lui donnent leur concours, c'est-à-dire qu'ils l'approuvent.

On voit enfin que la mère qui est remariée perd son droit de correction sur ses enfants du premier lit. Le père remarié le conserve au contraire ; seulement il ne peut plus l'exercer que par voie de réquisition (art. 380). Cette différence s'explique. Le père qui passe à de nouveaux liens subira peut-être dans une certaine mesure l'influence de sa nouvelle épouse, mais en général il la dominera. La loi neutralise l'influence de la marâtre en modifiant le droit de correction dans la personne du père sans le lui retirer. La mère remariée au contraire, non-seulement subira l'influence de son nouveau mari, mais elle sera le plus souvent dominée par lui ; de sorte que, si on lui eût conservé le droit de correction, il eût été à craindre qu'en fait il ne fût exercé par le deuxième mari, par le père des enfants, qui ordinairement n'aura pas pour eux l'affection d'un père. Dans ces conditions la loi a cru devoir retirer le droit de correction à la mère.

Que décider si la mère remariée redevient veuve ? Elle recouvrera alors le droit de correction qui lui appartenait auparavant. Voyez une question analogue *supra* n° 805.

## III. *Dispositions communes au droit de correction exercé soit par le père soit par la mère.*

**808. A. Nature de la détention que subit l'enfant par suite de l'exercice du droit de correction.** — Il est à peine utile de dire que cette détention n'a rien de commun avec la peine criminelle qui porte ce nom. Ce n'est même pas un emprisonnement proprement dit que subit l'enfant. Dans une langue juridique bien faite, il faudrait un nom spécial pour désigner la peine privative de liberté qui nous occupe, de même qu'il conviendrait aussi d'avoir un local spécial pour son exécution. A défaut d'un nom particulier, il a fallu emprunter à la loi pénale ses dénominations (détention, arrestation), ce qui est regrettable, et

à défaut de locaux spéciaux, sauf peut-être à Paris, il faut souvent emprunter les locaux destinés aux criminels, ce qui est plus regrettable encore, parce qu'on confond ainsi dans un même asile des hommes corrompus et des enfants insoumis. Empêchât-on le contact en les séparant, ainsi qu'on le fait, paraît-il, dans la pratique, on aurait toujours le voisinage, et c'est déjà trop.

**809.** Le vœu de la loi est qu'il reste le moins de traces possible de la détention paternelle, afin de ne pas perpétuer le souvenir d'un mode de correction qui a quelque chose de très-humiliant et de très-blessant pour l'amour-propre de l'enfant; aussi l'article 378, al. 1, dispose-t-il : « *Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés* ». L'alinéa 2 ajoute : « *Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les aliments convenables* ».

La virgule qui figure dans ce texte n'existait pas dans le projet; on discute sur le point de savoir s'il faut en tenir compte. Le doute vient de ce que rien n'indique, dans les travaux préparatoires de la loi, que cette virgule ait été ajoutée avec intention, et il pourrait bien se faire qu'elle l'eût été par inadvertance. — Elle a donc bien de l'importance, cette virgule! — Oui, dit-on; car elle change complètement le sens de la phrase. Sans elle le texte signifie que le père doit souscrire une soumission de payer les frais et les aliments; par conséquent le père ne prend qu'un engagement pour les aliments comme pour les frais. Avec la virgule au contraire, le texte signifie que le père doit s'engager à rembourser les frais, mais qu'il doit payer immédiatement les aliments; il n'aurait donc pas le droit de souscrire seulement une soumission, c'est-à-dire un engagement de les payer. — A notre sens cette controverse est oiseuse, et l'article 378, al. 2, doit être entendu de la manière suivante : l'enfant détenu par voie de correction paternelle n'est pas de plein droit soumis, en ce qui concerne les aliments, au régime de l'établissement dans lequel il est enfermé, régime ordinairement peu confortable; c'est au père qu'il appartient de pourvoir comme il l'entendra à la subsistance de son enfant, soit en lui fournissant des aliments en nature, soit en traitant de gré à gré avec une personne qui les lui fournira. En effet, en ce qui concerne les frais, la loi dit bien que le père devra s'engager à les payer; mais en ce qui concerne les aliments elle dit que le père devra les fournir (ou s'engager à les fournir si on supprime la virgule), ce qui suppose que le père doit ou fournir les aliments lui-même ou les faire fournir par quelqu'un.

**810. B. Droit de grâce.** — « Aux termes de l'article 379 : « *Le père est toujours maître d'abrégé la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée de la manière prescrite aux articles précédents* ».

Cet article ne mentionnant que le père, on a douté que le droit de grâce appartint à la mère. Mais l'alinéa 2 de l'article précédent ne parle aussi que du père, et cependant nul ne doute qu'il ne soit applicable à la mère; pourquoi n'en serait-il pas de même de notre texte? Le droit de grâce paraît d'ailleurs essentiel en cette matière, de telle sorte qu'à la rigueur la loi aurait pu se dispenser d'en faire mention.

Il est même très-douteux que la mère soit obligée, pour exercer son droit de grâce, d'obtenir le concours des deux plus proches parents paternels, ainsi que le veulent un grand nombre d'auteurs. L'article 381 exige bien cette condition pour que la mère puisse faire détenir son enfant; mais aucun texte ne l'exige pour l'exercice du droit de grâce. On comprend d'ailleurs à merveille que le législateur autorise plus facilement l'exercice du droit de grâce que celui du droit de correction, le premier de ces droits étant beaucoup plus favorable que le second.

**811. C. Durée de la détention.** — Quand l'enfant a moins de seize ans commencés, la durée de la détention ne peut excéder un mois. Elle peut s'élever jusqu'à six mois, quand l'enfant a dépassé cet âge (argument des art. 376, 377, 380, 381 et 382).

On doit admettre que le renvoi fait par ces trois dernières dispositions à l'article 377 ne concerne que la forme de la demande (détention par voie de réquisition), et non la durée de la détention.

**812. D. Voies de recours.** — « *L'enfant détenu pourra adresser un*  
*» mémoire au procureur général près la cour royale. Celui-ci se fera*  
*» rendre compte par le procureur du Roi près le tribunal de première ins-*  
*» tance, et fera son rapport au président de la cour royale, qui, après en*  
*» avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseigne-*  
*» ments, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du*  
*» tribunal de première instance. »*

Bien que la relation existant entre ce texte et l'alinéa précédent puisse donner à penser, au premier abord, que la voie de recours dont il s'agit peut être exercée seulement par l'enfant qui a des biens personnels ou un état, on doit décider qu'elle appartient à l'enfant dans tous les cas où il est détenu par voie de réquisition. Outre qu'il y a même raison de décider, les travaux préparatoires ne laissent guère de doute à cet égard. Il existe cependant sur ce point quelques dissidences.

Mais en aucun cas l'enfant ne pourrait user de ce moyen de recours, s'il était détenu par voie d'autorité. Comment pourrait-il être question de réformer la sentence du président du tribunal, c'est-à-dire l'ordre d'arrestation décerné par ce magistrat, alors qu'il a dû le délivrer sans examen préalable, *sine cognitione causæ*?

Le recours, exercé par l'enfant aux termes de l'article 382, n'est pas suspensif de l'exécution de la peine; car la loi suppose qu'il est exercé « par l'enfant détenu ».

Aucune voie de recours n'existe au profit du père ou de la mère contre la décision du président du tribunal, qui leur refuse l'ordre d'arrestation par eux requis, ou qui l'accorde pour un temps moindre que celui qu'ils ont demandé.

### N° 3. Du droit de jouissance légale.

**813.** La jouissance légale est le droit qui appartient au père durant le mariage, et après sa dissolution au survivant des père et mère, de *jouir* des biens appartenant à leurs enfants mineurs de dix-huit ans et non émancipés. Cette définition est à peu près calquée sur l'article 384, qui s'exprime ainsi : « *Le père durant le mariage, et, après la dissolution*  
*» du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des*  
*» biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jus-*

» qu'à l'émancipation, qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. »

Le droit de jouissance établi par notre article reçoit rarement son application pendant le mariage ; car normalement un enfant mineur, qui a encore ses père et mère, n'a pas de biens personnels ; il ne peut guère en acquérir que par donation, et les donations sont rares. En général donc l'article 384 ne recevra son application qu'à la dissolution du mariage. Les enfants qui en sont issus deviennent alors héritiers de l'époux prédécédé ; et, si parmi eux il y en a qui soient mineurs de 18 ans et non émancipés, l'époux survivant aura la jouissance des biens qu'ils recueilleront dans la succession de leur auteur défunt, et des autres biens qui pourraient leur provenir d'ailleurs.

Le droit de jouissance légale organisé par notre article a son origine dans une institution de notre ancien Droit coutumier, connue sous le nom de *droit de garde*. Pothier dit : « La garde est le droit que la coutume donne au survivant des deux conjoints par mariage, ou à son défaut ou refus aux autres ascendants, de gouverner avec autorité la personne des enfants mineurs dudit mariage, et les biens qui sont venus auxdits mineurs de la succession du prédécédé, et qui pourraient leur venir d'ailleurs. » La garde était noble ou bourgeoise, suivant qu'elle avait lieu entre nobles ou entre roturiers. Quand la garde était noble, elle était accompagnée d'émoluments : le gardien noble avait la jouissance ou usufruit des biens des enfants, jusqu'à ce qu'ils eussent atteint un certain âge, qui variait suivant les coutumes ; de là notre droit de jouissance légale. Au contraire la garde bourgeoise était sans émoluments, sauf à Paris.

### I. *A qui appartient le droit de jouissance légale.*

**814.** L'article 384 dit : « au père durant le mariage, et, après sa dissolution, au survivant des père et mère ». La jouissance légale est donc un attribut de la puissance paternelle, puisqu'elle est accordée à celui qui exerce cette puissance. Il résulte des travaux préparatoires que le législateur l'a considérée comme une compensation des charges qu'impose la puissance paternelle.

De là il suit que si, pendant le cours du mariage, l'exercice de la puissance paternelle passe accidentellement à la mère, par exemple en cas d'absence du père (*supra*, n° 800), le droit de jouissance légale lui passera aussi. *Ubi onus, ibi emolumentum*. On objecte que l'article 384 n'accorde la jouissance légale qu'au père durant le mariage ; donc, dit-on, la mère n'a pas droit à cette jouissance tant que dure le mariage ; il n'y a pas de jouissance légale sans une loi qui la confère. On doit répondre qu'ici comme partout *lex statuit de eo quod plerumque fit*. A ce compte il faudrait dire aussi que l'exercice de la puissance paternelle ne peut jamais appartenir à la mère pendant le mariage, parce que l'article 373 attribue cet exercice au père exclusivement. Or personne ne l'admet, et cependant les termes de l'article 373 sont plus absolus que ceux de l'article 384 ; car l'article 373 dit « le père seul ». Il faudrait dire également, ce que personne n'admet, que l'administration légale ne peut jamais appartenir à la mère pendant le mariage, parce que l'article 389 ne l'accorde qu'au père. Eh bien ! si les termes absolus de l'article 373 et de l'article 389 ne sont pas obstacle à ce que la mère exerce pendant le mariage un droit de puissance paternelle ou un droit d'administration légale qui n'est accordé qu'au père, com-

ment les termes de l'article 384, qui accorde la jouissance légale au père durant le mariage, feraient-ils obstacle à ce que la mère eût droit à cette jouissance dans les cas exceptionnels où elle est appelée à exercer la puissance paternelle au lieu et place du père ?

**815.** Puisque le droit de jouissance légale est un attribut de la puissance paternelle, il semblerait qu'il dût avoir la même durée que cette puissance, c'est-à-dire qu'il ne dût prendre fin que par la majorité ou l'émancipation de l'enfant. Alors pourquoi la loi le fait-elle finir lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis ? Cette restriction, qui ne figurait pas dans le projet, y a été introduite sur la proposition du consul Cambacérès, bien que la raison qu'il invoquait à l'appui dût à elle seule paraître suffisante pour la faire rejeter. « Si la jouissance légale ne prend fin qu'à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant, disait Cambacérès, il serait à craindre que le père ou la mère refusât d'émanciper l'enfant, ou même de consentir à son mariage qui produira de plein droit son émancipation, pour conserver quelques années de plus la jouissance des biens de l'enfant, » Soupçon injurieux pour l'autorité paternelle et que rien ne justifie ! Il y avait peut-être une meilleure raison à donner : en faisant finir la jouissance légale au plus tard lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans, on oblige ses père et mère à capitaliser à son profit l'excédant de son revenu sur sa dépense pendant les trois dernières années de sa minorité, et au jour de sa majorité l'enfant trouvera ainsi un petit pécule avec lequel il pourra faire face aux dépenses que l'on fait ordinairement à cet âge.

## II. *Sur quels biens porte la jouissance légale.*

**816.** La jouissance légale de l'article 384 affecte en principe tous les biens qui composent le patrimoine de l'enfant, quelle que soit leur nature et quelle que soit leur origine. — *Quelle que soit leur nature*: donc les biens immeubles comme les biens meubles, les biens incorporels comme les biens corporels. — *Quelle que soit leur origine*: donc non-seulement ceux que l'enfant a recueillis dans la succession de son père ou de sa mère prédécédée, mais encore ceux qu'il a acquis à tout autre titre, par exemple à titre de donation entre-vifs ou testamentaire, ou par un don de fortune comme l'invention d'un trésor.

Il y a cependant certains biens qui échappent au droit de jouissance légale. Aux termes de l'article 387 : « *Elle ne s'étendra pas aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas* ». Ainsi notre article excepte :

1° Les biens « que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés ». Ces derniers mots ont un sens analogue à l'expression « commerce séparé » qu'emploie l'article 220 (*supra*, n° 622). La loi entend donc parler des bénéfices, que l'enfant réalise en se livrant à un travail ou à une industrie distincte de celle de son père. Tel serait le cas où un enfant remplirait, en dehors de la maison paternelle, les fonctions de clerc dans une étude ou de commis dans un magasin.

2° Les biens donnés ou légués à l'enfant sous la condition *expresse* que ses père et mère n'en jouiront pas. — La condition doit être *expresse* ;

le donateur ne peut donc pas la sous-entendre, il faut qu'il l'exprime. Peu importe d'ailleurs en quels termes, pourvu que sa volonté soit certaine ; car nous n'avons pas dans notre Droit de paroles sacramentelles. Ainsi formulée l'exigence de la loi se comprend à merveille. La privation du droit de jouissance, infligée par le donateur aux père et mère de l'enfant donataire, accuse une certaine hostilité du donateur à leur égard, et la loi a voulu que sa volonté fût au moins certaine ; elle ne la considère comme telle que quand elle est expresse.

\* La condition que le père ou la mère de l'enfant n'aura pas la jouissance des biens donnés à celui-ci, produirait-elle effet en tant qu'elle s'appliquerait aux biens composant la réserve de l'enfant ? Ainsi une mère institue son unique enfant légataire de tous ses biens, à la condition que le père n'en aura pas la jouissance ; cette condition, que l'on reconnaît efficace relativement à la portion des biens de la défunte constituant sa quotité disponible, le sera-t-elle en ce qui concerne la moitié qui constitue la réserve de l'enfant ? Non, disent la plupart des auteurs ; car c'est seulement pour les biens que l'enfant reçoit à titre de donation ou de legs que la loi autorise la clause dont il s'agit. Or les biens qui composent la réserve de l'enfant lui parviennent en vertu de la loi, et non en vertu de la donation faite par la défunte ; celle-ci en effet ne pourrait pas enlever ces biens à l'enfant. La mère n'est donc pas en réalité donatrice quant à ces biens, et elle ne peut par suite imposer une condition à une prétendue donation qui n'existe pas. — Mais à ce compte il faudrait déclarer la condition nulle, même quant aux biens qui composent la quotité disponible ; car on peut dire aussi que ce n'est pas en vertu du legs à lui fait que l'enfant recueille ces biens, mais en vertu de la loi, puisqu'en l'absence du legs il aurait recueilli tous les biens de sa mère en qualité d'héritier de celle-ci. Or personne n'admet cette solution. — D'ailleurs les donations entre-vifs ou testamentaires, qui portent sur les biens composant la quotité indisponible, ne sont pas nulles ; elles sont seulement réductibles (art. 920). Et sur la demande de qui ? sur la demande des héritiers réservataires ou de leurs ayant-cause (art. 924). A quel titre donc le mari pourrait-il intenter cette action ? Comment comprendre d'autre part une action en réduction qui, loin d'améliorer la situation du réservataire, aurait pour résultat de l'empirer ? Enfin qu'aurait à répondre le père, si, n'étant pas tuteur de son enfant, celui qui en remplit les fonctions répudiait au nom de l'enfant la succession maternelle, avec l'autorisation du conseil de famille, pour s'en tenir au legs universel, et venait dire au père : à présent il n'y a plus ni réserve ni quotité disponible ; nous recueillons donc les biens maternels en vertu du legs universel qui nous a été fait, et par suite la condition imposée par la testatrice doit produire son plein et entier effet ?

\* Il y a deux exceptions à ajouter à celles indiquées par l'article 387. La première est prévue par l'article 730 (voyez cet article). La deuxième résulte d'un avis du Conseil d'Etat des 25-30 janvier 1844, d'après lequel les biens compris dans un majorat sont soustraits au droit d'usufruit paternel.

### III. *Des droits et des obligations du père ou de la mère ayant la jouissance légale.*

**817. A. Des droits de l'usufruitier légal.** Ils sont en principe les mêmes que ceux d'un usufruitier ordinaire. Le père ou la mère ayant la jouissance légale a donc droit à tout le revenu des biens de l'enfant, c'est-à-dire à tous les produits de ces biens qui ont le caractère de fruits (arg., art. 582 et s.).

\* Néanmoins on admet en général que, vu son caractère particulier, le droit de jouissance légale ne serait pas susceptible d'être aliéné par l'usufruitier légal ni d'être hypothéqué par lui en tant qu'il porterait sur des immeubles, ni d'être saisi par ses créanciers : ce qu'il faut toutefois entendre seulement en ce sens, que les créanciers ne pourraient pas saisir et faire vendre le droit de jouissance lui-même ; car ils pourraient certainement saisir les fruits produits par ce droit de jouissance, déduction faite cependant des charges dont ils sont grevés. Sur ces trois points, l'usufruit légal de l'article 384 différerait de l'usufruit ordinaire, qui peut être cédé (art. 595); hypothéqué (art. 2148) et saisi par les créanciers de l'usufruitier (art. 2204). Toutes ces propositions se résument à dire que le droit de jouissance légale est hors du commerce. — On objecte qu'il n'y a de biens hors du commerce que ceux qui sont déclarés tels par la loi, qu'en l'absence d'un texte le droit de jouissance légale doit donc demeurer soumis au Droit commun. — Sans doute un bien ne peut être en dehors du commerce qu'en vertu de la volonté du législateur ; mais cette volonté n'a pas besoin d'être manifestée expressément, elle peut l'être tacitement ; le législateur manifeste sa volonté comme il l'entend. Or sa volonté paraît ici certaine. D'abord il fait de la jouissance légale un attribut de la puissance paternelle, témoignant ainsi que dans sa pensée le droit de jouissance légale en est inséparable. Or la puissance paternelle est incessible, donc la jouissance légale l'est aussi. Un texte n'était pas plus nécessaire pour décréter l'incessibilité de la seconde que celle de la première ; le législateur a manifesté sa volonté tacitement pour l'une comme pour l'autre. Il est remarquable d'ailleurs que, dans les articles qui forment le siège de la matière (art. 384-387), le législateur évite avec soin de désigner le droit de jouissance légale des père et mère sous la dénomination *d'usufruit*, qui aurait pu donner à penser que ce droit de jouissance doit être assimilé de tous points à un usufruit ordinaire. Le législateur ne le désigne sous cette dénomination que dans des textes où il parle de ce droit accidentellement (art. 389 et 601), et dans lesquels il a dû par suite peser moins rigoureusement ses expressions.

\* Ajoutons enfin que, si le droit de jouissance légale peut être cédé, les charges qui grevent ce droit devront passer au cessionnaire ; car la charge fait partie du droit dont elle diminue la valeur. Or parmi ces charges il y en a qui paraissent essentiellement personnelles à l'usufruitier légal, notamment l'obligation de nourrir, entretenir et élever l'enfant suivant sa fortune (art. 385) ; en tout cas la question de savoir de quelle manière cette charge devrait être supportée par le cessionnaire donnerait lieu à de grosses difficultés. La personnalité de la charge inhérente au droit ne prouve-t-elle pas celle du droit lui-même ?

**818.** B. *Charges de la jouissance légale.* Elles sont énumérées par l'article 385, ainsi conçu : « *Les charges de cette jouissance seront : —*  
 » 1<sup>o</sup> *Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers ; —* 2<sup>o</sup> *La nourriture, l'en-*  
 » *tretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune ; —* 3<sup>o</sup> *Le paiement*  
 » *des arrérages ou intérêts des capitaux ; —* 4<sup>o</sup> *Les frais funéraires et*  
 » *ceux de dernière maladie. »*

Reprenons chacun des termes de cette énumération :

1<sup>o</sup> « Les charges auxquelles sont tenus les usufruitiers ordinaires ». Ces charges sont indiquées dans les articles 600 et suivants. Il y en a une toutefois dont le père ou la mère est affranchi, c'est l'obligation de fournir caution (art. 601). L'affection paternelle en tiendra lieu.

\* L'usufruit paternel étant un usufruit universel, il y aurait lieu d'appliquer les dispositions des articles 610 et 612.

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

Cette disposition ne fait-elle pas double emploi avec celle de l'article 203, qui a déjà dit : « Les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants? » Non; il y a entre l'obligation de l'article 203 et celle de l'article 385-2° des différences importantes, et particulièrement les suivantes :

a). L'obligation de l'article 203 est imposée solidairement aux deux époux, tandis que celle de l'article 385-2° ne pèse que sur l'époux qui a la jouissance légale, ou mieux elle grève sa jouissance, de sorte que, si cette jouissance est suffisante pour subvenir à la charge dont elle est grevée, l'obligation de l'article 203 s'évanouit. Ainsi un enfant mineur, qui a encore ses père et mère, possède un patrimoine dont son père a la jouissance légale, et dont les revenus suffisent et au-delà pour subvenir aux frais de sa nourriture, de son entretien et de son éducation; la mère se trouvera ainsi déchargée de l'obligation dont elle est tenue en vertu de l'article 203.

b). L'étendue de l'obligation imposée par l'article 203 se détermine d'après la fortune des parents; l'étendue de la charge imposée par l'article 385-2° se détermine d'après la fortune des enfants, « selon leur fortune », dit ce dernier texte.

3° « Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux ». — Les arrérages sont le produit périodique d'un capital non exigible, c'est-à-dire d'un capital dont le créancier s'est interdit le droit de demander le remboursement, autrement dit d'une rente; les intérêts sont le produit périodique d'un capital exigible, par exemple d'une somme d'argent prêtée qui doit être remboursée après un certain temps.

Cela posé, de quels arrérages ou intérêts s'agit-il? On pourrait penser, à première vue, qu'il s'agit des arrérages ou intérêts qui viennent à échéance pendant la durée de la jouissance. Ainsi un enfant est institué légataire universel par un ami de sa famille qui vient à décéder. Le défunt laisse des biens et des dettes: il y a par exemple 400,000 francs de biens et 20,000 francs de dettes dont l'intérêt est dû à 5 0/0 jusqu'au paiement. Il est incontestable que le père ou la mère, qui aura la jouissance des biens échus à l'enfant, devra payer tous les ans, pendant toute la durée de sa jouissance, les intérêts de la dette de 20,000 francs au fur et à mesure des échéances: ce sont des revenus passifs que la loi met tout naturellement à la charge de celui qui profite des revenus actifs. Est-ce à ces intérêts ou arrérages que fait allusion notre texte? ce n'est guère probable; car c'est là une charge de l'usufruit ordinaire (art. 610 et 612) qui se trouve comprise déjà par conséquent dans le 4° de l'article 385. Si donc la loi entendait parler de ces intérêts ou arrérages, elle répéterait ce qu'elle a déjà dit dans le 4° de l'article 385. Aussi est-il vraisemblable que la loi entend parler ici des intérêts ou arrérages échus lors de l'ouverture du droit de jouissance et qui n'étaient pas encore payés, en un mot des intérêts et arrérages *arriérés* qu'en l'absence de cette disposition l'usufruitier légal n'aurait pas été tenu de payer, parce qu'ils sont une charge de la jouissance antérieure. Ce qui donne une très-grande force à cette interprétation, c'est qu'elle peut s'appuyer sur notre ancien Droit, qui a ici une grande autorité puisqu'il s'agit d'une matière toute traditionnelle. On comprend d'ailleurs cette décision. Le défunt, dont le patrimoine a été transmis à l'enfant, aurait probablement payé les intérêts ou arrérages arriérés sur son revenu futur, et non sur son capital; en tout cas, il est de bonne administration de procéder ainsi, et il était tout naturel que la loi imposât cette ligne de conduite à l'usufruitier légal.

4° « Les frais funéraires et ceux de dernière maladie ». Il s'agit des frais funéraires et des frais de dernière maladie de la personne dont l'enfant est devenu l'héritier, et non, comme l'a prétendu un auteur dont l'opinion est depuis longtemps abandonnée, des frais funéraires et des frais de dernière maladie de l'enfant lui-même.

En effet, si la loi avait en vue l'enfant, ce ne sont pas seulement les frais de sa dernière maladie qu'elle aurait dû mettre à la charge de l'usufruit paternel, mais les frais de toutes ses maladies. A bien dire d'ailleurs, les frais des maladies que peut faire l'enfant, de la dernière comme des autres, sont compris dans les frais d'entretien que le 4° de notre article a déjà fait figurer parmi les charges de l'usufruit paternel, et il était inutile d'en parler de nouveau. Et puis, s'il s'agissait de l'enfant, comment expliquer que la loi mette à la charge de l'usufruit légal les frais funéraires de cet enfant qui prennent naissance par sa mort, c'est-à-dire par l'événement qui met fin au droit de jouissance? La loi aurait donc considéré comme charge de l'usufruit une dette qui ne vient à naître qu'après la cessation de l'usufruit! Rationnellement cette dette doit grever la succession de l'enfant, et être par suite à la charge de ses héritiers et non à la charge de l'usufruitier légal. Enfin, et ceci doit lever tous les doutes, plusieurs de nos anciennes coutumes contenaient une disposition formelle conçue en ce sens, et telle était aussi la jurisprudence admise sous l'empire de la coutume de Paris, bien qu'elle fût muette sur ce point.

#### IV. *Comment la jouissance légale prend fin.*

**819.** Aux termes de l'article 386 : « *Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé; et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage* ». Ce texte indique deux causes d'extinction du droit de jouissance légale, dont l'une a cessé d'exister.

1° *Le divorce*, aboli aujourd'hui par la loi du 8 mai 1816. Il n'était une cause d'extinction de la jouissance légale que pour l'époux contre lequel il avait été prononcé, non pour l'autre.

Les dispositions qui établissent des déchéances étant de stricte interprétation, on est d'accord pour décider qu'il n'y aurait pas lieu d'étendre celle dont il vient d'être parlé à l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée. Autre chose d'ailleurs est le divorce, autre chose la séparation de corps.

2° *Le convol de la mère*. Toujours en vertu du principe que les dispositions législatives qui prononcent des déchéances ne s'étendent pas d'un cas à un autre, on doit décider que le deuxième mariage contracté par le père survivant n'entraînerait pas la cessation de son droit de jouissance légale. La loi ne parle que de la mère.

Ce n'est pas qu'il soit bien facile de justifier cette différence que la loi établit ici entre le père et la mère. Notre ancien Droit ne l'avait pas admise : le deuxième mariage du père mettait fin au droit de garde comme le deuxième mariage de la mère. On dit, il est vrai, pour la justifier que, par son deuxième mariage, la mère passe sous l'autorité d'un nouveau maître, et que, si la loi lui eût conservé la jouissance des biens de ses enfants du premier lit, ce droit de jouissance aurait été en fait

exercé par le deuxième mari, qui n'aurait pas manqué de le faire tourner à son profit et au profit de la nouvelle famille fondée par le second mariage; tandis que le père qui se remarie conservera son indépendance, et exercera lui-même le droit d'usufruit que la loi lui conserve sur les biens de ses enfants du premier lit. — Mais n'est-ce pas là une différence plus apparente que réelle? Ce qui importe, c'est que les produits du droit de jouissance légale sur les biens des enfants du premier lit ne servent pas à alimenter la nouvelle famille fondée par le deuxième mariage du survivant. Or croit-on qu'ils ne recevront pas cette destination après le deuxième mariage du père, tout comme après le deuxième mariage de la mère? Sans doute le père remarié exercera lui-même son droit de jouissance; mais il sera tenté d'en faire profiter sa femme et ses enfants du second lit, et en fait il ne résistera guère à la tentation. Quoi qu'il en soit, *statuit lex*.

Si la mère remariée devient de nouveau veuve, recouvrera-t-elle le droit de jouissance qu'elle a perdu par son convol? La négative est généralement admise. La loi dit, dans les termes les plus absolus, que la jouissance cesse à l'égard de la mère par son deuxième mariage; elle n'en subordonne pas l'extinction au maintien du lien créé par le deuxième mariage. Donc le droit de jouissance est définitivement éteint par le convol de la mère; il faudrait un texte pour qu'il pût revivre après la dissolution du mariage, et ce texte n'existe pas.

\* **820.** Plus délicate est la question de savoir si la déchéance que la loi attache au deuxième mariage de la mère serait encourue, quand ce mariage est nul. Beaucoup d'auteurs admettent l'affirmative. C'est, disent-ils, au fait de la célébration du deuxième mariage que la loi attache la déchéance dont il s'agit; peu importe donc qu'il soit valable ou nul. C'est ainsi qu'au point de vue pénal, le fait d'avoir contracté un deuxième mariage avant la dissolution du premier entraîne l'application des peines dont la loi punit le crime de bigamie, alors même que le deuxième mariage est nul. On excepte toutefois le cas où le deuxième mariage de la mère aurait été contracté sous l'empire de la violence.

La solution contraire nous paraît préférable. Rien dans les termes de l'article 386 n'annonce que ce soit au fait même de la célébration d'un deuxième mariage, fût-il nul, que la loi attache la déchéance du droit de jouissance légale. La loi dit que la jouissance cessera à l'égard de la mère « dans le cas d'un second mariage ». Il faut donc qu'il y ait un second mariage; or il y en a un tant que le deuxième mariage de la mère n'a pas été annulé, et provisoirement la mère subira la déchéance attachée à ce mariage; mais quand il aura été annulé, non-seulement il n'existera plus dans l'avenir, ce qui ne serait pas suffisant pour faire revivre un droit de jouissance éteint, mais il sera censé n'avoir jamais existé (*supra*, n° 521), et par suite tous les effets qu'il a produits, y compris la déchéance établie par l'article 386, seront rétroactivement anéantis. Cette solution devrait être maintenue *même* (nous devrions peut-être dire *surtout*) au cas où le nouveau mariage nul a été contracté de bonne foi par la mère; c'est l'hypothèse du mariage putatif. On objecte que le mariage, produisant alors tous ses effets civils (art. 201), doit entraîner aussi la déchéance qui nous occupe; car elle est un effet civil du mariage. Il faut répondre que le mariage contracté de bonne foi produit ses effets civils au profit des époux, *en leur faveur*, comme le dit l'article 202, mais non contre eux; or il s'agit ici d'un effet que l'on voudrait faire produire au mariage contre la femme. D'ailleurs, si l'on admet qu'un mariage nul ne fait pas encourir à la mère la déchéance établie par l'article 386 quand elle est de mauvaise foi, on ne peut pas admettre rationnellement qu'il la lui fasse encourir quand elle est de bonne foi.

\* **821.** Enfin on demande si la déchéance établie par l'article 386 serait encourue par la mère veuve, qui, vivant dans une conduite notoire, donnerait le jour à

enfants naturels. La réponse doit être négative, toujours en vertu du principe d'interprétation restrictive qui gouverne cette matière. Il est vrai que l'inconduite notoire est, aux termes de l'article 444, une cause de destitution de la tutelle; mais autre chose est la destitution de la tutelle, autre chose la déchéance du droit de jouissance légale. Si la première peine est plus grave au point de vue moral, la deuxième l'est davantage au point de vue pécuniaire. En pareil cas le tuteur, qui sera nommé pour remplacer la mère destituée, administrera les biens de l'enfant mineur, et touchera ses revenus, à charge de verser entre les mains de la mère l'excédant de ces revenus sur la dépense du mineur (Lyon, 4 juin 1878, Sir., 79. 2. 3).

**822.** Le droit de jouissance légale s'éteint encore :

3° *Lorsque l'enfant est parvenu à l'âge de dix-huit ans accomplis.*

4° *Par l'émancipation de l'enfant survenue avant l'âge de dix-huit ans accomplis.* L'émancipation, mettant fin à la puissance paternelle, devait mettre fin aussi à la jouissance légale qui en est un attribut.

5° *Par la mort de l'enfant.* En effet la loi fait porter le droit de jouissance sur les biens de l'enfant; or, si le droit de jouissance lui survivait, il porterait désormais sur les biens de ses héritiers. D'ailleurs la mort de l'enfant met fin à la puissance paternelle; elle doit mettre fin aussi à la jouissance légale, qui n'est accordée que comme attribut de cette puissance.

6° *Par la mort du survivant des père et mère.* Le droit de jouissance ne passe donc pas après la mort des deux auteurs de l'enfant à ses ascendants, ni à plus forte raison à ses collatéraux, pas plus que la puissance paternelle dont cette jouissance est un attribut.

7° *Par l'abus de jouissance de l'usufruitier légal* (arg., art. 618).

8° *Par la condamnation prononcée contre le père ou contre la mère convaincu d'avoir excité, favorisé ou facilité la prostitution ou la corruption de son enfant.* Mais il résulte de l'article 335 P. que le père ou la mère ne perd en ce cas son droit de jouissance que sur les biens de l'enfant prostitué ou corrompu, et non sur les biens de ses autres enfants.

9° *Par la renonciation du père ou de la mère usufruitier légal.* Chacun peut renoncer à son droit.

10° *Par le défaut d'inventaire dans le cas prévu par l'article 1442.*

## § II. De la puissance paternelle sur les enfants naturels.

**823.** Nous n'avons sur cette importante matière qu'un seul texte c'est l'article 383 ainsi conçu : « *Les articles 376, 377, 378 et 379 sont communs aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus* ».

On admet comme un point certain, tant en jurisprudence qu'en doctrine, que les pères et mères naturels n'ont pas sur les biens de leurs enfants le droit de jouissance légale organisée par les articles 384 et s. Et en effet cela résulte : d'abord de la place qu'occupe l'article 383,

immédiatement avant les articles 384 et suivants qui organisent le droit de jouissance légale; puis du texte même de l'article 383, qui ne comprend pas les articles 384 et suivants dans l'énumération des articles qu'il déclare applicables aux pères et mères naturels; enfin du texte des articles 384 et suivants qui supposent à diverses reprises le mariage des pères et mères auxquels le droit de jouissance est accordé.

On admet généralement aussi qu'il n'y a pas lieu au profit du père naturel au droit d'administration légale établi par l'article 389, ce texte supposant le mariage des père et mère de l'enfant.

Restent comme attributs de la puissance paternelle le droit de garde et le droit de correction, qui ne sont, comme on l'a vu, que des moyens accordés aux pères et mères pour remplir le devoir d'éducation dont ils sont tenus à l'égard de leurs enfants. Appartiennent-ils au père et à la mère naturels?

En ce qui concerne le droit de correction, il appartient aux pères et mères naturels, mais avec d'importantes restrictions résultant de l'article 383, qui ne dit pas d'une manière générale que le droit de correction leur appartient, mais se borne à leur déclarer applicables certains articles seulement parmi ceux qui organisent le droit de correction: ce qui ne peut s'expliquer rationnellement qu'en supposant au législateur l'intention de ne pas appliquer aux pères et mères naturels les articles non compris dans son énumération, c'est-à-dire les articles 380, 381 et 382. Quelque certaine que paraisse cette déduction, elle a cependant été contestée, mais par des arguments qui tendraient tout au plus à prouver que la loi est imparfaite et qu'il y a lieu de la réformer sur ce point.

En ce qui concerne le droit de garde, on doit reconnaître qu'il appartient aux pères et mères naturels, bien que l'article 374 qui organise ce droit ne figure pas dans l'énumération donnée par l'article 383. En accordant, sous certaines restrictions il est vrai, le droit de correction aux pères et mères naturels légalement connus, le législateur nous dit implicitement qu'ils ont le droit ou plutôt le devoir d'éducation vis-à-vis de leurs enfants; car le droit de correction n'est qu'un corollaire du devoir d'éducation. Comment alors n'auraient-ils pas aussi le droit de garde, autre corollaire du droit d'éducation et plus essentiel que le droit de correction? On comprend d'ailleurs que le législateur, qui voulait accorder le droit de garde aux pères et mères naturels avec la même étendue qu'aux pères et mères légitimes, ait pu considérer comme inutile de s'expliquer sur ce point, tandis qu'il devait nécessairement s'expliquer en ce qui regarde le droit de correction, puisqu'il voulait l'attribuer avec moins d'étendue aux pères et mères naturels qu'aux pères et mères légitimes.

## TITRE X

**De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.**

**824.** Le législateur doit protection aux personnes qui sont incapables de se gouverner et de se défendre elles-mêmes. C'est un principe admis dans toutes les législations.

L'incapacité des personnes peut tenir à trois causes :

1° *Au sexe.* Nous savons que dans notre Droit les filles et les veuves sont aussi capables que les hommes quand elles sont majeures. Mais les femmes mariées sont frappées d'incapacité, en ce sens qu'elles ne peuvent pas accomplir les actes civils sans une autorisation qui en principe doit émaner du mari, mais peut exceptionnellement être accordée par la justice (art. 215 et s.).

2° *A l'âge.* L'homme ne se développe que graduellement, au moral comme au physique ; le développement moral suit même une progression plus lente que le développement physique. Tant que l'homme n'a pas atteint le développement complet de ses facultés morales, il a besoin d'un protecteur. La loi lui donne suivant les cas, tantôt un tuteur qui le représente dans tous les actes civils, tantôt un curateur qui l'assiste dans les actes importants de la vie civile.

3° *A l'altération plus ou moins grave des facultés intellectuelles.* Ici le législateur, proportionnant l'énergie du remède à la gravité du mal, autorise, suivant l'état mental de la personne, des mesures plus ou moins radicales : l'interdiction ou le placement dans une maison d'aliénés pour ceux qui sont atteints d'aliénation mentale ; la nomination d'un conseil judiciaire, sorte de demi-interdiction, pour les simples d'esprit et les prodigues.

Il y a donc trois catégories d'incapables : 1° les femmes mariées ; 2° les mineurs ; 3° les interdits et ceux qui leur sont plus ou moins assimilés, savoir : les personnes placées dans une maison d'aliénés et les personnes munies d'un conseil judiciaire (Cpr. art. 1124).

Nous nous sommes occupé de l'incapacité des femmes mariées (*supra*, nos 559 et s.) ; nous allons maintenant parler de celle des mineurs et des interdits. Le mode de protection établi par la loi est le même pour les mineurs non émancipés et les interdits : c'est la tutelle.

**825. Définition de la tutelle.** — La *tutelle* (de *tueri*, *tueor*, dé-

fendre, protéger) est un mandat imposé par la loi ou par la volonté de l'homme, et en vertu duquel une personne capable se trouve obligée de prendre soin d'un mineur non émancipé ou d'un interdit, d'administrer ses biens et de le représenter dans tous les actes civils.

On voit, d'après cette définition, qu'il y a deux espèces de tutelles : la tutelle des mineurs et celle des interdits. Le législateur s'occupe de la première dans le titre X, et de la deuxième dans le titre XI.

La tutelle, disons-nous, est un *mandat*. Donc elle constitue une charge gratuite, car le mandat est gratuit de sa nature (art. 1986). Mais à la différence du mandat ordinaire, la tutelle est obligatoire pour celui à qui elle est déférée. Il le fallait bien ! autrement il aurait été souvent impossible de trouver un protecteur aux incapables.

**826. Généralités sur la tutelle.** — Le mécanisme de la tutelle contient trois rouages principaux : le tuteur, le conseil de famille et le subrogé tuteur.

A. *Le tuteur*, principal acteur de la tutelle. Il représente le mineur ou l'interdit dans tous les actes civils (art. 450), c'est-à-dire qu'il agit pour le mineur dont il est le mandataire légal.

En Droit romain le tuteur ne représentait pas le pupille, il l'assistait seulement, *auctoritatem interponebat*. Le pupille figurait par conséquent lui-même, en règle générale du moins, dans les actes civils qui l'intéressaient ; le tuteur intervenait seulement pour compléter sa personne, *augebat personam pupilli*. Notre législateur est plus d'accord avec la réalité des choses en faisant du tuteur le représentant du mineur, son mandataire.

En principe il n'y a dans toute tutelle qu'un seul tuteur ; il le fallait pour assurer l'unité dans l'administration tutélaire. Ce principe souffre toutefois exception dans le cas prévu par l'article 396 et dans celui prévu par l'article 447.

En comporte-t-il d'autres ? On trouve quelques décisions judiciaires qui ont validé la nomination faite par le dernier mourant des père et mère de deux tuteurs, un chargé de prendre soin de la personne du mineur, l'autre chargé d'administrer ses biens. Ces décisions se fondent principalement sur l'autorité de notre ancien Droit qui admettait cette double nomination, et sur le silence de notre loi actuelle qui, dit-on, l'autorise par cela seul qu'elle ne la prohibe pas. — Ces raisons sont-elles suffisantes ? Le Code civil établit implicitement, sinon explicitement, le principe de l'unité de la tutelle ; car partout il suppose l'existence d'un tuteur unique. A cette règle il formule deux exceptions (voy. art. 396 et 447). En admettre d'autres, n'est-ce pas violer la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis* ?

B. *Le conseil de famille*. On désigne sous ce nom une assemblée composée de parents ou d'alliés du mineur (ou de l'interdit), et présidée par le juge de paix. Le conseil de famille est chargé du contrôle de la tutelle. A cet effet il peut obliger le tuteur à lui fournir chaque année des états de situation de sa gestion (art. 470). De plus il est appelé dans de nombreux cas à donner sur les actes importants de la tutelle des avis auxquels le tuteur doit se conformer.

C. *Le subrogé tuteur*, qui est investi d'une triple mission : surveiller

la gestion du tuteur (arg. art. 470), représenter le mineur ou l'interdit dans les cas où ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420), enfin provoquer la nomination d'un nouveau tuteur lorsque la tutelle devient vacante (art. 424).

## CHAPITRE I

### DE LA MINORITÉ

**827.** « *Le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt-un ans accomplis* » (art. 388).

Dans notre ancien Droit, la minorité se prolongeait en général jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. C'est la loi du 29 septembre 1792, qui la première fixa la majorité à l'âge de vingt-un ans accomplis. Notre Code civil a reproduit sa disposition sur ce point.

La doctrine désigne indifféremment sous le nom de *pupille* ou sous celui de *mineur* l'individu âgé de moins de vingt-un ans. La loi paraît avoir affecté d'employer le mot *pupille* dans les articles consacrés à la tutelle officieuse (art. 364-370); partout ailleurs, et notamment dans tout notre titre, elle emploie à peu près exclusivement la dénomination de *mineur*.

En Droit romain, il importait de distinguer les pupilles des mineurs. On était pupille jusqu'à l'âge de la puberté; on était mineur depuis cette époque jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans accomplis. Les pupilles seuls étaient en tutelle; quant aux mineurs de vingt-cinq ans, ils étaient en curatelle. Le législateur du Code civil n'a pas admis ce système.

**828.** On distingue dans notre Droit deux catégories de mineurs: les mineurs non émancipés qui sont en tutelle, et les mineurs émancipés qui sont en curatelle. De là la division de notre titre qui, après avoir traité *de la Minorité* dans le chapitre I, traite *de la Tutelle* dans le chapitre II et *de l'Émancipation* dans le chapitre III.

## CHAPITRE II

### DE LA TUTELLE

**829.** Malgré la généralité de cette rubrique, le législateur ne s'occupe dans ce chapitre que de la tutelle des *mineurs*. C'est dans le titre XI qu'il sera question de la tutelle des *interdits*.

#### Introduction.

I. *De l'ouverture de la tutelle et de l'administration légale à laquelle il peut y avoir lieu avant cette ouverture.*

**830.** L'événement, qui donne ouverture à la tutelle pour un mineur, est la mort de l'un de ses auteurs, ou en d'autres termes la dissolution du

mariage. Le mécanisme assez compliqué de la tutelle a paru inutile au législateur pendant toute la durée du mariage, soit parce qu'alors l'enfant trouve une protection suffisante dans la sollicitude et l'affection de son père et de sa mère, soit parce qu'il a rarement un patrimoine propre et par suite des intérêts pécuniaires à sauvegarder, le premier événement qui rend un mineur propriétaire étant ordinairement la mort d'un de ses auteurs.

Exceptionnellement cependant, un mineur qui a encore ses père et mère peut avoir des biens personnels, par exemple par suite de donations entre vifs ou testamentaires dues à la générosité de parents ou d'étrangers, ou par suite de quelque don de fortune comme l'invention d'un trésor. A qui appartiendra l'administration de ces biens ? L'article 389, placé à tort dans le chapitre de la tutelle, répond : « *Le père est, » durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants » mineurs. — Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des » biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant à la propriété seulement, » de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit ».*

L'administration dont il s'agit est dite *légale*, parce qu'elle est conférée de plein droit par la loi. Elle forme un attribut de la puissance paternelle, c'est pour ce motif que la loi l'accorde au père, qui seul a l'exercice de cette puissance pendant la durée du mariage (art 373).

On sait que, dans certains cas exceptionnels, l'exercice de la puissance paternelle passe à la mère durant le mariage (*supra*, n° 800). Naturellement la mère en pareil cas serait investie du droit d'administration légale.

**831. Différences entre l'administration légale et la tutelle.**— Le Tribunat, auquel nous devons l'article 389 qui ne figurait pas dans le projet primitif du Code civil, en a signalé un certain nombre :

1° Dans toute tutelle il y a un subrogé tuteur nommé par le conseil de famille (art. 420, *supra* n° 826). Au contraire il n'y a pas lieu d'adjoindre au père administrateur légal un subrogé administrateur.

Quel en est le motif ? Le subrogé tuteur est principalement chargé : 1° de surveiller la gestion du tuteur ; 2° de représenter le mineur quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur. Il a pu paraître inutile au législateur d'organiser une surveillance spéciale de la gestion du père administrateur légal ; l'affectueuse sollicitude de la mère vaut à ses yeux le contrôle d'un subrogé tuteur. Mais voilà qu'une opposition d'intérêts surgit entre le père et l'enfant, par exemple un procès éclate entre eux. Qui représentera l'enfant mineur dans ce procès ? Ce ne peut être son père, puisqu'il est son adversaire. Se figure-t-on un père jouant dans un même procès le double rôle de demandeur pour son propre compte et défendeur pour le compte de son enfant mineur ? En pareil cas il doit être nommé à l'enfant un *administrateur ad hoc*. Nous disons un *administrateur ad hoc*, et non un *tuteur ad hoc*, comme le font la plupart des auteurs, à l'imitation d'ailleurs de l'article 348 ; en effet pendant le mariage il ne peut pas y avoir lieu à une véritable tutelle, pas plus à la tutelle *ad hoc* qu'à la tutelle ordinaire. L'observation a quelque importance ; car, l'administrateur dont il s'agit n'étant pas un tuteur, il n'y aurait pas lieu de lui adjoindre

un subrogé tuteur, ainsi que l'a fort bien jugé la Cour de cassation par un arrêt en date du 14 janvier 1878 (Sir., 78. 1. 218.)

2° Les biens du tuteur sont grevés d'une hypothèque légale au profit du mineur (art. 2121) ; cette hypothèque légale garantit au mineur le paiement de tout ce que son tuteur pourra lui devoir par son compte de tutelle. Au contraire le père administrateur légal n'est pas, en cette qualité, grevé d'une hypothèque légale sur ses biens. On a peut-être considéré que, le père étant déjà grevé d'une hypothèque légale au profit de sa femme, on courrait le risque d'anéantir complètement son crédit en doublant cette hypothèque d'une autre de même nature au profit de son enfant mineur.

3° Le conseil de famille est un des rouages de la tutelle. Le mécanisme de l'administration légale est moins compliqué ; le père administrateur légal n'est pas soumis à l'autorité d'un conseil de famille.

**832.** Quels sont les pouvoirs du père administrateur légal ? Cette question n'est pas sans difficulté. Voici la solution qu'elle nous paraît comporter. La loi n'ayant établi ici aucune règle spéciale, il y a lieu d'appliquer les règles du Droit commun, c'est-à-dire que les pouvoirs du père administrateur légal sont les mêmes que ceux d'un administrateur ordinaire. D'après cette donnée, on doit décider que le père a pleine capacité pour accomplir au nom de son enfant tous les actes d'administration, mais non les actes de disposition. On sait que les actes d'administration sont ceux qui ont pour but de conserver les biens et de leur faire produire ce qu'ils sont susceptibles de donner ; les actes de disposition sont les actes d'aliénation et les actes équivalents, par exemple les constitutions d'hypothèque.

Est-ce à dire qu'il sera impossible d'accomplir aucun acte de disposition pour le compte d'un mineur soumis à l'administration paternelle, quelque intérêt qu'il puisse y avoir ? Rigoureusement on devrait l'admettre. Quand la loi déclare un propriétaire incapable d'aliéner, elle seule peut déterminer par qui et sous quelles conditions il pourra être procédé à l'aliénation de ses biens ; si elle ne le fait pas, il faut en conclure que ses biens sont inaliénables. Mais si cette solution est d'accord avec les principes, elle est loin de l'être avec les nécessités de la pratique, et même aussi avec l'intérêt social qui exige que les biens puissent circuler librement. Aussi la jurisprudence, empiétant peut-être sur le domaine du législateur qui seul a le droit de combler les lacunes que son œuvre présente, décide-t-elle que le père pourra valablement accomplir les actes de disposition pour le compte de son enfant mineur, mais avec l'autorisation de la justice. On ne peut guère songer à appliquer ici les règles établies au titre de la tutelle ; car autre chose est la tutelle, autre chose l'administration légale.

**833. Comment l'administration légale prend fin.**— L'administration légale prend fin par la majorité ou par l'émancipation de l'enfant.

Comme tout administrateur, le père doit rendre compte de sa gestion

quand elle finit. Le compte sera rendu au propriétaire des biens, c'est-à-dire à l'enfant. D'après notre article, le père ne doit rendre compte que de la propriété pour les biens dont il avait la jouissance ; car il a fait siens les fruits de ces biens en vertu de son droit d'usufruit. Au contraire, en ce qui concerne les biens soustraits à son droit de jouissance, il doit compte de la propriété et des *revenus*.

Et toutefois il a le droit de déduire sur les revenus à restituer le montant des frais qu'il a faits pour l'éducation et l'entretien de l'enfant, en supposant qu'ils ne soient pas couverts par les revenus d'autres biens appartenant à l'enfant dont le père avait la jouissance ; ces frais sont une charge de la jouissance légale (art. 385), et doivent être imputés en premier lieu sur les revenus des biens qui y sont soumis.

\* Un donateur ou un testateur peut-il, par une clause de la donation ou du testament, retirer au père l'administration légale du bien qu'il donne ou lègue à l'enfant ? La jurisprudence admet l'affirmative (Nancy, 12 nov. 1874., Sir., 75. 2. 44), et cette solution est acceptée par la majorité des auteurs, dont quelques-uns toutefois établissent cette restriction : que la clause sera nulle, si elle a été dictée par un sentiment d'hostilité pour le père plutôt que par un sentiment de bienveillance pour l'enfant. La jurisprudence se fonde sur l'art. 387, qui permet au donateur ou au testateur de retirer au père la jouissance légale du bien donné à l'enfant ; donc, dit-on, à plus forte raison l'administration de ces mêmes biens. — On objecte que la disposition de l'article 389, comme toutes celles relatives à la puissance paternelle, est d'ordre public, et que par suite la volonté des particuliers ne peut pas y déroger (arg., art. 6). Il a fallu, dit-on, un texte (art. 387) pour permettre au donateur de déroger à l'article 384 ; il en faudrait un autre pour l'autoriser à déroger à l'article 389. L'y autoriser en vertu de l'article 387, c'est étendre cet article en dehors du cas qu'il prévoit contrairement à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. — Ne peut-on pas répondre que l'exception dont il s'agit est en réalité contenue dans l'article 387 ? En accordant au père le droit de jouissance légale, la loi lui accorde implicitement le droit d'administration ; car l'usufruitier a le droit d'administrer les biens compris dans son droit d'usufruit ; par suite, en autorisant le donateur à retirer au père le droit de jouissance, l'article 387 l'autorise implicitement à lui retirer le droit d'administration.

## II. Des diverses espèces de tutelle en ce qui concerne les mineurs.

**834.** Voici en peu de mots le système que le législateur a admis sur ce point. Aussitôt que la tutelle est ouverte par la dissolution du mariage, elle est déférée de plein droit au survivant des père et mère. Le survivant, tuteur légitime, peut, s'il craint de mourir avant la majorité ou l'émancipation de son enfant, désigner le tuteur qui devra lui succéder. Cette désignation se fait par acte de dernière volonté, et la tutelle ainsi déférée porte le nom de *tutelle testamentaire*. Si le survivant des père et mère meurt avant la fin de la tutelle sans avoir désigné le tuteur qui doit le remplacer, il y a lieu à la tutelle des ascendants qui est déférée de plein droit par la loi à l'ascendant le plus proche. Enfin, à défaut de toute autre, il y a lieu à la tutelle *dativè* ou tutelle déférée par le conseil de famille.

Il y a donc quatre espèces de tutelles, savoir : la tutelle du survivant

des père et mère; la tutelle testamentaire ou tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère; la tutelle des ascendants et la tutelle dative ou tutelle déferée par le conseil de famille. Chacune fait l'objet d'une section distincte de notre chapitre. La tutelle du survivant des père et mère et la tutelle des ascendants sont des tutelles *légitimes*, parce qu'elles sont déferées de plein droit par la loi. La tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère et la tutelle déferée par le conseil de famille sont des tutelles *datives* (de *dare, datum*, donner).

La tutelle légitime était inconnue dans nos anciens pays de coutume. Toute tutelle y était dative, et c'était le juge qui était investi de la mission de nommer les tuteurs. Effectivement la tutelle légale ou légitime présente un danger : le choix fait par la loi est nécessairement un peu aveugle; le tuteur qu'elle désigne ne sera-t-il pas souvent inhabile à remplir sa mission? Ne vaudrait-il pas mieux en laisser dans tous les cas le choix à une autorité qui pourrait statuer *cognita causa*? La loi a sans doute considéré que la plus forte garantie à offrir au mineur consiste dans l'affection de son tuteur. A ce point de vue, son choix n'est pas complètement aveugle, quand elle désigne comme tuteur de droit le père ou la mère du mineur ou ses ascendants. Un autre offrirait peut-être des garanties plus sérieuses au point de vue de la capacité ou de la solvabilité, mais non sous le rapport de l'affection et du dévouement.

## SECTION I

### DE LA TUTELLE DES PÈRE ET MÈRE

**835.** « *Après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère* » (art. 390).

Cette tutelle est appelée *tutelle naturelle*, parce qu'elle était écrite dans la loi naturelle avant de l'être dans la loi positive. La tutelle est avant tout une mission de confiance et d'affection; qui donc peut mieux la remplir que le survivant des père et mère?

Cette tutelle est déferée de plein droit, *vi ac potestate legis*, au survivant quel qu'il soit, à la mère par conséquent aussi bien qu'au père. D'après le projet, la mère survivante n'était pas tutrice de plein droit; elle pouvait seulement être nommée tutrice.

\* L'article 390 étant conçu dans les termes les plus absolus, on doit en conclure que le survivant des père et mère serait de droit tuteur, alors même qu'il serait mineur; c'est ce que dit d'ailleurs explicitement l'article 442 1°. Mais comme il impliquerait contradiction que le survivant, tuteur de son enfant, eût une capacité plus grande pour les actes qui concernent son pupille que pour ceux qui le regardent personnellement, on doit décider que l'assistance de son curateur lui sera nécessaire pour tous les actes de la tutelle, qu'il ne pourrait pas accomplir sans cette assistance pour son propre compte. Quelques auteurs exigent l'assistance du subrogé tuteur; mais cette opinion doit être rejetée, parce que, dans le système admis par notre législateur, le subrogé tuteur n'assiste jamais le tuteur.

**836.** Il existe plusieurs différences entre la tutelle du père survivant

et celle de la mère survivante. Elles sont indiquées par les articles 391 à 396.

**837. PREMIÈRE DIFFÉRENCE.** Le père peut, en prévision du cas où sa femme, lui ayant survécu, deviendrait tutrice de ses enfants mineurs, nommer à celle-ci un *conseil de tutelle*, dont l'assistance lui sera nécessaire pour accomplir, soit tous les actes de la tutelle indistinctement, soit certains actes seulement. Au contraire la mère ne peut pas, par une mesure du même genre, restreindre les droits du père pour le cas où il serait appelé à la tutelle; car nulle loi ne l'y autorise. L'article 391 dit à ce sujet : « *Pourra néanmoins le père nommer à la mère survivante* » *et tutrice un conseil, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun* » *acte relatif à la tutelle. Si le père spécifie les actes pour lesquels le* » *conseil sera nommé, la tutrice sera habile à faire les autres sans son assis-* » *tance.* » Le plus souvent c'est à une seule personne que le père confie les fonctions de *conseil de tutelle*; le mot *conseil* est ici synonyme de *conseiller*, comme dans les articles 499 et 513, et non d'*assemblée*. Rien ne paraîtrait s'opposer cependant à ce que le père confiât à plusieurs personnes collectivement les fonctions dont il s'agit.

Le conseil de tutelle est un mandataire désigné par l'affection du père. Il faut donc appliquer les règles du mandat, ce qui entraîne les conséquences suivantes :

1° Celui qui a été désigné par le père pour remplir les fonctions de conseil de tutelle, peut refuser de les accepter (arg., art. 1984); il faudrait une disposition expresse de la loi pour les lui imposer. S'il les refuse, la nomination faite par le père sera considérée comme non avenue, et tout se passera par suite comme si le père n'avait pas nommé de conseil de tutelle.

2° Le conseil de tutelle serait, comme tout mandataire, responsable, non seulement du dol, mais encore des fautes graves qu'il commettrait dans l'accomplissement de sa mission (art. 1992). Le conseil de tutelle ne doit donc donner son assentiment aux actes de la tutelle qu'après mûr examen, *cognita causa*; autrement il commettrait une faute qui engagerait sa responsabilité.

3° La mort de la personne désignée pour remplir les fonctions de conseil de tutelle mettra fin à son mandat (arg., art. 2003); et, à dater de ce jour, la mère tutrice se trouvera dans la même situation que si un conseil de tutelle ne lui avait pas été donné. Il ne peut être question en effet de nommer un autre conseil de tutelle à la mère, car le père seul a qualité pour faire cette désignation.

**838. Rôle du conseil de tutelle.** — Le conseil de tutelle a pour mission d'assister la mère, soit dans tous les actes de la tutelle, soit dans certains actes seulement, suivant la distinction établie en notre article. Il ne suffit pas à la mère de prendre l'avis du conseil de tutelle, sauf à ne pas le suivre; elle est liée par son avis, en ce sens qu'elle ne peut pas accomplir les actes auxquels celui-ci refuse de donner son assentiment. Le doute, que peut laisser subsister à cet égard l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 391, se dissipe à la lecture de l'alinéa 2.

La mère est donc incapable d'agir sans l'assistance du conseil de tutelle dans les cas où cette assistance est requise; et de là on doit conclure que le défaut d'assis-

tance serait une cause de nullité, car les actes accomplis par un incapable sont nuls. Les termes prohibitifs dont se sert la loi... *ne pourra...* viennent fortifier cette solution ; sous cette expression se cache ordinairement une nullité virtuelle (*supra*, n° 96). Le mineur sera donc fondé à demander la nullité des actes accomplis par sa mère sans l'assistance requise par la loi, en supposant bien entendu que ces actes lui causent préjudice. — Tel n'est pas cependant l'avis de tous les auteurs. Plusieurs prétendent que le défaut d'assistance du conseil de tutelle ne pourrait jamais servir de base à une action en nullité intentée par le mineur, mais seulement à une action en dommages et intérêts contre sa mère. On invoque surtout en faveur de cette solution l'intérêt des tiers, qui ont traité avec la mère tutrice, ignorant le plus souvent la restriction apportée à ses pouvoirs par la nomination du conseil de tutelle que rien ne pouvait leur faire soupçonner : n'est-il pas souverainement injuste d'autoriser contre eux l'exercice d'une action en nullité qu'ils n'ont pas pu prévoir ? Mais tout ce que prouve ce raisonnement, c'est que le législateur a eu tort de n'organiser aucun moyen de publicité pour porter à la connaissance du public la nomination du conseil de tutelle. Ce n'est pas d'ailleurs le seul cas malheureusement, dans lequel le législateur a sacrifié les droits des tiers.

**839.** La mère, à laquelle le conseil de tutelle refuse le concours qui lui est nécessaire pour accomplir un acte de la tutelle, a-t-elle quelque voie de recours contre ce refus ? La plupart des auteurs lui accordent un droit de recours, les uns devant le conseil de famille, les autres devant le tribunal, ce qui paraîtrait plus logique, car le conseil de famille n'a que des attributions limitées, et nul texte ne lui confère celle dont il s'agit. D'autres pensent que, dans le silence de la loi, le plus sûr serait peut-être de décider qu'il n'existe aucune voie de recours.

**840. En quelle forme doit être faite la nomination du conseil de tutelle.** — « *Cette nomination de conseil ne pourra être faite* » que de l'une des manières suivantes : — 1° *Par acte de dernière volonté ;* » — 2° *Par une déclaration faite, ou devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaires* » (art. 392).

*Par acte de dernière volonté*, c'est-à-dire par un acte passé dans la forme des testaments. Mais il n'est pas nécessaire que cet acte constitue un testament, en d'autres termes que le père y dispose de ses biens en tout ou en partie. La loi ne dit pas : « *par testament* » ; elle dit « *par acte de dernière volonté.* »

*Par une déclaration faite devant le juge de paix... ou devant notaires.* Le choix du juge de paix ou des notaires appartiendrait au père, car la loi ne les désigne pas spécialement.

**841. DEUXIÈME DIFFÉRENCE.** Elle nous est révélée par l'article 393, qui nous signale une particularité de la tutelle de la mère : « *Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille* » (art. 393).

Le personnage, que la loi désigne ici sous le nom quelque peu barbare de *curateur au ventre*, est chargé de veiller aux intérêts de l'enfant à naître et de toutes les autres personnes qui peuvent avoir des droits sur la succession du mari prédécédé. A ce titre, le curateur doit chercher à déjouer les diverses fraudes, que l'on pourrait tenter de commettre pour porter atteinte à leurs droits. Les principales consistent dans la suppression de part, dans la supposition de part et dans la substitution de part.

a). *Suppression de part.* Le mot *part* est ici la traduction du mot latin *partus*, suppression de *part* signifie donc suppression d'enfant. Supposons qu'une femme, instituée légataire universelle par son mari, soit enceinte lors du décès de celui-ci. Si son enfant naît vivant et viable, il deviendra héritier du mari; et, comme les enfants sont héritiers réservataires, il enlèvera à sa mère une partie de la succession du défunt. Il ne serait pas impossible que par cupidité la mère songeât à faire disparaître son enfant, et à soutenir ou qu'elle n'est jamais accouchée ou qu'elle a mis au monde un enfant mort, le tout afin de conserver l'entière succession de son mari. Le curateur au ventre veillera à ce que cette fraude ne soit pas commise.

b). *Supposition de part.* La supposition de part consiste dans la supposition d'un accouchement qui n'a pas eu lieu. Un mari meurt sans laisser d'enfant; il n'a pas songé à assurer l'avenir de sa femme par des dispositions testamentaires. Que va-t-il arriver? Toute la fortune du mari passera à son héritier le plus proche, peut-être à un collatéral éloigné, et échappera ainsi à la femme. Il ne serait pas impossible en pareil cas que la femme se déclarât faussement enceinte lors du décès de son mari et simulât plus tard un accouchement, dans le but de faire passer sur la tête de l'enfant, qu'elle dirait être le sien, la fortune du mari prédécédé, et d'en garder pendant dix-huit ans la jouissance (art. 384). Le curateur au ventre veillera à ce que cette seconde fraude ne soit pas commise.

c). *Substitution de part.* La substitution de part consiste dans la substitution d'un enfant à un autre. Le curateur au ventre devra chercher à prévenir cette nouvelle fraude. Mais quel intérêt la mère pourrait-elle avoir à la commettre? Supposez qu'une veuve mette au monde un enfant mort, ou vivant mais non viable; elle pourrait avoir intérêt à lui substituer un enfant vivant et viable, afin de conserver pendant dix-huit ans la jouissance de la fortune de son mari.

La mission du curateur au ventre est délicate. Il doit la remplir avec tous les ménagements que la situation comporte.

Le curateur au ventre n'est pas tuteur. Ses biens ne sont donc pas grevés de l'hypothèque légale de l'article 2121.

**842.** On lit dans l'article 393, al. 2 : « *A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur au ventre en sera de plein droit le subrogé tuteur.* »

Concluons de là :

1° Que la mère ne peut pas concourir à la nomination du curateur au ventre ; en aucun cas en effet, le tuteur ne doit voter pour la nomination du subrogé tuteur (art. 423).

2° Que le curateur au ventre doit être choisi parmi les parents paternels du mineur; car le subrogé tuteur doit être pris parmi les parents de la ligne à laquelle n'appartient pas le tuteur (art. 423).

\* La loi ne distinguant pas, on doit en conclure qu'il y aurait lieu à la nomination d'un curateur au ventre alors même qu'il existerait d'autres enfants du mariage déjà nés lors du décès du mari. Cette circonstance, il est vrai, diminuera beaucoup l'intérêt, que pourrait avoir la veuve à commettre l'une des fraudes signalées plus haut; mais elle ne le fera pas disparaître complètement; la fraude sera donc encore possible, quoique moins probable, et par suite la nomination du curateur au ventre ne sera pas inutile. Ainsi on conçoit que la supposition de part puisse encore présenter quelque intérêt pour la mère, qui prolongerait ainsi son droit d'usufruit sur la portion des biens du mari attribuée à l'enfant supposé. De même, la mère

pourrait avoir intérêt à la suppression de part pour diminuer l'importance de la réduction, dont elle est menacée comme légataire universelle de son mari. — La nomination du curateur au ventre nous paraîtrait nécessaire, contrairement à l'avis de beaucoup d'auteurs, même dans le cas où les enfants déjà nés seraient mineurs. On dit, il est vrai, que ces enfants ont un subrogé tuteur qui veillera à leurs intérêts, ce qui rend inutile la nomination d'un curateur au ventre. Mais il y a aussi les intérêts de l'enfant à naître dont il faut se préoccuper, et d'ailleurs les termes de l'article 393 al. 1 sont absolus.

**843. TROISIÈME DIFFÉRENCE.** Le père est tenu d'accepter la tutelle que la loi lui défère, sauf bien entendu le droit qui lui appartient de faire valoir, comme tout autre tuteur, les causes d'excuse qui peuvent exister à son profit. La mère au contraire a le droit de refuser la tutelle que la loi lui a déferée. L'article 394 dit à ce sujet : « *La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle; néanmoins, et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur.* »

Cette différence a sa raison d'être. Souvent les femmes n'ont aucune expérience des affaires. La tutelle aurait pu dans bien des cas constituer pour la mère une charge au-dessus de ses forces. De là la faculté que la loi lui accorde de refuser les fonctions de tutrice, si elle se sent inhabile à les remplir. Les hommes au contraire sont ordinairement moins étrangers au maniement des affaires; la loi suppose que le père en saura toujours assez pour gérer la tutelle de son enfant. Voilà pourquoi il ne peut pas la refuser.

Remarquez que c'est pour la mère un droit absolu de refuser la tutelle. Elle n'est même pas obligée d'indiquer les motifs qui la déterminent, et le conseil de famille n'a pas à statuer sur son refus, comme il aurait à le faire s'il s'agissait d'une excuse.

Le droit pour la mère de refuser la tutelle semble impliquer celui de se démettre de la tutelle qu'elle aurait commencé à gérer. *Eadem est ratio.*

\* **844.** La mère qui refuse la tutelle doit provisoirement remplir les fonctions de tutrice, jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur par le conseil de famille. Cette gestion intérimaire n'est pas une tutelle; car la mère remplit les fonctions de tutrice sans en avoir le titre, puisqu'elle l'a répudié. Par suite ses biens ne seraient pas, à raison de la dite gestion, grevés de l'hypothèque légale de l'article 2121.

**845. QUATRIÈME DIFFÉRENCE.** Le nouveau mariage, contracté par le père tuteur légitime de ses enfants, est sans influence sur la tutelle qui lui appartient. Au contraire le deuxième mariage de la mère tutrice de ses enfants peut avoir pour conséquence de lui faire perdre la tutelle dont elle est investie. On lit à ce sujet dans les articles 395 et 396 : « *Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. — A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit; et son nouveau mari sera solidairement responsable de*

» toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée » (art. 395). « Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari, qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage » (art. 396).

La mère tutrice qui se remarie passe sous l'autorité d'un nouveau maître; si elle conserve la tutelle de ses enfants, en fait c'est le deuxième mari qui la gèrera. Il convenait donc de s'assurer que le deuxième mari est digne de cette gestion : c'est ce qu'examinera le conseil de famille, qui doit être convoqué à cet effet par les soins de la mère avant l'acte de mariage. Si la mère ne fait pas cette convocation, elle perd la tutelle de plein droit. Au contraire le père tuteur qui se remarie conserve son indépendance; en fait comme en droit, c'est lui qui, après comme avant son nouveau mariage, gèrera la tutelle de ses enfants du premier lit; le nouveau mariage du père ne devait donc exercer aucune influence sur la tutelle dont il est investi. Telle est la raison d'être de la différence que la loi établit ici entre la tutelle du père et celle de la mère. Cette différence n'existait pas dans le projet; elle y a été introduite après coup.

Cela posé, examinons successivement les deux hypothèses, qui peuvent se présenter quand la mère tutrice se remarie.

**846. PREMIÈRE HYPOTHÈSE.** *La mère a convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.* Le conseil de famille peut retirer la tutelle à la mère ou la lui conserver.

S'il retire la tutelle à la mère, ce qu'il ne doit faire que pour des motifs très-graves, il fera nommer un tuteur pour la remplacer.

Si le conseil de famille conserve la tutelle à la mère, il doit nécessairement lui donner le second mari pour cotuteur. *Cotuteur* signifie *tuteur avec* : le deuxième mari sera donc nommé tuteur avec sa femme. Présument que celui-ci gèrera *en fait* la tutelle qui est conservée à la mère, la loi veut qu'il ait *en droit* le titre de tuteur.

Cela étant, il eût été beaucoup plus simple de dire que le nouveau mari est de droit cotuteur de sa femme. Puisque, dans la pensée du législateur, la cotutelle du deuxième mari est nécessaire, mieux valait l'inscrire dans la loi que d'imposer au conseil de famille l'obligation de la lui conférer; on aurait ainsi reproduit sous une autre forme l'ancien adage « Qui épouse la veuve épouse la tutelle ». Telle était bien certainement l'idée du législateur; aussi faut-il décider que, si le conseil de famille, en conservant la tutelle à la mère, avait omis de nommer le nouveau mari cotuteur, cette omission se réparerait en quelque sorte d'elle-même, et n'empêcherait pas le deuxième mari d'avoir le titre de cotuteur.

Le conseil de famille a conservé la tutelle à la mère et nommé le nouveau mari cotuteur. Par qui la tutelle sera-t-elle gérée? par la mère et par son deuxième mari conjointement; car ils sont tous les deux tu-

teurs, et il n'y a pas de motif pour accorder la prééminence à l'un sur l'autre. Le concours des deux époux sera donc nécessaire pour tous les actes de la tutelle, non-seulement pour les actes de disposition, mais même pour ceux de simple administration.

De plus le nouveau mari est solidairement responsable avec sa femme des suites de la gestion *postérieure au mariage*, c'est-à-dire de la gestion à laquelle il a coopéré, — *solidairement*, c'est-à-dire pour le total.

Il y a un lien si étroit entre la tutelle de la mère remariée et la cotutelle de son nouveau mari que toute cause qui met fin à l'une met fin en principe à l'autre.

Ainsi la tutelle de la mère cesse pour une cause quelconque, sa mort par exemple; la cotutelle du mari cessera du même coup. Le mari n'est pas tuteur; il est seulement *cotuteur*, ce qui indique qu'il ne peut être tuteur qu'autant que sa femme est tutrice. En sens inverse, le mari est destitué de la cotutelle, la mère perdra la tutelle. Si elle la conservait, on s'exposerait à voir le mari gérer en fait une tutelle qu'il a été déclaré indigne de conserver en droit. — Il en serait autrement, si la cotutelle du mari prenait fin ou par sa mort ou par son interdiction. Quand le mari est là, pouvant gérer la tutelle, la loi veut qu'il assume en droit la responsabilité d'une gestion qu'il exercera en fait, et par suite si le mari cesse d'être tuteur en droit, il faut nécessairement lui retirer en fait l'exercice de la tutelle: le seul moyen pour en arriver là est de retirer la tutelle à la mère. Il n'en est plus de même évidemment, quand le mari est devenu incapable en fait comme en droit de gérer la tutelle: ce qui arrive quand il est mort ou interdit.

**847.** DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *La mère n'a pas convoqué le conseil de famille avant l'acte de mariage.* Elle perd par ce seul fait la tutelle de plein droit, *ipso jure*. C'est une peine, et une peine sévère, que la loi prononce contre elle pour n'avoir pas obéi à ses prescriptions.

Il arrivera souvent que la femme conservera en fait la tutelle qu'elle a perdue en droit. Et comme le mari gère presque toujours les affaires de sa femme, il en résulte que celle-ci sera tutrice de fait et son mari cotuteur de fait. Quelles seront les conséquences de cette tutelle et de cette cotutelle de fait? La loi dit que le nouveau mari « sera solidairement responsable avec sa femme de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée »; *de toutes les suites*, partant de toutes les conséquences de la tutelle sans exception. Le nouveau mari est donc responsable de la gestion antérieure au mariage comme de la gestion postérieure.

Par où l'on voit qu'il y a une différence, au point de vue de la responsabilité, entre le mari cotuteur de droit et le mari cotuteur de fait. Tandis que le premier n'est tenu que de la gestion postérieure au mariage, le second est tenu tant de la gestion antérieure que de celle postérieure au mariage. Cette différence saute aux yeux, quand on compare le texte de l'article 395 avec celui de l'article 396. Ce dernier article, statuant sur la responsabilité du mari cotuteur de droit, le déclare responsable « *de la gestion postérieure au mariage* »; tandis que le premier, statuant sur la responsabilité du mari cotuteur de fait, le déclare responsable « *DE TOUTES LES SUITES de la tutelle... indûment conservée* »; — *de toutes les suites*, par conséquent des suites de la gestion antérieure aussi bien que des suites de la gestion postérieure au

mariage. Cette différence s'explique d'ailleurs aisément. La loi devait se montrer moins rigoureuse pour le mari cotuteur de droit, qui gère en vertu d'un titre régulier, que pour le mari cotuteur de fait, qui a un titre irrégulier, ou qui, pour mieux dire, n'a pas de titre. Enfin cette différence était déjà admise dans notre ancien Droit, ainsi que l'atteste Domat. — Malgré ces raisons qui ont entraîné la jurisprudence et la majorité des auteurs, une minorité, respectable par la qualité plus encore que par le nombre de ses adhérents, soutient que le mari, cotuteur de fait, n'est tenu que de la gestion postérieure au mariage, de même que le mari cotuteur de droit. Mais l'argument, qu'on tire en faveur de cette solution des travaux préparatoires, est loin d'être concluant, et celui qu'on emprunte au texte de la loi l'est encore moins. L'article 395, dit-on, ne déclare pas le mari cotuteur de fait responsable de toutes les suites de la tutelle indistinctement, mais seulement des suites de la tutelle *indûment conservée*; or la tutelle indûment conservée, c'est seulement la tutelle postérieure au mariage; donc le mari n'est responsable que des suites de cette gestion. On peut répondre : la tutelle que la femme a conservée indûment, c'est celle qu'elle avait avant le mariage; or le législateur déclare la femme responsable de toutes les suites de cette tutelle sans distinction; donc il est responsable de la gestion antérieure au mariage comme de la gestion postérieure.

**848.** Lorsque la mère a perdu la tutelle pour n'avoir pas fait la convocation exigée par l'article 395, le conseil de famille doit nommer un autre tuteur pour la remplacer. Il a été jugé à tort qu'il y avait lieu en pareil cas à la tutelle des ascendants; une simple lecture des articles 402 et 403 suffit à démontrer qu'il n'y a lieu à cette tutelle qu'après le décès des père et mère.

\* Le conseil de famille pourrait-il nommer tutrice la mère elle-même qui a perdu la tutelle? Pourquoi pas? Il est vrai que l'article 445 dit que « Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle, ne pourra être membre d'un conseil de famille », ce qui entraîne *a fortiori* l'incapacité d'être tuteur (arg., art. 442). Mais d'abord il n'y a pas ici exclusion ni destitution de la mère dans le sens propre de ces expressions; la loi dit seulement que la mère « perd la tutelle » (art. 395). Y eût-il exclusion ou destitution, l'article 445 n'en serait pas plus applicable; car il n'est écrit qu'en vue des causes d'exclusion ou de destitution réglées par les articles précédents. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Mais si l'on admet cette solution, il paraît conforme au vœu de la loi de décider que le conseil de famille, en nommant tutrice la mère déchue de la tutelle, devra lui donner pour cotuteur le nouveau mari; car dans l'idée du législateur la cotutelle du mari paraît inséparable de la tutelle de la femme.

## SECTION II

### DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE PÈRE OU PAR LA MÈRE

**849.** « *Le droit individuel de choisir un tuteur parent ou même étranger n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère* » (art. 397).

*Le droit individuel.* En principe, la nomination du tuteur, quand il n'est pas désigné de plein droit par la loi, n'appartient qu'à une assemblée connue sous le nom de conseil de famille. Par exception à cette règle la loi accorde, sous certaines conditions, au père ou à la mère le droit *individuel* de choisir un tuteur à ses enfants.

*Au dernier mourant des père et mère.* La loi ne dit pas au *survivant*:

Elle a voulu indiquer par cette expression singulière en apparence, et qu'elle n'emploie nulle part ailleurs, que le survivant des père et mère ne peut choisir un tuteur à ses enfants que pour après son décès. La loi suppose que le survivant des père et mère est tuteur de ses enfants, et elle lui permet de désigner pour après sa mort son successeur quant à la tutelle. La disposition, par laquelle le survivant des père et mère défère la tutelle, a donc de l'analogie avec une disposition testamentaire (toutes les dispositions testamentaires sont faites pour après le décès), et voilà pourquoi la doctrine donne à la tutelle qui nous occupe le nom de *tutelle testamentaire*.

De ce principe que le droit de nommer un tuteur testamentaire n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère découlent deux conséquences :

1<sup>o</sup> Le droit de nommer ce tuteur n'appartiendrait en aucun cas au premier mourant des père et mère ;

2<sup>o</sup> Le survivant des père et mère qui, par une cause quelconque : refus, excuse, incapacité, exclusion ou destitution, ne gère pas la tutelle, ne peut pas nommer le tuteur qui le remplacera, sa vie durant. Il ne pourrait même pas nommer un tuteur pour après son décès ; car d'une part il destituerait ainsi le tuteur qui est en exercice à cette époque, ce que la loi ne lui donne pas le droit de faire, et d'autre part il ne peut pas déléguer un pouvoir qui ne lui appartient pas.

**851.** Aux termes de l'article 399 : « *La mère remariée, et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, ne peut leur choisir un tuteur.* » Outre que la mère, n'étant pas tutrice lors de son décès, ne peut pas déléguer un pouvoir qu'elle n'a pas, il y a ici un motif de suspicion légitime contre elle, parce que le conseil de famille l'a écartée de la tutelle.

C'est seulement à ses enfants du premier lit que la mère ne peut, d'après notre article, choisir un tuteur. Elle pourrait donc en choisir un à ses enfants du second lit, dont elle gèrerait la tutelle après le décès de son deuxième mari.

« *Lorsque la mère remariée, et maintenue dans la tutelle, aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille* » (art. 400).

La nomination d'un tuteur faite par la mère remariée et maintenue dans la tutelle est valable, alors même que son choix ne serait pas confirmé par le conseil de famille. Elle est valable, en ce sens qu'elle exclut dans tous les cas la tutelle légitime des ascendants (arg., art. 402); le conseil de famille, qui ne confirme pas le choix de la mère, devra donc nommer un autre tuteur; s'il y a un ascendant, il ne sera pas tuteur de droit. Au contraire la nomination faite par la mère remariée et non maintenue dans la tutelle est nulle (arg., art. 399), et par suite elle ne fait pas obstacle à la tutelle légitime des ascendants. Telle est selon nous la signification des articles 399 et 400.

**852.** En quelle forme se fait la nomination du tuteur testamentaire ? « *Ce droit, dit l'article 398, ne peut être exercé que dans les formes pres-*

» crites par l'article 392 et sous les exceptions et modifications ci-après. »

**853.** Enfin aux termes de l'article 401 : « *Le tuteur élu par le père ou la mère n'est pas tenu d'accepter la tutelle, s'il n'est d'ailleurs dans la classe des personnes qu'à défaut de cette élection spéciale le conseil de famille eût pu en charger.* » On ne voit guère l'utilité de ce texte, qui ne fait qu'appliquer le Droit commun au tuteur testamentaire.

### SECTION III

#### DE LA TUTELLE DES ASCENDANTS

**854.** La tutelle des ascendants est une tutelle légitime ; elle est en effet déferée de plein droit par la loi.

Quatre conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à la tutelle légitime des ascendants. Il faut :

1° Que le père et la mère du mineur soient tous les deux décédés. D'après l'article 402 en effet, il n'y a lieu à cette tutelle que « lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant des père et mère... » Or ce n'est qu'après le décès du survivant des père et mère que cette condition peut se trouver remplie (Cpr., art. 394 et 405).

2° Qu'il n'ait pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant des père et mère (art. 402, al. 1). Et remarquez que le seul fait d'une nomination de tuteur valablement faite par le dernier mourant, suffit pour écarter la tutelle légitime des ascendants, alors même que le tuteur testamentaire pour une cause quelconque ne gérerait pas la tutelle, par exemple parce qu'il s'en est fait excuser. Les ascendants deviennent suspects aux yeux du législateur, par cela seul que le dernier mourant les a écartés de la tutelle.

3° Qu'il n'y ait pas un tuteur datif en exercice au moment du décès du dernier mourant des père et mère. Ainsi le père survivant s'est fait excuser de la tutelle, et il a été nommé un autre tuteur à sa place par le conseil de famille (art. 405) ; puis le père meurt. Il n'y aura pas lieu à la tutelle des ascendants, parce que le mineur se trouve déjà pourvu d'un autre tuteur. Comprendrait-on que la loi ordonnât la nomination d'un tuteur datif à la place du père ou de la mère qui ne peut ou ne veut gérer la tutelle, pour le faire remplacer plus tard par les ascendants ? Il eût été bien plus simple d'appeler de suite ces derniers.

4° Enfin il n'y a pas lieu à la tutelle qui nous occupe si l'ascendant, auquel la tutelle est déferée en première ligne, ne peut ou ne veut la gérer. Ainsi l'aïeul paternel appelé à la tutelle s'en fait excuser ; il y aura lieu de nommer un tuteur datif pour le remplacer ; la tutelle ne passera pas de droit à un autre ascendant. C'est ce qui résulte par argument de l'article 405.

**855. A quels ascendants la tutelle est déférée.** — Ce point est réglé par les articles 402, 403 et 404 ainsi conçus :

Art. 402. « *Lorsqu'il n'a pas été choisi au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à son aïeul paternel; à défaut de celui-ci, à son aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré* ».

Art. 403. « *Si, à défaut de l'aïeul paternel et de l'aïeul maternel du mineur, la concurrence se trouvait établie entre deux ascendants du degré supérieur qui appartenissent tous deux à la ligne paternelle du mineur, la tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur* ».

Art. 404. « *Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de famille, qui ne pourra néanmoins que choisir l'un de ces deux ascendants* ».

On voit que :

A. Entre deux ascendants inégaux en degré, la loi préfère l'ascendant le plus proche. Ainsi l'aïeul maternel sera tuteur par préférence au bisaïeul paternel.

B. Si le concours s'établit entre deux ascendants du même degré, alors il faut distinguer :

a). Sont-ce deux aïeuls? La tutelle appartiendra à l'aïeul paternel.

b). Si ce sont deux bisaïeuls, alors il faut sous-distinguer. Appartiennent-ils tous les deux à la ligne paternelle? La tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur, c'est-à-dire à celui des deux dont le mineur porte le nom. Il fallait bien choisir; la loi a considéré sans doute que la communauté de nom fortifie le lien qui existe entre le mineur et le bisaïeul; elle espère que ce bisaïeul aura plus de sollicitude pour l'enfant auquel il a transmis son nom en même temps que son sang. Si les deux bisaïeuls appartiennent tous les deux à la ligne maternelle, alors le mineur ne porte le nom d'aucun d'eux, et la loi laisse au conseil de famille le soin de décider lequel des deux sera tuteur.

Observation. — Les ascendantes autres que la mère ne sont jamais tutrices de plein droit en vertu des dispositions de la loi. Elles devaient l'être d'après le projet; mais il fut modifié sur ce point. Berlier va nous en dire la raison. « Il eût été dangereux d'admettre de plein droit comme tutrices des personnes, en qui la faiblesse du sexe est jointe à la faiblesse de l'âge. C'est au conseil de famille ou au dernier mourant des père et mère à nommer l'ascendante qui est en état de porter le lourd fardeau de la tutelle. » On voit que, si les ascendantes ne sont jamais tutrices de plein droit, elles peuvent être nommées tutrices. C'est en effet ce qui résulte de l'article 442, al. 4.

#### SECTION IV

##### DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE

**856.** Dans le langage de la doctrine, on désigne souvent la tutelle déférée par le conseil de famille sous le nom de tutelle *dativ*e.

##### I. Dans quels cas il y a lieu à la tutelle *dativ*e.

**857.** « *Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père ni*

» mère, ni tuteur élu par ses père et mère, ni ascendants mâles, comme  
 » aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se  
 » trouvera ou dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, ou  
 » valablement excusé, il sera pourvu, par un conseil de famille, à la no-  
 » mination d'un tuteur » (art. 405).

Il y a donc lieu à la tutelle déferée par le conseil de famille dans les cas suivants :

1<sup>o</sup> Lorsque le survivant des père et mère est décédé sans avoir élu un tuteur, et qu'il n'existe pas à son décès d'ascendants mâles du mineur.

2<sup>o</sup> Lorsque le survivant des père et mère, le tuteur testamentaire ou l'ascendant appelé en première ligne à la tutelle légale se trouve incapable, exclu ou excusé (art. 405), ou bien encore lorsque la mère survivante refuse la tutelle (art. 394); plus simplement lorsque le tuteur légitime ou testamentaire ne peut ou ne veut, pour une cause quelconque, gérer la tutelle qui lui est déferée.

3<sup>o</sup> Lorsque les fonctions tutélaires cessent dans la personne du survivant des père et mère par toute autre cause que son décès; comme aussi lorsque le tuteur testamentaire, l'ascendant le plus proche ou le tuteur datif antérieurement désigné vient, après avoir géré la tutelle, à la perdre pour une raison quelconque (arg., art. 405); plus simplement lorsque le tuteur légitime, testamentaire ou datif cesse, par une cause quelconque, d'être tuteur avant que la tutelle ait pris fin quant au mineur (art. 405).

## II. Du conseil de famille et de ses attributions.

**858.** Nous devons l'institution du conseil de famille à notre ancien Droit coutumier. Le conseil de famille est une assemblée composée de parents ou d'alliés du mineur, ou, à défaut, d'amis de son père ou de sa mère, et du juge de paix qui en a la présidence.

Les attributions du conseil de famille sont assez nombreuses. Voici les principales :

1<sup>o</sup> Le conseil de famille nomme le tuteur dans les cas exprimés par la loi.

2<sup>o</sup> Il nomme dans tous les cas le subrogé tuteur (art. 420).

3<sup>o</sup> Il prononce quand il y a lieu l'exclusion ou la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur (art. 446 et 447).

4<sup>o</sup> Le conseil de famille forme, pendant tout le cours de la tutelle, une sorte de tribunal privé ou domestique, auquel doivent être soumises les affaires les plus importantes concernant la personne ou les biens du mineur. Ainsi le conseil de famille est appelé à régler le budget de la tutelle (art. 454); son autorisation est nécessaire pour vendre les immeubles du mineur ou les hypothéquer, pour emprunter au nom du mineur (art. 457), pour transiger (art. 467).

Mais le conseil de famille n'a pas le droit de faire exécuter ses décisions. C'est au tuteur qu'appartient le pouvoir exécutif de la tutelle.

Le conseil de famille n'est pas un corps permanent constitué une fois pour toutes lors de l'ouverture de la tutelle et pour toute sa durée. Il y a lieu de le former à nouveau, d'après les règles qui seront ci-après exposées, toutes les fois qu'il est nécessaire de le convoquer. Il peut donc arriver qu'à de courts intervalles la composition du conseil de famille d'un mineur se trouve profondément modifiée, par exemple parce que de proches parents, qui habitaient la commune où doit être formé le conseil de famille, vont se fixer au loin, ou parce que de proches parents qui habitaient au loin viennent se fixer dans cette commune.

**859. Où doit être formé le conseil de famille.** — Le conseil de famille doit être formé au lieu de l'ouverture de la tutelle (argument de ces mots de l'article 407 : « dans la commune où la tutelle sera ouverte »). Reste à savoir où s'ouvre la tutelle. Il faut répondre : au lieu où le mineur était domicilié lors de l'événement qui a donné ouverture à la tutelle, c'est-à-dire lors de la dissolution du mariage. Or à cette époque le mineur avait le domicile de son père (art. 108). Donc la tutelle s'ouvre dans la commune où était domicilié le père du mineur lors de la dissolution du mariage.

C'est là qu'est situé, comme on le dit dans la doctrine, le *domicile de la tutelle*.

**860.** Ce domicile doit être considéré comme invariable pendant tout le cours de la tutelle. Le domicile du mineur pourra bien changer, car il est lié à celui de son tuteur dont il suit les vicissitudes (art. 408) ; mais le domicile de la tutelle ne changera pas pour cela : il demeurera invariablement fixé au lieu où la tutelle s'est ouverte, et c'est là qu'il y aura lieu de réunir le conseil de famille, toutes les fois qu'il sera nécessaire de le convoquer pendant le cours de la tutelle. Ainsi le veut l'article 407, qui dit dans les termes les plus généraux que le conseil de famille sera formé « dans la commune où la tutelle sera ouverte ». L'article 406, il est vrai, paraît s'attacher au *domicile du mineur* ; mais entendez par là le domicile qu'avait le mineur lors de l'ouverture de la tutelle ; c'est d'ailleurs le seul moyen de mettre d'accord les articles 406 et 407. Ainsi l'exige surtout l'intérêt du mineur ; car, si le domicile de la tutelle se déplaçait avec le domicile du mineur, il arriverait souvent que le conseil de famille devrait être formé dans une commune éloignée où le tuteur aurait transporté son domicile, et où on ne trouverait ni parents du mineur ni amis de ses père et mère, de sorte qu'on en serait réduit à former au mineur un simulacre de conseil de famille composé d'indifférents. Il pourrait même arriver que le tuteur déplaçât son domicile pour se soustraire à l'autorité et au contrôle d'un conseil de famille qui lui déplaît, parce qu'il se montre vigilant gardien des intérêts du mineur. Ces inconvénients ne peuvent être évités qu'en admettant l'immutabilité du domicile de la tutelle. La jurisprudence est en ce sens. Elle paraît toutefois incliner à considérer la formation du conseil de famille comme pouvant régulièrement avoir lieu dans la commune où le tuteur est domicilié, toutes les fois qu'aucune fraude n'est alléguée, et que d'ailleurs les intérêts du mineur n'ont pas été lésés. Dans la doctrine il y a un grand nombre d'opinions divergentes.

**861. De la composition du conseil de famille.**— Il y a normalement *sept membres* dans un conseil de famille, savoir : six parents ou alliés du mineur, plus le juge de paix président de l'assemblée. *Sept membres*, nombre impair, ce qui rendra le partage plus difficile, mais non impossible, ainsi qu'on le verra plus loin. Le juge de paix doit prendre part aux délibérations du conseil et voter ; la loi lui reconnaît même une autorité plus grande qu'aux autres membres puisqu'elle lui donne voix prépondérante en cas de partage (art. 416).

C'est le juge de paix qui est chargé de la formation du conseil de famille, c'est-à-dire de la désignation des personnes qui doivent le composer. Les articles 407 et suivants déterminent les règles à suivre pour procéder à cette opération.

Aux termes de l'article 407 : « *Le conseil de famille sera composé, non* »  
 » *compris le juge de paix, de six parents ou alliés, pris tant dans la com-* »  
 » *mune où la tutelle sera ouverte, que dans la distance de deux myria-* »  
 » *mètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant* »  
 » *l'ordre de proximité dans chaque ligne. — Le parent sera préféré à* »  
 » *l'allié du même degré ; et, parmi les parents de même degré, le plus âgé à* »  
 » *celui qui le sera le moins* ».

*Moitié du côté paternel, moitié du côté maternel.* Les deux lignes de parenté du mineur auront ainsi une représentation égale dans le conseil de famille.

*Pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans le rayon de deux myriamètres.* En prenant les parents qui se trouvent à une plus grande distance, on les aurait obligés à des voyages coûteux dont les frais seraient retombés en définitive à la charge du mineur dans l'intérêt duquel ils sont faits.

Ce motif prouve que, pour déterminer quels sont les parents ou alliés situés dans le rayon légal, il faut avoir égard à leur résidence plutôt qu'à leur domicile. N'est-ce pas d'ailleurs ce qui paraît résulter des termes de l'article 407 qui parle de parents ou d'alliés « *pris... dans la commune...* », et de l'article 409 qui suppose le cas où les parents ou alliés de l'une ou l'autre ligne seraient « *en nombre insuffisant sur les* » lieux ». Il est vrai que ce même article, dans sa deuxième partie, semble avoir égard au domicile... « *domiciliés à de plus grandes distances* » ; même langage dans l'article 440 qui dit : « *...à quelque distance qu'ils soient domiciliés...* ». Mais rien ne prouve que le législateur ait pris ici le mot *domicile* dans son sens technique : il est plus vraisemblable qu'il l'a employé comme synonyme de résidence, ainsi qu'il l'a fait ailleurs.

**862.** Dans quelques cas particuliers indiqués par l'article 408, le conseil de famille peut comprendre plus de six parents ou alliés : « *Les frères* »  
 » *germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont seules* »  
 » *exceptés de la limitation de nombre posé en l'article précédent. — S'ils* »  
 » *sont six, ou au-delà, ils seront tous membres du conseil de famille,* »  
 » *qu'ils composeront seuls, avec les veuves d'ascendants et les ascendants* ».

» valablement excusés, s'il y en a. — S'ils sont en nombre inférieur, les  
 » autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil. »

Les frères *germains* du mineur sont ceux qui ont le même père et la même mère que lui, par opposition aux frères *consanguins* qui ont le même père et une mère différente, et aux frères *utérins* qui ont la même mère et un père différent (*supra*, n° 396).

En vertu du privilège du double lien qui les unit au mineur, la loi a voulu que ses frères germains (et aussi les maris de ses sœurs germaines ou beaux-frères germains) fussent tous appelés, s'ils sont majeurs bien entendu, à faire partie du conseil de famille, alors même qu'ils seraient au nombre de plus de six, contrairement à la règle formulée par l'article 407.

Une exception analogue a été admise en ce qui concerne les ascendants, et les ascendantes veuves, qui doivent être appelés au conseil de famille avec les frères et beaux-frères germains, quel que soit d'ailleurs le nombre de ceux-ci, et quel que soit le chiffre auquel leur présence doit porter le nombre des membres du conseil de famille.

Au surplus il y a deux inexactitudes à relever dans l'article 408.

D'abord la loi a tort de ne parler que des ascendants *valablement excusés* ; il est clair qu'il y aurait lieu d'admettre aussi au conseil de famille les ascendants, qui n'ont pas eu à se faire excuser de la tutelle parce qu'ils n'y étaient pas appelés : ce qui peut arriver dans le cas où la tutelle est gérée par le survivant des père et mère ou par le tuteur du choix du dernier mourant. Peut-être la loi n'a-t-elle parlé que des ascendants valablement excusés par opposition aux ascendants exclus ou destitués de la tutelle, lesquels ne pourraient faire partie du conseil de famille (art. 445).

D'autre part les expressions de la loi trahissent certainement sa pensée, quand elle appelle à faire partie du conseil de famille « les veuves d'ascendants », expressions qui comprendraient, s'il fallait les prendre à la lettre, la deuxième femme d'un ascendant décédé, qui n'est pas parente du mineur, mais seulement alliée de celui-ci. Il aurait fallu dire « les ascendantes veuves ». L'historique de la confection de la loi ne laisse aucun doute sur ce point.

**863.** Aux termes de l'article 409 : « Lorsque les parents ou alliés de  
 » l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux  
 » ou dans la distance désignée par l'article 407, le juge de paix appellera  
 » soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit,  
 » dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations  
 » habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. »

*De l'une ou de l'autre ligne.* Le juge de paix ne pourrait pas compléter le contingent d'une ligne avec des parents ou des alliés empruntés à l'autre ligne, car l'équilibre voulu par la loi serait ainsi détruit. Ainsi, dans la zone fixée par l'article 407, il n'y a que deux parents ou alliés paternels du mineur, mais on y trouve un grand nombre de parents maternels. Pour compléter le contingent de la ligne paternelle le juge de paix ne pourra pas appeler un parent maternel ; il devra prendre, soit un parent paternel en dehors de la zone légale, soit dans la commune même un ami du père ou de la mère du mineur.

D'ailleurs, quand un parent appartient aux deux lignes (parent germain), le juge de paix peut indifféremment le compter dans l'une ou dans l'autre; ainsi un conseil de famille pourrait être composé de trois frères germains et de trois parents maternels. La jurisprudence est en ce sens.

Enfin aux termes de l'article 410 : « *Le juge de paix pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents; de manière toutefois que cela s'opère en re-tranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les précédents articles.* »

Le juge de paix usera de cette faculté, lorsqu'il le jugera utile pour les intérêts du mineur. Remarquez qu'il ne peut appeler les parents résidant en dehors de la zone légale qu'autant qu'ils sont d'un degré plus proche que les parents qui se trouvent dans cette zone.

**864. De la convocation du conseil de famille.**— Il faut nécessairement, pour convoquer le conseil de famille, une ordonnance ou une autorisation du juge de paix.

Le juge de paix peut ordonner ou autoriser la convocation, soit d'office, soit sur dénonciation, soit sur réquisition.

*D'office*, lorsqu'il prend lui-même l'initiative de la convocation. Il a ce droit dans les cas exprimés par la loi; notamment lorsqu'il s'agit de nommer, de remplacer ou de destituer soit le tuteur soit le subrogé tuteur (arg., art. 406, 421 et 446).

En outre on admet généralement que le juge de paix peut convoquer d'office le conseil de famille, toutes les fois que l'intérêt du mineur lui semble l'exiger.

*Sur dénonciation*, lorsque le fait qui donne lieu à la convocation du conseil de famille est dénoncé, c'est-à-dire, signalé au juge de paix, par quelqu'un qui n'a pas qualité pour requérir la convocation. Le juge de paix ordonne alors la convocation du conseil de famille, s'il le juge à propos.

*Sur réquisition*, lorsque la convocation est requise par quelqu'un à qui la loi donne ce droit. Le juge de paix n'est pas obligé de déférer à une dénonciation, mais il est obligé de déférer à une réquisition.

Les trois modes de convocation dont il vient d'être parlé sont signalés dans l'article 406, qui indique en même temps les personnes auxquelles appartient le droit de requérir la convocation du conseil au cas particulier où il s'agit de faire nommer un tuteur au mineur : « *Le conseil sera convoqué soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur* ». Voyez aussi les articles 421, 424 et 446.

Il est de jurisprudence que le ministère public ne peut pas requérir la convocation du conseil de famille; il peut seulement, comme tout autre, dénoncer au juge de paix le fait qui donne lieu à la convocation du conseil.

**865.** Régulièrement chaque membre du conseil de famille doit être convoqué au moyen d'une citation notifiée par un huissier (arg., art. 441). Les citations peuvent être conçues, soit au nom du juge de paix, soit au nom de celui qui requiert la convocation du conseil.

Toutefois, dans la pratique, afin d'éviter des frais qui retombent en définitive à la charge du mineur, la convocation du conseil de famille se fait le plus souvent par simples lettres. Mais ce mode de convocation, n'étant pas légal, ne ferait pas encourir aux défaillants l'amende édictée par l'article 413. Aussi le juge de paix, qui prévoit la négligence ou la mauvaise volonté de quelque membre du conseil de famille, agira-t-il prudemment en lui faisant donner une citation régulière.

Aux termes de l'article 411 : « *Le délai pour comparaître sera réglé* »  
 » *par le juge de paix à jour fixe, mais de manière qu'il y ait toujours,*  
 » *entre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion du conseil,*  
 » *un intervalle de trois jours au moins quand toutes les parties citées rési-*  
 » *deront dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres. —*  
 » *Toutes les fois que, parmi les parties citées, il s'en trouvera de domi-*  
 » *ciliées au-delà de cette distance, le délai sera augmenté d'un jour par*  
 » *trois myriamètres. »*

L'article 412 ajoute : « *Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués,* »  
 » *seront tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter par un*  
 » *mandataire spécial. — Le fondé de pouvoir ne peut représenter plus*  
 » *d'une personne. »*

*Par un mandataire spécial.* Mais la loi n'exige pas un mandat authentique.

*Le mandataire ne peut représenter plus d'une personne.* Autrement il aurait pu arriver que tout le conseil fût représenté par un même mandataire.

De ce principe que le mandataire ne peut représenter qu'une seule personne au conseil de famille, résulte cette conséquence qu'un membre du conseil de famille ne peut pas être le mandataire d'un autre membre. Autrement la même personne jouerait un double rôle dans le conseil, où elle figurerait pour son compte d'une part et pour le compte du mandant d'autre part.

D'un autre côté un membre du conseil de famille ne peut désigner comme mandataire qu'une personne ayant la capacité requise pour faire partie de cette assemblée. Le mandat dont il s'agit ne pourrait donc pas être confié à une femme ou à un mineur (arg., art. 442, 1<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>). N'objectez pas qu'aux termes de l'article 1990 les femmes et les mineurs peuvent être choisis pour mandataires; en effet cette règle n'a été évidemment écrite qu'en vue du mandat donné dans l'intérêt du mandant.

« *Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne* »  
 » *comparaîtra point, encourra une amende qui ne pourra excéder cin-*  
 » *quante francs, et sera prononcée sans appel par le juge de paix* » (art. 413). — La loi n'indique pas le minimum de l'amende, il est donc laissé à la discrétion du juge de paix.

On sait que cette amende ne peut être prononcée que contre un membre régulièrement convoqué.

« *S'il y a excuse suffisante, et qu'il convienne, soit d'attendre le mem-* »  
 » *bre absent, soit de le remplacer; en ce cas, comme en tout autre où l'in-*

» *térêt du mineur semblera l'exiger, le juge de paix pourra ajourner l'assemblée ou la proroger* » (art. 414).

*Ajourner* l'assemblée, c'est la renvoyer à une époque indéterminée. Une nouvelle convocation sera nécessaire pour indiquer l'époque de la réunion.

La *proroger*, c'est la renvoyer à une époque déterminée, à huitaine par exemple. Dans ce cas, une nouvelle convocation n'est pas nécessaire.

**866. Du lieu où se tiennent les séances du conseil de famille et de la manière dont il vote.** — « *Cette assemblée se tiendra de plein droit chez le juge de paix, à moins qu'il ne désigne lui-même un autre local. La présence des trois-quarts au moins de ses membres convoqués sera nécessaire pour qu'elle délibère* » (art. 415).

« *Des trois quarts au moins de ses membres CONVOQUÉS* ». Le juge de paix, n'étant pas un membre convoqué puisque c'est lui qui convoque ne doit pas être compris dans ce calcul. C'est précisément pour l'exclure que le mot *convoqués* a été ajouté après coup dans le texte de la loi sur les observations du Tribunal.

Les résolutions du conseil de famille se prennent à la majorité *absolue* des suffrages exprimés par les membres présents à la délibération, c'est-à-dire à la majorité de la moitié des voix plus une. Tel est le Droit commun pour les assemblées délibérantes. L'opinion, qui considère une simple majorité *relative* comme suffisante, doit être rejetée ; car la majorité relative n'est pas une vraie majorité. Ainsi dans un conseil de famille composé de sept membres, trois votent dans un sens et les quatre autres chacun dans un sens différent. L'opinion qui compte trois voix n'a pas la majorité pour elle, puisqu'elle a quatre voix contre elle. La majorité relative n'est qu'une majorité *fictive*, et pour qu'elle pût fixer la décision de l'assemblée un texte de loi serait nécessaire ; or il n'en existe pas.

\* Mais alors comment se tirera-t-on d'embarras, quand il se sera formé plus de deux opinions dans le sein du conseil de famille, et qu'aucune n'aura pour elle la majorité absolue ? Il y a sur ce point lacune dans la loi ; et si on est d'accord sur ce point qu'il faut nécessairement la combler, on est loin de l'être sur le moyen. Voici les deux principaux qui ont été proposés.

\* Le premier consiste à appliquer par analogie les règles écrites dans l'article 417 du Code de procédure civile, aux termes duquel : « S'il se forme plus de deux opinions, les juges plus faibles en nombre seront tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui auront été émises par le plus grand nombre ; toutefois ils ne seront tenus de s'y réunir qu'après que les voix auront été recueillies une seconde fois ». Mais il y a une objection grave contre cette solution : l'article 417 contient une exception aux règles du Droit commun ; or les exceptions ne s'étendent pas d'un cas à un autre.

\* Le deuxième moyen consiste dans la formation d'un nouveau conseil de famille dont le juge de paix éliminera les membres récalcitrants. Mais on ne peut se dissimuler que l'emploi de ce moyen conduira souvent à une composition illégale du conseil de famille, qui pourra bien ne plus se trouver formé selon les prescriptions des articles 407 et s.

En cas de partage, c'est-à-dire quand il se forme dans le sein du con-

seil deux opinions ayant le même nombre de voix, c'est l'opinion qui a pour elle le suffrage du juge de paix qui l'emporte. En effet aux termes de l'article 416 : « *Le conseil de famille sera présidé par le juge de paix qui y aura voix délibérative et prépondérante en cas de partage.* » Ainsi, dans une assemblée composée de sept frères germains du mineur appelés à voter pour la nomination d'un tuteur au mineur, quatre votent pour tel tuteur, les trois autres et le juge de paix pour tel autre tuteur ; c'est cette dernière opinion qui l'emportera.

### III. *Du protuteur.*

**867.** « *Quand le mineur, domicilié en France, possèdera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur. — En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective* » (art. 417).

Le protuteur est donc un tuteur aux biens des colonies.

La nomination d'un protuteur est obligatoire, toutes les fois qu'un mineur domicilié en France possède des biens situés dans les colonies, ou réciproquement. Cela résulte de la substitution qui a été faite du mot *sera* au mot *pourra*, qui figurait dans la rédaction primitive de l'article 417.

Le protuteur est un véritable tuteur. Il y aurait donc lieu de lui nommer un subrogé tuteur (arg., art. 420) ; ses biens seraient grevés de l'hypothèque légale de l'article 2121, et il serait soumis aux incapacités résultant de la tutelle, notamment à celle qui est édictée par l'article 907.

La protutelle constituant une exception au principe de l'unité de l'administration tutélaire, la disposition législative qui l'organise doit, comme toutes celles qui dérogent au Droit commun, être interprétée restrictivement. Or l'article 417 exige, pour qu'il y ait lieu à la nomination d'un protuteur, que le mineur domicilié en France ait des biens situés *dans les colonies*, ou réciproquement. Il ne suffirait donc pas que le mineur eût des biens *d'outre-mer*. Cette expression, qui figurait dans le projet, a été remplacée à dessein par les mots *biens des colonies*. Ainsi il n'y aurait pas lieu à la nomination d'un protuteur, si le mineur domicilié en France avait des biens en Corse ou réciproquement.

Il est même difficile d'admettre, quoique cela paraisse cependant bien rationnel, qu'il puisse y avoir lieu à la nomination d'un protuteur, lorsque le mineur domicilié en France possède des biens situés en pays étranger, par exemple en Angleterre ou en Russie. La loi dit *dans les colonies*.

Le protuteur n'est pas un *substitut* du tuteur. Sa gestion est indépendante de celle du tuteur, et celui-ci n'en est pas responsable ; de même qu'en sens inverse le protuteur ne répond pas de la gestion du tuteur.

La loi ne nomme en aucun cas le protuteur de plein droit ; il n'y a donc pas de protuteur légal. Par qui sera-t-il nommé ? On doit admettre

dans le silence de la loi qu'il peut être nommé par ceux qui ont qualité pour nommer le tuteur, c'est-à-dire par le dernier mourant des père et mère ou par le conseil de famille.

**868. Du moment à partir duquel commence pour le tuteur ou pour le protuteur l'obligation d'administrer.** — « *Le tuteur* » *agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si* » *elle a lieu en sa présence : sinon du jour qu'elle lui aura été notifiée* » (art. 413). Ce texte ne paraît s'occuper que du tuteur datif. En ce qui concerne le tuteur légitime ou le tuteur testamentaire, il y a lieu de décider par analogie qu'il est tenu d'administrer à partir du jour où il a eu connaissance de l'événement qui l'investit de la tutelle.

« *La tutelle est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers* » *du tuteur. Ceux-ci seront seulement responsables de la gestion de leur* » *auteur ; et, s'ils sont majeurs, ils seront tenus de la continuer jusqu'à* » *la nomination d'un nouveau tuteur* » (art. 419).

La gestion intérimaire, que la loi confie aux héritiers du tuteur décédé en attendant la nomination d'un nouveau tuteur, n'est pas une tutelle. De là on doit conclure : 1<sup>o</sup> qu'il n'est pas nécessaire, pour être tenu de cette gestion, d'avoir la capacité requise pour être tuteur ; ainsi les femmes, qui sont incapables d'être tutrices, ne sont pas pour cela dispensées de la gestion dont il s'agit ; 2<sup>o</sup> que celui auquel incombe cette gestion ne serait pas grevé de l'hypothèque légale de l'article 2121, et qu'il ne serait pas soumis aux incapacités dont la loi frappe les tuteurs.

## SECTION V

### DU SUBROGÉ TUTEUR

**869.** « *Dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur nommé par le* » *conseil de famille. — Ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts* » *du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur* » (art. 420).

*Dans toute tutelle.* Donc non-seulement dans la tutelle ordinaire, mais aussi dans la protutelle (art. 417) et dans la tutelle officieuse. Mais il n'y a pas lieu, suivant l'opinion générale, à la nomination d'un subrogé tuteur dans la tutelle *ad hoc* qui n'est pas une véritable tutelle.

**870. Fonctions du subrogé tuteur.** — Le subrogé tuteur doit :

1<sup>o</sup> Agir pour le mineur quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420). Nous trouvons une application de ce principe dans l'article 450. Le tuteur veut prendre à ferme un bien de son pupille, et il obtient à cet effet l'autorisation du conseil de famille ; le subrogé tuteur représentera le mineur dans le contrat de bail : c'est lui qui passera bail au tuteur, comme le dit l'article 450. Et en effet celui-ci, figurant au contrat comme preneur en son nom personnel, ne peut pas y figurer en outre comme bailleur au nom du mineur ; autrement il y

aurait à craindre que, confiés à son adversaire, les intérêts du mineur ne fussent sacrifiés.

2° Surveiller la gestion du tuteur. A cet effet, le conseil de famille peut obliger le tuteur à remettre au subrogé tuteur, au plus une fois par an, des états de situation de sa gestion (art. 470). Si le subrogé tuteur acquiert la conviction qu'il y a infidélité dans la gestion du tuteur, il doit provoquer sa destitution (art. 446).

3° Provoquer la nomination d'un nouveau tuteur quand la tutelle devient vacante. L'article 424 dit à ce sujet : « *Le subrogé tuteur ne remplacera pas de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle deviendra vacante, ou qu'elle sera abandonnée par absence; mais il devra, en ce cas, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.* » Voyez en outre les art. 451, 452 et 2137.

**871. Nomination du subrogé tuteur.** — Le subrogé tuteur est toujours nommé par le conseil de famille (art. 420). Le dernier mourant des père et mère peut bien nommer un tuteur, mais la loi ne lui donne pas le droit de nommer le subrogé tuteur qui doit le surveiller. La loi elle-même ne désigne jamais de plein droit le subrogé-tuteur, sauf peut-être dans le cas de l'article 393.

Comment le conseil de famille sera-t-il mis à même de procéder à la nomination du subrogé tuteur? La loi dit à ce sujet : « *Lorsque les fonctions de tuteur seront dévolues à une personne de l'une des qualités exprimées aux sections I, II et III du présent chapitre, ce tuteur devra, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer, pour la nomination du subrogé-tuteur, un conseil de famille composé comme il est dit dans la section IV* » (art. 421, al. 1). — « *Dans les autres tutelles la nomination du subrogé tuteur aura lieu immédiatement après celle du tuteur* » (art. 422).

Ainsi s'agit-il d'une tutelle dative? Le conseil de famille procédera à la nomination du subrogé tuteur, aussitôt après avoir procédé à celle du tuteur; le tout se fera en une même séance.

S'agit-il au contraire d'une tutelle autre qu'une tutelle dative, c'est-à-dire d'une tutelle légitime ou testamentaire? Alors le conseil de famille devra être convoqué dans le plus bref délai par les soins du tuteur lui-même, pour procéder à la nomination du subrogé tuteur.— La loi se montre sévère pour le tuteur qui ne satisferait pas à cette obligation : « *S'il s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir rempli cette formalité, le conseil de famille, convoqué, soit sur la réquisition des parents, créanciers ou autres parties intéressés, soit d'office par le juge de paix, pourra, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle sans préjudice des indemnités dues au mineur* » (art. 421, al. 2).

**872.** Le subrogé tuteur étant chargé de contrôler l'administration tutélaire, il importe qu'il ne soit pas l'homme du choix du tuteur. Aussi l'article 423, al. 1, dispose-t-il : « *En aucun cas le tuteur ne votera pour la nomination du subrogé tuteur.* »

D'un autre côté, le subrogé tuteur pouvant être appelé à représenter le mineur dans les cas où ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420), il importe qu'il n'y ait pas communauté d'intérêts entre le tuteur et le subrogé tuteur; autrement, quand les intérêts du mineur seraient opposés à ceux du tuteur, ils le seraient également à ceux du subrogé tuteur, et le mineur ne pourrait trouver un représentant impartial de ses intérêts, ni dans son tuteur, ni dans son subrogé tuteur. Pour cela, il faut que le tuteur et le subrogé tuteur n'appartiennent pas à la même ligne de parenté; car les parents de la même ligne ont des intérêts communs. Aussi l'article 423 dispose-t-il dans sa deuxième partie que le subrogé tuteur « *sera pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra point* ». Ainsi, au cas où le tuteur est un parent paternel du mineur, le conseil de famille ne pourra pas nommer subrogé tuteur un autre parent paternel.

Toutefois le législateur en dit ici plus long qu'il ne veut, en disposant que le subrogé tuteur sera pris dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartiendra pas. D'abord il peut y avoir une impossibilité matérielle, au cas où il n'y aurait pas, dans la ligne à laquelle n'appartient point le tuteur, de parent en état de remplir les fonctions de subrogé tuteur. Même dans l'hypothèse où il y en aurait un, il est certain que le conseil de famille pourrait, pour le plus grand intérêt du mineur, nommer un étranger. Il aurait donc fallu se borner à dire que le subrogé tuteur ne pourra pas être pris dans la ligne de parenté à laquelle appartient le tuteur. Si cette règle n'avait pas été observée, la nomination du subrogé tuteur serait nulle.

**873.** La règle toutefois comporte une exception, que la loi formule en ces termes quelque peu obscurs : « *hors le cas de frères germains* ». Il faut les entendre en ce sens que, lorsque le mineur et son tuteur sont frères germains, le conseil de famille peut choisir pour subrogé tuteur, soit un autre frère germain du mineur, soit un parent de la ligne paternelle ou de la ligne maternelle.

On peut justifier cette explication de la manière suivante. Lorsque le tuteur est un frère germain du mineur, l'application de la règle que le subrogé tuteur ne peut pas être pris dans la ligne de parenté à laquelle appartient le tuteur, conduirait nécessairement à déférer la subrogée tutelle à un étranger, puisque le tuteur appartient aux deux lignes de parenté. Mais, comme d'une part l'intérêt du mineur exige que l'on confie autant que possible la subrogée tutelle à un parent plutôt qu'à un étranger qui sera presque toujours un indifférent, comme d'autre part la subrogée tutelle est avant tout une charge de famille et qu'elle ne doit par conséquent retomber sur des étrangers qu'à défaut de parents, la loi déroge ici à la règle par ces mots « *hors le cas de frères germains* », qui signifient : *hors le cas où le mineur et son tuteur sont frères germains*. La règle cessera donc alors de s'appliquer, c'est-à-dire que le conseil

de famille aura le droit de choisir le subrogé tuteur parmi les parents de la ligne à laquelle le tuteur appartient; ainsi il pourra nommer subrogé tuteur soit un autre frère germain du mineur, ce que tout le monde admet, (car alors les deux lignes de parenté du mineur seront, suivant le vœu de la loi, également représentées à la tutelle et à la subrogée tutelle), soit un parent paternel ou maternel, ce que quelques-uns contestent, parce qu'alors l'équilibre voulu par la loi sera rompu, les deux lignes de parenté du mineur étant représentées à la tutelle et une seule à la subrogée tutelle.

Quoi qu'il en soit sur le point qui précède, l'exception établie par la loi pour le cas de frères germains ne devrait pas être étendue aux autres parents qui appartiennent aux deux lignes. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Il est même douteux qu'on puisse l'étendre, conformément à l'opinion générale, aux maris des sœurs germaines du mineur, c'est-à-dire à ses alliés au degré de frères germains.

**874. Quand cessent les fonctions du subrogé tuteur.** — « *Les fonctions de subrogé tuteur cesseront à la même époque que la tutelle* », dit l'article 425.

Ce texte doit être entendu en ce sens, que les fonctions de subrogé tuteur cessent lorsque le mineur cesse d'être en tutelle, ou en d'autres termes lorsque la tutelle prend fin quant au mineur, *ex parte minoris* : ce qui peut arriver par sa mort, par sa majorité ou par son émancipation. La subrogée tutelle, n'étant qu'un rouage de la tutelle, disparaît nécessairement quand il n'y a plus de tutelle. Mais si la tutelle prenait fin quant au tuteur, *ex parte tutoris*, sans prendre fin quant au mineur, ce qui peut arriver notamment par la mort, par l'absence ou par la destitution du tuteur, les fonctions de subrogé tuteur ne cesseraient pas. La preuve en est dans l'article 424, qui ordonne en pareil cas au subrogé tuteur de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur. C'est le conseil de famille qui nommera ce nouveau tuteur; il peut choisir le subrogé tuteur. Mais celui-ci ne devient pas tuteur de plein droit quand la tutelle est vacante; il doit seulement faire les actes urgents de la tutelle en attendant la nomination du nouveau tuteur. En supposant que le conseil de famille confie la tutelle à un autre qu'au subrogé tuteur, celui-ci conservera ses fonctions s'il n'appartient pas à la même ligne de parenté que le nouveau tuteur. Dans le cas contraire il y aurait lieu de procéder à son remplacement.

Enfin aux termes de l'article 426 : « *Les dispositions contenues dans les sections VI et VII du présent chapitre, s'appliqueront aux subrogés tuteurs.* — *Néanmoins le tuteur ne pourra provoquer la destitution du subrogé tuteur, ni voter dans les conseils de famille qui seront convoqués pour cet objet.* »

## SECTION VI

### DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE

**875.** En principe la tutelle est une charge obligatoire. Il est vrai de dire en ce sens : *Tutela est munus publicum*. Mais, comme toute autre, cette règle a ses exceptions : dans certains cas particuliers la loi admet le tuteur à se faire dispenser de la tutelle; on dit alors qu'il existe une cause d'*excuse* à son profit. D'ailleurs l'excuse constitue un bénéfice pour le tuteur, bénéfice auquel il a le droit de renoncer; s'il y renonce, il gérera la tutelle.

Le législateur dispense en général plus volontiers de la tutelle le tuteur qui n'est pas encore entré en fonctions que celui qui est en exercice. Pour employer les expressions de la loi romaine, notre législateur admet plus facilement l'excuse *a suscipienda tutela* que l'excuse *a suscepta tutela*. C'est ainsi que l'article 433 autorise celui qui a soixante-cinq ans accomplis au moment où la tutelle lui est déférée à la refuser, tandis qu'il n'autorise un tuteur en exercice à se faire décharger de la tutelle qu'à soixante-dix ans. Voyez aussi les articles 436 et 437. Il y en a deux raisons : d'une part il est moins pénible de continuer une gestion que de la commencer, et d'autre part la substitution d'un tuteur à un autre au moment où la tutelle est déférée est moins préjudiciable au mineur que le remplacement d'un tuteur en exercice par un autre tuteur, ce remplacement entraînant nécessairement un changement d'administration presque toujours fatal aux intérêts du mineur.

**876.** Le législateur nous indique dans cette section six causes d'excuses, auxquelles il y a lieu d'en ajouter une septième prévue par l'article 394 : le sexe. Nous allons les passer en revue.

I. CERTAINES FONCTIONS OU SERVICES PUBLICS. — On lit à ce sujet dans les articles 427 et 428 :

Art. 427. « *Sont dispensés de la tutelle : — Les personnes désignées dans les titres III, V, VI, VII, VIII, IX, X et XI de l'acte du 18 mai 1804* » ; ce qui comprend les maréchaux de France, les conseillers d'Etat, les sénateurs et les députés.

« *Les présidents et conseillers à la Cour de cassation, le procureur général et les avocats-généraux en la même Cour* ». Ajoutez : les présidents, maîtres des comptes et référendaires et le procureur général à la Cour des comptes (arg., art. 7, L. 16 septembre 1807).

« *Les préfets* » ; mais non les sous-préfets.

« *Tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle s'établit* ». Cette cause d'excuse s'applique aux notaires (arg., art. 1<sup>er</sup> de la loi du 25 ventôse de l'an XI), aux ecclésiastiques desservant des cures ou des succursales et à toutes autres personnes agréées par le chef de l'Etat et exerçant pour les cultes une des fonctions qui exigent résidence (avis du Conseil d'Etat du 20 novembre 1806).

Art. 428. « *Sont également dispensés de la tutelle les militaires en activité de service, et tous autres citoyens qui remplissent hors du territoire du royaume une mission du Roi.* »

L'article 429 ajoute : « *Si la mission est non authentique, et contestée, la dispense ne sera prononcée qu'après la représentation faite par le réclamant, du certificat du Ministre dans le département duquel se placera la mission articulée comme excuse.* »

Ce n'est que l'application de ce principe que celui qui invoque un fait à l'appui de sa demande doit prouver ce fait, s'il est contesté. *Probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat.*

Aux termes de l'article 430 : « *Les citoyens de la qualité exprimée aux articles précédents, qui ont accepté la tutelle postérieurement aux fonctions, services ou missions qui en dispensent, ne seront plus admis à s'en faire décharger pour cette cause.* » En acceptant la tutelle à une époque où ils étaient investis d'une fonction dont ils auraient pu se prévaloir pour la refuser, ils sont censés avoir renoncé au bénéfice de l'excuse.

Autre est le cas où la fonction invoquée à titre d'excuse aurait été conférée au tuteur postérieurement à l'acceptation et gestion de la tutelle. On lit à cet égard dans l'article 431 : « *Ceux, au contraire, à qui lesdites fonctions, services ou missions auront été conférés postérieurement à l'acceptation et gestion d'une tutelle, pourront, s'ils ne veulent la conserver, faire convoquer dans le mois un conseil de famille, pour y être procédé à leur remplacement. — Si, à l'expiration de ces fonctions, services ou missions, le nouveau tuteur réclame sa décharge, ou que l'ancien redemande la tutelle, elle pourra lui être rendue par le conseil de famille.* »

II. LA QUALITÉ D'ÉTRANGER A LA FAMILLE LORSQU'IL EXISTE DANS UN RAYON RAPPROCHÉ UN PARENT OU UN ALLIÉ EN ÉTAT DE GÉRER LA TUTELLE. « *Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle, que dans le cas où il n'existerait pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle* » (art. 432).

Si la tutelle est une charge publique, *munus publicum*, elle est avant tout une charge de famille. Il convient donc que les étrangers à la famille n'en soient tenus que subsidiairement.

Remarquez que la qualité d'étranger à la famille est une excuse *a suscipienda tutela*, mais non *a suscepta tutela*, (argument des mots : « ne peut être forcé d'accepter la tutelle »). Un tuteur étranger à la famille ne pourrait donc pas se faire décharger d'une tutelle dont il a commencé la gestion, sur ce fondement qu'un parent ou un allié en état de gérer la tutelle est venu se fixer dans le rayon déterminé par notre article.

La loi dit : *tout citoyen non parent ni allié*. Donc la cause d'excuse qui nous occupe ne peut pas être invoquée par un parent ou un allié. Le parent ou l'allié, qui a été investi par le conseil de famille des fonctions de tuteur, ne peut pas refuser la tutelle parce qu'il existe dans le rayon déterminé par notre article un parent ou un allié plus proche que lui en état de gérer la tutelle. La loi veut que le conseil de famille ait une certaine latitude pour le choix du tuteur.

III. LA VIEILLESSE. — « *Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur. Celui qui aura été nommé avant cet âge pourra, à soixante-dix ans, se faire décharger de la tutelle* » (art 433).

Le vieillard, qui, ayant soixante-cinq ans accomplis, a néanmoins accepté la tutelle dont il aurait pu se faire excuser, aura le droit de demander à en être déchargé à soixante-dix ans accomplis.

IV. LES INFIRMITÉS GRAVES. — « *Tout individu atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée, est dispensé de la tutelle. — Il pourra même s'en faire décharger, si cette infirmité est survenue depuis sa nomination* » (art. 434).

Les infirmités sont donc une cause d'excuse, non-seulement *a suscipienda*, mais aussi *a suscepta tutela*. Elles doivent être graves, ce qui est une question de fait à apprécier par le conseil de famille juge des excuses.

La loi entend désigner ici sous le nom d'*infirmités* des affections permanentes, telles que la cécité, la surdité..., et non une maladie dont on pourrait prévoir le terme normal.

Celui qui, étant atteint d'une infirmité grave, a néanmoins accepté la tutelle qu'il aurait pu refuser, pourra plus tard s'en faire décharger, si l'infirmité, s'étant aggravée, lui a rendu le fardeau de la tutelle intolérable.

V. LE NOMBRE DES TUTELLES. — « *Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième. — Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants* ».

*Deux tutelles*, c'est-à-dire deux patrimoines à gérer. L'excuse établie par notre article ne pourrait donc pas être invoquée par celui qui serait tuteur de plusieurs frères, entre lesquels le partage de la succession paternelle ou maternelle n'aurait pas encore été effectué.

On voit par l'alinéa 2 de notre article que la loi considère la qualité de père ou celle d'époux comme valant une tutelle, parce que celui qui est époux ou père pourra être appelé plus tard à être tuteur de ses enfants nés ou à naître. Le législateur compte cette éventualité comme une réalité.

La loi ne distinguant pas, il y a lieu de décider :

a). Que la qualité de père devrait être considérée comme équivalente à une tutelle alors même que tous les enfants seraient majeurs. D'ailleurs le père peut être appelé à être tuteur de ces enfants au cas où ils seraient plus tard frappés d'interdiction.

b). Que la qualité d'époux pourrait être invoquée comme équivalente à une tutelle, même par celui dont la femme est d'un âge trop avancé pour pouvoir lui donner des enfants.

VI. LE NOMBRE DES ENFANTS. — « *Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants. — Les enfants morts en activité de service dans les armées du Roi seront toujours comptés pour opérer cette dispense. — Les autres enfants morts ne seront comptés qu'autant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants* » (art. 438).

*Cinq enfants légitimes*. Donc les enfants naturels ne comptent pas.

Les enfants simplement conçus ne comptent pas non plus suivant l'opinion générale. En effet la fiction que l'enfant conçu est considérée comme déjà né, n'est éta-

blie que dans l'intérêt de l'enfant. *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. Or l'intérêt de l'enfant à naître est ici tout à fait hors de cause.

Aux termes de l'article 437 : « *La survenance d'enfants pendant la tutelle ne pourra autoriser à l'abdiquer* ».

VII. LE SEXE. — Cette cause d'excuse est prévue par l'article 394 déjà expliqué, qui permet à la mère de refuser la tutelle que l'article 390 lui défère de plein droit. Cette cause d'excuse semble devoir être étendue par analogie aux *ascendantes*, qui seraient nommées tutrices par le conseil de famille ainsi que le permet l'article 442-3<sup>o</sup>

**877.** Telles sont les excuses légales. Il y a aussi les excuses dites *de fait* ; elles sont fondées sur des causes non prévues par la loi, par exemple l'ignorance du tuteur. Quelle est la valeur de ces excuses ?

D'après la jurisprudence, qui est approuvée sur ce point par la majorité des auteurs, le conseil de famille, juge des excuses, aurait un pouvoir discrétionnaire pour les admettre ou les rejeter, tandis qu'il est obligé d'admettre toute excuse légale dont l'existence est prouvée.

**878. Du délai accordé au tuteur pour proposer ses excuses.**

— « *Si le tuteur nommé est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il devra sur-le-champ, et sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure, proposer ses excuses, sur lesquelles le conseil de famille délibérera* » (art. 438).

« *Si le tuteur nommé n'a pas assisté à la délibération qui lui a déferé la tutelle, il pourra faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur ses excuses. — Ses diligences à ce sujet devront avoir lieu dans le délai de trois jours, à partir de la notification qui lui aura été faite de sa nomination ; lequel délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle : passé ce délai, il sera non recevable* » (art. 439).

*Passé ce délai, il sera non recevable.* La loi considère en pareil cas le tuteur comme ayant tacitement renoncé au bénéfice de l'excuse, et c'est pourquoi elle le déclare déchu du droit de s'en prévaloir.

D'après une opinion fort accréditée, la même déchéance devrait être appliquée par voie d'analogie au tuteur légitime ou au tuteur testamentaire, qui a laissé passer sans proposer ses excuses le délai d'un mois à dater du jour où il a eu connaissance de l'événement qui l'a investi de la tutelle. — Mais on étend ainsi au tuteur légitime et au tuteur testamentaire une déchéance, que nos articles ne prononcent que contre le tuteur datif. Or il est constant que les dispositions qui établissent des déchéances n'admettent pas l'interprétation extensive. Nous préférons dire que, dans le silence de la loi, il y aura lieu d'appliquer le Droit commun au tuteur légitime et au tuteur testamentaire, et que par suite le conseil de famille aura toute latitude pour apprécier, d'après les circonstances, si la conduite du tuteur implique une renonciation tacite au bénéfice de l'excuse.

**879. Voies de recours.** — « *Si ses excuses sont rejetées, il pourra se pourvoir devant les tribunaux pour les faire admettre, mais il sera, pendant le litige, tenu d'administrer provisoirement* » (art. 440).

C'est devant le tribunal de première instance que le tuteur devra se pourvoir, sauf l'appel (art. 889, Pr.).

Quelle que soit la décision qui terminera définitivement le débat, elle aura un effet rétroactif au jour où le tuteur a été investi de la tutelle. De là il résulte que, si le tuteur réussit en définitive à faire admettre ses excuses, il sera censé n'avoir jamais été tuteur; par suite la gestion intérimaire qu'il aura accomplie en exécution de notre article, ne sera pas considérée comme une tutelle, et elle n'entraînera contre lui ni l'hypothèque légale de l'article 2121 ni les incapacités dont la loi frappe les tuteurs.

Enfin aux termes de l'article 441 : « *S'il parvient à se faire exempter de la tutelle, ceux qui auront rejeté l'excuse pourront être condamnés aux frais de l'instance.— S'il succombe, il sera condamné lui-même.* »

## SECTION VII

### DE L'INCAPACITÉ, DES EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE LA TUTELLE

**880.** Les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle s'appliquent aussi à la subrogée tutelle (arg., art. 426, al. 1).

D'un autre côté, la loi traite ici accidentellement des causes qui interdisent l'entrée dans le conseil de famille. Elles sont à peu près les mêmes que les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle.

L'incapacité d'être tuteur diffère profondément de l'excuse. Cette dernière suppose l'aptitude à être tuteur : celui au profit duquel existe une cause d'excuse peut être tuteur s'il le veut; il lui suffit pour cela de renoncer au bénéfice de l'excuse. Au contraire l'incapable ne peut pas être tuteur alors même qu'il le voudrait, parce qu'il n'a pas l'aptitude requise pour remplir cette fonction.

Il ne faut pas confondre non plus l'incapacité avec l'exclusion ou la destitution. L'incapacité est fondée sur des causes étrangères à la volonté de l'incapable, telles que la minorité, le sexe, l'interdiction; elle ne saurait donc rien avoir de déshonorant pour lui. L'exclusion et la destitution ont au contraire pour causes des faits personnels plus ou moins répréhensibles, tels que l'inconduite notoire, une gestion infidèle. L'exclusion ou la destitution porte donc toujours une atteinte plus ou moins grave à l'honneur et à la considération du tuteur.

L'exclusion et la destitution, qui se ressemblent au point de vue de la note d'infamie qu'elles infligent au tuteur, se ressemblent aussi, ou plutôt s'identifient au point de vue de leurs causes : il résulte en effet des articles 446 et 447 que les causes d'exclusion et les causes de destitution sont les mêmes. Elles diffèrent en ce que l'exclusion est une mesure *préventive*, tandis que la destitution est une mesure *répressive*; on exclut le tuteur qui n'a pas encore commencé à gérer la tutelle laquelle il est appelé, on destitue un tuteur en exercice.

I. *Des causes d'incapacité.*

**881.** La Cour de cassation a raison d'établir en principe : qu'il n'y a pas d'autres incapacités d'être tuteur ou subrogé tuteur que celles qui résultent d'un texte formel de loi. Ici comme ailleurs, la capacité est la règle générale, l'incapacité l'exception et il n'y a pas d'exception sans texte. On peut ajouter que les dispositions de la loi, qui édictent les incapacités d'être tuteur, doivent, comme toutes celles qui dérogent au Droit commun, être interprétées d'une manière restrictive.

Les causes d'incapacité, soit en ce qui concerne la tutelle, soit en ce qui concerne l'entrée au conseil de famille, sont énumérées par l'article 442, ainsi conçu : « *Ne peuvent être tuteurs, ni membres des conseils de famille : 1° les mineurs, excepté le père ou la mère ; — 2° les interdits ; — 3° les femmes, autres que la mère et les ascendantes ; — 4° tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une partie notable de ses biens, sont compromis* ».

En tout, quatre causes d'incapacité. Etudions-les.

Sont incapables :

1° *Les mineurs, excepté le père ou la mère.* Celui qui est incapable à raison de son âge de se défendre et de se protéger lui-même, ne pouvait pas être appelé à défendre et à protéger un autre incapable. L'exception établie au profit du père et de la mère se justifie facilement : leur affection pour le mineur suppléera à l'inexpérience de leur âge. *Nullus est affectus qui vincat paternum aut maternum.*

2° *Les interdits.* La loi veut parler ici des interdits judiciairement ; elle atteint les interdits légalement par une autre disposition, celle de l'article 443. Les interdits judiciairement sont incapables d'être tuteurs, parce qu'ils ne sont pas *compotes mentis*.

3° « *Les femmes, autres que la mère et les ascendantes* ». *Tutela est virile munus.* Les femmes ont en général peu d'expérience des affaires ; on ne devait donc pas en principe leur confier la gestion des affaires d'autrui. L'exception établie au profit de la mère et des ascendantes se justifie d'elle-même : leur affection pour le mineur suppléera à leur inexpérience.

Remarquez que la mère, quand elle est appelée à la tutelle, est tutrice de droit (art. 390). Les ascendantes au contraire ne sont jamais tutrices de droit (arg., art. 402-404 et de ces mots de l'article 405 : sans ascendants mâles) ; mais elles peuvent être nommées tutrices par le conseil de famille.

4° « *Tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de*

*ses biens sont compromis.* » Il y a en pareil cas une telle opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur, que la loi craint de ne pas trouver dans le tuteur un représentant impartial des intérêts du mineur, non-seulement pour le procès dont il s'agit, mais pour tous les autres actes de la tutelle. De là l'incapacité dont la loi le frappe.

## II. *Des causes d'exclusion et de destitution de la tutelle.*

**882.** Les causes d'exclusion de la tutelle sont les mêmes que les causes de destitution. Elles sont énumérées limitativement par les articles 443 et 444, ainsi conçus : « *La condamnation à une peine afflictive* » ou *infamante emporte de plein droit l'exclusion de la tutelle. Elle em-* » *porte de même la destitution, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle an-* » *térieurement déferée* » (art. 443). « *Sont aussi exclus de la tutelle, et* » *même destituables, s'ils sont en exercice : — 1° les gens d'une inconduite* » *notoire ; — 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité* » (art. 444).

Il y a donc trois causes d'exclusion ou de destitution :

1° *La condamnation à une peine afflictive ou infamante.* Celui qui a été flétri par une condamnation aussi grave est indigne de gérer une tutelle. Aussi la loi dit-elle qu'il sera de plein droit exclu de toute tutelle, et que, s'il gérait une tutelle lors de sa condamnation, il en sera de plein droit destitué.

La disposition de l'article 443 a été modifiée en deux sens différents par le Code pénal. Voyez les articles 34-4° et 42-6° de ce Code.

2° *Inconduite notoire.* Cette expression fait allusion au désordre des mœurs. Il est difficile d'admettre avec plusieurs auteurs qu'elle comprend en outre le désordre dans les affaires ; la mauvaise gestion n'est pas une inconduite. La loi, ainsi qu'on va le voir à l'instant même, considère bien la mauvaise gestion comme constituant une cause d'exclusion de la tutelle, mais seulement quand elle est le fruit de l'incapacité. — Pour être une cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle, l'inconduite doit être notoire. La notoriété est une circonstance aggravante de l'inconduite, parce qu'elle suppose l'absence de toute pudeur.

3° *Gestion attestant l'incapacité ou l'infidélité.* Quand un homme a déjà fait preuve d'incapacité ou d'infidélité dans la gestion de ses affaires ou de celles d'autrui, il serait dangereux de lui confier une tutelle. Et si c'est dans la gestion même de la tutelle dont il est chargé qu'il s'est montré incapable ou infidèle, il convient de lui retirer cette tutelle.

Dans les deux cas prévus par l'article 444 : inconduite notoire, gestion attestant l'incapacité ou l'infidélité, l'exclusion ou la destitution du tuteur n'a pas lieu de plein droit, car il y a nécessairement place à une appréciation. Il faudra donc que l'exclusion soit prononcée. Par qui ? par le conseil de famille, juge de Droit commun en toutes ces matières.

On lit à ce sujet dans l'article 446 : « *Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou d'office par le juge de paix. — Celui-ci ne pourra se dispenser de faire cette convocation, quand elle sera formellement requise par un ou plusieurs parents et alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches* ».

Et l'article 447 ajoute : « *Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur sera motivée, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur* ».

En général les délibérations du conseil de famille ne doivent pas être motivées. La loi déroge ici à cette règle, afin que, si le tuteur interjette appel, comme il en a le droit, de la décision du conseil de famille qui l'a exclu ou destitué, le tribunal puisse apprécier si cette décision était fondée.

Le conseil de famille ne peut pas prononcer l'exclusion ou la destitution du tuteur sans l'avoir préalablement entendu ou appelé. Le tuteur doit être mis à même de se défendre. *Nemo inauditus condemnetur*.

« *Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions. — S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel. — Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle* » (art. 448). « *Les parents ou alliés qui auront requis la convocation pourront intervenir dans la cause, qui sera instruite et jugée comme affaire urgente* » (art. 449).

### III. De l'exclusion du conseil de famille.

**883.** « *Tout individu qui aura été exclu ou destitué d'une tutelle ne pourra être membre d'un conseil de famille* » (art. 445).

La loi ne dit pas que les causes d'exclusion du conseil de famille sont les mêmes que les causes d'exclusion de la tutelle ; elle dit, ce qui est tout à fait différent, que celui qui a été exclu ou destitué d'une tutelle ne peut être membre d'un conseil de famille. L'entrée du conseil de famille est donc interdite, non à ceux chez lesquels existe une cause d'exclusion ou de destitution de la tutelle, mais à ceux qui ont été effectivement exclus ou destitués d'une tutelle. Et toutefois, comme la condamnation à une peine infamante opère de plein droit l'exclusion de toute tutelle, on doit en conclure qu'elle entraînerait de plein droit aussi l'exclusion de tout conseil de famille.

## SECTION VIII

## DE L'ADMINISTRATION DU TUTEUR

**884.** La loi envisage ici le tuteur comme investi d'une double mission, l'une relative à la personne du mineur, l'autre relative à ses biens. » *Le tuteur*, dit l'article 450 al. 1, *prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils.* » La rubrique de notre section « De l'administration du tuteur » est donc incomplète, puisqu'elle ne nous représente le tuteur que comme le gardien des intérêts pécuniaires du mineur. On aurait mieux indiqué l'objet de la section en l'intitulant : « Des pouvoirs du tuteur sur la personne et sur les biens du mineur. »

§ I. *Des attributions du tuteur relativement à la personne du mineur.*

**885.** Le soin de la personne du mineur n'est pas confié au tuteur dans tous les cas. A cet égard plusieurs hypothèses doivent être distinguées.

a). La tutelle de l'enfant mineur est gérée par le survivant de ses père et mère, tuteur de droit aux termes de l'article 390. La puissance paternelle et la puissance tutélaire sont alors réunies dans les mêmes mains, et le survivant se trouve ainsi chargé tout à la fois du soin de la personne et de la gestion des biens du mineur.

b). Le survivant des père et mère ne gère pas la tutelle de son enfant mineur, soit que, s'agissant de la mère, elle ait refusé la tutelle (art. 394), soit que, s'agissant du père, il s'en soit fait excuser. Le tuteur, nommé à la place du survivant, sera chargé de la gestion des biens du mineur; mais le survivant restera investi de la puissance paternelle, et chargé à ce titre du soin de la personne du mineur. C'est ce qui résulte par argument des articles 372 et 373, qui accordent la puissance paternelle au père durant le mariage, et après la dissolution du mariage au survivant des père et mère, sans distinguer s'il est ou non tuteur.

c). Le survivant des père et mère est décédé; ou bien il est vivant, mais incapable en droit ou en fait d'exercer la puissance paternelle : *en droit*, si par exemple l'exercice de cette puissance lui a été retiré par application de l'article 335 du Code pénal; *en fait*, s'il est absent ou atteint d'aliénation mentale. Alors la puissance paternelle se réunit à la puissance tutélaire dans la personne du tuteur.

La puissance paternelle appartient-elle alors au tuteur avec la même étendue qu'au survivant des père et mère? Non. On peut à cet égard signaler entre eux trois différences.

1<sup>o</sup> Le survivant des père et mère, qu'il soit ou non tuteur, a le droit d'éducation dans toute sa plénitude : c'est lui qui détermine souverainement de quelle manière l'enfant sera élevé et quelle somme devra être dépensée annuellement dans ce but. Tout autre tuteur n'exerce le droit d'éducation que sous le contrôle du conseil de famille, investi pour ce cas du droit de fixer la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur (art. 454) : ce qui le rend dans une certaine mesure l'arbitre de la destinée du mineur en ce qui concerne son éducation.

2<sup>o</sup> Le tuteur autre que le survivant ne peut jamais exercer le droit de correction que par voie de réquisition, et avec l'autorisation du conseil de famille : « *Le tuteur qui aura des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur, pourra porter ses plaintes à un conseil de famille; et, s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la réclusion du mineur, conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre de la Puissance paternelle* » (art. 468). Au contraire le survivant des père et mère n'est jamais soumis, pour l'exercice du droit de correction, à l'autorité du conseil de famille.

3<sup>o</sup> Enfin il y a un attribut de la puissance paternelle, que la loi accorde au survivant et qu'elle refuse à tout tuteur autre que lui, c'est la jouissance légale; sans parler du droit qui appartient au survivant d'émanciper son enfant (art. 477) et de consentir à son mariage (art. 448) ou à son adoption (art. 346), tous droits qui sont refusés au tuteur en cette qualité.

En résumé, le survivant des père et mère, qu'il soit ou non tuteur, conserve en principe dans toute sa plénitude la puissance paternelle sur son enfant mineur et non émancipé. A défaut du survivant, la loi accorde au tuteur sur la personne du mineur certains attributs de la puissance paternelle, savoir le droit d'éducation et ses deux corollaires, le droit de garde et le droit de correction; mais il demeure soumis, quant à l'exercice de ces divers droits, à l'autorité et au contrôle du conseil de famille.

## § II. Des attributions du tuteur relativement aux biens du mineur.

### N<sup>o</sup> 1. Principe.

**886.** « *Le tuteur prendra soin de la personne du mineur, et le représentera dans tous les actes civils.— Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion* » (art. 450, al. 1 et 2).

Le tuteur est donc investi par la loi d'un mandat général, en vertu duquel il représente le mineur dans tous les actes civils. C'est le tuteur qui parle et qui agit; mais, il le fait au nom du mineur, et les actes qu'il accomplit ainsi, *tutorio nomine*, sont censés, avoir été passés par le mineur lui-même vis-à-vis duquel il n'est qu'un instrument. *Qui mandat fecisse videtur*. Il est vrai de dire en ce sens : *Factum tutoris, factum pupilli*.

Tout autre était en Droit romain le rôle du tuteur. En principe il ne représentait pas son pupille, il se bornait à l'habiliter. Le pupille, sauf le cas où il était *infans*, figurait en personne aux divers actes de la vie civile : c'était lui qui parlait, qui agissait; mais il avait son tuteur à ses côtés qui l'assistait, qui complétait sa personne en lui donnant son *auctoritas*. *Tutor personam pupilli AUCEBAT*; *augebat* de *augere*, *auctum*, augmenter, compléter, d'où l'on a fait *auctoritas*, qui signifie à proprement parler *complément*.

Au surplus, les deux législations diffèrent plus dans la forme que dans le fond. En

somme, elles se sont inspirées de la même idée : suppléer à l'inexpérience du mineur par l'expérience du tuteur. Après cela, il importe assez peu que ce soit le mineur qui agisse en personne avec l'*auctoritas tutoris* comme en Droit romain, ou le tuteur qui agisse au nom du mineur comme en Droit français, ce qui paraît mieux d'accord avec la réalité des choses. Aussi admet-on généralement que les actes accomplis suivant les principes de la législation romaine, c'est-à-dire par le mineur avec l'autorisation du tuteur, ne seraient pas nuls pour cette cause (Cpr. art. 4030).

**887. Etendue des pouvoirs du tuteur.** — On doit établir en principe que la capacité constitue pour le tuteur la règle générale, l'incapacité l'exception; d'où il résulte : 1° que le tuteur peut accomplir pour le compte du mineur tous les actes que ne lui interdit pas un texte spécial de la loi, et cela sans qu'il y ait à distinguer entre les actes d'administration et ceux de disposition; 2° que la validité des actes accomplis par le tuteur *tutorio nomine*, n'est soumise à l'observation de formalités particulières que dans les cas exprimés par la loi.

Telle paraît bien avoir été l'idée du législateur, lorsqu'il a dit dans l'article 450 que le tuteur « représentera le mineur dans tous les actes civils ». L'omnipotence du tuteur, voilà la règle, et les textes qui lui interdisent certains actes, ou qui le soumettent pour quelques-uns à l'accomplissement de formalités particulières, doivent être envisagés comme des exceptions à la règle, et à ce titre recevoir une interprétation restrictive.

Dans un autre système, on distingue entre les actes d'administration et ceux de disposition : on admet le principe de l'omnipotence du tuteur pour les actes d'administration, mais on le repousse pour les actes de disposition. La rubrique de notre section, dit-on, porte *de l'Administration du tuteur*, et l'article 450 dit dans son al. 2 : « il *administrera* ses biens en bon père de famille »; cela prouve que le législateur limite les pouvoirs du tuteur aux actes d'administration. — L'argument est bien faible. D'abord il suffit de lire en entier l'alinéa 2 de l'article 450, précisément celui qu'on invoque, pour voir que le mot *administration* y est pris comme synonyme de *gestion*. En effet il se termine par ces expressions : « et répondra des dommages-intérêts résultant d'une mauvaise *gestion* »; or les mots *gérer*, *gestion* comprennent même les actes de disposition. D'un autre côté le législateur, dans l'alinéa en question, n'a nullement eu pour but de dire *que le tuteur a le pouvoir d'administrer*, (ce qui résulterait déjà de la disposition précédente : « et le représentera dans tous les actes civils »), mais bien *comment le tuteur doit administrer* ou gérer : sa gestion doit être celle d'un bon père de famille. Enfin, au point de vue pratique, ce système donne lieu à de grandes difficultés, soit pour déterminer quels actes sont d'administration, quels autres de disposition, soit, ce point une fois résolu, pour savoir quelles sont les formalités que le tuteur doit remplir pour les actes de disposition, au sujet desquels la loi ne s'est pas expliquée.

**888.** Dans tous les systèmes, on reconnaît pleins pouvoirs au tuteur pour les actes d'administration. Soumettre le tuteur à l'accomplissement de formalités particulières en ce qui concerne ces actes qui sont de tous les instants et souvent urgents, c'eût été rendre son administration impossible. Telle ne peut avoir été la pensée du législateur !

Que faut-il entendre par actes d'administration ? On désigne sous ce nom les actes qui ont pour but de conserver les biens et de les faire fructifier.

Le tuteur doit donc en sa qualité d'administrateur :

a) *Faire les actes conservatoires.* Ainsi le tuteur peut et doit interrompre les prescriptions qui courent contre le mineur, faire opérer toutes transcriptions ou inscriptions nécessaires pour la conservation de ses droits, intenter les actions possessoires qui appartiennent au mineur, faire assurer ses biens contre l'incendie, payer ses dettes exigibles avec les deniers pupillaires...

b) *Faire fructifier les biens du mineur.* A ce titre le tuteur est chargé de placer les capitaux pupillaires, sauf à se conformer pour leur placement aux dispositions de la loi du 27 février 1880, qui fixe d'une part le délai dans lequel le placement doit être effectué, et qui permet d'autre part au conseil de famille d'ordonner toutes les mesures qu'il jugera utiles, par conséquent de déterminer le mode de placement des capitaux.

Il doit aussi louer les maisons du mineur et affermer ses terres, à moins qu'il n'aime mieux les faire valoir lui-même. Toutefois la loi ne permet pas au tuteur de faire des baux d'une durée indéfinie; car le bail, quand il est fait pour un trop long temps, peut équivaloir à une aliénation. Le tuteur doit, en ce qui concerne la durée des baux et les époques des renouvellements, se conformer aux dispositions des articles 1429 et 1430 (art. 1748), c'est-à-dire qu'il ne doit pas faire de baux de plus de neuf ans, et, s'il s'agit d'un renouvellement de bail, il ne doit pas faire ce renouvellement plus de trois ans ou de deux ans avant l'expiration du bail courant, suivant qu'il s'agit du bail d'un fonds de terre ou du bail d'une maison. Voyez pour plus amples détails l'explication de l'article 595.

## N° 2. Des obligations que la loi impose au tuteur lors de son entrée en fonctions.

**889.** Le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, ou dans un bref délai à dater du jour où il a été investi de la tutelle: 1° provoquer la nomination d'un subrogé tuteur; 2° requérir la levée des scellés et faire dresser l'inventaire des biens du mineur; 3° faire procéder à la vente des meubles du mineur; 4° faire déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur ainsi que celle de l'administration de ses biens; 5° faire déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle commencera l'obligation d'employer l'excédant du revenu sur la dépense. Examinons ces divers points.

**890.** 1° Le tuteur doit avant d'entrer en fonctions provoquer la nomination d'un subrogé tuteur. Voyez à ce sujet ce qui a été dit *supra*, n° 871.

**891.** 2° « Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur. »

*Requerra la levée des scellés.* Le scellé est une bande de papier ou mieux d'étoffe que le juge de paix fixe avec un sceau particulier (d'où le nom de scellé) sur les ouvertures des divers meubles d'une maison et des appartements qui les contiennent. Les scellés, une fois apposés, on ne peut plus ouvrir les meubles ou les portes des appartements sans briser le scellé et sans qu'il reste par suite trace de l'ouverture. L'ap-  
po-

sition des scellés a pour but de prévenir les détournements; elle se fait ordinairement après décès et dans l'intérêt de ceux qui ont des droits à la succession du défunt.

*S'ils ont été apposés.* Ils ne l'auront pas toujours été. Voyez à ce sujet les articles 910 et 911 du Code de procédure civile qui ont modifié sur ce point l'article 819 du Code civil.

*Et fera procéder immédiatement à l'inventaire.* L'inventaire est un état notarié qui contient l'énumération, la description et l'estimation des biens mobiliers du mineur; on y fait figurer aussi les dettes. Quoique l'article 943 Pr. qui indique ce que doit contenir l'inventaire ne parle pas des immeubles, il est cependant d'usage de les y énumérer, mais sans les décrire ni les estimer.

L'inventaire a pour but: 1° de constater l'importance des biens que le tuteur prend en charge et dont il devra rendre compte lorsque ses fonctions cesseront; l'inventaire devient ainsi l'un des éléments les plus importants de la reddition du compte de tutelle; 2° de faire connaître approximativement le chiffre de la fortune du mineur, ce qui permettra au conseil de famille de régler le budget de la tutelle en proportionnant le chiffre des dépenses à celui des revenus (art. 454).

Si le défunt dont le mineur est héritier n'a laissé aucun bien, il y aura lieu de dresser un procès-verbal de *carence*: carence, de *carere*, manquer (Pr. art., 924).

**892.** Aux termes de l'article 451, al. 2: « *S'il lui est dû (au tuteur) quelque chose par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal.* »

L'intelligence de cette disposition offre quelques difficultés. Le tuteur, on le suppose, avait une créance contre celui dont le mineur est héritier, contre le père du mineur par exemple. Si cette créance n'est pas encore soldée, le tuteur se trouve aujourd'hui créancier du mineur, qui, en qualité d'héritier de son père, est tenu des dettes de celui-ci. La loi dit que le tuteur doit, à peine de déchéance, déclarer sa créance dans l'inventaire sur l'interpellation qui lui sera adressée à cet effet par le notaire. Quel est le motif de cette disposition? La loi a craint qu'un tuteur qui a déjà été payé de sa créance, s'apercevant, l'inventaire une fois terminé, qu'il ne se trouve dans les papiers de la succession aucune trace du paiement, par exemple parce que la quittance a été perdue, ne vînt soutenir que sa créance existe encore et en réclamer une deuxième fois le remboursement. Pour parer à ce danger, elle veut que le tuteur déclare sa créance *dans l'inventaire*, par conséquent avant qu'il lui soit possible de savoir si l'on trouvera dans les papiers de la succession les traces du paiement qui lui aurait été fait. Dans ces conditions, le tuteur qui a déjà été payé n'osera pas, fût-il un homme de mauvaise foi, se déclarer créancier, parce qu'il s'exposerait à un affront, si, comme tout porte à le croire, la preuve du paiement venait à se retrouver.

\* Le tuteur doit faire la déclaration exigée par notre article « à peine de déchéance. » La loi présume que le tuteur, qui ne fait pas cette déclaration n'est pas

créancier, ou ne l'est plus parce qu'il a été payé, et sur le fondement de cette présomption elle lui refuse toute action en justice contre le mineur. C'est dire que la présomption dont il s'agit ne serait pas susceptible d'être combattue par la preuve contraire (arg., art. 1352) : ce qui signifie que le tuteur ne serait pas admis à prouver que; contrairement à la présomption de la loi, sa créance existe encore.

\* C'est là une sanction très-rigoureuse ; aussi, comme le tuteur peut ignorer sur point les dispositions de la loi (en fait il les ignorera très-souvent), notre article décide que le défaut de déclaration du tuteur lors de l'inventaire n'entraînera la déchéance de son droit de créance qu'autant qu'il aura été interpellé à cet égard par l'officier public chargé de dresser l'inventaire. Il ne suffit donc pas, pour que le tuteur soit déchu de sa créance, qu'il ne l'ait pas déclarée lors de l'inventaire ; il faut en outre que la réquisition prescrite par l'article 451 lui ait été adressée, et que sur cette réquisition il ait affirmé n'être pas créancier, ou que tout au moins il n'ait pas déclaré sa créance. Le notaire agira d'ailleurs conformément au vœu de la loi, en adressant cette réquisition au tuteur plutôt au commencement qu'à la fin de l'inventaire, afin que le tuteur soit mis en demeure de déclarer les créances qu'il pourrait avoir, à un moment où il n'est pas encore renseigné sur le contenu des papiers de la succession.

De l'avis de tous les auteurs, le tuteur, qui, sur la réquisition à lui adressée par le notaire, n'a pas déclaré la créance qui lui appartient contre le mineur, ne serait pas déchu de son droit, s'il avait eu une juste cause d'ignorer sa créance, si par exemple il en était devenu titulaire à son insu en qualité d'héritier du créancier mort depuis peu. La loi n'a pas pu vouloir obliger le tuteur, à peine de déchéance, à déclarer une créance dont l'existence ne lui a pas été encore révélée.

**893.** 3<sup>o</sup> *Vente des meubles.* — « Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre, en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après des affiches ou publications dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature » (art. 452).

Les meubles perdent en général de leur valeur par le seul effet du temps. Le plus souvent d'ailleurs ceux qui appartiennent au mineur lui seront inutiles ; que fera-t-il d'un riche mobilier, s'il est en bas âge ou s'il est au collège ? En tout cas ces meubles constituent pour lui un capital improductif. Dans ces conditions, la loi a cru devoir établir, en principe, que les meubles du mineur seront vendus pour le prix en être placé au mieux de ses intérêts.

Ces motifs disent assez que, pour savoir quels sont les objets compris sous la dénomination de *meubles* dans l'article 452, il ne faut pas se référer à la définition qu'en donne l'article 533. On verra plus loin ce qu'il faut penser des définitions légales données par cette disposition et les suivantes. Notons pour le moment que, si on appliquait ici la définition de l'article 533, on excepterait de la vente les meubles que le mineur a le plus d'intérêt à voir transformer en argent, parce qu'ils sont d'un entretien coûteux et sujets à de promptes détériorations, principalement les chevaux et les équipages. Quels sont donc alors les meubles qui doivent être vendus ? Ce sont les *meubles périssables*, comme le disait l'article 102 de la coutume d'Orléans, c'est-à-dire ceux qui perdent de leur valeur par le temps.

Par où l'on voit qu'il n'y aurait pas lieu de vendre les meubles incorporels, tels que créances, rentes, actions ou obligations industrielles. Que ferait-on d'ailleurs de

l'argent qu'on en retirerait? Il faudrait souvent le replacer en valeurs de même nature; alors pourquoi les vendre?

Suivant l'opinion générale, le tuteur n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille pour vendre les meubles du mineur. L'article 452 dit en effet que le tuteur fera vendre « tous les meubles *autres que ceux que le conseil de famille l'autorisera à conserver en nature* », nous indiquant ainsi que l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur, non pour vendre, mais pour conserver.

Quelle est la sanction de l'obligation imposée au tuteur de vendre les meubles du mineur? La loi ne le dit pas; mais les principes du Droit commun permettent de suppléer à son silence. Aux termes de l'article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Le mineur pourra, le cas échéant, invoquer cet article vis-à-vis de son tuteur, et lui dire : en négligeant de remplir l'obligation que la loi vous imposait de vendre les meubles qui m'appartenaient, vous m'avez causé un préjudice par votre faute; j'en demande la réparation; payez-moi donc à titre de dommages-intérêts une somme équivalente au préjudice que vous m'avez causé.

Notre article indique d'une manière suffisante les formes de la vente. Pour que le prix s'élève le plus haut possible, il exige que la vente soit faite aux enchères et après affiches; et, pour déjouer les fraudes que le tuteur pourrait tenter de commettre, il requiert la présence du subrogé tuteur.

**894.** Le principe formulé par l'article 452 comporte une exception qu'indique l'article 453 : « *Les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent les garder pour les remettre en nature. — Dans ce cas, ils en feront faire, à leurs frais, une estimation à juste valeur, par un expert qui sera nommé par le subrogé tuteur, et prêteront serment devant le juge de paix. Ils rendront la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature.* »

L'usufruitier a droit à la jouissance en nature des choses sur lesquelles porte son droit d'usufruit. Voilà pourquoi le père ou la mère, ayant l'usufruit légal des biens de son enfant mineur, est dispensé, tant que dure sa jouissance, de vendre les meubles; autrement il serait privé du droit de jouir en nature, puisque sa jouissance au lieu de s'exercer sur les meubles, devrait s'exercer sur leur prix. On conçoit d'ailleurs que c'est là seulement une faculté accordée aux père et mère, faculté à laquelle ils pourraient renoncer s'ils préféraient vendre les meubles pour jouir du prix.

Le père ou la mère, qui voudra conserver en nature les meubles sur lesquels porte son droit de jouissance, devra, dit notre article, en faire faire à ses frais une estimation à juste valeur par un expert, qui sera nommé par le subrogé tuteur et prêteront serment devant le juge de paix. Pourquoi cette estimation puisque l'inventaire en contient déjà une? N'est-ce pas un double emploi? Non; l'estimation contenue dans l'inventaire n'est qu'approximative, soit parce que le notaire qui dresse l'inventaire ne connaît souvent que d'une manière très-imparfaite la valeur des choses qu'il inventorie, soit parce qu'il attache peu d'importance à cette estimation, les meubles inventoriés devant la plupart du temps être l'objet d'une vente aux enchères que fixera définitivement leur prix. C'est pour ce motif que la loi exige une estimation à

*juste valeur*. Cette estimation servira à déterminer le montant de l'indemnité, dont sera tenu l'usufruitier légal qui ne pourrait pas représenter en nature à la fin de son usufruit les meubles sur lesquels portait son droit. « Ils rendront, dit notre article, la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient pas représenter en nature. » La loi suppose ici, statuant *de eo quod plerumque fit*, que l'impossibilité de restituer les meubles en nature provient du fait de l'usufruitier légal qui les a laissés périr faute de soins ou qui les a vendus. C'est en effet ce qui arrivera presque toujours. Mais si l'usufruitier légal prouvait qu'ils ont péri par cas fortuit, il devrait conformément au Droit commun être dispensé de toute restitution. *Nemo præstat casus fortuitos* (art. 1302). De même il ne serait pas responsable des détériorations qu'il prouverait être le résultat d'un cas fortuit. Et toutefois les termes absolus de l'article 452 *in fine* font naître quelques doutes sur ce point.

La dispense de vendre les meubles n'est établie au profit du père ou de la mère que « pendant la durée de sa jouissance ». Le Droit commun reprendra donc son empire quand cette jouissance aura cessé, c'est-à-dire que le père ou la mère devra faire vendre les meubles à moins qu'il n'obtienne du conseil de famille l'autorisation de les conserver en nature, et alors il n'aura pas le droit de s'en servir pour son usage personnel.

**895.** 4° Le tuteur doit faire déterminer approximativement par le conseil de famille la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que les frais d'administration de ses biens. L'article 454, al. 1<sup>er</sup>, dit à ce sujet : « *Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, autre que celle des père et mère, le conseil de famille règlera par aperçu, et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens.* »

C'est donc au conseil de famille qu'appartient la fixation du budget de la tutelle. En principe il ne doit pas allouer pour la dépense annuelle du mineur une somme supérieure à son revenu; il doit même, si c'est possible, allouer une somme inférieure, de manière à permettre au tuteur de réaliser des économies. Toutefois, si les revenus du mineur sont insuffisants, le conseil de famille peut ordonner que son capital sera consacré en tout ou en partie aux frais de son éducation, et à plus forte raison de son entretien. Il n'est pas nécessaire que cette décision du conseil de famille soit homologuée par le tribunal; la loi ne l'exige pas.

Si le tuteur avait pris sur le capital du mineur pour subvenir aux frais de son entretien ou de son éducation, sans s'y être fait préalablement autoriser par le conseil de famille, il aurait néanmoins le droit de porter cette dépense en compte; seulement l'utilité pourrait en être contestée, et il pourrait arriver qu'elle ne fût pas allouée au tuteur (arg., art. 471, al. 2). En se munissant préalablement de l'autorisation du conseil de famille, le tuteur prévient toute contestation sur l'utilité de la dépense.

**896.** Le tuteur n'a le droit de réclamer aucun salaire pour sa gestion. Nul texte ne le lui accorde, et l'article 471 le lui refuse implicitement en ne mentionnant pas les honoraires du tuteur parmi les articles qui doivent figurer au passif du compte de tutelle.

Il n'y a rien à induire contre cette solution des termes de notre article, d'après lequel le conseil de famille doit régler par aperçu la somme qui pourra être dépensée annuellement pour l'administration des biens du mineur : la loi entend parler des dépenses que l'administration entraîne, telles que frais de voyage et autres, mais nullement d'une somme que le conseil de famille pourrait allouer au tuteur à titre d'honoraires.

Dans la pratique cependant, on voit souvent les conseils de famille allouer au tuteur une somme déterminée à forfait pour les frais de gestion, et les tribunaux ont plusieurs fois validé ces allocations, bien qu'elles parussent évidemment exagérées. Cette jurisprudence est justement critiquée; elle fournit en effet à la pratique un moyen facile d'éluder la loi qui défend d'allouer des honoraires au tuteur : il est clair que, si, les frais d'administration pouvant s'élever annuellement à 500 francs au *maximum*, le conseil de famille alloue au tuteur 4,500 francs à forfait pour lesdits frais, il lui donne implicitement 4,000 francs d'honoraires.

**897.** « *Le même acte* », dit l'article 454 *in fine*, « *spécifiera si le tuteur est autorisé à s'aider dans sa gestion d'un ou plusieurs administrateurs, salariés, et gérant sous sa responsabilité.* » Ces administrateurs seraient salariés aux frais du mineur : ce sont des substituts du tuteur, *tutelæ adjutores*. Comme ils gèrent sous sa responsabilité, le tuteur a le droit de les choisir et de les révoquer à son gré.

Le tuteur aurait-il besoin de l'autorisation du conseil de famille pour se faire aider dans sa gestion par des administrateurs qu'il paierait de ses propres deniers? La négative paraît résulter de la disposition finale de notre article, qui semble exiger l'autorisation du conseil de famille, moins pour permettre au tuteur de se faire aider dans sa gestion, que pour lui permettre de porter en compte les frais de cette administration supplémentaire.

**898.** 5° « *Ce conseil déterminera positivement la somme à laquelle commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense : cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi.* »

Le vœu de la loi est que le tuteur place dans le plus bref délai les économies qu'il pourra réaliser sur les revenus du mineur. Mais il était impossible, on le conçoit, d'imposer au tuteur l'obligation de placer *immédiatement* toute économie réalisée, si minime qu'elle fût. D'un autre côté, il eût été dangereux de lui confier le soin de juger si les économies sont assez considérables pour être placées : il aurait pu laisser ainsi sans emploi des sommes d'une certaine importance. La loi a tout concilié en imposant au tuteur l'obligation de faire déterminer par le conseil de famille le chiffre passé lequel il y aura lieu de placer les économies. Le conseil doit fixer *positivement* ce chiffre, dit notre article, tandis qu'il ne fixe que « *par aperçu* » (art. 454) la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur. Un délai de six mois est accordé au tuteur pour placer toute économie atteignant la somme fixée. A dater de l'expiration de ce délai, il doit les intérêts s'il n'a pas fait emploi. Il est bien entendu d'ailleurs que, si le tuteur a fait le pla-

cement avant l'expiration du délai légal, le bénéfice en appartiendra immédiatement au mineur.

899. L'article 455 ne parle que du placement des économies faites sur les *revenus* du mineur. Sa disposition est-elle applicable au placement des *capitaux*? Il y avait quelques difficultés sur ce point. Elles ont cessé d'exister depuis la loi du 27 février 1880 dont l'article 6 porte : « *Le tuteur devra faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou à l'interdit, ou qui leur adviendraient par succession ou autrement, et ce dans le délai de TROIS MOIS, à moins que le conseil ne fixe un délai plus long, auquel cas il pourra ordonner le dépôt comme il est dit en l'article précédent. Les règles prescrites par les articles ci-dessus et PAR L'ARTICLE 455 DU CODE CIVIL seront applicables à cet emploi. Les tiers ne seront en aucun cas garants de cet emploi* ». L'article 455 du Code civil demeure donc applicable au placement des capitaux, sauf en ce qui concerne le délai du placement qui de six mois est réduit à trois. Par conséquent l'obligation de faire emploi d'un capital ne commence pour le tuteur que lorsque ce capital (en y ajoutant s'il y a lieu les autres sommes disponibles qui se trouvent entre les mains du tuteur) atteint le chiffre fixé par le conseil de famille pour l'emploi des économies; et d'autre part, à défaut d'emploi dans le délai légal, le tuteur doit de plein droit les intérêts jusqu'à ce que l'emploi ait été effectué.

L'article qui vient d'être transcrit comble en outre une lacune importante que présentait notre loi civile. Elle n'établissait aucune restriction aux pouvoirs du tuteur en ce qui concerne le placement des deniers pupillaires; le tuteur pouvait donc les placer comme il l'entendait, et il n'était responsable des mauvais placements qu'en cas de dol ou de faute grave. Sous l'empire de cette législation, on a vu des tuteurs jouer à la Bourse avec les capitaux pupillaires et les engloutir dans cette dangereuse spéculation. D'autres faisaient pour le compte de leurs pupilles des placements détestables, et, dans les cas assez rares où ils étaient déclarés responsables de ce chef par les tribunaux comme coupables de dol ou de faute, leur insolvabilité rendait parfois tout recours contre eux illusoire. L'article 6 précité remédie en partie à ces dangers. En déclarant applicables à l'emploi des deniers pupillaires « les règles prescrites par les articles ci-dessus » il autorise le conseil de famille à prescrire, relativement au placement des capitaux, toutes les mesures qu'il jugera utiles (art. 1 *in fine*). Le conseil de famille pourra donc déterminer le mode d'emploi des capitaux du mineur, dire s'ils seront placés en immeubles ou en valeurs mobilières, et indiquer dans ce dernier cas en quelles valeurs. Le conseil de famille pourrait décider aussi que les deniers pupillaires ne resteront pas entre les mains du tuteur en attendant leur placement, qu'ils seront versés par exemple

entre les mains de tel notaire. Les décisions du conseil de famille sur ces divers points seront obligatoires pour le tuteur, et le subrogé tuteur devra veiller à leur exécution (arg., art. 7 de la loi). Mais en aucun cas les tiers ne seront garants de l'emploi des capitaux. Les débiteurs du mineur pourront donc en toute sécurité payer entre les mains du tuteur, sans avoir à craindre d'être forcés de payer une seconde fois, si le tuteur ne fait pas des fonds qu'il touche l'emploi ordonné par le conseil de famille.

**900.** L'article 456 contient la sanction de l'article 455 : « *Si le tuteur* » *n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle* » *doit commencer l'emploi, il devra, après le délai exprimé dans l'article* » *précédent, les intérêts de toute somme non employée, quelque modique* » *qu'elle soit.* » Le tuteur devrait aussi les intérêts des intérêts, s'ils forment un excédant, quelque minime qu'il soit, du revenu sur la dépense.

**901.** Les articles 455 et 456 ne sont pas applicables au survivant des père et mère, ayant, en même temps que la tutelle de son enfant mineur, la jouissance légale de ses biens. Il y en a une raison péremptoire : l'excédant des revenus de l'enfant sur sa dépense appartient en pareil cas à l'usufruitier légal, et il ne peut être question d'en effectuer le placement pour le compte de l'enfant, ni par suite de faire déterminer par le conseil de famille les conditions de ce placement. Mais les articles 455 et 456 sont-ils applicables au survivant des père et mère, investi de la tutelle de son enfant sans avoir la jouissance légale de ses biens ? (1) Il y a sur ce point controverse et doute.

On a dit, dans le sens de l'affirmative, que les dispositions des articles 455 et 456 sont conçues dans les termes les plus généraux ; qu'elles doivent donc s'appliquer à tous les tuteurs, même au père ou à la mère qui ne pourraient y échapper qu'en vertu d'une exception écrite dans un texte formel. On ajoute que cette solution est fondée en raison ; car, même quand la tutelle appartient au père ou à la mère, il importe qu'il y ait quelques règles en ce qui concerne le placement des deniers pupillaires, et il n'y en aura aucune si on considère les articles 455 et 456 comme n'étant pas applicables.

Au soutien de la négative on dit au contraire : sans doute quand le législateur établit une règle, lui seul peut y créer une exception ; mais il n'est pas nécessaire que l'exception soit écrite en toutes lettres dans la loi : elle peut résulter implicitement de ses dispositions. Or l'intention du législateur de créer ici une exception au profit des père et mère ne peut guère paraître douteuse. En effet, d'une part les articles 455 et 456 appartiennent à la même série d'idées que l'article 454, al. 4<sup>er</sup>, et puisque ce dernier texte est déclaré inapplicable au survivant des père et mère, il doit en être de même des articles 455 et 456. Comment en douter d'ailleurs, quand on voit l'article 457 qui suit immédiatement venir dire : « *Tout tuteur, même le père ou la mère...* », expression qui n'aurait guère de sens si les articles précédents étaient également applicables au père et à la mère ?

(1) La même question se présente en ce qui concerne la disposition finale de l'article 444 ; elle doit être résolue de la même manière.

## N° 3. De la représentation du mineur par son tuteur.

**902.** « Le tuteur représentera le mineur dans tous les actes civils, » dit l'article 450, al. 1. Ce texte établit, on l'a vu plus haut, le principe de l'omnipotence du tuteur; mais ce principe souffre trois limitations : 1° il y a certains actes qui ne peuvent être accomplis que par le mineur en personne, parce qu'ils doivent être l'expression de la volonté individuelle de celui qu'ils concernent; 2° il y a certains actes relatifs au patrimoine que la loi défend au tuteur d'accomplir pour le compte de son pupille, et qui, d'autre part, ne pouvant pas être accomplis par le mineur lui-même, demeurent ainsi complètement impossibles; 3° enfin il y a des actes que la loi autorise le tuteur à accomplir pour le compte de son pupille, mais pour lesquels elle exige l'observation de certaines formalités protectrices des intérêts du mineur.

**903.** PREMIÈRE LIMITATION. Il y a certains actes qui ne peuvent être accomplis par le tuteur pour le compte du mineur, parce que, à raison de leur nature essentiellement personnelle, ils supposent l'expression de la volonté individuelle de celui qu'ils concernent. Ces actes devront être accomplis, quand il y aura lieu, par le mineur en personne. Ce sont notamment :

1° Le mariage (arg., art. 36 et 75).

2° Le contrat de mariage (arg., art. 1095, 1309 et 1398).

3° La reconnaissance d'enfant naturel. La reconnaissance est un aveu de paternité ou de maternité; or l'aveu est de sa nature essentiellement personnel.

4° Le testament. Voyez art. 904.

5° L'engagement dans les armées de terre ou de mer. — A vingt ans le mineur peut contracter un engagement volontaire sans aucune autorisation. Au-dessous de cet âge, « il doit justifier du consentement de ses père et mère ou tuteur. Ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille » (loi du 27 juillet 1872, art. 46).

6° Le contrat d'apprentissage et généralement tout contrat relatif à l'exercice d'une profession quelconque, par exemple un engagement théâtral.

**904.** DEUXIÈME LIMITATION. — Il y a certains actes relatifs au patrimoine qui ne sont susceptibles d'être accomplis ni par le mineur personnellement ni par son tuteur en son lieu et place, et qui demeurent ainsi complètement impossibles. Ce sont : le compromis, l'acceptation pure et simple d'une succession; la donation des biens du mineur; l'achat de ses biens par son tuteur; la cession au profit du tuteur d'un droit ou d'une créance contre le mineur.

1° *Compromis.* — Le compromis est un traité par lequel on confie

à des arbitres le soin de trancher une contestation. Les arbitres sont des juges du choix des parties; ce sont de simples particuliers qu'elles investissent du pouvoir de les juger. Un de nos anciens disait dans son profond mépris pour les arbitres : *Non judices sed simiæ judicum*. Il faut bien croire que notre législateur se défie lui aussi de la juridiction arbitrale, puisqu'il interdit le compromis pour toutes les contestations dans lesquelles des mineurs sont intéressés. C'est ce qui résulte par argument des articles 83-6° et 1004 du Code de procédure civile, qui nous révèlent en même temps l'un des motifs de cette prohibition: devant une juridiction arbitrale les mineurs seraient privés de la garantie des conclusions du ministère public, qui leur est accordée devant les tribunaux ordinaires dans l'intérêt de leur défense. Ajoutez que, si les causes des mineurs avaient pu être soumises aux juridictions arbitrales, ils n'auraient pas eu la ressource, comme dans le cas où ils sont jugés par les tribunaux ordinaires, de se pourvoir par voie de requête civile au cas où ils n'auraient pas été valablement défendus.

2° *Acceptation pure et simple d'une succession échue au mineur.* — « L'acceptation, dit l'article 461 *in fine*, n'aura lieu que par bénéfice d'inventaire. » Les inconvénients pratiques de cette disposition seront signalés tout à l'heure.

3° *Donation.* — Le tuteur ne peut pas disposer des biens du mineur par donation, parce qu'il est chargé de conserver le patrimoine du mineur et de le faire fructifier, mais non de le diminuer; or *donare est perdere*. Et toutefois on s'accorde à reconnaître que le tuteur pourrait faire, *tutorio nomine*, des cadeaux d'usage aux domestiques, ouvriers, précepteurs... du mineur. Dans nos mœurs, ces cadeaux constituent un complément des salaires ou honoraires plutôt qu'une donation.

Les actes équivalents à la donation seraient interdits au tuteur comme la donation elle-même; ainsi un tuteur ne pourrait pas renoncer à une prescription acquise au profit de son pupille, ni donner main-levée d'une hypothèque attachée à une créance du mineur avant le paiement de cette créance.

4° *Achat des biens du mineur par le tuteur.* — L'article 450, al. 3, dit à ce sujet : « *Il ne peut acheter les biens du mineur* »; et l'article 1596, al. 2, répète la même prohibition. La plupart du temps il est vrai, la vente des biens du mineur se fait aux enchères publiques (art. 452 et 459), et il semblerait au premier abord qu'il est de l'intérêt du mineur d'admettre tous les enchérisseurs, même le tuteur; car plus les enchérisseurs seront nombreux et plus il y aura de chances que le prix atteigne un chiffre élevé. Mais si le tuteur avait pu enchérir pour son compte, il aurait eu intérêt à écarter les autres enchérisseurs : il est en bonne situation pour cela, car c'est à lui naturellement qu'on viendra demander des renseignements; le législateur a voulu éviter qu'il pût se trouver placé entre son devoir et son intérêt.

La règle que le tuteur ne peut pas se porter adjudicataire des biens du mineur, souffre exception relativement aux biens dont le tuteur est copropriétaire par indivis avec le mineur. Si ces biens sont vendus sur licitation, le tuteur pourra mettre des enchères et se porter adjudicataire le cas échéant. La qualité de tuteur ne peut pas paralyser les droits du copropriétaire.

Le tuteur ne peut pas non plus prendre à ferme les biens du mineur, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail (art. 450 al. 3).

5° *Cession au profit du tuteur d'un droit ou d'une créance contre le mineur.* — L'article 450 *in fine* dispose : « Il ne peut... accepter la cession » d'aucun droit ou créance contre son pupille ». L'achat d'une créance est un acte de spéculation. Si le tuteur veut spéculer, qu'il spécule contre un autre que son pupille !

\* Un tuteur s'est fait céder une créance contre son pupille en violation de la prohibition contenue dans l'article 450; quel sera le sort de la cession? Elle sera nulle; la nullité se cache ici sous les termes prohibitifs de la loi (*supra*, n° 96). Mais comme elle n'est bien évidemment introduite que dans l'intérêt du mineur, lui seul pourra s'en prévaloir (arg., art. 1125). Le tuteur ne le pourrait pas, non plus que le cédant. Si le mineur demande la nullité de la cession, tout sera remis au même et semblable état que si la cession n'avait pas eu lieu. Le cédant recouvrera donc sa créance contre le mineur, et le tuteur pourra répéter le prix qu'il a payé au cédant *condictione sine causa*.

\* Mais le mineur ne sera-t-il pas fondé à dire à son tuteur : moi seul ai le droit de me prévaloir de la nullité de la cession; il me plaît de ne pas le faire et de la tenir pour bonne. La créance que vous avez achetée contre moi est de 10,000 francs; vous l'avez payée 8,000 francs; je vous rembourse les 8,000 francs, et nous sommes quittes; je suis quitte aussi envers le cédant, et par conséquent je ne dois plus rien à personne. On l'admet généralement. Tel était, dit-on, notre ancien Droit. A quoi l'on peut ajouter que le tuteur, ayant trouvé à acheter la créance pour un prix inférieur à sa valeur nominale, aurait dû faire l'opération, non pour son compte, ce qui est une odieuse spéculation, mais pour celui de son pupille dont il doit gérer les intérêts en bon père de famille, et que par conséquent, il n'a pas le droit de se plaindre du moment qu'on le replace dans la situation où il se trouverait s'il avait agi loyalement?—Si la loi était à faire, il conviendrait peut-être de la formuler en ce sens. Mais il s'agit seulement de l'interpréter; or la solution qui vient d'être développée revient en définitive à permettre au pupille de prendre pour son compte le marché fait par le tuteur, ce qui s'appelle dans la langue juridique exercer un *retrait*, et on peut se demander si un texte ne serait pas nécessaire pour l'y autoriser.

\* Mentionnons seulement pour mémoire l'opinion de quelques dissidents, qui, demandant à la loi romaine une solution qu'ils devraient uniquement chercher dans la loi française, veulent que, conformément à la nouvelle 72, le mineur soit libéré à la fois vis-à-vis de son ancien créancier et vis-à-vis de son tuteur; le premier n'ayant rien à réclamer parce qu'il a cédé sa créance, et le second parce qu'il n'a pu l'acquiescer.

Ce que la loi ne veut pas, c'est que le tuteur spécule aux dépens de son pupille. Or l'acquisition d'un droit ou d'une créance contre le mineur ne pouvant être pour le tuteur un instrument de spéculation qu'autant qu'elle est le résultat d'une cession à titre onéreux, on doit en conclure

que ce sont seulement les cessions de cette nature que la loi proscriit, quand elle défend au tuteur d'accepter « *la cession* d'aucun droit ou créance contre son pupille ». Souvent d'ailleurs la loi prend les mots *cession, cessionnaire* en ce sens. Voyez notamment les articles 841, 1597 et 1699.

De là il résulte que le tuteur pourrait acquérir un droit ou une créance contre son pupille par voie de cession à *titre gratuit*, c'est-à-dire par donation entre-vifs ou testamentaire.

A plus forte raison le tuteur pourrait-il devenir créancier de son pupille en vertu d'une cause autre que la cession.

Par exemple par voie de succession s'il est devenu héritier d'un créancier du mineur.

\* De même encore le tuteur, en payant de ses propres deniers les dettes de son pupille, acquerrait contre lui une action de gestion d'affaires, donc une créance; il pourrait même, en faisant ce paiement, obtenir le bénéfice de la subrogation soit de plein droit en vertu des seules dispositions de la loi dans les cas prévus par l'article 1254, soit en vertu d'une stipulation expresse.

**905. TROISIÈME LIMITATION.** Il y a certains actes relatifs au patrimoine (ce sont les plus importants de la gestion tutélaire) que le tuteur ne peut valablement accomplir pour le compte du mineur qu'en remplissant certaines formalités prescrites par la loi? Quelles sont ces formalités? Elles varient suivant les cas: tantôt la loi se contente de l'autorisation du conseil de famille; tantôt elle exige en outre l'homologation du tribunal; exceptionnellement enfin, elle requiert dans certaines hypothèses spéciales l'accomplissement de formalités particulières. Entrons dans les détails.

*A. Des actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante.*

**906.** Cette première catégorie comprend: 1° le bail des biens du mineur au profit du tuteur; 2° l'acceptation ou la répudiation d'une succession échue au mineur; 3° l'acceptation d'une donation; 4° l'exercice des actions immobilières du mineur ou l'acquiescement à de semblables actions dirigées contre le mineur; 5° l'exercice de l'action en partage; 6° l'aliénation des meubles incorporels du mineur dont la valeur ne dépasse pas 1,500 fr.

**907.** 1° *Bail des biens du mineur au profit du tuteur.* — « Il (le tuteur) » ne peut ni acheter les biens du mineur ni les prendre à ferme, à moins » que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer » bail » (art. 450, al. 3). Bien que l'expression « prendre à ferme », qu'emploie ici la loi, ne s'appliquent littéralement qu'au bail à ferme, la disposition de notre article devrait aussi être étendue au bail à loyer. *Eadem est ratio*

**908.** 2° *Acceptation ou répudiation d'une succession.* — « *Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire* » (art. 461).

La loi ne distinguant pas, cette disposition s'applique quelle que soit la nature des biens qui composent la succession, meubles ou immeubles, peu importe.

L'autorisation du conseil de famille est nécessaire, soit pour la répudiation, soit pour l'acceptation de la succession.

Pour la répudiation ou renonciation, cela se comprend facilement. En effet cet acte équivaut à une aliénation : l'héritier qui renonce se dépouille de la succession dont il était investi. Mais comment expliquer que la loi exige aussi l'autorisation du conseil de famille pour l'acceptation ? Cette exigence se comprendrait facilement, si le tuteur pouvait accepter purement et simplement la succession échue au mineur. En effet l'acceptation pure et simple oblige l'héritier d'une manière indéfinie au paiement des dettes de la succession : l'héritier pur et simple en est tenu, comme on dit, *ultra vires hereditatis*, c'est-à-dire qu'il doit les payer alors même qu'elles excèdent la valeur des biens héréditaires, cas auquel l'héritier est tenu de prendre sur ses biens personnels pour combler le déficit que présente la succession. L'acceptation pure et simple peut donc être de grave conséquence pour l'héritier, et si elle était possible pour le compte d'un mineur, on s'expliquerait à merveille que la loi ne l'eût permise au tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille. Mais la loi dit que l'acceptation de la succession échue au mineur ne pourra être faite que sous bénéfice d'inventaire. Or l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'expose pas l'héritier au danger qui vient d'être signalé, car l'héritier *bénéficiaire* n'est tenu des dettes que *intra vires hereditatis*, c'est-à-dire dans la mesure de la valeur des biens héréditaires qu'il recueille ; la loi l'autorise même à se décharger de toute obligation vis-à-vis des créanciers héréditaires, en leur faisant l'abandon de tous les biens de la succession (art. 802). L'héritier bénéficiaire réalisera donc un profit, si la succession est bonne ; car il profitera alors, comme un héritier pur et simple, de l'excédant de l'actif sur le passif ; et si la succession est mauvaise, il ne gagnera rien, mais du moins il ne perdra pas. Cela posé, il semble que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne puisse jamais être qu'avantageuse pour le mineur, et on se demande pourquoi la loi ne la permet au tuteur que moyennant l'autorisation du conseil de famille. Il y en a deux raisons.

D'abord si la succession est certainement mauvaise, s'il est démontré que les dettes excèdent les biens, pourquoi l'accepter même sous bénéfice d'inventaire ? ce qui aura pour conséquence de jeter le mineur ou ses représentants dans les embarras d'une liquidation peut être fort compliquée, le tout pour arriver en définitive à un résultat négatif. En pareil cas il vaut bien mieux renoncer.

Mais il y a plus. Il est tel cas où l'acceptation même sous bénéfice d'inventaire pourrait causer un préjudice grave au mineur. Pour le comprendre, il faut savoir que tout héritier *même bénéficiaire* est tenu de rapporter à la succession, c'est-à-dire de remettre dans la masse héréditaire, tout ce qu'il a reçu du défunt à titre de donation (art. 844) ; au contraire l'héritier qui renonce ne doit pas le rapport : il conserve ce qui lui a été donné (art. 845). Cela posé on comprend que si le mineur a reçu des donations du défunt dont il est aujourd'hui l'héritier, il peut avoir plus d'intérêt à renoncer à la succession qu'à l'accepter. Faisons l'espèce suivante. Un oncle du mineur lui a fait une donation d'une somme de 50,000 francs. Cet oncle meurt quel-

que temps après; sa succession ne comprend que 40,000 francs d'actif net; il laisse pour héritiers le mineur et un frère de celui-ci auquel il n'a rien donné de son vivant. Nous avons donc deux héritiers dont l'un a reçu par donation 50,000 francs. La succession est-elle acceptée pour le compte du mineur? Il devra rapporter à la masse héréditaire les 50,000 francs qu'il a reçus par donation entre vifs. En réunissant ces 50,000 fr. aux 40,000 fr. d'actif net que contient la succession, on arrive à une masse partageable de 60,000 fr., dont 30,000 fr. pour le mineur et 30,000 fr. pour l'autre héritier. La succession est-elle au contraire répudiée pour le compte du mineur? Il garde les 50,000 fr. qui lui ont été donnés; car en renonçant il se dispense du rapport (art. 845), et la succession tout entière revient à l'autre héritier qui n'obtient ainsi que 40,000 fr. Il y a donc pour lui 20,000 fr. de profit à prendre ce dernier parti.

On voit qu'une acceptation même bénéficiaire peut n'être pas sans danger, et on s'explique ainsi que la loi ne l'ait permise au tuteur pour le compte de son pupille qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

\* **909.** En disant que la succession échue au mineur ne pourra être acceptée que sous bénéfice d'inventaire, l'article 461 en interdit certainement l'acceptation pure et simple. Cette disposition de notre loi est l'objet de sévères et justes critiques. L'acceptation bénéficiaire d'une succession entraîne une liquidation compliquée, longue par cela même et coûteuse. A ce point de vue, quand la succession est sûrement bonne, l'acceptation pure et simple présente un avantage incontestable sur l'acceptation bénéficiaire. L'héritier mineur ne pourra pas profiter de cet avantage, car il n'y a qu'une acceptation possible pour lui, l'acceptation bénéficiaire! C'est très-fâcheux, mais voici qui l'est bien plus encore. Dans un cas particulier l'acceptation bénéficiaire peut être désastreuse, et cependant le mineur devra la subir! En effet, d'après la jurisprudence constante de la Cour de cassation (4), l'adjudication sur licitation faite au profit d'un héritier bénéficiaire demeure soumise à la formalité de la transcription: elle ne jouit pas de l'immunité établie par l'article 4-4<sup>o</sup> de la loi du 23 mars 1855, qui dispense de la transcription les adjudications sur licitation au profit d'un cohéritier ou copartageant. En d'autres termes, un immeuble dépendant d'une succession étant licité, la transcription de l'adjudication ne sera pas nécessaire si c'est un héritier pur et simple qui se porte adjudicataire; elle le sera au contraire si c'est un héritier bénéficiaire. Or la transcription donne lieu au paiement du droit de 4 fr. 50 % établi par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816. En interdisant au mineur le droit d'accepter purement et simplement la succession qui lui est déferée, la loi l'oblige donc, pour le cas où il se rendrait adjudicataire sur licitation d'un immeuble de la succession, à payer un droit de 4 fr. 50 % qu'il serait dispensé de payer s'il pouvait accepter purement et simplement. Voilà comment notre loi protège les mineurs!

**§ 10.** L'acceptation de la succession échue au mineur est irrévocable, quand elle a été faite par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille.

Il n'en est pas de même de la renonciation, même régulièrement faite au nom du mineur. « Dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'aurait pas été acceptée par un autre », dit l'art. 482, « elle pourra être reprise, soit par le tuteur autorisé à cet effet par une nouvelle délibération du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été légalement faits durant la vacance. »

Cet article accorde au mineur une faveur qui a plus tard été étendue à tous les autres héritiers par l'article 790. Nous examinerons sous ce dernier article les difficultés auxquelles l'article 462 peut donner lieu.

(4) Cass., ch. réunies, 12 janvier 1876. Sir., 76. 1. 81.

**911. 3<sup>o</sup> Acceptation d'une donation.** — « La donation faite au mineur » ne pourra être acceptée par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil » de famille. — Elle aura, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard » du majeur » (art. 463).

Loysel a dit : « Il n'est si bel acquêt que de don ». Dans la donation, en effet, tout est profit pour le donataire qui acquiert sans bourse délier. Alors pourquoi notre article exige-t-il l'autorisation du conseil de famille pour permettre au tuteur d'accepter ? Parce qu'il n'y a pas seulement à se préoccuper du côté pécuniaire de la donation, mais aussi et surtout du côté moral : *turpis quæstus vitandi causa*. Dans certains cas, la donation demandera à être examinée de près à ce point de vue : il faut rechercher quelles sont les intentions du donateur, quel est son mobile ; la loi confie cette mission délicate au conseil de famille, qui refusera d'autoriser l'acceptation de toute donation suspecte. D'ailleurs, même sous le rapport pécuniaire, il peut y avoir à réfléchir : la donation peut être accompagnée de charges qui en diminuent ou même en absorbent le bénéfice !

Le tuteur n'est pas seul à pouvoir accepter la donation offerte au mineur. Pour être plus sûre que le profit n'en échappera pas au donataire, la loi multiplie le nombre des personnes qui peuvent accepter pour lui. Voyez à ce sujet l'article 935.

On doit décider, vu la généralité des termes de l'art. 463, qu'il s'applique aux donations testamentaires aussi bien qu'aux donations entre-vifs.

**912. 4<sup>o</sup> Exercice des actions immobilières ou acquiescement à des actions de cette nature.** — « Aucun tuteur ne pourra introduire en justice » une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni acquiescer à » une demande relative aux mêmes droits, sans l'autorisation du conseil » de famille » (art. 464).

L'action est une demande formée en justice en vue d'obtenir ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû. — La nature d'une action se détermine d'après son objet : elle est mobilière, si elle a pour objet un meuble, immobilière si elle a pour objet un immeuble. C'est ce qu'exprime l'ancien adage *Actio ad mobile est mobilis, ad immobile immobilis*.

En ce qui concerne les actions *immobilières* qui peuvent appartenir au mineur, la loi distingue. L'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur pour les *intenter*, ou, comme le dit notre article, pour les « introduire en justice », c'est-à-dire pour agir dans ces actions comme demandeur au nom du mineur. Au contraire, le tuteur n'a plus besoin de cette autorisation pour défendre à une semblable action intentée contre le mineur, c'est-à-dire pour y jouer le rôle de défendeur.

\* Ce n'est pas qu'il soit bien facile de rendre raison de cette différence. Le législateur a peut-être considéré qu'il est plus périlleux d'intenter une action dont le résultat est douteux, que de défendre à une semblable action. En effet, toutes choses égales d'ailleurs, c'est le défendeur qui triomphera. La raison en est que la preuve incombe au demandeur : *Actoris est probare*; s'il ne fait pas cette preuve, le juge rejettera sa prétention et donnera par conséquent gain de cause au défendeur : *Actore non probante reus absolvitur*. Le rôle du défendeur dans l'instance est donc plus facile et moins périlleux que celui du demandeur, et cela explique tant bien que mal que le législateur permette plus facilement au tuteur la défense que l'attaque.

Le tuteur ne représentant valablement le mineur dans une action immobilière intentée au nom de celui-ci qu'autant qu'il est autorisé par le conseil de famille, il en résulte que le défendeur pourrait refuser le débat jusqu'à ce que cette autorisation ait été obtenue; car il ne peut pas être obligé d'engager la lutte contre un adversaire qui n'a pas qualité. On reconnaît d'ailleurs que l'autorisation accordée pendant le cours de l'instance, et à une période quelconque de cette instance, purgerait le vice de la procédure antérieure.

\* Bien que les actions possessoires soient des actions immobilières, le tuteur pourrait les intenter sans autorisation; elles rentrent en effet dans la série des actes conservatoires pour lesquels le tuteur a pleine capacité.

**913.** La loi met l'acquiescement à une demande immobilière sur la même ligne que l'exercice de l'action active. L'autorisation du conseil de famille est donc nécessaire au tuteur pour acquiescer à une action immobilière intentée contre le mineur. Acquiescer à une demande, c'est reconnaître le bien-fondé de la prétention du demandeur.

**914.** Notre article garde en ce qui concerne les actions mobilières un silence calculé. Tout le monde en conclut que le tuteur peut exercer les actions mobilières du mineur, tant en demandant qu'en défendant, sans l'autorisation du conseil de famille; il pourrait également, sans cette autorisation, acquiescer à une demande de cette nature. En ce sens Caen, 31 juillet 1876; Sir., 77. 2. 84.

**915.** 5<sup>o</sup> *Action en partage.* — « La même autorisation sera nécessaire » au tuteur pour provoquer un partage; mais il pourra, sans cette autorisation, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur » (art. 465).

Plusieurs héritiers sont appelés à une même succession; l'un d'entre eux est mineur; son tuteur aura besoin de l'autorisation du conseil de famille pour provoquer en son nom le partage de cette succession; mais il pourra, sans autorisation, répondre à la demande en partage formée par les cohéritiers du mineur. En d'autres termes, le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille pour intenter l'action en partage, mais non pour y défendre. Pourquoi cette distinction? Quand le partage est demandé par un des cohéritiers du mineur, il devient une opération nécessaire; car nul n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815), et tout intéressé peut exiger le partage; alors pourquoi demander au conseil de famille une autorisation qui ne saurait être

utilement refusée ? Au contraire, si les consorts du mineur ne prennent pas les devants, il peut être sage de les imiter. Un partage, provoqué avant la majorité du mineur, ne pourra être fait valablement qu'en justice (art. 466). La loi a établi cette règle pour protéger les mineurs ; mais cette protection est souvent la cause de leur ruine, car les partages judiciaires entraînent des frais considérables. Dans l'intérêt de tous les ayant-droit il sera souvent préférable, surtout si l'heure de la majorité du mineur est proche, d'attendre ce moment pour procéder à un partage amiable, dont les frais sont relativement très-minimes, et où les convenances réciproques des copartageants pourront être mieux ménagées. Voilà pourquoi la loi n'a pas permis au tuteur de prendre la périlleuse initiative de la demande en partage sans l'autorisation du conseil de famille.

La disposition de notre article étant conçue dans les termes les plus généraux, on doit en conclure qu'elle s'appliquerait :

a). Quelle que soit la cause de l'indivision qu'il s'agit de faire cesser par le partage ; non seulement, comme on l'a supposé tout à l'heure, lorsque l'indivision a pour cause une succession, mais aussi quand elle a pour cause une société ou une communauté.

b). Quelle que soit la nature des biens indivis, et alors même que la masse à partager ne comprendrait que des meubles. Nos anciens disaient que l'universalité mobilière *sapit quid immobile*.

**916.** 6° *Aliénation des meubles incorporels appartenant au mineur lorsque la valeur des meubles à aliéner ne dépasse pas quinze cents francs d'après l'appréciation du conseil de famille* (L. du 27 février 1880, art. 1 et 2 ; *infra*, n° 922).

**B.** *Des actes pour lesquels l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont nécessaires et suffisantes.*

**917.** Cette deuxième catégorie comprend : 1° l'emprunt ; 2° l'aliénation des immeubles ; 3° l'hypothèque ; 4° l'aliénation des meubles incorporels d'une valeur supérieure à quinze cents francs. C'est ce qui résulte des articles 457 et 458 du Code civil et des articles 1 et 2 de la loi du 27 février 1880.

Nous transcrivons ici les articles 457 et 458 qui sont relatifs à l'emprunt, à l'aliénation des immeubles et à l'hypothèque.

Art. 457. « *Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille. — Cette autorisation ne pourra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident. — Dans le premier cas, le conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants. — Le conseil de famille indiquera, dans tous les cas,*

» *les immeubles qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles* ».

Art. 458. « *Les délibérations du conseil de famille relatives à cet objet ne seront exécutées qu'après que le tuteur en aura demandé et obtenu l'homologation devant le tribunal de première instance, qui y statuera en la chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur du Roi* ».

**918.** 1<sup>o</sup> *Emprunt.* L'emprunt est un acte d'une extrême gravité; car il peut conduire à l'aliénation des biens du mineur, si la somme empruntée n'est pas remboursée à l'échéance. Aussi la loi exige-t-elle ici, outre l'autorisation du conseil de famille, l'homologation ou approbation du tribunal.

Les termes de l'article 458 laissent quelque doute sur le point de savoir si la délibération du conseil de famille qui autorise l'emprunt doit être homologuée par le tribunal. Cet article dit en effet : « *les délibérations... relatives à cet objet...* »; or, en comparant ce texte avec celui qui précède, il semble qu'il s'agisse seulement de la vente des immeubles et non de l'emprunt. Mais le doute est levé par l'article 483 qui, statuant sur le cas où l'emprunt est fait pour le compte d'un mineur émancipé, exige positivement l'homologation du tribunal. Donc *a fortiori* cette homologation est nécessaire quand l'emprunt intéresse un mineur non émancipé.

L'emprunt, comme d'ailleurs l'hypothèque qui le favorise ou la vente des immeubles qui le remplace, ne doit être autorisé par le conseil de famille que « *pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.* »

*Pour cause d'une nécessité absolue.* On peut citer comme exemples : « le paiement d'une dette onéreuse ou exigible, des réparations d'une nécessité urgente, le besoin de procurer au mineur une profession ou un établissement avantageux. » Ce sont précisément les cas qui étaient indiqués dans le projet. On l'a modifié sur ce point, soit parce que sa disposition a paru inutile, soit parce qu'on ne voulait pas paraître limiter aux cas prévus la faculté d'autoriser l'emprunt, l'aliénation ou l'hypothèque.

*Pour cause d'un avantage évident.* Par exemple si le tuteur trouve à emprunter de l'argent à 4 % pour éteindre une dette du mineur portant intérêts à 5 %.

Le conseil de famille peut d'ailleurs régler les conditions de l'emprunt qu'il autorise (art. 457 *in fine*), dire par exemple à quel taux l'emprunt pourra être fait, pour combien d'années ; ou bien encore désigner quelqu'un pour surveiller l'emploi que fera le tuteur des fonds obtenus par l'emprunt.

**919.** 2<sup>o</sup> *Aliénation des immeubles.* Le conseil de famille n'autorisera l'aliénation des immeubles comme l'emprunt, que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. Comme au cas d'emprunt également il pourra indiquer toutes les conditions qu'il jugera utiles,

par exemple déterminer le mode d'emploi de la partie du prix qui restera libre après la satisfaction des besoins en vue desquels l'aliénation a été permise, ou, si la vente est autorisée pour cause d'avantage évident, fixer un prix *minimum* au-dessous duquel l'aliénation ne pourra avoir lieu.

L'article 459 indique les formes dans lesquelles la vente doit être faite :  
 « *La vente se fera publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux en-*  
 « *chères qui seront reçues par un membre du tribunal de première ins-*  
 « *tance, ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches*  
 « *apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans*  
 « *le canton. — Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par le maire*  
 « *des communes où elles auront été apposées.* »

*En présence du subrogé tuteur.* Ajoutez: ou lui dûment appelé. Cpr. Pr. art. 962.

Une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal pourrait autoriser l'aliénation des immeubles du mineur par échange aussi bien que par vente. Le mot *aliénation*, qu'emploie l'article 457, est général; et, si l'on conçoit difficilement un échange qui puisse être imposé par une nécessité absolue, il pourra fort bien arriver tout au moins que cette opération présente un avantage évident. L'échange rentre donc dans les termes de l'article 457. D'ailleurs l'article 4707 déclare les règles de la vente applicables à l'échange. Toutefois il est clair qu'il n'y aurait pas lieu d'appliquer au cas d'échange la disposition de l'article 459, la nature même de l'opération s'y opposant. Aussi est-il remarquable que cette disposition parle de la *vente*, tandis que l'article 457 parle de l'*aliénation*.

Dans trois cas exceptionnels, l'aliénation des immeubles du mineur peut avoir lieu sans l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal.

a). Le premier cas est prévu par l'article 460 ainsi conçu : « *Les for-*  
 « *malités exigées par les articles 457 et 458, pour l'aliénation des biens du*  
 « *mineur, ne s'appliquent point au cas où un jugement aurait ordonné la*  
 « *licitation sur la provocation d'un copropriétaire par indivis. — Seule-*  
 « *ment, et en ce cas, la licitation ne pourra se faire que dans la forme*  
 « *prescrite par l'article précédent : les étrangers y seront nécessairement*  
 « *admis.* »

Un immeuble est indivis entre plusieurs copropriétaires dont l'un est mineur; un des consorts du mineur demande, comme il en a le droit, le partage (art. 815). L'immeuble n'étant pas susceptible d'être partagé en nature (c'est un moulin par exemple ou une usine), le tribunal, devant lequel se poursuivent les opérations du partage, en ordonne la licitation (1), c'est-à-dire la vente aux enchères afin de partager le prix au lieu de la chose entre les divers ayant-droit. L'autorisation du conseil de famille ne sera pas nécessaire. La raison en est que la licitation doit nécessairement

(1). Licitacion vient de *liceri, liceor*, qui signifie *vendre aux enchères*.

avoir lieu, puisqu'elle est nécessaire pour arriver au partage qui ne saurait être éludé (arg., art. 815). Il est donc inutile de demander au conseil de famille une autorisation qu'il ne saurait refuser. Notre article indique d'ailleurs d'une manière suffisante la forme dans laquelle la licitation doit être faite, et il ajoute que les étrangers seront nécessairement admis à enchérir. C'est là une garantie exigée dans l'intérêt du mineur, pour que le prix atteigne le chiffre le plus haut possible. Si tous les copropriétaires étaient majeurs, ils pourraient d'un commun accord exclure les étrangers (Cpr. art. 1687).

b). Le deuxième cas a lieu, lorsque l'expropriation des immeubles du mineur est poursuivie par ses créanciers. A quoi bon encore demander au conseil de famille une autorisation qu'il ne pourrait pas utilement refuser ? Le seul privilège, que la loi accorde ici au mineur, c'est que ses immeubles ne peuvent être mis en vente qu'après discussion préalable du mobilier (art. 2206). Et encore le mineur ne jouit-il pas toujours de ce bénéfice, ainsi qu'on le voit dans l'article 2207.

\* c). Enfin le troisième cas est prévu par l'article 43 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Voyez ce texte.

**920.** 3<sup>o</sup> *Hypothèque*. — « L'hypothèque est un droit réel sur des immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation » (art. 2114). Elle contient en elle un germe d'aliénation; car son dénoûment nécessaire sera la vente aux enchères de l'immeuble hypothéqué, si la dette hypothécaire n'est pas payée à l'échéance : ce qui a fait dire à Loysel que « l'hypothèque a le venin à la queue ». Cela étant, on conçoit à merveille que la loi ait appliqué à l'hypothèque les mêmes règles qu'à l'aliénation. Le tuteur ne pourra donc hypothéquer les immeubles du mineur qu'en vertu d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal; le conseil de famille ne pourra autoriser la constitution d'hypothèque que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident; enfin il indiquera les immeubles qui devront être de préférence hypothéqués, bien que la loi dise seulement qu'il indiquera ceux qui devront être vendus de préférence.

Les règles relatives à la constitution d'hypothèque devraient être appliquées à la constitution d'un droit réel quelconque sur les immeubles, tel qu'une antichrèse, une servitude, un usufruit.

**921.** Dans tous les cas où le tribunal sera appelé à homologuer une délibération du conseil de famille autorisant pour le compte du mineur un emprunt, une aliénation d'immeuble ou une constitution d'hypothèque, il devra statuer sur ce point en la chambre du conseil (art. 458) et après avoir entendu le procureur de la République. La loi veut que le tribunal statue en la chambre du conseil, parce que la publicité pourrait nuire aux intérêts du mineur. Si une vente d'immeubles par exemple

est autorisée par le conseil de famille pour cause d'une nécessité absolue, il ne faut pas que le public soit initié à l'état de détresse du mineur ; si elle est autorisée pour cause d'un avantage évident, il ne faut pas révéler au public le secret de cet avantage : cela pourrait quelquefois entraver le succès de l'opération.

922. 4<sup>o</sup> *Aliénation des meubles incorporels du mineur dont la valeur dépasse quinze cents francs en capital.* — Le Code civil n'ayant prescrit aucune règle particulière en ce qui concerne l'aliénation des meubles incorporels du mineur, tels que créances sur particuliers, rentes sur l'État, actions ou obligations industrielles, la jurisprudence reconnaissait au tuteur une capacité pleine et entière pour les aliéner, à l'exception des inscriptions de rentes sur l'État, qu'il ne pouvait pas transférer sans une autorisation du conseil de famille quand elles excédaient 50 fr. de revenu (l. du 24 mars 1806, art. 3), et des actions de la Banque de France, pour le transfert desquelles l'autorisation du conseil de famille était également nécessaire lorsque le mineur était propriétaire, soit de plusieurs actions, soit de plusieurs coupons représentant plus d'une action entière (décret du 25 septembre 1813). Il y avait là dans le Code civil une lacune qui a occasionné la ruine de bien des mineurs. Le tuteur vendait les valeurs mobilières appartenant à son pupille, employait l'argent qui en provenait à des spéculations plus ou moins hasardeuses ; et plus tard, quand ces spéculations avaient englouti le patrimoine du mineur, celui-ci se trouvait souvent, ou sans aucun recours contre son tuteur parce que sa mauvaise foi ou sa faute n'étaient pas établies, ou armé contre lui d'un recours illusoire parce qu'il était insolvable.

Que les législateurs du Code civil aient creusé cet abîme sous les pas des mineurs, on ne doit pas s'en étonner ! La fortune mobilière avait alors peu d'importance ; on disait encore à cette époque : *Res mobilis res vilis*. Mais depuis long-temps cet adage exprime une contre-vérité. La richesse mobilière a pris dans le cours de ce siècle une telle importance, que sa valeur en France est probablement plusieurs fois égale à celle de la richesse immobilière. Si ce développement continue, nos descendants pourront renverser l'adage et dire : *Res immobilis res vilis*. Quoi qu'il en soit, ce dont il y a lieu de s'étonner, c'est que le législateur ait pu nous faire attendre jusqu'à hier une réforme que le nouvel état économique avait rendue depuis longtemps nécessaire. Elle n'a été effectuée que par la loi du 27 février 1880.

L'article 1<sup>er</sup> de cette loi est ainsi conçu : « *Le tuteur ne pourra aliéner, sans y être autorisé préalablement par le conseil de famille, les rentes, actions, parts d'intérêts et autres meubles incorporels quelconques appartenant au mineur ou à l'interdit.* » — La règle est donc que le tuteur ne

peut aliéner aucun meuble incorporel (1) du mineur sans l'autorisation du conseil de famille.

L'article 2 de la loi ajoute : « *Lorsque la valeur des meubles incorporels à aliéner dépassera, d'après l'appréciation du conseil de famille, quinze cents francs en capital, la délibération sera soumise à l'homologation du tribunal qui statuera en la chambre du conseil, le ministère public entendu, le tout sans dérogation à l'article 883 du Code de procédure civile. — Dans tous les cas le jugement rendu sera en dernier ressort* ». — Ces mots « le tout sans dérogation à l'art. 883 du Code de procédure civile » signifient que, si la délibération du conseil de famille autorisant l'aliénation n'est pas unanime, les membres de la minorité du conseil et les autres personnes désignées par l'article 883 Pr. pourront se pourvoir contre la délibération. Cette réserve était de droit du moment qu'il n'était pas expressément dérogé à l'article 883, et il était assez inutile de le formuler.

D'après le nouvel état de choses inauguré par la loi du 27 février 1880, le tuteur ne peut donc plus en aucun cas aliéner les meubles incorporels du mineur, *quelque minime que soit leur valeur*, sans une autorisation du conseil de famille ; au-dessus d'un certain taux l'homologation du tribunal est en outre nécessaire. On n'a pas voulu permettre au tuteur de se passer d'autorisation, même pour l'aliénation des valeurs de peu d'importance, par exemple de celles représentant un capital inférieur à 1,000 fr., parce que d'une part on aurait ainsi laissé sans protection les mineurs dont la fortune est très-minime (et ce sont précisément ceux-là qui ont le plus besoin d'être protégés), et parce que d'autre part le tuteur, en faisant à plusieurs reprises des aliénations de meubles incorporels ayant une valeur égale au minimum fixé par la loi, aurait pu arriver à disposer au préjudice du mineur de sommes importantes.

D'ailleurs les règles ci-dessus s'appliquent à tout tuteur, même au survivant des père et mère. Mais elles ne s'appliquent pas au père administrateur légal, dont les pouvoirs relativement aux meubles incorporels de son enfant restent ce qu'ils étaient avant la loi, c'est-à-dire assez peu définis.

Aux termes de l'article 3 de la loi : « *L'aliénation sera opérée par le ministère d'un agent de change, toutes les fois que les valeurs seront négociables à la Bourse, au cours du jour.* » — En ce qui concerne les valeurs qui ne sont pas négociables à la Bourse, le conseil de famille, et en outre le tribunal, dans les cas où l'homologation est nécessaire, détermineront la forme dans laquelle l'aliénation aura lieu.

(1) Voir pour la définition de cette expression l'explication de l'article 529.

Nous nous bornerons à transcrire les autres articles de la loi, à l'exception de l'article 4, qui sera l'objet d'un commentaire détaillé au chapitre de l'Émancipation.

Art. 5. Le tuteur devra, dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la tutelle, convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur ou à l'interdit, et dont le conseil de famille n'aurait pas jugé l'aliénation nécessaire ou utile. — Il devra également convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui adviendraient au mineur ou à l'interdit, de quelque manière que ce fût, et ce, dans le même délai de trois mois à partir de l'attribution définitive ou de la mise en possession de ces valeurs. — Le conseil de famille pourra fixer, pour la conversion, un terme plus long. — Lorsque, soit par leur nature, soit à raison de conventions, les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs, le tuteur devra, dans les trois mois, obtenir du conseil de famille l'autorisation, soit de les aliéner avec emploi, soit de les conserver; dans ce dernier cas, comme dans celui prévu par le paragraphe précédent, le conseil pourra prescrire le dépôt des titres au porteur, au nom du mineur ou de l'interdit, soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée. — Les délais ci-dessus ne seront applicables que sous la réserve des droits des tiers et des conventions préexistantes.

Art. 6. Le tuteur devra faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou à l'interdit, ou qui leur adviendraient par succession ou autrement, et ce, dans le délai de trois mois, à moins que le conseil ne fixe un délai plus long, auquel cas il pourra en ordonner le dépôt, comme il est dit en l'article précédent. — Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par l'article 455 du Code civil, seront applicables à cet emploi. — Les tiers ne seront en aucun cas garants de l'emploi.

Art. 7. Le subrogé tuteur devra surveiller l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédents. Il devra, si le tuteur ne s'y conforme pas, provoquer la réunion du conseil de famille devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte de ses actes.

Art. 8. Les dispositions de la présente loi sont applicables aux valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aliénés placés sous la tutelle, soit de l'administration de l'assistance publique, soit des administrations hospitalières. — Le conseil de surveillance de l'administration de l'assistance publique et les commissions administratives rempliront à cet effet les fonctions attribuées au conseil de famille. Les dispositions de la présente loi sont également applicables aux administrateurs provisoires des biens des aliénés, nommés en exécution de la loi du 30 juin 1838.

Art. 9. Les tuteurs entrés en fonctions et les mineurs émancipés antérieurement à la présente loi seront tenus de s'y conformer. Les délais courront pour eux à partir de la promulgation.

Art. 10. La conversion de tous titres nominatifs en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation de ces titres.

Art. 11. Les dispositions de la présente loi sont applicables à l'Algérie et aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion. Les délais, en ce qui concerne ces colonies, seront, quand il y aura lieu, augmentés des délais supplémentaires fixés, à raison des distances, par la loi du 3 mai 1862.

Art. 12. La loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813 sont abrogés.

Sont également abrogées toutes les dispositions des lois qui seraient contraires à la présente loi.

*C. Actes pour lesquels la loi exige certaines formalités spéciales  
qui varient suivant les cas.*

**923.** Cette catégorie comprend : 1<sup>o</sup> la vente des meubles corporels du mineur ; 2<sup>o</sup> le partage ; 3<sup>o</sup> la transaction.

1<sup>o</sup> *La vente des meubles corporels*, pour laquelle il y a lieu de remplir les formalités particulières prescrites par l'article 452 (*supra*, n<sup>o</sup> 893).

2<sup>o</sup> *Le partage*. On suppose que le partage d'une masse indivise (succession, société ou communauté), dans laquelle un mineur a des droits, est demandé par un des consorts du mineur ou bien par son tuteur avec l'autorisation du conseil de famille. En quelles formes devra-t-il y être procédé ?

L'article 466 répond : « *Pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le partage devra être fait en justice, et précédé d'une estimation faite par experts nommés par le tribunal de première instance du lieu de l'ouverture de la succession. — Les experts, après avoir prêté, devant le président du même tribunal, ou autre juge par lui délégué, le serment de bien et fidèlement remplir leur mission, procéderont à la division des héritages et à la formation des lots, qui seront tirés au sort, et en présence, soit d'un membre du tribunal, soit d'un notaire par lui commis, lequel fera la délivrance des lots. — Tout autre partage ne sera considéré que comme provisionnel.* »

Nous ne dirons rien pour le moment des formes du partage judiciaire. Cette matière tient à la procédure plutôt qu'au droit civil, et d'ailleurs nous la retrouverons sous les articles 822-839. Pour le moment, nous concentrerons notre attention sur la partie finale de notre article, qui déclare que tout partage fait sans l'observation des formes qu'il prescrit ne sera que *provisionnel*. Un partage *provisionnel* est un partage de jouissance, par opposition au partage *définitif* qui est un partage de propriété. Notre disposition signifie donc que le partage fait en dehors des formes prescrites par la loi ne sera valable que quant à la jouissance des biens partagés, et que le mineur pourra par suite, sa majorité une fois survenue, exiger qu'il soit procédé à un nouveau partage, celui-là définitif.

C'est là un inconvénient grave. Il serait souvent de l'intérêt bien entendu de toutes les parties de pouvoir procéder à un partage définitif, sans passer sous les fourches caudines du partage judiciaire. Aussi la pratique a-t-elle imaginé une foule de moyens pour éluder l'application de l'article 466 al. final. Un des plus usités consiste à faire figurer au partage une personne qui se porte fort pour le mineur, en promettant qu'une fois parvenu à sa majorité il ratifiera le partage et le rendra ainsi définitif.

La loi, on le voit, n'exige pas pour la validité du partage provisionnel, les mêmes formalités que pour la validité du partage définitif. De là on induit généralement que le tuteur aurait qualité pour procéder à un partage provisionnel au nom du mineur sans l'autorisation du conseil de famille. Il y a toutefois quelques divergences sur ce point.

3<sup>o</sup> *La transaction*. « La transaction », dit l'article 2044, « est un contrat par

lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». La transaction est le résultat des concessions réciproques que se font deux parties, entre lesquelles il existe une contestation née ou imminente. Chacune sacrifie une partie du droit qu'elle croit avoir, pour éviter la chance de perdre le tout par suite de l'*incertus litis eventus*. La transaction diffère donc de l'acquiescement, dans lequel l'une des parties reconnaît le droit de l'autre parce qu'elle considère le sien comme non fondé. Celui qui acquiesce à la prétention de son adversaire ne fait pas, ou du moins ne croit pas faire un sacrifice; tandis que celui qui transige fait ou croit faire un sacrifice, puisqu'il abandonne en partie un droit qu'il juge fondé pour le tout. La transaction apparaît donc comme un acte plus grave que l'acquiescement, ce qui explique que la loi exige un plus grand luxe de formalités quand elle intéresse un mineur. Ces formalités sont indiquées par l'article 467, ainsi conçu : « *Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du Roi près le tribunal de première instance. — La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi* ».

La loi, on le voit, requiert ici, outre l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, un avis (et entendez un avis favorable) de trois jurisconsultes. Le texte de la loi paraît même exiger que cet avis soit exprimé à l'unanimité. Les trois jurisconsultes sont désignés par le tribunal; on les choisit, dans la pratique, parmi les avocats inscrits au tableau depuis dix ans. Le Code civil parle de jurisconsultes et non d'avocats, parce qu'à cette époque l'ordre des avocats, supprimé par la loi du 20 septembre 1792, n'avait pas encore été rétabli.

Il résulte du texte et plus encore de l'esprit de l'article 467, que la consultation des trois jurisconsultes doit précéder la délibération du conseil de famille autorisant la transaction; car elle est précisément destinée à éclairer le conseil, et ce ne sera pas ordinairement sans besoin. D'autre part, à la différence de ce qui a lieu dans les cas ordinaires, ce n'est pas ici l'avis du conseil de famille que le tribunal doit homologuer, mais bien la transaction: l'article 467 est très-formel sur ce point. Cela implique que le tribunal doit examiner la transaction et l'apprécier.

La loi ne faisant aucune distinction, on doit en conclure que les formalités requises par l'article 467 seraient nécessaires, aussi bien pour une transaction relative aux droits mobiliers du mineur, que pour une transaction relative à ses droits immobiliers. En ce sens, Paris, 14 août 1874. Sir., 74. 4. 498.

## SECTION IX

### DES COMPTES DE LA TUTELLE

924. Nous traiterons dans trois numéros distincts : 1° des comptes

de tutelle en général ; 2° des traités relatifs à la gestion tutélaire ; 3° de la prescription des actions relatives aux faits de la tutelle.

#### N° 4. Des comptes de la tutelle en général.

**925.** On distingue deux espèces de comptes de tutelle : les *comptes provisoires* et les *comptes définitifs*.

##### I. Des comptes provisoires.

**926.** Les comptes provisoires sont ceux que le tuteur produit périodiquement pendant le cours de la tutelle, afin qu'il soit possible de contrôler sa gestion. D'après le projet ces comptes provisoires devaient être obligatoires, et le tuteur était astreint à en fournir un chaque année. La rédaction définitive de la loi les a rendus facultatifs, ainsi que cela résulte de l'article 470 ainsi conçu :

« Tout tuteur, autre que le père et la mère, peut être tenu, même durant » la tutelle, de remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa » gestion, aux époques que le conseil de famille aurait jugé à propos de » fixer, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en fournir » plus d'un chaque année. — Ces états de situation seront rédigés et remis, » sans frais, sur papier non timbré, et sans aucune formalité de justice ».

##### II. Des comptes définitifs.

**927.** Aux termes de l'article 469 : « Tout tuteur est comptable de sa gestion quand elle finit. » L'événement qui donne lieu à la reddition du compte définitif de la tutelle est donc la cessation de la gestion du tuteur. Or cette gestion prend fin quand la tutelle cesse. Il faut donc rechercher quelles sont les causes qui mettent fin à la tutelle.

**928.** La tutelle peut prendre fin soit *d'une manière absolue*, soit *d'une manière relative*.

a). La tutelle prend fin *d'une manière absolue*, quand elle cesse par rapport au mineur et au tuteur tout à la fois. Trois événements peuvent produire ce résultat :

1° *La majorité du pupille*. Le compte de tutelle doit alors être rendu à l'ex-mineur lui-même.

2° *La mort du mineur*. Le compte sera rendu dans ce cas à ses héritiers.

3° *L'émancipation du mineur*. Dans cette dernière hypothèse, le tuteur rendra son compte au mineur émancipé assisté de son curateur (art. 480).

b). La tutelle prend fin *d'une manière relative*, quand elle cesse par rapport au tuteur, *ex parte tutoris*, sans cesser par rapport au mineur. Il y a plutôt alors vacance que cessation de la tutelle, car un nouveau tuteur va remplacer l'ancien.

Les événements qui mettent fin à la tutelle *ex parte tutoris* sont :

1° La mort du tuteur ;

2° L'excuse du tuteur agréée par le conseil de famille ;

3° Divers accidents qui peuvent mettre le tuteur *dans l'impossibilité de fait ou de droit* de gérer la tutelle.

*Dans l'impossibilité de fait* : par exemple l'absence ou l'aliénation mentale du tuteur.

*Dans l'impossibilité de droit* : par exemple l'interdiction du tuteur, sa condamnation à la dégradation civique prononcée comme peine principale ou encourue comme peine accessoire (P. art. 34).

**929.** Quand la tutelle prend fin *ex parte tutoris*, le compte de tutelle est rendu, tantôt par le tuteur lui-même, par exemple au cas d'excuse, tantôt par ses représentants, par exemple au cas de mort ou d'interdiction. Le compte est rendu au nouveau tuteur, sans qu'il ait besoin, suivant l'opinion générale, d'être assisté du subrogé tuteur. Ce compte est définitif quant au tuteur dont les fonctions ont cessé, car il couronne sa gestion ; mais il ne l'est pas quant au mineur : il n'y a de tel par rapport à lui que le compte qui lui est rendu, ou à ses héritiers, lorsque la tutelle a pris fin d'une manière absolue *ex parte minoris*. Il y a donc deux espèces de comptes définitifs : celui qui est rendu lorsque la tutelle a pris fin *ex parte tutoris*, et celui qui est rendu lorsque la tutelle a pris fin *ex parte minoris*. Ce dernier seul est véritablement définitif, car il a ce caractère *erga omnes*, tandis que le premier ne le possède que vis-à-vis du tuteur. Aussi, pour éviter toute équivoque, réserverons-nous la dénomination de *compte définitif* pour désigner le compte qui est rendu lorsque la tutelle prend fin quant au mineur ; c'est dans ce sens que la loi paraît prendre cette expression (art. 471). Quant aux comptes auxquels peut donner lieu le changement de tuteur, nous les appellerons *comptes intermédiaires*.

**930.** L'obligation de rendre compte est imposée à « tout tuteur » (art. 469), par conséquent même au père ou à la mère. On ne conçoit pas une administration sans reddition de compte.

Cette obligation est tellement essentielle que le tuteur ne pourrait dans aucun cas en être valablement dispensé (arg., art. 6).

**931.** Le compte de tutelle peut être rendu *à l'amiable* ou *en justice*. — *A l'amiable* lorsque les parties sont d'accord ; aucune forme particulière n'est alors prescrite. — *En justice*, dans le cas contraire ; il y a lieu de procéder alors suivant les formes réglées par les articles 527 et suivants du Code de procédure civile.

La loi appelle celui qui rend le compte (ici le tuteur) le *rendant*, celui

qui le reçoit (ici le mineur) *l'oyant compte* ou *l'oyant*. Voyez C. art. 472 et Pr. art. 529, 531 et s.

Un compte de tutelle ayant été rendu à l'amiable, des difficultés peuvent survenir relativement à son exécution ; elles seront jugées suivant les règles du Droit commun. C'est à cette hypothèse que se réfère l'article 473 dont la disposition paraît assez inutile. « *Si le compte donne lieu à des contestations, elles seront poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile.* »

**932.** Aux termes de l'article 471 : « *Le compte définitif de tutelle sera rendu aux dépens du mineur, lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation. Le tuteur en avancera les frais. — On y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile.* »

« *Le compte définitif* ». La règle est la même en principe pour les comptes intermédiaires, motivés par le changement de tuteur. Toutefois, les frais du compte auquel donne lieu la destitution du tuteur pourraient être mis à la charge de ce dernier, car c'est par sa faute que ces frais sont occasionnés.

« *Le tuteur en avancera les frais* » ; parce qu'il a entre les mains tous les fonds du mineur. Les frais dont parle la loi sont ceux auxquels donne lieu la reddition du compte de tutelle, principalement les frais de timbre, d'enregistrement, de réunion et de classement des pièces ; mais non les frais des contestations auxquelles la reddition du compte peut donner lieu. Ces derniers seraient supportés par le plaideur téméraire conformément à l'article 130 du Code de procédure civile.

**933.** Dans le compte de tutelle, comme dans tout autre, il y a le chapitre des recettes et le chapitre des dépenses.

Le chapitre des recettes doit comprendre tout l'avoir du mineur, notamment l'actif constaté par l'inventaire, les capitaux remboursés pendant le cours de la tutelle, les fruits et revenus des biens du mineur, les intérêts dont le tuteur se trouve débiteur envers lui par application des articles 455 et 456.

Au chapitre des dépenses devront figurer toutes les sommes que le tuteur a dépensées pour le compte du mineur, soit pour les frais de son entretien ou de son éducation, soit en achat d'immeubles ou de valeurs, soit à tout autre titre.

La loi dit qu'on allouera au tuteur (c'est-à-dire qu'on lui passera en compte) « *toutes dépenses suffisamment justifiées et dont l'objet sera utile* ».

« *Toutes dépenses suffisamment justifiées* ». Le projet exigeait une justification par pièces. C'était demander dans bien des cas l'impossible : il y a beaucoup de dépenses pour lesquelles le tuteur manquera nécessairement de pièces justificatives. Aussi notre article exige-t-il que

le tuteur justifie les dépenses, sans dire comment. Il pourra être admis à faire cette justification par témoins, même au-dessus de 150 fr., contrairement aux règles du Droit commun (art. 1341 et s.) qui ne reçoivent pas ici leur application. Il y a même de petites dépenses pour lesquelles il faudra, par la force même des choses, s'en rapporter à la déclaration du tuteur. En cas de contestation les tribunaux apprécieront.

« *Et dont l'objet sera utile* ». Pour apprécier l'utilité d'une dépense, il faut se placer au moment où elle a été faite, sans tenir compte des événements ultérieurs qui ont pu faire disparaître l'utilité de la dépense ; car au moment où le tuteur l'a faite il ne pouvait pas prévoir l'avenir. *Sufficit si ab initio utiliter gestum fuerit, licet postea utilitas non duraverit*. Ainsi le tuteur a fait des réparations urgentes aux bâtiments d'une métairie ; plus tard le feu a détruit ces bâtiments, et cet événement a rendu la dépense inutile ; elle n'en devra pas moins être allouée au tuteur.

934. Quand on connaît le chiffre total des recettes et le chiffre total des dépenses, il est facile d'établir le *reliquat* du compte. Le reliquat est la somme nécessaire pour rétablir l'équilibre entre les recettes et les dépenses. Ainsi les recettes sont de 20,000 fr. et les dépenses de 15,000 fr. ; il y a un reliquat de 5,000 fr. *à la charge* du tuteur, qui a touché 5,000 fr. de plus qu'il n'a dépensé. Il y aurait au contraire un reliquat de 5,000 fr. *au profit* du tuteur si le chiffre des dépenses s'élevait à 20,000 fr. et celui des recettes à 15,000 fr. On appelle cela faire la balance du compte, parce que les recettes étant censées mises dans un des plateaux d'une balance, et les dépenses dans l'autre, on ajoute du côté qui pèse le moins un poids suffisant pour rétablir l'équilibre, pour *faire balance*. Ce poids constitue le *reliquat*, et on conçoit qu'il est à la charge du tuteur ou à son profit, suivant qu'il a fallu mettre le poids complémentaire dans le plateau des recettes ou dans celui des dépenses.

Il existe deux différences entre le cas où le reliquat du compte de tutelle est à la charge du tuteur et celui où il existe à son profit.

1<sup>o</sup> Le mineur a hypothèque légale sur les biens de son tuteur pour le paiement du reliquat que le compte met à la charge de celui-ci. Au contraire la loi n'accorde au tuteur aucune garantie particulière pour le paiement du reliquat qui lui est dû par le mineur.

2<sup>o</sup> « *La somme à laquelle s'élèvera le reliquat dû par le tuteur, portera intérêt sans demande, à compter de la clôture du compte. — Les intérêts de ce qui sera dû au tuteur par le mineur ne courront que du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture du compte* » (art. 474).

D'après le Droit commun une demande en justice est nécessaire pour faire courir les intérêts d'une somme d'argent (art. 1153). Notre article contient une double dérogation à ce principe : la première, établie au

profit du mineur, consiste en ce que le reliquat qui lui est dû par son tuteur porte intérêt en sa faveur *de plein droit*, c'est-à-dire sans demande judiciaire. La loi a sans doute considéré que l'ex-mineur est dans l'impossibilité morale d'exercer une action en justice contre son ancien tuteur, qui est souvent son proche parent, toujours son bienfaiteur, puisqu'il a géré gratuitement ses intérêts. La deuxième, établie au profit du tuteur, consiste en ce qu'une simple sommation suffit pour faire courir les intérêts du reliquat qui lui est dû par son ancien pupille.—En bonne justice, il aurait peut-être mieux valu accorder au tuteur le bénéfice de la réciprocité, en faisant courir aussi les intérêts de plein droit à son profit.

#### N° 2. Des traités relatifs à la gestion tutélaire.

**935.** La loi ne permet au mineur devenu majeur, qu'elle protège ainsi même au-delà de sa majorité, de traiter avec son tuteur relativement à la gestion de celui-ci, que lorsqu'elle le considère comme suffisamment éclairé sur les faits constitutifs de cette gestion : « *Tout traité qui* » *pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur sera nul,* » *s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise* » *des pièces justificatives; le tout constaté par un récépissé de l'oyant* » *compte, dix jours au moins avant le traité* » (art. 472).

Quatre conditions sont donc requises pour que le ci-devant mineur puisse valablement faire avec son ex-tuteur un traité relatif à la gestion de celui-ci ; il faut :

1° Que le tuteur ait rendu à son ancien pupille un « *compte détaillé* », c'est-à-dire un compte dans lequel les recettes et les dépenses sont indiquées article par article. Cette première condition ne serait pas remplie si le tuteur avait présenté un compte ainsi établi : recettes, 80,000 fr. ; dépenses, 75,000 fr. ; reliquat à la charge du tuteur, 5,000 fr.

2° Que le tuteur ait remis à son ancien pupille les pièces justificatives du compte de tutelle, et que celui-ci lui en ait donné récépissé.

3° Que la remise du compte et des pièces justificatives soit constatée par un récépissé de l'oyant compte.

4° Qu'il se soit écoulé un délai de dix jours depuis la date du récépissé.

Pour éviter la possibilité d'une antidate, la loi aurait dû exiger que le récépissé eût date certaine ; mais elle ne l'a pas fait et l'interprète n'a pas le droit de combler cette lacune. Il est bien entendu d'ailleurs que le mineur qui alléguerait une antidate devrait être autorisé à en faire la preuve par tous les moyens possibles : c'est le Droit commun, toutes les fois qu'il s'agit d'une fraude à la loi.

Le récépissé exigé par l'article 472 ne pourrait pas être suppléé par la déclaration contenue dans le traité : que le mineur a reçu son compte et les pièces justificatives dix jours auparavant. La loi exige positivement un récépissé et l'expiration d'un délai de dix jours à compter de la date de ce récépissé. Il y a toutefois controverse sur ce point.

Lorsque les conditions qui viennent d'être indiquées se trouvent remplies, la loi suppose que le ci-devant mineur est suffisamment éclairé sur les faits relatifs à la gestion tutélaire, et elle l'autorise en conséquence à traiter avec son tuteur relativement à cette gestion. Au contraire, en l'absence d'une ou de plusieurs de ces conditions, la loi, présumant que le mineur ne pourrait traiter qu'en aveugle relativement à une gestion qu'il ne connaît pas encore, et craignant que le tuteur n'exploite cette situation à son profit, annule tout traité relatif à la gestion tutélaire que le mineur passerait avec son ancien tuteur.

Telle était bien l'idée de Brodeau, quand il comparait le tuteur qui voudrait traiter avec son ancien pupille, avant de lui avoir fourni son compte et les pièces justificatives, à « certains oiseaux de proie qui crèvent les yeux aux autres pour les mieux dévorer ». Le mineur devenu majeur avait ici d'autant plus besoin de protection que, jusqu'à ce qu'il ait été mis par son tuteur à la tête de ses affaires, il est sous la domination de celui-ci, et on pouvait craindre que, pressé de jouir, il ne consentît, pour obtenir la remise immédiate de ses biens, à tout ce qu'aurait exigé de lui son ancien tuteur.

**936.** Il résulte évidemment des motifs sur lesquels est fondé l'article 472, que sa disposition vise seulement les traités relatifs à la gestion du tuteur. Quel besoin le ci-devant mineur a-t-il, en effet, d'être exactement renseigné sur la gestion de son tuteur, pour faire avec celui-ci un traité étranger à cette gestion ? Cette induction est confirmée par l'article 2045, qui contient, en matière de transaction, une application particulière du principe posé par l'article 472. « Il (le tuteur) ne peut transiger avec le mineur devenu majeur SUR LE COMPTE DE TUTELLE que conformément à l'article 472... » On le voit : ce n'est pas toute transaction entre le tuteur et le mineur devenu majeur que la loi soumet à l'application de l'article 472, mais seulement la transaction *sur le compte de tutelle*, par conséquent la transaction relative à l'administration du tuteur ; car le compte de tutelle n'est pas autre chose que le *compte rendu* de cette administration. Enfin le mot, assez peu usité dans la langue du Droit civil, de *traité* qu'emploie l'article 472, semble bien indiquer que le législateur n'a pas ici en vue toute convention entre le tuteur et le mineur devenu majeur, mais seulement une convention d'une nature toute particulière, celle relative à la gestion tutélaire.

Il faut donc rejeter l'opinion, assez peu suivie d'ailleurs, d'après laquelle les mots « tout traité » de l'article 472 désigneraient toute convention, quelle qu'elle soit, même étrangère à la gestion tutélaire, telle qu'une vente, un échange, qui serait conclue entre le tuteur et son ancien pupille en dehors des conditions requises par l'article 472.

**937.** La sanction de l'article 472 est sévère. Elle consiste dans la nullité du traité fait en violation de ses prescriptions. Cette nullité est basée, comme on l'a vu, sur une présomption de fraude ; et comme la preuve contraire n'est pas admise contre les présomptions sur le fondement desquelles la loi prononce la nullité d'un acte (art. 1352), il en résulte que le tuteur alléguerait vainement sa bonne foi, et offrirait tout

aussi inutilement de prouver qu'il avait exactement renseigné son pupille sur sa gestion avant de traiter avec lui.

Mais la nullité n'ayant été établie que dans l'intérêt du mineur, lui seul serait admis à s'en prévaloir (arg., art. 1125).

\* La nullité dont il s'agit est donc une nullité relative. A ce titre elle semble devoir être soumise aux règles du Droit commun, qui gouvernent les nullités de cette espèce : elle serait donc susceptible de se couvrir par une ratification expresse ou tacite du mineur devenu majeur, et par la prescription de dix ans de l'article 1304, qui doit être envisagée comme un cas particulier de ratification tacite. Observons toutefois que la confirmation ou ratification, soit expresse, soit tacite, ne devrait être considérée comme efficace qu'autant qu'au moment où elle est survenue, les conditions exigées par l'article 472 pour la validité du traité se trouvaient remplies ; autrement la confirmation ou ratification serait entachée du même vice que le traité et inefficace comme lui. Ce principe nous semblerait devoir être appliqué même à la ratification tacite résultant de la prescription de dix ans : en ce sens qu'on devrait lui donner pour point de départ le jour où les conditions prescrites par l'article 472 se sont trouvées remplies.

\* Plus rigoureuse est la sanction contenue dans l'article 472, et plus il importe de ne pas l'étendre en dehors des termes de la loi. De là on doit conclure :

\* 1<sup>o</sup> Que la nullité édictée par l'article 472 n'atteindrait pas un traité passé entre un mineur émancipé assisté de son curateur et son ancien tuteur. La loi n'annule que le traité intervenu entre le tuteur et le mineur *devenu majeur*, et nous trouvons ces mêmes expressions répétées dans l'article 2045. D'ailleurs il n'y a pas même raison de décider dans les deux cas ; car le mineur émancipé trouve dans l'assistance de son curateur une protection qui manque au majeur. Le tout bien entendu sauf à appliquer l'article 467 si le traité constitue une transaction.

\* 2<sup>o</sup> Qu'il n'y aurait pas lieu d'annuler, par application de l'article 472, le traité intervenu entre le tuteur et les héritiers du mineur : ceux-ci sont à l'abri de toute influence abusive de la part du tuteur. La même solution semble devoir être admise, mais ce point est plus douteux, relativement au traité intervenu entre le mineur devenu majeur et les héritiers du tuteur.

### N<sup>o</sup> 3. De la prescription des actions relatives aux faits de la tutelle.

**938.** « *Toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité* » (art. 475).

L'action dont parle cet article est celle que les Romains appelaient *actio tutelæ directa*. Exemple : un mineur devenu majeur veut intenter contre son tuteur une action en reddition de son compte de tutelle ; ou bien le compte de tutelle lui ayant été rendu, il soutient que le tuteur a omis d'y faire figurer une certaine somme qu'il a touchée *tutorio nomine* pendant le cours de la tutelle, et il en demande la restitution. Ce sont là des actions relatives *aux faits de la tutelle*, ou autrement dit à la gestion du tuteur, car elles impliquent l'examen de cette gestion. Elles ne seront recevables qu'autant qu'elles seront intentées dans le délai fixé par notre article ; passé ce délai, le tuteur pourra opposer la prescription.

Pourquoi cette prescription spéciale, plus courte que celle du Droit commun qui est de trente ans (art. 2262)? Proudhon dit fort bien que la défense des tuteurs repose en grande partie, non sur des écrits, mais sur des souvenirs que le temps efface; que les pièces justificatives de leur gestion, souvent très-nombreuses, consistant en simples notes, s'égarerent ou se perdent facilement. Il fallait donc, au bout d'un temps relativement court, ne plus permettre au ci-devant mineur d'intenter contre son tuteur une action contre laquelle celui-ci ne pourrait plus que difficilement se défendre. Si on se place à ce point de vue, on trouvera peut-être trop long, plutôt que trop court, le délai assigné par la loi à la durée de l'action.

\* 939. Notre article dit: «Toute action... *se prescrit*». C'est donc une prescription qu'il établit. Il y aurait li eu par suite d'appliquer les règles relatives à la suspension et à l'interruption de la prescription (v. art. 2242 et s., 2251 et s.).

D'un autre côté l'article 475, en tant qu'il limite à dix ans la durée de l'action de tutelle, constitue une exception au Droit commun, d'après lequel les actions se prescrivent par trente ans (art. 2262). Sa disposition doit donc être interprétée restrictivement d'après la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. De là nous concl

a). Que la prescription spéciale de notre article ne s'appliquerait pas à l'action contraire de tutelle (*actio tutelæ contraria*), c'est-à-dire à l'action du tuteur contre le mineur à raison des faits de la tutelle. La loi dit: toute action *du mineur contre son tuteur*; donc l'action du tuteur contre le mineur demeure soumise au Droit commun, c'est-à-dire à la prescription de trente ans (art. 2262).

b). Que ceux qui ont géré en fait une tutelle sans être tuteurs de droit (art. 395, 449 et 440), ne peuvent pas invoquer la prescription spéciale de notre article. La loi dit: toute action du mineur contre *le tuteur*; or celui qui gère une tutelle sans avoir le titre légal de tuteur n'est pas tuteur.

c). Que la prescription de dix ans établie par notre article, ne s'appliquerait pas aux actions du mineur contre son tuteur étrangères à la gestion de celui-ci; la loi ne parle que des actions *relatives aux faits de la tutelle*, c'est-à-dire à la gestion du tuteur. Ainsi l'action du ci-devant mineur contre son ancien tuteur, à raison d'une créance née postérieurement à la cessation de la tutelle, serait soumise à la prescription du Droit commun et non à celle de notre article. Il en serait de même de l'action par laquelle le mineur réclamerait le paiement du reliquat de son compte de tutelle. L'action prend ici sa source, non dans les faits de la tutelle, immédiatement au moins, mais dans l'arrêté de compte.

Que décider relativement aux actions en redressement du compte de tutelle? Il paraît convenable de distinguer, avec la majorité des auteurs, s'il s'agit de la simple rectification d'une erreur matérielle qui s'est glissée dans le compte, une erreur de chiffres par exemple, qui peut être réparée avec les seuls éléments que fournit le compte lui-même et sans qu'il soit nécessaire de discuter aucun fait de gestion tutélaire, ou il s'agit d'une rectification qui suppose un nouvel examen total ou partiel de la gestion tutélaire, comme si, par exemple, le mineur prétend que le tuteur a omis de porter une certaine somme en recette. Dans ce dernier cas seulement, l'action serait relative aux faits de la tutelle, prescriptible en conséquence par dix ans; dans le premier, on appliquerait la prescription du Droit commun.

## CHAPITRE III

## DE L'ÉMANCIPATION

§ I. *Notions générales.*

**940.** Le mineur non émancipé est frappé d'une incapacité générale; le majeur au contraire est doué d'une capacité complète. Le passage brusque de l'incapacité à la pleine capacité peut n'être passans dangers. A ce point de vue l'émancipation offre de précieux avantages : elle permet au mineur, grâce à la demi-capacité qu'elle lui confère, d'acquérir une certaine expérience des affaires, et constitue ainsi, comme l'a dit Berlier, une sorte de *stage* ayant pour but de préparer le mineur à l'avènement de sa majorité. Il aurait été désirable que ce stage fût imposé à tous les mineurs parvenus à un certain âge. C'était la première idée des rédacteurs du Code civil : le projet, à l'imitation de notre ancienne jurisprudence, établissait une émancipation de droit qui se produisait lorsque le mineur était parvenu à l'âge de dix-huit ans. Malheureusement ce projet n'a pas été converti en loi. L'émancipation, telle que notre législateur l'a définitivement conçue, n'est plus qu'une faveur individuelle, accordée en général aux mineurs qui ont fait preuve d'une sagesse et d'une maturité précoces.

**941. Définition de l'émancipation.**— On a défini l'émancipation : « un acte juridique par lequel un mineur est affranchi, soit de la puissance paternelle ou de l'autorité tutélaire, soit de l'une et de l'autre, lorsqu'il s'y trouvait simultanément soumis ».

On voit par cette définition que notre émancipation n'a rien de commun avec celle des Romains. A Rome, l'émancipation faisait cesser seulement la puissance paternelle, et, loin de mettre fin à la tutelle, elle y donnait au contraire ouverture lorsque l'émancipé était impubère.

Le Code civil distingue deux sortes d'émancipation, l'émancipation tacite et l'émancipation expresse.

I. *Émancipation tacite.*

**942.** L'émancipation tacite ou légale est celle qui résulte du mariage. « *Le mineur est émancipé DE PLEIN DROIT par le mariage,* » dit l'article 476.

*De plein droit.* L'émancipation est donc une conséquence implicite et forcée du mariage. Elle se produit en vertu des seules dispositions de la loi, sans qu'aucune manifestation de volonté soit nécessaire de la part de l'époux ou des époux mineurs.

Bien plus, les parties ne pourraient pas, en manifestant une volonté contraire, empêcher l'émancipation de se produire; car la loi règle souverainement les effets du mariage, et la volonté des époux ne peut les modifier (arg., art. 6).

Dans nos mœurs, le mariage, supposant une certaine maturité d'esprit, devait entraîner pour ceux qui le contractent une certaine indépendance: l'état de mineur en tutelle a pu paraître à ce titre incompatible avec celui d'époux. Aussi le principe que l'émancipation résulte du mariage est-il absolu; il ne souffrirait même pas exception au cas d'un mariage contracté avec dispense d'âge.

Bien entendu le mariage ne produit l'émancipation qu'autant qu'il est valable. Un mariage nul ne produit aucun effet, pas plus l'émancipation que tout autre. *Quod nullum est nullum producit effectum*. Il faudrait excepter toutefois le cas où le mariage nul aurait été contracté de bonne foi; car le mariage *putatif* produit tous les effets civils au profit de l'époux de bonne foi; donc aussi l'émancipation s'il est mineur (art. 201 et 202).

## II. *Émancipation expresse.*

**943.** L'émancipation *expresse* est ainsi appelée, parce qu'elle résulte d'une volonté *exprimée* par certaines personnes auxquelles la loi donne le pouvoir d'émanciper le mineur. Ces personnes sont: le père; à son défaut la mère; à défaut de l'un et de l'autre, le conseil de famille. C'est ce qui résulte des articles 477 et 478 ainsi conçus: « *Le mineur, même non marié, pourra être émancipé par son père, ou, à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus. — Cette émancipation s'opérera par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier* » (art. 477). Dans ce texte les mots « même non marié » n'ont pas de sens: ils doivent être supprimés. L'article 478 ajoute: « *Le mineur, resté sans père ni mère, pourra aussi, mais seulement à l'âge de dix-huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable. — En ce cas, l'émancipation résultera de la délibération qui l'aura autorisée, et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte, que le mineur est émancipé* ».

**944.** Le droit d'émanciper l'enfant mineur appartient en premier lieu au père, et à lui seul en principe tant qu'il vit; car d'une part, l'article 477 n'accorde le droit d'émancipation à la mère qu'à *défaut du père*, et d'autre part, l'article 478 ne l'accorde au conseil de famille qu'à *défaut des père et mère*. Il devait en être ainsi: le droit d'émanciper l'enfant mineur est un attribut de la puissance paternelle; or le père seul l'exerce pendant le mariage (art. 373), et après sa dissolution il en demeure seul investi si c'est lui qui survit.

**945.** Après la mort du père, le droit d'émanciper l'enfant mineur passe à la mère qui en est investie à l'exclusion du conseil de famille.

Le survivant des père et mère, qui ne serait pas tuteur de son enfant mineur, conserverait-il néanmoins le droit de l'émanciper ? Oui, car ce droit est un attribut de la puissance paternelle, et le survivant conserve cette puissance même quand il n'est pas tuteur. Cette solution devrait être maintenue, malgré les objections théoriques qu'elle peut soulever, même au cas où le survivant aurait été exclu ou destitué de la tutelle, et, s'il s'agit de la mère, au cas où s'étant remariée elle n'aurait pas été maintenue dans la tutelle de ses enfants du premier lit (art. 395).

Plus délicate est la question de savoir si le droit d'émancipation appartient à la mère, quand le père se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait d'exercer la puissance paternelle ; — dans l'impossibilité *de droit*, par exemple par suite de la dégradation civique (P., art. 34) ou de l'interdiction judiciaire dont il est frappé ; — dans l'impossibilité *de fait*, par exemple par suite d'aliénation mentale ou d'absence. L'affirmative ne serait pas douteuse si l'article 477 disait : « à défaut du père ». Il dit : « à défaut de père » ; et comme ces expressions signifient rigoureusement : *quand le père est mort*, plusieurs auteurs en ont conclu que le droit d'émancipation n'appartient pas à la mère quand le père est vivant, mais incapable d'exercer la puissance paternelle. On s'accorde cependant à reconnaître que le droit d'émancipation appartient à la mère, quand le père est privé de l'exercice de la puissance paternelle par suite de la dégradation civique (P., art. 34). — Mais si les mots « à défaut de père » ne s'opposent pas à ce que le droit d'émancipation passe à la mère dans ce dernier cas, pourquoi donc y feraient-ils obstacle dans les autres ? D'ailleurs ne pourrait-on pas dire que la loi envisage ici le père en tant qu'il est investi de la puissance paternelle, et que par suite dans la pensée du législateur les mots « à défaut de père » signifient : *à défaut de père pouvant exercer la puissance paternelle*. On objecte que cette solution va permettre à la mère de mettre fin au droit d'usufruit légal qui appartient au père sur les biens de l'enfant (art. 384). Mais d'abord on pourrait fort bien soutenir que le droit de jouissance légale passe à la mère avec l'exercice de la puissance paternelle dont il est un attribut. Même en admettant que le père le conserve, l'objection tomberait devant cette considération : que la puissance paternelle est organisée dans l'intérêt de l'enfant beaucoup plus que dans celui des parents, et que par suite le législateur a dû vouloir que l'enfant pût être émancipé quand son intérêt l'exige, dût l'émancipation mettre fin à l'usufruit paternel. Enfin n'est-il pas bien probable que si le père était en état d'exercer la puissance paternelle, il n'hésiterait pas à sacrifier son intérêt à celui de l'enfant ?

Le droit d'émancipation appartient-il au père et à la mère naturels ? Oui, puisqu'ils ont la puissance paternelle dont le droit d'émancipation est un attribut. Mais par qui ce droit sera-t-il exercé si l'enfant a été reconnu par son père et par sa mère tout à la fois ? Cela dépend du parti que l'on prend sur le point de savoir à qui appartient en ce cas l'exercice de la puissance paternelle. Voy. *supra*, n° 823.

**946.** A défaut du père et de la mère, le droit d'émancipation passe au conseil de famille. La loi dispose à ce sujet : « Le mineur resté *sans père ni mère* pourra... être émancipé si le conseil de famille l'en juge capable ».

Les mots « sans père ni mère » ont un sens analogue à celui des mots « à défaut de père » de l'article précédent. Ils signifient donc quand le père et la mère sont morts ou dans l'impossibilité de fait ou de droit d'exercer la puissance paternelle. Cette solution se justifie par des raisons analogues à celles qui viennent d'être déduites au sujet de la question précédente.

Quand le père et la mère sont morts ou dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, l'émancipation ne peut avoir pour résultat d'affranchir le mineur que de l'autorité tutélaire, la seule à laquelle il soit soumis en ce cas. Alors pourquoi n'a-t-on pas conféré au tuteur le droit d'émanciper l'enfant, puisque c'est lui qui est investi de la puissance à laquelle l'émancipation doit mettre fin? On a craint sans doute que le tuteur ne se laissât guider beaucoup plus par son intérêt personnel que par celui du mineur. Souvent le tuteur aurait été tenté d'émanciper prématurément le mineur pour se décharger plus tôt du fardeau de la tutelle. En sens inverse il aurait pu arriver quelquefois qu'un tuteur infidèle ne retardât plus que de raison l'émancipation de son pupille, pour bénéficier plus longtemps des profits illicites qu'il retire de la tutelle. Le législateur a cru devoir pour ces motifs confier à une autorité plus impartiale le soin de statuer sur l'émancipation du mineur; il a désigné le conseil de famille. Et comme le tuteur peut avoir intérêt, ainsi qu'on vient de le voir, à conserver la tutelle, le législateur n'a pas voulu qu'à lui seul appartînt le droit de provoquer l'émancipation qui doit y mettre fin en requérant la convocation du conseil de famille. L'article 479 dit à ce sujet : « *Lorsque le tuteur n'aura fait aucune diligence pour l'émancipation du mineur dont il est parlé dans l'article précédent, et qu'un ou plusieurs parents ou alliés de ce mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, le jugeront capable d'être émancipé, ils pourront requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet. Le juge de paix devra déférer à cette réquisition.* » La convocation du conseil de famille est donc obligatoire pour le juge de paix dès qu'elle est requise par l'une des personnes indiquées en notre article.

**947. A quel âge le mineur peut être émancipé.** — Il y a lieu de distinguer à cet égard si l'émancipation est conférée par les père et mère ou par le conseil de famille. Dans le premier cas le mineur peut être émancipé à quinze ans révolus; dans le deuxième, à dix-huit ans seulement (art. 477 et 478). Cette différence vient probablement de ce que l'enfant a, dans le premier cas, un protecteur naturel qui lui manque dans le second, pour guider ses premiers pas dans la nouvelle étape de la vie que l'émancipation va lui ouvrir.

**948. Formes de l'émancipation expresse.** — L'émancipation est un acte solennel, c'est-à-dire un acte qui ne peut valablement être accompli que dans les formes prescrites par la loi; elles sont d'ailleurs d'une extrême simplicité. Si l'émancipation émane du père ou de la mère, elle résulte de leur simple déclaration reçue par le juge de paix assisté de son greffier (art. 477). Si l'émancipation émane du conseil de famille, elle résulte de la délibération qui l'autorise et de la déclaration

faite par le juge de paix, en qualité de président du conseil, *que le mineur est émancipé*. — Dans tous les cas l'émancipation doit être constatée sur les registres de la justice de paix.

**949. Nomination d'un curateur au mineur émancipé.** — Aux termes de l'article 480 : « *Le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé assisté d'un curateur qui lui sera nommé par le conseil de famille.* » Le curateur dont la loi nous parle ici n'est pas un curateur *ad hoc* spécialement nommé pour la réception du compte de tutelle, et dont les fonctions cesseraient de plein droit, cette mission particulière une fois remplie. Ce curateur est investi d'une mission permanente, qui durera normalement jusqu'à la mort ou la majorité de l'émancipé. C'est ce qu'on peut induire avec certitude de plusieurs textes, notamment de l'article 482 qui nous représente le mineur émancipé comme agissant avec l'assistance, non *d'un* curateur, mais bien de *son* curateur : ce qui suppose qu'il en a un, et qu'on ne le lui nomme pas à chaque fois.

Et toutefois, si le conseil de famille voulait, comme il arrivera souvent, confier les fonctions de curateur à l'ancien tuteur du mineur émancipé, il y aurait lieu de lui nommer un curateur *ad hoc* pour la réception de son compte de tutelle, l'ancien tuteur ne pouvant pas, bien évidemment, être appelé à assister le mineur pour cet acte auquel il est lui-même partie.

Le curateur est toujours nommé par le conseil de famille (art. 480). Le père ou la mère qui émancipe son enfant n'aurait pas le droit de le pourvoir d'un curateur, car aucun texte ne l'y autorise. En aucun cas non plus, nous ne voyons la loi désigner de plein droit le curateur du mineur émancipé. Il y a bien une tutelle légitime, mais il n'y a pas de curatelle légitime. On enseigne cependant en général que, par exception à cette règle, le mari est curateur légal, c'est-à-dire curateur de droit de sa femme mineure émancipée par le mariage.

\* A l'appui de cette solution on invoque d'abord des raisons de convenance; puis un argument d'analogie tiré de l'article 506 qui dit : « Le mari est de droit tuteur de sa femme interdite ». On invoque enfin l'article 2208, al. 3, relatif à l'expropriation forcée des immeubles de la femme mineure, aux termes duquel : « en cas de minorité du mari et de la femme ou de minorité de la femme seule, si son mari majeur refuse de procéder avec elle, il est nommé par le tribunal un tuteur à la femme contre lequel la poursuite est exercée ». C'est seulement, dit-on, quand le mari majeur refuse de procéder avec sa femme sur la poursuite en expropriation dirigée contre celle-ci, qu'il y a lieu de nommer à la femme un tuteur; donc cette nomination n'est pas nécessaire, quand le mari procède avec la femme. Et pourquoi cela? parce qu'elle est alors assistée de son curateur, que la loi suppose ici ne pouvoir être autre que le mari, et dont l'assistance est nécessaire et suffisante pour qu'elle puisse défendre à l'action dont il s'agit (art. 482). Donc le mari est de droit curateur de sa femme : la loi le désigne implicitement comme tel en supposant que la femme ne peut pas avoir un autre curateur que lui.

\* On peut donner de l'article 2208 une explication bien plus rationnelle. Ce texte suppose, non pas qu'une femme mineure a nécessairement son mari pour curateur, mais bien qu'elle n'a pas de curateur. Quel besoin en a-t-elle en effet ? Comme femme mariée, elle est incapable d'accomplir les actes de la vie civile en général, sans l'autorisation de son mari ou de la justice ; n'est-ce pas là une garantie suffisante ? Que viendrait y ajouter la curatelle du mari ? et en quoi la femme sera-t-elle mieux protégée quand, relativement à un même acte, son mari après l'avoir autorisée comme femme mariée, viendra en outre l'assister comme curateur ? Ne trouve-t-on pas d'ailleurs dans l'article 2208 la preuve positive que la femme mariée n'a pas de curateur ? Au cas particulier où les deux époux sont mineurs, la loi dit que la poursuite en expropriation sera dirigée contre un *tuteur* nommé à la femme. Cela prouve péremptoirement suivant nous que la femme mariée mineure n'a pas de curateur et qu'elle ne doit pas en avoir. Si elle en avait un, la poursuite en expropriation serait dirigée contre elle assistée de ce curateur, car telle est la règle pour les actions relatives aux droits immobiliers du mineur émancipé (art. 482). C'est précisément parce qu'elle n'en a pas et qu'elle ne peut pas en avoir, que la loi ordonne la nomination d'un *tuteur ad hoc*, et cette disposition qui semble au premier abord extraordinaire (car les mineurs émancipés ne sont plus en tutelle et n'ont pas par conséquent de tuteur), reçoit ainsi une explication toute naturelle.

\* Non seulement donc il n'y a pas de texte qui dise que le mari est de droit le curateur de sa femme mineure, mais il y en a un qui suppose que la femme mariée n'a pas de curateur. Nous maintiendrions cette solution, au risque d'être seul de notre avis, même dans le cas où la femme mineure serait mariée sous le régime de séparation de biens, et nous lui reconnaitrions par conséquent le droit de faire seule certains actes pour lesquels l'autorisation maritale n'est pas requise, et pour lesquels un mineur émancipé ordinaire a besoin de l'assistance de son curateur, par exemple recevoir un capital mobilier et en donner décharge.

\* Si le mari ne doit pas être considéré comme étant de droit le curateur de sa femme mineure, à plus forte raison ne peut-on pas admettre, comme le font cependant quelques auteurs, l'existence d'une curatelle légale au profit du père qui a émancipé son enfant ; il ne peut pas y avoir de curatelle légale sans loi. En fait le conseil de famille confèrera presque toujours au père un titre qui semble devoir lui appartenir de droit, et qu'on peut regretter de ne pas trouver inscrit dans la loi.

**950.** On admet, en se fondant sur des raisons d'intérêt public plus encore que sur de véritables raisons de Droit, que la curatelle est une charge obligatoire comme la tutelle. C'est un devoir pour la société de protéger les incapables. La curatelle a été instituée dans ce but de même que la tutelle ; il ne faut pas que le mauvais vouloir des particuliers puisse paralyser l'application de cette mesure, et c'est pourtant ce qui pourrait arriver si les fonctions de curateur n'étaient pas obligatoires.

On admet aussi, en se fondant sur des raisons d'analogie et sur un argument tiré des articles 34 et 42 C. Pén., que les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution de la tutelle sont applicables à la curatelle, bien qu'il soit de principe que les dispositions de cette nature ne s'étendent pas en dehors du cas prévu par la loi.

On admet enfin que les causes qui dispensent de la tutelle peuvent aussi dispenser de la curatelle. Toutefois, d'après plusieurs auteurs, les fonctions de curateur étant beaucoup moins pénibles que celles de tuteur, le conseil de famille ne serait pas obligé d'admettre l'excuse proposée par le curateur, alors même qu'elle serait légale ; il jouirait sur ce point d'un pouvoir discrétionnaire.

La vérité est que sur tous ces points il y a lacune dans la loi, et qu'il est difficile à l'interprète de la combler d'une façon satisfaisante sans se heurter à quelque principe de Droit.

**951. Fonctions du curateur à l'émancipation.** — Le curateur *assiste* le mineur émancipé dans les cas déterminés par la loi. Son rôle diffère donc complètement de celui du tuteur, qui *représente* le mineur non émancipé dans tous les actes civils (art. 450). En d'autres termes le mineur émancipé figure dans les actes civils ; il agit en personne, mais sous l'égide de son curateur dont le rôle ressemble ainsi beaucoup à celui du tuteur romain *qui auctoritatem interponebat*. Au contraire, le mineur non émancipé ne figure pas dans les actes civils : son tuteur agit pour lui ; il le représente.

Il y a une autre différence entre le tuteur et le curateur. Le tuteur administre ; à ce titre la loi l'oblige à rendre compte, elle greève ses biens d'une hypothèque légale, et place auprès de lui un surveillant, le subrogé tuteur. Au contraire, le curateur n'administre pas ; c'est le mineur émancipé lui-même, comme on le verra bientôt, qui administre ses biens ; par suite le curateur n'a pas de compte à rendre quand ses fonctions prennent fin, ses biens ne sont pas grevés d'une hypothèque légale au profit du mineur et on ne lui adjoint pas un *subrogé curateur*.

## § II. Des effets de l'émancipation.

**952.** L'émancipation produit un double effet. D'une part elle affranchit le mineur de la puissance paternelle et de l'autorité tutélaire. D'autre part elle rend le mineur capable d'accomplir certains actes de la vie civile.

### N° 1. Premier effet.

**953.** L'émancipation affranchit le mineur de la puissance paternelle et de l'autorité tutélaire. De là résultent plusieurs conséquences : 1° l'émancipation met fin au droit de jouissance légale qui est un attribut de la puissance paternelle (art. 384) ; 2° le mineur émancipé n'est plus soumis au droit de correction (voyez art. 377) ; 3° il échappe aussi au droit de garde ; il pourra donc désormais disposer de sa personne et par suite : se choisir une résidence et même un domicile (arg., art. 108) ; louer ses services ; se vouer à l'exercice de telle ou telle profession, sauf toutefois, s'il veut faire le commerce, à se soumettre aux prescriptions de l'article 2 C. Com. ; contracter un engagement volontaire dans les armées de terre ou de mer, si d'ailleurs il réunit les conditions exigées par l'article 46 de la loi du 27 juillet 1872. Aucune autorisation ne lui serait nécessaire pour contracter cet engagement.

Le mineur émancipé reste d'ailleurs soumis à la nécessité d'obtenir le consentement de ses père et mère, de ses ascendants ou du conseil de famille pour contracter mariage.

## N° 2. Deuxième effet.

954. L'émancipation confère au mineur une certaine capacité relativement aux actes civils, une capacité intermédiaire entre celle du mineur non émancipé qui est à peu près nulle et celle du majeur qui est complète. Cette capacité ne peut être précisée d'un seul mot. Pour en déterminer les limites, il y a lieu de distinguer : 1° les actes que le mineur émancipé peut valablement accomplir *seul*, c'est-à-dire sans l'assistance de son curateur ni aucune autre formalité ; 2° ceux pour lesquels l'assistance de son curateur est nécessaire et suffisante ; 3° enfin ceux pour lesquels le mineur émancipé est assimilé au mineur non émancipé.

## I. Actes que le mineur émancipé peut faire seul.

955. Cette catégorie comprend tous les actes *de pure administration*. Nous lisons à ce sujet dans l'article 481 : « *Le mineur émancipé passera* » *les baux dont la durée n'excèdera point neuf ans ; il recevra ses revenus* » *en donnera décharge, et fera tous les actes qui ne sont que de pure ad-* » *ministration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où* » *le majeur ne le serait pas lui-même.* »

Si l'on compare ce texte avec l'article 450, on voit que le droit d'administration accordé au mineur émancipé est moins étendu que celui accordé au tuteur. En effet, le mineur émancipé ne peut, d'après l'article 481, faire que les actes *de pure administration*, tandis que l'article 450 dit du tuteur qu'il *administrera les biens du mineur en bon père de famille*, ce qui lui donne d'une manière générale le droit de faire tous les actes d'administration. Ainsi, toucher un capital mobilier est un acte d'administration rentrant pleinement dans le mandat du tuteur, au moins d'après le Code civil ; au contraire le mineur émancipé ne peut recevoir un capital mobilier ni en donner décharge sans l'assistance de son curateur (art. 482).

Maintenant quels sont les actes qui doivent être considérés comme étant *de pure administration*, et qui, à ce titre, peuvent être accomplis par le mineur émancipé ? La loi en indique quelques-uns dans l'article 481 : le mineur peut passer des baux de neuf ans ou au-dessous ; il peut aussi recevoir ses revenus et en donner quittance ou, comme le dit la loi, *décharge*.

Pourrait-il toucher par anticipation les fermages de ses terres ou les loyers de ses maisons, en vertu d'une clause du bail par laquelle il se serait réservé ce droit ? Non, en principe, car les loyers et fermages ne constituent des revenus qu'au fur et à mesure de leur échéance. Et toutefois il y aurait lieu, ce semble, d'excepter le cas où le mineur n'aurait stipulé qu'une légère anticipation dans le paiement des loyers ou des fermages, surtout si en agissant de la sorte il s'était conformé à un usage constant et reconnu. Ainsi à Bordeaux les propriétaires de maisons stipulent ordinairement que les loyers leur seront payés par quartiers et d'avance ; un mi-

neur émancipé pourrait valablement, après avoir fait un bail dans ces conditions, toucher les loyers aux époques convenues. Il en serait autrement si le mineur avait stipulé payable d'avance le loyer d'une ou de plusieurs années. Les loyers à payer d'avance devraient alors être considérés comme un capital, et le mineur ne pourrait les toucher sans l'assistance de son curateur.

Rentrent encore dans la catégorie des actes de *pure administration* que le mineur émancipé a le droit de faire seul : la vente des récoltes, les réparations d'entretien, l'achat de meubles pour les appartements, de provisions pour le ménage...

A un autre point de vue les pouvoirs du mineur émancipé nous apparaissent comme plus étendus que ceux du tuteur. Le tuteur doit faire emploi dans un certain délai de l'excédant du revenu de son pupille sur sa dépense (art. 455 et 456). Au contraire le mineur émancipé peut disposer comme il l'entend des économies qu'il réalise sur ses revenus, car ces économies lui appartiennent.

**956.** Le mineur émancipé, qui a accompli des actes de pure administration n'est pas, dit l'article 481, « restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même », c'est-à-dire qu'il ne peut pas demander la nullité de ces actes en se fondant sur ce qu'ils lui ont causé un préjudice. Faut-il dire alors que le mineur émancipé doit être complètement assimilé à un majeur relativement aux actes de pure administration ? Quelques auteurs emploient cette formule, mais il est permis de croire qu'ils n'en ont pas bien mesuré la portée. En effet, les engagements contractés par le mineur émancipé dans les limites de son droit de pure administration sont, sous certaines conditions, susceptibles d'être réduits quand ils sont excessifs (*infra*, art. 483). Ce secours au contraire n'est jamais accordé au majeur.

## II. Actes pour lesquels l'assistance du curateur est nécessaire et suffisante.

**957.** Le mineur émancipé peut avec la seule assistance de son curateur : 1° recevoir son compte de tutelle (voy. art. 480); 2° intenter une action immobilière ou y défendre; 3° recevoir un capital mobilier et en donner décharge; 4° intenter une action en partage; 5° accepter une donation; 6° aliéner, mais dans certains cas seulement, ses meubles incorporels, quelle que soit leur valeur.

Passons en revue ces différents actes :

1° Recevoir son compte de tutelle (art. 480). On a prétendu tout à fait sans fondement que le mineur émancipé avait besoin pour cet acte de l'autorisation du conseil de famille. La loi n'exige que l'assistance du curateur.

2° Intenter une action immobilière ou y défendre : « *Il ne pourra* » intenter une action immobilière, ni y défendre, même recevoir et donner

» *décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de son curateur, qui, au dernier cas, surveillera l'emploi du capital reçu* » (art. 482).

En ce qui concerne les actions immobilières, il faut noter une double différence entre les pouvoirs du mineur émancipé et ceux du tuteur. D'une part, pour intenter une action immobilière au nom de son pupille, le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille (art. 464) ; au contraire, cette autorisation n'est pas nécessaire au mineur émancipé : l'assistance de son curateur lui suffit. D'autre part, le tuteur peut défendre seul à une action immobilière (art. 464) ; au contraire, le mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur pour la défense comme pour l'attaque.

La loi ne parlant dans l'article 482 que des actions immobilières, on en conclut par un argument *a contrario* que le mineur émancipé peut intenter seul une action mobilière ou y défendre. Encore une application tacitement faite par notre législateur de la maxime *Res mobilis, res vilis*.

Il y a même des actions immobilières que le mineur émancipé pourrait intenter sans l'assistance de son curateur : ce sont les actions possessoires ; elles constituent des actes conservatoires, et rentrent à ce titre dans la catégorie des actes que le mineur émancipé peut faire seul.

Le mineur émancipé pourrait-il, avec la seule assistance de son curateur, acquiescer à une demande immobilière ? On enseigne généralement qu'il lui faudrait en outre l'autorisation du conseil de famille. L'article 484 est formel : il établit cette règle que, pour tous les actes autres que ceux de pure administration, le mineur émancipé doit observer les formes prescrites au mineur non émancipé. Il n'y a d'exceptions à cette règle que celles qui résultent d'un texte. Or l'article 482 en établit une en ce qui concerne l'exercice actif ou passif des actions immobilières, mais ni lui ni aucun autre n'en formule en ce qui concerne l'acquiescement à une demande de cette nature. Donc ce cas reste soumis à la règle établie par l'article 464.

3° Recevoir un capital mobilier, par exemple un capital en argent, et en donner décharge (art. 482). Toucher un capital mobilier et en donner décharge est aux yeux de la loi un acte d'administration, mais non un acte de pure administration : voilà pourquoi elle exige ici l'assistance du curateur. Et pour donner plus d'efficacité à cette mesure de protection, elle oblige le curateur à surveiller l'emploi du capital reçu.

Cette surveillance paraît impossible ; car une fois que le mineur tiendra l'argent, comment le curateur pourra-t-il le forcer à l'employer utilement ? Tout ce qu'il pourra faire évidemment, c'est de donner à ce sujet des conseils au mineur, et, s'ils ne sont pas suivis, de constater qu'il a été fait un mauvais emploi. Il faut pourtant trouver un moyen direct ou indirect pour permettre au curateur de remplir la mission dont il est investi ; autrement la mesure de protection établie par la loi deviendrait illusoire. Aussi admet-on que le curateur peut subordonner son assistance à la condition qu'il sera fait immédiatement tel emploi des fonds touchés par le mineur, ou qu'ils seront déposés en un lieu déterminé, par exemple chez tel notaire ou à la caisse des dépôts et consignations, jusqu'à ce qu'on ait trouvé un emploi avantageux.

Le curateur pourrait être déclaré responsable, s'il ne remplissait pas convenable-

ment la mission de surveillance dont la loi l'investit; mais en aucun cas les tiers qui se seraient libérés entre les mains du mineur assisté de son curateur, ne pourraient être inquiétés si le mineur faisait mauvais emploi des fonds (arg., art. 6 *in fine* de la loi du 27 février 1880).

4° Intenter une action en partage ou y défendre. L'article 840 Pr. est formel à cet égard; sa disposition doit l'emporter comme étant de date plus récente sur celle des articles 484 et 465 combinés, qui paraissent exiger en outre l'autorisation du conseil de famille.

5° Accepter une donation (art. 935, al. 2).

6° Aliéner les meubles incorporels quelle que soit leur valeur. C'est ce qui résulte par argument de l'article 482 qui déclare l'assistance du curateur nécessaire et suffisante pour la réception d'un capital mobilier; or l'aliénation d'un meuble incorporel conduit à la réception d'un capital mobilier. Toutefois cela n'est vrai que relativement au mineur qui a été émancipé expressément pendant le mariage de ses père et mère ou tacitement par son propre mariage. Le mineur émancipé expressément au cours de la tutelle ne pourrait aliéner ses meubles incorporels qu'en remplissant les formalités prescrites au mineur non émancipé. Voyez art. 4 et 12 de la loi du 27 février 1880 et *infra*, n° 962.

**958.** D'après l'opinion générale, le mineur émancipé, qui ne peut obtenir de son curateur l'assistance dont il a besoin pour accomplir un acte, aurait le droit de se pourvoir contre le refus de celui-ci. Devant quelle autorité? Les uns disent devant le conseil de famille; les autres devant la justice. En supposant que le recours doive être admis, il paraîtrait plus juridique d'en rendre juge le tribunal; car le conseil de famille n'a qu'une juridiction d'exception, et nous ne voyons pas qu'aucun texte le déclare ici compétent. Mais l'existence même du droit de recours est fort douteuse, car il n'y a pas de loi qui l'établisse.

### III. *Actes pour lesquels le mineur émancipé est assimilé au mineur en tutelle.*

**959.** Il y a des actes qui sont interdits au mineur émancipé comme au mineur non émancipé et à son tuteur. Il y en a d'autres que le mineur émancipé peut accomplir, mais dont la validité est soumise à l'observation des formes prescrites au mineur non émancipé.

#### A. *Actes interdits au mineur émancipé.*

**960.** Les actes interdits au mineur émancipé sont :

1° La donation entre-vifs (art. 903).

2° Le testament, si le mineur a moins de seize ans (art. 904).

3° Le compromis (arg., art. 1004 et 83-6° du C. Pr. combinés).

Malgré la généralité de ces textes, et, bien que les motifs qui les ont fait édicter paraissent exister dans tous les cas, la plupart des auteurs décident, à tort croyons-nous, que le mineur émancipé peut compromettre relativement aux actes de pure administration.

#### B. *Actes pour lesquels le mineur émancipé est soumis aux mêmes conditions et formalités que le mineur en tutelle.*

**961.** On peut dire d'une manière générale que cette catégorie

comprend tous les actes qui ne figurent pas dans les précédentes. Cette formule paraît plus exacte que celle de l'article 484, al. 1 où on lit : « *Il ne pourra non plus vendre ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé* ».

*Ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration.* C'est trop dire; car il y a des actes qui ne sont pas de pure administration, tels que la réception d'un capital mobilier et l'exercice d'une action immobilière (art. 482), pour lesquels l'assistance du curateur est suffisante.

D'un autre côté, pour tous les actes auxquels s'applique notre article, ce ne sont pas seulement les « *formes prescrites au mineur non émancipé* » qui doivent être observées, mais aussi les *conditions*; ainsi la vente des immeubles ne pourra être autorisée que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident.

L'observation de ces formes et conditions suffit. Il n'est pas nécessaire en outre que le mineur émancipé soit assisté de son curateur. D'après la rédaction primitive de l'article 484 al., 1., telle qu'elle avait été proposée par le Tribunat, cette assistance était nécessaire. Mais la disposition du projet a été modifiée sur ce point par la suppression des mots « sans l'assistance du curateur » qu'on ne retrouve plus dans le texte définitif de la loi.

**962.** Voici maintenant l'énumération des actes auxquels s'applique le principe posé par notre article.

1° L'acceptation ou la répudiation d'une succession (art. 461).

2° L'acquiescement à une demande immobilière (art. 464).

Pour ces deux premiers actes l'autorisation du conseil de famille est nécessaire et suffisante. Pour ceux dont l'énumération va suivre il faut en outre l'homologation du tribunal et quelquefois certaines formalités particulières, comme l'avis de trois jurisconsultes pour le cas de la transaction.

3° L'emprunt. « *Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunts, sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi* » (art. 483).

L'emprunt ne pourrait être autorisé que pour cause d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident (arg., art. 457 et 484, al. 1). On a soutenu sans aucun fondement que cette condition n'était pas nécessaire, l'article 483 ne l'exigeant pas, à la différence de l'article 457. Il suffit de remarquer, pour ruiner cet argument, que le principe consacré par l'article 484, al. 1., qui assimile le mineur émancipé au mineur non émancipé pour tous les actes autres que ceux de pure administration, ne figurait pas dans le projet; il y a été introduit sur la demande du Tribunat. Le principe une fois admis, l'article 483 devenait inutile, et on aurait dû le supprimer: c'est par inadvertance qu'on l'a laissé subsister, et l'argument qu'on peut tirer de ses termes perd ainsi toute sa valeur. D'ailleurs la différence que l'on prétend établir entre l'emprunt contracté par un mineur émancipé et celui contracté par un mineur non émancipé n'aurait aucune raison d'être.

4° L'aliénation des immeubles. Voyez art. 457 et s.

5° L'hypothèque. Voyez art. 457 et 458.

6° La transaction. Voyez art. 467.

\* On admet cependant en général que le mineur émancipé pourrait transiger seul relativement aux actes de pure administration. Bigot-Préameneu l'a dit positivement dans l'exposé des motifs du titre *des Transactions*, et, ce qui vaut bien mieux encore, l'article 2045 accorde le droit de transiger à celui qui a la capacité de disposer des objets compris dans la transaction; or telle est la situation du mineur émancipé en ce qui concerne les actes de pure administration. M. Laurent qui soutient l'opinion contraire (tome V n° 235), ne comprend pas qu'on puisse reconnaître au mineur émancipé le droit de transiger relativement à un acte de pure administration, alors que ce droit est très-certainement refusé au tuteur, dont les pouvoirs comme administrateur sont cependant plus étendus. Il y en a pourtant une raison bien simple : c'est que le mineur émancipé a la libre disposition de ses revenus (*supra*, n° 955), tandis que le tuteur n'a pas la libre disposition des revenus du mineur non émancipé. On comprend donc que le mineur émancipé puisse faire une transaction qui ne menace en définitive que son revenu, tandis qu'on refuse ce droit au tuteur.

7° Enfin le mineur émancipé est assimilé au mineur non émancipé en ce qui concerne l'aliénation des meubles incorporels.

Les formes à remplir consistent, on le sait, dans l'autorisation du conseil de famille, qui doit être homologuée par le tribunal, si la valeur des meubles incorporels à aliéner est supérieure à 1,500 francs en capital.

Et toutefois, il y a lieu de faire à cet égard certaines distinctions qui résultent de l'article 4 de la loi du 27 février 1880 ainsi conçu : « *Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même assisté de son curateur, devra observer pour l'aliénation de ses meubles incorporels les formes ci-dessus prescrites à l'égard du mineur non émancipé. — Cette disposition ne s'applique pas au mineur émancipé par le mariage.* »

*Même assisté de son curateur.* La loi entend-elle dire par là que le mineur émancipé qui veut aliéner des meubles incorporels devra, outre les formes prescrites au mineur non émancipé, être assisté de son curateur? On n'en verrait aucune raison, puisque, dans les autres cas où le mineur émancipé est assimilé, en ce qui concerne les conditions et formes à remplir, au mineur non émancipé, l'assistance de son curateur n'est pas requise. On doit donc entendre que l'assistance du curateur ne dispense pas ici le mineur émancipé de remplir les conditions et formes prescrites au mineur non émancipé, mais non qu'elle vient s'ajouter comme surcroît à ces formes.

Maintenant notre article parle du mineur émancipé « au cours de la tutelle. » Il est donc inapplicable au mineur émancipé pendant le mariage de ses père et mère. Cela résulte d'ailleurs de la manière la plus formelle des travaux préparatoires de la loi. Cette restriction peut se justifier à demi tant que le père et la mère vivent; mais quand le ma-

riage est dissous on ne voit plus sa raison d'être. Elle subsiste cependant même alors, car les termes de la loi sont absolus.

L'article 4 est inapplicable également au mineur émancipé par le mariage; l'alinéa final le dit positivement.

Cela posé, quelle va être, au point de vue de l'aliénation des meubles incorporels, la situation des mineurs émancipés, soit pendant le mariage de leur père et mère, soit par leur propre mariage? La loi nouvelle ne leur étant pas applicable, leur situation semble, au premier abord, être restée sur ce point ce qu'elle était avant la loi nouvelle. Quelle était cette situation? En ce qui concerne les rentes sur l'État, le mineur émancipé avait besoin de l'autorisation du conseil de famille pour les aliéner, lorsque la totalité des inscriptions qui lui appartenaient excédait cinquante francs de revenu (loi du 24 mars 1806, art. 2). La même autorisation lui était nécessaire pour l'aliénation d'actions de la Banque de France, lorsqu'il était propriétaire de plusieurs actions ou de plusieurs coupons représentant dans leur ensemble plus d'une action entière (décret du 25 septembre 1813). Pour l'aliénation de tous autres meubles incorporels, l'assistance du curateur était nécessaire et suffisante (arg., art. 482).

Tel était le Droit antérieur à la loi du 27 février 1880; ce Droit subsiste-t-il en ce qui concerne les mineurs émancipés auxquels ne s'applique pas l'article 4? Pas tout à fait, car l'article 12 de la loi nouvelle abroge la loi du 24 mars 1806 et le décret du 25 septembre 1813. Que reste-t-il donc? C'est qu'aujourd'hui les mineurs émancipés dont il s'agit peuvent aliéner tous leurs meubles incorporels, quelle qu'en soit la valeur, avec la simple assistance de leur curateur. Les travaux préparatoires de la loi confirment pleinement cette interprétation, qui cependant, au point de vue pratique, est bien peu satisfaisante. On dirait en vérité que le législateur n'y a pas songé!

### § III. *Comment l'émancipation prend fin.*

**963.** L'émancipation prend fin par la mort du mineur, par sa majorité et par la révocation de l'émancipation. Nous n'avons rien de particulier à dire en ce qui concerne les deux premières causes, mais il est nécessaire d'entrer dans quelques développements relativement à la troisième.

**964.** Le mineur émancipé, on s'en souvient, a capacité pleine et entière en ce qui regarde les actes de pure administration (art. 481) La loi, l'assimilant sur ce point à un majeur, ne lui accorde pas le secours de la *restitution*, c'est-à-dire de la rescision pour cause de lésion, contre les obligations qu'il a contractées en se renfermant dans les limites de son droit d'administration (art. 481); mais elle l'autorise dans certains cas et sous certaines conditions à en obtenir la réduction, privilège qui est toujours refusé au majeur.

Nous lisons à ce sujet dans l'article 484 al. 2 : « *A l'égard des obligations* » *qu'il aurait contractées par voie d'achats ou autrement, elles seront ré-* » *ductibles en cas d'excès : les tribunaux prendront, à ce sujet, en considé-*

» *ration la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes*  
 » *qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses.* »

Quelles sont au juste les obligations que notre article déclare réductibles en cas d'excès? « Il s'agit », dit Valette, « de toute opération qui peut *induire le mineur en dépense*, et qui, si elle eût été modérée, aurait été parfaitement régulière comme acte d'administration ». Notre article serait donc inapplicable aux actes qui n'induisent pas le mineur en dépense, bien qu'ils lui occasionnent un préjudice, comme la vente à trop bas prix d'une récolte ou la location d'une maison à des conditions désavantageuses.

Les obligations, qui peuvent être l'objet de la réduction, auront le plus souvent été contractées par voie d'achat. On peut citer comme exemple le cas où le mineur aurait acheté à crédit un mobilier somptueux, des chevaux de luxe, des équipages, alors que sa situation de fortune ne comportait pas ces acquisitions. Mais la réduction peut aussi atteindre d'autres obligations, car la loi parle d'obligations contractées par voie d'achats *ou autrement*. Tel serait le cas où le mineur aurait loué pour l'habiter un appartement d'un prix exagéré eu égard à sa situation de fortune, ou commandé des constructions importantes.

Il appartient aux tribunaux d'apprécier s'il y a excès dans les obligations contractées par le mineur. Sur quelles bases feront-ils cette appréciation? Ils prendront d'abord en considération la fortune du mineur, car tout est essentiellement relatif en ces matières; telle dépense qui est modérée pour un homme riche sera souvent excessive pour celui dont les ressources sont modiques. Les juges devront faire entrer aussi en ligne de compte l'utilité ou l'inutilité des dépenses. Enfin ils devront avoir égard à la bonne ou à la mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec le mineur; on devra donc, toutes choses égales d'ailleurs, traiter un fournisseur de mauvaise foi plus rigoureusement qu'un fournisseur de bonne foi. Le fournisseur sera de mauvaise foi, lorsque, connaissant la fortune du mineur, il aura pu facilement juger que la dépense était excessive.

**965.** L'action en réduction autorisée par l'article 484 a été introduite en faveur du mineur et ne compète qu'à lui. Elle ne pourrait donc pas être exercée en son lieu et place par son curateur, ni par son père ou par sa mère ou par le conseil de famille: pour qu'ils eussent ce droit, une disposition expresse de la loi serait nécessaire.

Le mineur perdrait le bénéfice de l'action en réduction, s'il avait usé de dol pour se faire croire majeur (arg., art. 1310).

**966.** Le mineur émancipé, qui contracte des obligations excessives, abuse de l'émancipation; il mérite donc d'être privé d'une faveur dont il se montre indigne. Et toutefois l'émancipation ne peut lui être retirée

qu'autant que, sur sa demande, les obligations par lui contractées ont été jugées excessives et réduites comme telles. C'est ce que dit en substance l'article 485 : « *Tout mineur émancipé dont les engagements auraient été réduits en vertu de l'article précédent, pourra être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer.* »

La plupart des auteurs admettent que l'émancipation peut être retirée au mineur, par cela seul que ses engagements ont été jugés excessifs, alors même que le tribunal aurait cru ne pas devoir en prononcer la réduction, eu égard à la bonne foi des tiers qui ont contracté avec lui. Logiquement, dit-on, la cause de la révocation existe, quand les engagements du mineur sont jugés excessifs; il importe peu que, par suite d'une circonstance indépendante de sa personne, ces engagements soient maintenus. — Cette solution est certainement la meilleure au point de vue théorique. Mais là n'est pas la question : il s'agit de savoir si le législateur l'a consacrée. Or elle est bien difficile à admettre en présence des termes de l'article 485, qui fait de la réduction des engagements excessifs contractés par le mineur une condition du retrait de l'émancipation (arg. des mots : *Tout mineur émancipé dont les engagements auraient été réduits...*)

\* 967. La révocation de l'émancipation étant subordonnée à la réduction des engagements excessifs contractés par le mineur, et cette réduction ne pouvant être prononcée que sur sa demande (*supra*, n° 965), on doit en conclure que, s'il ne la réclame pas, l'émancipation ne pourra pas lui être retirée. La loi rend donc en quelque sorte l'enfant juge en sa propre cause, puisqu'elle lui fournit un moyen fort simple d'échapper à la déchéance dont elle le menace. Cela n'est pas sans inconvénients; car le mineur pourra ainsi conserver indéfiniment une capacité, dont on doit craindre qu'il n'abuse dans l'avenir, puisqu'il en a déjà abusé dans le passé. On peut à juste titre accuser le législateur d'avoir sur ce point manqué de prévoyance; mais ce n'est pas une raison pour réformer son œuvre, comme nous paraissent le faire certains auteurs, qui, pour accorder au mineur une protection plus efficace, autorisent les personnes appelées le cas échéant à révoquer l'émancipation, c'est-à-dire le père, la mère ou le conseil de famille, à demander la réduction des engagements excessifs du mineur, pour parvenir après qu'elle aura été prononcée au retrait de l'émancipation.

D'un autre côté, la loi n'autorisant la révocation de l'émancipation que dans le cas où les engagements du mineur ont été réduits comme excessifs, on doit en conclure que la révocation ne pourrait pas avoir lieu pour cause d'inconduite du mineur, ou sur ce fondement qu'il aurait commis des fautes dans sa gestion. Tout est de droit étroit en notre matière comme en toutes celles qui touchent à la capacité.

968. Par qui et en quelles formes l'émancipation sera-t-elle retirée au mineur, dont les engagements ont été réduits par application de l'article 384? La loi répond que l'émancipation sera « retirée dans les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer ». Prise à la lettre, cette formule conduirait souvent à des impossibilités. Ainsi la mère, qui a conféré l'émancipation au mineur, est morte depuis cette époque; il est clair que désormais l'émancipation ne peut plus être retirée au mineur dans la forme où elle lui a été conférée. La loi a voulu dire que les formes à suivre pour retirer l'émancipation à un mineur

sont les mêmes que celles qu'il y aurait lieu de remplir s'il s'agissait actuellement de la lui conférer. Dans l'espèce qui vient d'être proposée, le retrait de l'émancipation sera opérée par le conseil de famille dans la forme prescrite par l'article 478.

Malgré la généralité de ses termes, l'article 485 paraît inapplicable à l'émancipation résultant du mariage (art. 476). La qualité de mineur en tutelle a été regardée par le législateur comme incompatible avec celle d'époux ou de père ; l'émancipation résultant du mariage doit donc être irrévocable. D'ailleurs les termes de l'article 485 *in fine* prouvent bien que le législateur ne songeait pas ici à l'émancipation tacite, car il dit que l'émancipation « sera retirée en suivant *les mêmes formes* que celles qui ont eu lieu pour la conférer » ; or l'émancipation tacite n'est soumise à aucune forme, puisqu'elle résulte de plein droit du fait du mariage.

Les raisons, qui viennent d'être déduites, doivent même conduire à décider que l'émancipation résultant du mariage continuerait à être irrévocable après sa dissolution ; et cela sans qu'il y ait à distinguer s'il en reste ou non des enfants.

**969. Effets du retrait de l'émancipation.** — « *Dès le jour où l'émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en tutelle et y restera jusqu'à sa majorité accomplie* » (art. 486). Le mineur ne pourra donc pas être émancipé de nouveau : on s'en tient à la première expérience ; il pourrait être dangereux d'en tenter une deuxième.

Et toutefois la règle recevrait exception au cas où le mineur dont l'émancipation a été révoquée se marierait. Ainsi qu'on vient de le voir, l'état de mineur en tutelle est incompatible avec celui d'époux ou de père. D'ailleurs l'article 476 dit dans les termes les plus absolus, que le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

La révocation de l'émancipation n'aura pas toujours pour résultat de faire rentrer le mineur en tutelle, comme le dit l'article 486. Si les père et mère du mineur sont vivants au moment du retrait de l'émancipation, le mineur rentrera *sous puissance paternelle* ; car il ne peut être question de tutelle, tant que le mariage dure (*supra*, n° 830). D'autre part, si, les père et mère du mineur étant vivants lors de l'émancipation, l'un d'eux est décédé à l'époque où elle est retirée, le mineur ne *rentrera* pas en tutelle, puisqu'il n'y a jamais été ; mais il y *entrera*.

Maintenant d'après quelles règles sera déférée la tutelle du mineur dont l'émancipation est révoquée ? On a soutenu que le mineur retombe de plein droit sous l'autorité du tuteur qu'il avait lors de l'émancipation. Cette solution serait acceptable, si la loi disait que l'ancienne tutelle revit ; mais elle dit seulement, ce qui est tout à fait différent, que le mineur *rentre en tutelle*, c'est-à-dire que la tutelle s'ouvre de nouveau pour lui. Il y a d'ailleurs des cas dans lesquels on ne peut songer à faire revivre l'ancienne tutelle, par exemple si le tuteur est mort. Que conclure de tout cela ? C'est que la tutelle, qui s'ouvre ou qui se rouvre pour le mineur, sera déférée d'après les règles du Droit commun : donc au survivant des père et mère tout d'abord, à son défaut aux ascendants les plus proches, et enfin à défaut de ceux-ci à un tuteur nommé par le conseil de famille.

**970.** Aux termes de l'article 487 : « *Le mineur émancipé qui fait un commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce* ». Les développements que comporte cette matière appartiennent au Droit commercial. Nous nous bornerons à y renvoyer (art. 2, 3, 6, Co.)

## APPENDICE

## DE LA TUTELLE DES ENFANTS NATURELS

**971.** Le Code civil est resté muet en ce qui concerne la tutelle des enfants naturels, et il résulte des travaux préparatoires que ce silence n'est pas dû à un oubli. Il y a donc lacune sur ce point dans notre loi civile, et la combler n'est pas chose facile.

La doctrine admet en général les deux propositions suivantes :

1<sup>o</sup> L'article 389, qui organise l'administration légale au profit du père sur les biens de son enfant mineur, n'est pas applicable aux enfants naturels (argument des mots *pendant le mariage*).

2<sup>o</sup> En droit la tutelle des enfants naturels s'ouvre dès leur naissance ; en fait, il y a lieu de l'organiser dès qu'ils ont des biens.

La difficulté est de savoir comment.

Une loi du 15 pluviôse an XIII défère aux commissions administratives des hospices la tutelle des enfants admis dans ces établissements à quelque titre que ce soit.

Mais cette loi ni aucune autre ne s'occupe de la tutelle des autres enfants naturels. D'après quelles règles sera-t-elle déferée ? Il y a sur ce point une grande divergence de vues. Voici la solution à laquelle nous nous arrêtons.

Le Code civil reconnaît quatre espèces de tutelle.

1<sup>o</sup> La tutelle légitime du survivant des père et mère. L'article 390 qui l'organise n'est écrit qu'en vue des enfants légitimes (arg. des mots *après la dissolution du mariage*) ; il paraît donc difficile de l'appliquer aux enfants naturels, car il ne peut y avoir de tutelle légale sans loi, et nous n'avons ici de loi que pour les enfants légitimes.

2<sup>o</sup> La tutelle déferée par le dernier mourant des père et mère. Si l'on reconnaît que le survivant des père et mère de l'enfant naturel n'est pas de droit son tuteur, il faut admettre qu'il ne peut pas déferer la tutelle de cet enfant ; car le droit de déferer une tutelle est une conséquence de l'investiture de cette tutelle.

3<sup>o</sup> La tutelle légitime des ascendants. L'enfant naturel n'ayant pas au point de vue légal d'ascendants, il ne peut être question pour lui de cette tutelle.

4<sup>o</sup> Il reste la tutelle déferée par le conseil de famille. Beaucoup d'auteurs pensent que c'est toujours par cette assemblée que devra être nommé le tuteur de l'enfant naturel mineur. Mais comment composer un conseil de famille à un enfant qui n'a pas de famille ? On ne pourrait y parvenir qu'en adoptant comme règle générale pour la formation de l'assemblée, qui serait alors très-improprement appelée conseil de famille, un mode de procéder, que l'article 409 nous présente comme tout-à-fait exceptionnel, et qui consisterait à y faire entrer des personnes connues pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur. D'un autre côté, il faut forcer le sens de l'article 405, qui dit dans quels cas il y a lieu à la nomination du tuteur par le conseil de famille, pour le considérer comme applicable aux enfants naturels. Si on admet que le conseil de famille n'a pas qualité pour nommer le tuteur de l'enfant naturel, on ne voit guère que le tribunal de première instance qui pourrait être chargé de cette mission.

## TITRE XI

**De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire.**

## CHAPITRE I

## DE LA MAJORITÉ

**972.** « *La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre du Mariage.* »

Notre ancien Droit prolongeait plus longtemps la minorité : en pays de Droit écrit et dans la plupart des pays de coutume, la majorité n'avait lieu qu'à l'âge de vingt-cinq ans. La disposition de notre article, qui fixe la majorité à vingt-un ans accomplis, a été empruntée à la loi 20 septembre 1792.

Le mineur, au moins quand il n'est pas émancipé, est frappé d'une incapacité générale. Au contraire le majeur jouit d'une capacité complète. Il y a donc une grande importance à déterminer le moment précis où s'opère cette transformation, c'est-à-dire le moment précis où les vingt-un ans sont accomplis. Or il y a sur ce point quelques difficultés.

Il s'agit de savoir si le délai de la majorité se calcule par jours, *de die ad diem*, ou par heures, *de momento ad momentum*. Un individu est né le 15 janvier 1870 à midi; sera-t-il majeur et par suite capable le 15 janvier 1891 à midi, ou seulement à la fin de ce jour, par conséquent le 16 janvier 1891 à minuit? Les Romains comptaient le délai de la majorité par heures, *de momento ad momentum*, et tel paraît bien être aussi le mode de calcul adopté par notre législateur. En effet l'article 57 fait figurer l'heure de la naissance parmi les énonciations que doit contenir l'acte de naissance; or dans quel but cette indication aurait-elle été exigée, si ce n'est dans celui de servir de base au calcul du délai de la majorité? On n'a pas beaucoup affaibli cet argument, en disant que l'indication de l'heure de la naissance sert à résoudre la question de savoir quel est l'aîné de deux enfants jumeaux. Qu'elle puisse avoir cette utilité, soit; mais qu'elle ait été exigée uniquement en vue de ce cas exceptionnel, voilà ce qu'il paraît bien difficile d'admettre; d'autant plus que la question de savoir quel est l'aîné de deux jumeaux présente peu d'importance sous le Code civil.

\* Ceux qui pensent que le délai de la majorité doit être calculé par jours et non par heures, opposent que « la minorité est une cause de suspension de la prescription (art. 2252), et que la prescription se compte, non point d'heure à heure, mais de jour à jour (art. 2260). Or, si la majorité se calculait *de momento ad momentum*, on serait forcé d'introduire ce mode de calcul là où la loi l'écarte expressément. » La réponse est facile. Le calcul de la prescription devant se faire par jour et non par heures, la prescription sera suspendue au profit du mineur pendant toute la durée du jour où s'est accomplie sa majorité; il sera donc, au point de vue de la prescription,

réputé mineur pendant toute la durée de ce jour : ce qui n'empêche pas qu'à tous les autres points de vue, il devra être considéré comme majeur à dater du moment où le calcul par heures lui a donné vingt-un ans accomplis. On objecte enfin les difficultés pratiques auxquelles peut donner lieu le calcul par heures, *de momento ad momentum*. Mais ne voyons-nous pas que, de l'avis de tous, l'incapacité de la femme mariée a pour point de départ le moment même de la célébration du mariage ? et cependant une difficulté semblable peut se produire pour préciser ce moment, une difficulté plus grave même, car ordinairement l'acte de mariage ne fournira aucun renseignement sur l'heure de la célébration, la loi n'exigeant pas cette indication, tandis que l'acte de naissance, s'il a été rédigé conformément aux prescriptions de la loi (art. 37), ce qui arrivera le plus souvent, contiendra l'indication de l'heure de la naissance.

**973.** Après avoir formulé ce principe que le majeur « est capable de tous les actes de la vie civile », la loi ajoute : « sauf la restriction portée au titre du mariage ». Ces mots font allusion à l'obligation que la loi impose aux fils de famille même majeurs, qui veulent contracter mariage, d'obtenir le consentement ou de requérir tout au moins le conseil de leurs ascendants (voyez articles 148 et s.). Il existe, en ce qui regarde l'adoption, une restriction du même genre, que notre article a oublié de mentionner (voy. art. 346), et deux autres beaucoup plus graves, résultant de l'interdiction et de la nomination d'un conseil judiciaire, dont la loi va s'occuper dans les chapitres II et III. Envisageons-les d'un rapide coup d'œil avant d'entrer dans les détails.

Quand la loi dit que le majeur est capable de tous les actes civils, elle suppose un majeur jouissant des lumières de la raison ; car les actes civils ne sont que des manifestations de la raison humaine. La désorganisation plus ou moins complète des facultés intellectuelles doit donc nécessairement influencer sur la capacité du majeur. Dans quelle mesure ? Théoriquement, chaque acte civil accompli par un individu dont les facultés mentales sont altérées devrait donner lieu à un examen spécial ; d'après le résultat de cet examen, l'acte devrait être annulé ou maintenu suivant les cas. Il y a en effet des nuances infinies dans l'altération des facultés intellectuelles, depuis le simple d'esprit jusqu'au fou furieux ; et d'un autre côté, chez un même sujet, l'état mental comporte des variantes : ainsi il y a des fous qui ont des intervalles lucides. Mais en pratique, ce système aurait donné lieu à une foule de procès très-difficiles à juger ; comment en effet le juge, chargé de statuer sur la validité d'un acte, pourra-t-il se renseigner exactement sur l'état mental de son auteur à l'époque où cet acte a été accompli ? D'un autre côté, ce système n'aurait pas procuré une protection suffisante à l'insensé ; car, dans le doute, le juge aurait maintenu un grand nombre d'actes préjudiciables pour lui.

Voici le parti auquel s'est arrêté notre législateur :

Proportionnant l'énergie du remède à la gravité du mal, il a organisé pour les personnes, dont les facultés mentales sont atteintes, deux régi-

mes distincts, dont il permet ou ordonne suivant les cas l'application : l'interdiction et la soumission à l'autorité d'un conseil judiciaire. On interdit les fous ; on nomme un conseil judiciaire aux faibles d'esprit et aux prodigues. L'interdiction rend celui qui en est frappé incapable d'accomplir tous les actes civils ; on le met en tutelle comme un mineur ; tous les actes qu'il passe pendant qu'il est sous le coup de l'interdiction sont *nuls de droit*. L'incapacité de celui qui est soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire est beaucoup moins étendue : elle s'applique seulement à certains actes déterminés limitativement par la loi ; pour ces actes l'assistance du conseil est nécessaire, pour les autres la personne munie d'un conseil judiciaire conserve une capacité pleine et entière.

Notre législateur s'est complètement écarté dans cette matière des traditions du Droit romain. A Rome, on n'interdisait pas les fous ; on leur nommait seulement un curateur chargé d'accomplir pour eux les actes civils qu'ils ne pouvaient pas accomplir personnellement. Au contraire on interdisait les prodigues qui, sans cette mesure auraient conservé la capacité de contracter, et en auraient usé pour se ruiner. Ce système présente des vices qui devaient le faire rejeter. En laissant les fous soumis au Droit commun, on fait naître dans la pratique, ainsi qu'on vient de le voir, beaucoup de difficultés relativement à la validité des actes qu'ils accomplissent. D'un autre côté, en interdisant les prodigues on dépasse la juste mesure ; car l'infirmité dont ils sont atteints ne les rend pas par sa nature incapables de tous les actes civils. Il y a seulement un côté faible chez le prodigue : il ne connaît pas la valeur de l'argent et le dépense trop facilement ; il suffit donc de le déclarer incapable d'accomplir les actes qui pourraient favoriser ce penchant.

## CHAPITRE II

### DE L'INTERDICTION

**974.** Il existe deux sortes d'interdiction :

1° *L'interdiction légale*, qui résulte de plein droit de la condamnation à certaines peines. Nous en avons déjà parlé (*supra*, nos 193 et s.).

2° *L'interdiction judiciaire*, qui est prononcée contre les personnes atteintes d'aliénation mentale.

A la différence de l'interdiction légale, qui est une peine, l'interdiction judiciaire n'est qu'une mesure de protection. La première a pour cause l'infamie du condamné ; la deuxième, l'état mental de celui qui en est frappé : l'une atteint un criminel, l'autre un *innocent*.

Notre chapitre ne s'occupe que de l'interdiction judiciaire. On peut la définir : l'état d'une personne, qui est privée par décision judiciaire de l'exercice de ses droits civils, pour cause d'aliénation mentale (arg., art. 502 et 512). On *interdit* au fou l'exercice de ses droits civils, d'où le nom *d'interdiction*.

L'interdiction est une mesure infiniment grave! Aussi le législateur a-t-il voulu qu'elle ne pût être prononcée qu'en grande connaissance de cause. Il a tout réglé en cette matière avec un soin minutieux : les causes de l'interdiction, les personnes qui peuvent la provoquer, la procédure à suivre pour y parvenir, les effets de l'interdiction et la mainlevée qui peut en être obtenue. Nous allons étudier successivement ces divers points.

#### N° 1. Des causes de l'interdiction.

**975.** « *Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides* » (art. 489).

En réalité, il n'y a qu'une seule cause d'interdiction : l'aliénation mentale, dont l'*imbécillité*, la *démence* et la *fureur* ne sont que des variantes. Tous les auteurs citent, pour expliquer le sens de ces expressions, les paroles de l'orateur du Gouvernement au Corps législatif : « L'imbécillité est une faiblesse d'esprit causée par l'absence ou l'oblitération des idées ; la démence est une aliénation qui ôte à celui qui en est atteint l'usage de la raison ; la fureur n'est qu'une démence portée à un plus haut degré, qui pousse le furieux à des actes dangereux pour lui-même et pour les autres. » Ainsi l'imbécile n'a pas de conceptions ; celui qui est en état de démence a des conceptions dérégées, et celui qui est en état de fureur a des conceptions extravagantes, dont la réalisation pourrait offrir un danger social.

L'idée de notre législateur est très-certainement que tous les cas d'aliénation mentale sont une cause d'interdiction. Il a cru en donner un tableau complet et une nomenclature exacte en employant les expressions *imbécillité*, *démence*, *fureur* ; et il importe assez peu que les aliénistes modernes aient adopté une classification tout-à-fait différente, non seulement quant au nombre des cas d'aliénation mentale, mais aussi quant à leur dénomination ; cette circonstance ne peut évidemment rien changer au Code civil. Notre loi eût échappé aux critiques des aliénistes, si elle se fût bornée à dire, sans préciser davantage, que tout individu qui est en état d'aliénation mentale doit être interdit.

L'état d'imbécillité, de démence ou de fureur ne devient une cause d'interdiction que lorsqu'il est *habituel*. Un dérangement passager des facultés intellectuelles, dû par exemple à une violente commotion cérébrale, ne serait donc pas une cause d'interdiction. Mais il n'est pas nécessaire que l'état d'imbécillité, de démence ou de fureur soit *continuel* : la loi dit que l'interdiction doit être prononcée, « *même* lorsque cet état présente des intervalles lucides ». Il faudrait peut-être dire : « *surtout* lorsqu'il existe des intervalles lucides ». En effet, à la rigueur l'interdiction n'est pas nécessaire pour protéger les intérêts pécuniaires de l'aliéné, lorsqu'il

est privé de raison et qu'il en est privé d'une manière continue : son état le mettra le plus souvent alors dans l'impossibilité de songer à accomplir aucun acte civil; et, en supposant le contraire, qui donc voudra entrer en relations d'affaires avec lui ? puisque sa folie étant constante et notoire, on aura d'avance la certitude que les actes passés par lui ne manqueront pas, sur sa demande, d'être annulés par la justice. L'utilité de l'interdiction apparaît au contraire très-clairement pour l'aliéné qui a des intervalles lucides : ils constituent un danger pour lui, en ce sens qu'on profitera peut-être du moment où il est privé de raison pour lui faire souscrire un acte contraire à ses intérêts; puis on viendra soutenir que l'acte a été passé pendant un intervalle lucide, que par suite il est valable; et le juge, qui souvent n'aura pas la preuve du contraire, maintiendra l'acte. En frappant d'interdiction l'aliéné qui a des intervalles lucides, on le soustrait à ce danger; car tous les actes qu'il passera postérieurement à la sentence d'interdiction seront *nuls de droit*, même ceux qui auront été faits pendant un intervalle lucide.

La loi n'ayant pas défini les conditions caractéristiques de l'état d'imbécillité, de démence ou de fureur, c'est au juge du fait qu'il appartient de décider souverainement si cet état existe et s'il est habituel, sans que sa décision puisse, sur l'un ou l'autre point, encourir le contrôle de la Cour de cassation. (Cass., 17 janvier 1876., Sir., 76. 1. 302).

**976.** L'aliénation mentale est la seule cause d'interdiction. La loi n'en indique pas d'autre, et l'interprète ne peut rien ajouter à son texte, tout étant de droit étroit en cette matière où la capacité des personnes est en jeu. La vieillesse la plus avancée ne serait donc pas, par elle-même et par elle seule, une cause d'interdiction, ni l'habitude de l'ivrognerie, quelque invétérée qu'elle soit, s'il n'en résulte pas une altération des facultés intellectuelles en dehors des moments d'ivresse. A plus forte raison en est-il de même des infirmités corporelles. Ainsi notamment il n'y aurait pas lieu d'interdire un individu, qui n'est atteint que d'une paralysie de la langue le mettant dans l'impossibilité de parler (Caen, 1<sup>er</sup> mai 1879, Sir., 79. 2. 336).

Un raisonnement analogue semblerait au premier abord devoir conduire à décider, qu'un mineur atteint d'aliénation mentale ne peut pas être interdit, l'article 489 ne parlant que du majeur. Mais cette solution ne saurait être admise. Il existe en effet un texte qui suppose que l'interdiction d'un mineur peut être demandée et par suite prononcée : c'est l'article 175, qui permet au tuteur ou au curateur d'un mineur de faire opposition à son mariage pour cause de démence, mais à la charge de provoquer son interdiction dans le délai qui sera fixé par le tribunal. A bien prendre d'ailleurs, l'article 489 ne contredit pas cette solution : il ne dit pas en effet que le majeur atteint d'aliénation mentale *peut* être interdit, ce qui permettrait d'en induire, par argument *a contrario*, que le mineur ne peut pas l'être; il dit que le majeur... *doit* être interdit, et tout ce qui peut résulter de là par argument *a contrario*, c'est que le mineur ne *doit* pas être interdit, mais non qu'il ne *puisse* pas l'être. Au demeurant on s'explique facilement que la loi n'ait parlé que du majeur; car ce n'est qu'exceptionnellement qu'il peut être question d'interdire un mineur, et ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit*. Nous disons que l'interdiction d'un mineur ne peut être qu'une mesure exceptionnelle. Le plus souvent en effet elle sera inutile, et ne devra pas par suite être prononcée, parce qu'elle n'ajou-

tera rien à la protection dont l'aliéné est déjà entouré en sa qualité de mineur. On en apercevrait principalement l'utilité, lorsque le mineur approche de sa majorité, et que les circonstances donnent lieu de craindre qu'il ne mette immédiatement à profit la capacité qu'il va acquérir, pour accomplir des actes susceptibles de compromettre gravement ses intérêts. Une demande en interdiction, formée aussitôt la majorité survenue, ne procurerait pas au mineur une protection suffisante; car le jugement qui prononce l'interdiction ne produit pas d'effet retroactif au jour de la demande, et l'insensé pourrait se ruiner *inter moras litis*.

## N° 2. Par qui l'interdiction peut être provoquée.

**977.** « *Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent.*  
» *Il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre* » (art. 490).

« *Dans le cas de fureur, si l'interdiction n'est provoquée ni par l'époux, ni par les parents, elle doit l'être par le procureur du Roi, qui, dans les cas d'imbécillité ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus* » (art. 491).

Ainsi peuvent ou doivent provoquer l'interdiction : 1° les parents de l'insensé; 2° son conjoint; 3° le ministère public.

1° *Les parents de l'aliéné.* — L'interdiction est une mesure de protection pour l'aliéné dont elle prévient la ruine, et pour sa famille dont elle sauvegarde le droit éventuel de succession. Les parents avaient donc un double titre pour être appelés à provoquer l'interdiction : leur intérêt personnel d'abord, et celui de l'insensé dont ils sont les protecteurs naturels.

Ni l'un ni l'autre de ces titres ne se rencontrant chez les parents au delà du douzième degré, puisque le droit de succession ne dépasse pas cette limite (art. 754), et que l'affection résultant des liens du sang ne l'atteint jamais, on doit en conclure, contrairement à l'opinion d'un auteur, que les parents au delà du douzième degré n'auraient pas qualité pour provoquer l'interdiction.

D'ailleurs, la loi n'ayant établi aucun ordre hiérarchique entre les parents, il s'ensuit qu'un parent plus éloigné peut provoquer l'interdiction malgré la présence d'un parent plus proche qui n'agit pas. D'autre part, l'échec, subi par un parent dont la demande en interdiction a été rejetée, ne fait pas obstacle à ce qu'un autre parent forme une nouvelle demande.

2° *Le conjoint.* — Les mêmes motifs, qui justifient l'intervention des parents, justifient celle du conjoint. En outre, celui-ci a intérêt à ce que les revenus des biens de l'aliéné ne soient pas détournés de leur destination, qui est de subvenir aux charges du mariage.

La femme ne pourrait user du droit que la loi lui accorde de provoquer l'interdiction de son mari atteint d'aliénation mentale qu'à la condition d'être autorisée comme de droit : la demande en interdiction est une demande judiciaire, et la règle que la femme ne peut ester en justice sans autorisation est absolue (art. 215).

L'un des conjoints conserverait le droit de demander l'interdiction de l'autre même après la séparation de corps : elle laisse subsister le titre d'époux et le droit réciproque de succession qui y est attaché par l'article 767; or le droit de succession est le principal intérêt, en vue duquel la loi accorde le droit de provoquer l'interdiction

3° *Le ministère public.*— Il résulte de l'article 491 que le procureur de la République *peut* dans certains cas, et *doit* dans d'autres provoquer l'interdiction.

Il *peut* la provoquer contre un individu en état d'imbécillité ou de démence qui n'a ni époux, ni épouse, ni parents connus.

Il *doit* la provoquer, lorsque l'aliéné est atteint de fureur et que ses parents ou son conjoint restent dans l'inaction. La raison en est que l'état du fou furieux est menaçant pour la société. L'intérêt public exige qu'il soit séquestré, et pour cela il faut préalablement le faire interdire : il le fallait du moins sous l'empire du Code civil ; mais ainsi qu'on le verra plus loin, la loi de 1838 permet aujourd'hui de faire enfermer un fou dans un établissement d'aliénés sans qu'il soit interdit, et par suite l'action obligatoire du ministère public n'a plus de raison d'être.

Telles sont les causes d'interdiction et les personnes qui peuvent la provoquer. L'énumération de la loi est essentiellement limitative sur l'un et l'autre point : tout est de droit étroit en cette matière, qui touche à l'état et à la capacité des personnes.

De là nous tirerons entre autres les deux déductions suivantes :

a). La loi ne parlant que des parents, les alliés, même les plus proches, ne pourraient en aucun cas provoquer l'interdiction. Cette exclusion s'explique d'ailleurs facilement, l'alliance ne conférant aucun droit de succession.

b). Un aliéné ne pourrait pas dans un intervalle lucide provoquer sa propre interdiction. Nous n'insisterons pas sur cette question qui présente peu d'intérêt pratique : comme le remarque plaisamment M. Laurent, il ne s'est pas encore trouvé de fou assez sage pour reconnaître sa folie.

La demande en interdiction doit être dirigée contre l'aliéné, sauf, s'il s'agit d'une femme mariée, à la faire munir de l'autorisation nécessaire (car la femme ne peut jamais ester en justice en matière civile, même comme défenderesse, sans autorisation (art. 215 et 218), et sauf, s'il s'agit d'un mineur, à le faire assister de son représentant légal (père, administrateur légal ou tuteur).

### N° 3. De la procédure à suivre sur la demande en interdiction.

**978.** Les règles relatives à la procédure à suivre sur la demande en interdiction sont contenues, partie dans le Code civil (art. 492-500), partie dans le Code de procédure civile (art. 890-897).

**Tribunal compétent.** — Aux termes de l'article 492 : « *Toute demande en interdiction sera portée devant le tribunal de première instance* ». Mais devant lequel ? Devant celui du domicile du défendeur, conformément à la règle *Actor sequitur forum rei*.

**Forme de la demande.** — La demande est introduite par une requête adressée au président du tribunal (Pr. art. 890). L'article 493 du Code civil indique ce qu'elle doit contenir : « *Les faits d'imbécillité, de*

» *démence ou de fureur seront articulés par écrit. Ceux qui poursuivront l'interdiction présenteront les témoins et les pièces* » (cpr. Pr. art. 890).

*Articulés par écrit*, c'est-à-dire cotés, indiqués article par article.

*Présenteront les témoins*; ou mieux les *indiqueront*, comme le dit l'article 890 Pr.

*Et les pièces*. Il s'agit des pièces justificatives de la demande (Pr. art. 890), telles que lettres de l'aliéné, procès-verbaux des officiers de police, etc.

Aux termes de l'article 891 Pr. : « Le président du tribunal ordonnera la communication de la requête au ministère public, et commettra un juge pour faire rapport à jour indiqué ».

**Avis de la famille.** — Après avoir entendu le rapport de ce juge et les conclusions du procureur de la République (Pr. art. 892), le tribunal doit prendre l'avis des plus proches parents du défendeur à l'interdiction réunis en assemblée de famille : c'est la meilleure source à laquelle il puisse se renseigner sur son état mental. L'article 494 dit à ce sujet : « *Le tribunal ordonnera que le conseil de famille formé selon le mode déterminé à la section IV du chapitre II du titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation, donne son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée* ».

Le conseil de famille doit exprimer son avis « sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée », mais il n'a pas à le donner sur le point de savoir si l'interdiction doit être prononcée.

Le tribunal ne peut pas prononcer l'interdiction sans prendre préalablement l'avis du conseil de famille; mais il peut au contraire fort bien rejeter la demande en interdiction *de plano*. C'est ce qu'il ne manquera pas de faire, si la demande lui paraît évidemment mal fondée, ou si elle est introduite irrégulièrement, par exemple par un allié.

L'interprétation de l'article 495, qui contient quelques règles spéciales relativement à la composition du conseil de famille chargé de donner son avis sur l'état du défendeur à l'interdiction, a donné lieu à des difficultés : « *Ceux qui auront provoqué l'interdiction, ne pourront faire partie du conseil de famille : cependant l'époux ou l'épouse et les enfants de la personne dont l'interdiction sera provoquée, pourront y être admis sans y avoir voix délibérative.* »

La loi exclut du conseil de famille ceux qui ont provoqué l'interdiction, parce qu'elle craint de ne pas trouver chez eux l'impartialité désirable. Après avoir établi cette règle, le législateur nous annonce clairement par le mot *cependant* qu'il va y apporter une exception. En quoi consiste-t-elle? En ce que le conjoint et les enfants qui auront provoqué l'interdiction pourront être admis au conseil de famille. Toutefois ils n'y seront admis, dit la loi, qu'avec voix consultative : ce qui

implique qu'ils y seraient admis avec voix délibérative s'ils ne l'avaient pas provoquée (1).

D'après une autre interprétation, qui s'appuie principalement sur les travaux préparatoires, la partie finale de l'article 495 signifierait : que les enfants et le conjoint ne doivent jamais être admis au conseil de famille qu'avec voix consultative, même quand ils n'ont pas provoqué l'interdiction.

Mais, outre que le texte de l'article 495 paraît résister à cette interprétation, il suffit, pour montrer combien elle est peu fondée, de remarquer que la loi fait au conjoint et aux enfants une situation privilégiée au cas où ils ont provoqué l'interdiction, puisqu'elle les admet alors au conseil de famille avec voix consultative tandis qu'elle en exclut toutes autres personnes qui ont provoqué l'interdiction, et qu'on ne comprendrait pas qu'au cas où ils n'ont pas provoqué l'interdiction, elle leur eût fait une situation inférieure à celle des autres personnes appelées à faire partie du conseil de famille.

**Interrogatoire du défendeur.** — « *Après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal interrogera le défendeur à la chambre du conseil : s'il ne peut se présenter, il sera interrogé dans sa demeure, par l'un des juges à ce commis, assisté du greffier. Dans tous les cas, le procureur du Roi sera présent à l'interrogatoire* ». Ainsi s'exprime l'article 496.

Avant qu'il soit procédé à l'interrogatoire du défendeur, la requête et l'avis du conseil de famille doivent lui être signifiés (Pr. 893).

L'interrogatoire du défendeur à l'interdiction est le meilleur moyen pour éclairer les juges sur son état mental; aussi cette mesure d'instruction est-elle obligatoire : les termes de la loi sont impératifs. Toujours à raison de l'importance qu'elle attache à ce moyen d'investigation, la loi veut que l'interrogatoire soit fait devant le tribunal tout entier, et non pas seulement devant un juge commis, ainsi que cela a lieu dans les cas ordinaires. Mais, comme la présence du public pourrait troubler l'esprit du défendeur, la loi veut qu'il soit interrogé en la chambre du conseil, c'est-à-dire dans la pièce où le tribunal se retire pour délibérer et dont l'accès est interdit au public; il n'y aura donc de présents à l'interrogatoire que les juges, le procureur de la République et le greffier. Le choix des questions à poser au défendeur appartient au président du tribunal. Ce choix doit être fait de telle façon qu'il suffise au défendeur d'être sain d'esprit pour pouvoir y répondre. Le sage, dans le sens de la loi, n'est pas celui qui peut s'élever aux conceptions les plus hautes de l'intelligence, mais celui qui comprend les choses ordinaires de la vie. Si le défendeur ne peut pas, à raison de son état, se transporter au lieu ordinaire des séances du tribunal, il doit être interrogé dans sa demeure; mais alors l'interrogatoire sera fait « par un des juges à ce commis assisté du greffier », et toujours en présence du procureur de la République.

La loi ne prévoit pas le cas où le défendeur refuserait de se laisser interroger, mais il est bien évident que cette circonstance ne saurait empêcher la prononciation de l'interdiction. Seulement le refus du défendeur devrait être constaté dans le jugement, qui doit contenir la preuve que le tribunal ne s'est arrêté que devant une

(1) Celui qui a voix simplement consultative dans une assemblée exprime son avis mais sans voter, à la différence de ceux qui ont voix délibérative. Remarquons que la loi, en tant qu'elle appelle ici les enfants à faire partie du conseil de famille, ne fait qu'appliquer le Droit commun, tandis qu'elle y déroge en appelant le conjoint.

impossibilité. Et remarquez qu'il ne suffirait pas que le tribunal constatât que le défendeur, de ce légalement requis, a négligé de se présenter pour subir l'interrogatoire; car il peut se faire qu'il ait été dans l'impossibilité de se présenter, cas auquel la loi veut qu'il soit interrogé en sa demeure. Le tribunal doit constater que tous les moyens légaux ont été employés pour parvenir à interroger le défendeur, et qu'ils n'ont échoué que par suite de son refus (Cass., 16 février 1875, Sir., 75. 4. 493). L'interrogatoire du défendeur est une mesure d'ordre public et par suite une partie essentielle de la procédure, qui se trouve nulle tout entière en son absence.

**Enquête.** — Il y a une autre mesure d'instruction qui est facultative pour les juges dans les procès en interdiction, et dont le Code civil ne parle pas: c'est l'enquête. L'article 893, al. 2 et 3 du Code de procédure dit à ce sujet: « Si l'interrogatoire et les pièces produites sont insuffisants et si les faits peuvent être justifiés par témoins, le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, l'enquête qui se fera en la forme ordinaire. — Il pourra ordonner, si les circonstances l'exigent, que l'enquête sera faite hors de la présence du défendeur; mais dans ce cas son conseil pourra le représenter. »

**Administrateur provisoire.** — Aux termes de l'article 497: « *Après le premier interrogatoire, le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur.* » L'état mental du défendeur peut rendre absolument nécessaire la nomination de cet administrateur provisoire. La loi ne nous dit pas quels sont ses pouvoirs: mais son titre même indique qu'il ne doit faire que des actes conservatoires ou d'urgence, à moins que le tribunal ne lui ait accordé des pouvoirs plus étendus. L'administrateur dont il s'agit est chargé de prendre soin de la personne et des biens du défendeur, à la différence de l'administrateur provisoire nommé, aux termes de l'article 32 de la loi du 30 juin 1838, à un individu placé dans un établissement d'aliénés, lequel n'est donné qu'aux biens.

Dans la pratique il arrive quelquefois qu'on intente une demande en interdiction uniquement pour parvenir à la nomination de l'administrateur provisoire dont il vient d'être parlé; puis, quand cette nomination a été faite on laisse sommeiller l'instance jusqu'à la mort de l'aliéné. Dans certains cas cette manière de procéder peut suffire pour sauvegarder tous les intérêts, par exemple s'il s'agit d'un vieillard tombé en enfance, incapable de chercher à nuire à sa famille par des actes de disposition, mais incapable aussi de gérer son patrimoine. A quoi servirait-il de le faire interdire? Il suffit, en attendant sa mort, que quelqu'un ait un titre légal pour gérer ses biens.

Le texte de l'article 497 et des articles qui précèdent, comparé avec celui de l'article 498 qui suit, donne à entendre que l'administrateur provisoire doit être nommé en la chambre du conseil; car la loi nous y a fait entrer dès le début de cette procédure; et elle ne nous en fait sortir que pour la prononciation du jugement qui statue sur l'interdiction.

**Jugement.** — « *Le jugement sur une demande en interdiction ne pourra être rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou appelées* » (art. 498).

Le jugement, qui statue sur la demande en interdiction peut consacrer l'une ou l'autre des trois solutions suivantes :

1<sup>o</sup> Rejeter la demande en interdiction : ce que le tribunal fera si elle ne lui paraît pas fondée. Les dépens de l'instance doivent alors être mis à la charge du demandeur par application de l'article 131 du Code de procédure civile, sans préjudice des dommages-intérêts s'il y a lieu.

2<sup>o</sup> Prononcer l'interdiction ; les dépens doivent alors être mis à la charge du défendeur, pour lequel l'interdiction est considérée comme une mesure de protection.

3<sup>o</sup> Enfin le tribunal peut prendre un moyen terme qui consiste à nommer un conseil judiciaire au défendeur. L'article 499 dit à ce sujet : « *En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement.* » Nous retrouverons ce texte stéréotypé dans l'article 513, et les explications que nous fournirons sur ce dernier article profiteront à l'autre.

Quelle qu'elle soit, la décision du tribunal sur la demande en interdiction est sujette à appel.

Si la demande en interdiction a été rejetée, l'appel pourra être interjeté par le *provoquant*, c'est-à-dire par celui qui a formé la demande, ou par un des membres du conseil de famille *alors même qu'il n'aurait pas été partie en cause* (Pr., art. 894) exception assez remarquable aux règles du Droit commun. L'appel sera dirigé contre celui dont l'interdiction a été provoquée.

En cause d'appel l'interrogatoire du défendeur est facultatif. « *En cas d'appel du jugement rendu en première instance, la cour royale pourra, si elle le juge nécessaire, interroger de nouveau, ou faire interroger par un commissaire, la personne dont l'interdiction est demandée* » (art. 500).

La Cour d'appel peut confirmer ou infirmer la sentence du tribunal de première instance. D'après la jurisprudence, la cause doit être jugée en audience solennelle (Cass. 17 janvier 1876, Sir., 76. 1. 302).

**Publicité du jugement.** — Celui qui est frappé d'interdiction devenant incapable d'accomplir les actes civils, et celui qui est placé sous conseil étant aussi frappé d'une incapacité partielle, les tiers ont intérêt à connaître son état ; car ils ne peuvent pas compter sur la solidité des actes qu'ils passeraient avec lui : « c'est construire sur le sable, a dit un de nos anciens, que de traiter avec un interdit ». Aussi la loi veut-elle que toute décision judiciaire portant interdiction ou nomination de conseil reçoive une certaine publicité. « *Tout arrêt ou jugement portant interdiction ou nomination d'un conseil, sera, à la diligence des demandeurs, levé, signifié à partie, et inscrit, dans les dix jours, sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement* » (art. 504).

*Tout arrêt ou jugement.* L'arrêt, c'est la décision de la cour d'appel ; le jugement celle du tribunal de première instance. Le jugement qui prononce l'interdiction doit être publié par la voie qu'indique notre article même quand il est frappé d'appel,

car la loi ne distingue pas; d'ailleurs si le jugement est confirmé sur l'appel, l'incapacité de l'interdit datera du jour du jugement (art. 502), et par conséquent les tiers ont intérêt à la connaître immédiatement.

*Dans les études des notaires de l'arrondissement*, parce que c'est là que se traitent la plupart des affaires importantes. Le notaire qui, de ce régulièrement requis, n'aurait pas rempli la mesure de publicité exigée par notre article, serait passible de dommages-intérêts envers les tiers, auxquels sa négligence aurait causé préjudice en leur laissant ignorer l'état de l'interdit ou de la personne pourvue d'un conseil judiciaire (loi du 25 ventôse an XI, art. 48).

Ce n'est qu'une application du principe contenu en l'article 4382, et il y aurait lieu par suite d'admettre une solution semblable relativement aux demandeurs en interdiction, par la faute desquels le jugement ou l'arrêt, prononçant l'interdiction ou la nomination de conseil, n'aurait pas reçu la publicité requise par la loi.

Mais ce serait la seule sanction du défaut de publicité. Les tiers, qui auraient contracté avec l'interdit ou avec la personne pourvue d'un conseil judiciaire dans l'ignorance de son état, ne pourraient pas échapper à la nullité édictée par l'article 502 en invoquant le défaut de publicité. La protection de l'incapable doit prévaloir sur tout autre intérêt. D'ailleurs il faudrait un texte pour que cette sanction pût être attachée au défaut de publicité, et loin que ce texte existe, nous voyons au contraire que l'article 502 prononce la nullité des actes passés par l'interdit ou la personne pourvue d'un conseil dans les termes les plus absolus, et sans distinguer si la sentence a reçu ou non la publicité prescrite par la loi. La doctrine se prononce en général en ce sens; la jurisprudence est incertaine.

#### N° 4. Effets de l'interdiction.

**979.** L'interdit est frappé d'une incapacité générale relativement aux actes civils. Cette incapacité a pour résultat d'entraîner la mise en tutelle de l'interdit et la nullité des actes qu'il passe postérieurement à l'interdiction.

##### I. De la tutelle des interdits.

**980.** La loi applique à l'interdit, relativement à sa personne et relativement à ses biens, la même mesure de protection qu'au mineur, bien que la cause des deux incapacités soit toute différente: elle met l'interdit en tutelle comme le mineur.

En principe la tutelle de l'interdit est dative, c'est-à-dire déferée par le conseil de famille. C'est ce qui résulte de l'article 505 : « *S'il n'y a pas d'appel du jugement d'interdiction rendu en première instance, ou s'il est confirmé sur l'appel, il sera pourvu à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit, suivant les règles prescrites au titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation. L'administrateur provisoire cessera ses fonctions, et rendra compte au tuteur, s'il ne l'est pas lui-même* » (Cpr. Pr., art. 895).

\* La nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit constitue un acte d'exécution du jugement qui prononce l'interdiction; aussi faut-il appliquer, en ce qui concerne cette nomination, les règles relatives à l'exécution des jugements; elles conduisent à décider :

\* 4° Que la nomination du tuteur et du subrogé tuteur ne pourra avoir lieu

qu'après la signification du jugement ou de l'arrêt qui prononce l'interdiction. *Idem est non esse et non significari.*

\* 2° Que la nomination d'un tuteur ne pourra avoir lieu, en exécution d'un jugement d'interdiction *rendu par un tribunal de première instance*, qu'après l'expiration d'un délai de huitaine depuis la prononciation du jugement (arg., art. 449 Pr.).

\* 3° Qu'il faudra surseoir à la nomination du tuteur, si, avant qu'elle ait eu lieu, il a été interjeté appel du jugement prononçant l'interdiction; car l'appel interjeté est suspensif de l'exécution de la décision dont est appel (Pr. art. 457).

La nomination d'un tuteur met fin aux pouvoirs de l'administrateur provisoire, qui devra, dit notre article, rendre compte de sa gestion au tuteur, à moins qu'il ne soit lui-même nommé tuteur : cas auquel il rendra compte de l'administration provisoire en même temps que de la tutelle.

**981.** Le principe que la tutelle de l'interdit est dative, c'est-à-dire déferée par le conseil de famille, ne comporte qu'une seule exception indiquée par l'article 506 : « *Le mari est de droit tuteur de sa femme interdite* ». Cette disposition ne pouvant avoir d'autre fondement rationnel que l'affection présumée du mari pour sa femme, on admet généralement, en doctrine et en jurisprudence, qu'elle cesserait de recevoir son application entre époux séparés de corps; autrement on courrait le risque de donner pour protecteur à la femme son plus mortel ennemi.

\* Il arrivera rarement qu'il y ait intérêt à faire interdire une femme mariée pendant la durée du mariage. D'une part en effet, l'incapacité, dont la femme mariée est frappée comme telle, suffit pour la prémunir contre le danger des actes de disposition qu'elle pourrait accomplir; et d'autre part, l'administration des biens de la femme appartenant au mari sous la plupart des régimes, on ne voit pas trop ce que l'interdiction de la femme pourra changer à la situation respective des époux, et quels droits la qualité de tuteur ajoutera à ceux qui appartiennent déjà au mari sur la personne ou sur les biens de son épouse. L'utilité de l'interdiction d'une femme mariée n'apparaît guère que dans le cas où ses conventions matrimoniales lui donnent le droit d'administrer son patrimoine en tout ou en partie; alors cette mesure deviendra nécessaire pour retirer à la femme l'administration de ses biens et la faire passer au mari. On conçoit encore qu'il puisse y avoir utilité à faire interdire une femme mariée, pour l'empêcher de dépouiller sa famille par un testament, ou pour accomplir en son nom quelque acte juridique devenu indispensable, par exemple une constitution de dot au profit d'un de ses enfants qui va s'établir par mariage.

\* Si le mari est exclu ou excusé de la tutelle de sa femme interdite, le tuteur qui sera nommé à sa place ne pourra exercer que les droits de la femme. Le mari conservera intacts ceux qui lui appartiennent à ce titre sur la personne et sur les biens de son épouse.

**982.** S'il n'y avait pas d'autre qualité à rechercher dans un tuteur que son affection pour la personne en tutelle, la femme aurait dû, elle aussi, être déclarée de droit tutrice de son mari interdit. Mais il fallait compter avec l'inexpérience ordinaire des femmes en matière d'affaires. On ne peut se dissimuler d'ailleurs que la délation à la femme de la tutelle de son mari interdit opère une interversion de rôles, qui peut

conduire à des résultats singuliers. Aussi la loi dit-elle seulement que :  
 » *La femme pourra être nommée tutrice de son mari. En ce cas, le conseil*  
 » *de famille réglera la forme et les conditions de l'administration, sauf le*  
 » *recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se croirait lésée*  
 » *par l'arrêté de la famille* » (art. 507).

\* Lorsque la femme est nommée tutrice de son mari interdit, il y a lieu d'envisager successivement sa situation relativement à l'exercice des droits qui lui appartiennent personnellement et relativement à l'exercice des droits qui appartiennent à son mari.

\* En ce qui concerne l'exercice des droits qui lui appartiennent, la femme tutrice de son mari interdit n'est pas relevée de l'incapacité dont elle est frappée comme femme mariée ; tout ce qu'il y a de changé dans sa situation, c'est qu'elle devra désormais demander à la justice l'autorisation que son mari est devenu incapable de lui donner (art. 222). En ce qui concerne l'exercice des droits qui appartiennent à son mari interdit, la femme tutrice a les mêmes pouvoirs qu'un tuteur ordinaire. Elle exercera donc tous les droits de son mari ; mais elle les exercera en qualité de tutrice, et sauf par conséquent à remplir les formalités prescrites au tuteur quand la nature de l'acte l'exigera. Par application de ces principes, la femme exercera *tutorio nomine* le droit d'administration, qui appartenait au mari, non seulement sur ses biens personnels, mais aussi sur ceux de la communauté (art. 1421) ; mais elle ne pourra aliéner les immeubles de la communauté qu'en remplissant les formalités prescrites par les art. 457 et s. Le droit d'administration, qui pouvait appartenir au mari sur les biens personnels de la femme, passera également à celle-ci au même titre ; de sorte que la femme administrera ses biens personnels en qualité de tutrice de son mari. Situation assez singulière ! Pour tous les actes qu'elle accomplira en qualité de tutrice, la femme n'aura pas besoin d'être autorisée comme femme mariée. Il pourra donc arriver qu'elle accomplisse valablement sans autorisation au nom de son mari et en qualité de tutrice de celui-ci des actes, qu'elle ne pourrait pas accomplir pour son propre compte sans cette formalité, par exemple ester en justice en matière mobilière. Mais cela ne doit pas nous surprendre ; la tutelle est en effet un mandat, et les règles du mandat ne s'opposent pas à ce que le mandataire puisse accomplir pour le mandant un acte qu'il est incapable d'accomplir pour son propre compte ; car le mandataire n'est que le représentant du mandant, qui est censé avoir agi par son entremise. *Qui mandat fecisse videtur* (Cpr. art. 1990).

\* Lorsque le conseil de famille nomme la femme tutrice de son mari interdit, il doit, dit notre article, « régler la forme et les conditions de l'administration ». Ainsi le conseil de famille pourra restreindre les pouvoirs, qui, d'après le Droit commun, devraient appartenir à la femme tutrice, décider par exemple qu'elle ne pourra affermer les biens du mari que pour trois ans, ou qu'elle ne pourra accomplir certains actes sans l'assistance du subrogé tuteur. Rien ne paraît s'opposer non plus, en théorie, à ce que le conseil de famille élargisse les pouvoirs que le Droit commun lui donne en qualité de tutrice ; mais en pratique il n'usera guère de ce droit. — En réglant les formes et les conditions de l'administration, il est possible que le conseil de famille porte atteinte aux droits qui résultent pour la femme de ses conventions matrimoniales. La femme serait alors fondée à recourir devant les tribunaux contre l'arrêté de la famille qui la lèse. C'est là ce que signifie l'article 507 *in fine*.

\* **983.** Si la tutelle du mari interdit est confiée à un autre qu'à la femme le tuteur exercera tous les droits du mari tant sur ses biens personnels que sur ceux de la communauté et même sur ceux de la femme ; mais il n'exercera pas les droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme, car l'exercice de cette

puissance est intransmissible. La femme devra donc demander à la justice, et non au tuteur, l'autorisation qui lui sera nécessaire pour accomplir les divers actes civils.

**984. Différences entre la tutelle des interdits et celle des mineurs.** — 1° Les articles 505 à 507 viennent de nous en révéler une : la tutelle des mineurs est légitime, testamentaire ou dative ; celle des interdits est toujours dative, sauf l'exception établie en l'article 506.

Il y a d'autres différences.

2° Le tuteur d'un mineur n'a pas le droit de demander sa décharge au bout d'un certain temps. Au contraire aux termes de l'article 508 : « *Nul, à l'exception des époux, des ascendants et descendants, ne sera tenu de conserver la tutelle d'un interdit au delà de dix ans. A l'expiration de ce délai, le tuteur pourra demander et devra obtenir son remplacement* ». Cette différence vient de ce que la tutelle des mineurs a un terme limité que l'on connaît à l'avance, tandis que la tutelle d'un interdit peut avoir une durée indéfinie. L'homme ne reste pas toute sa vie mineur, mais il peut rester toute sa vie interdit.

L'exception, établie par notre article en ce qui concerne les époux, les ascendants et les descendants, se justifie d'elle même.

3° La tutelle des mineurs cesse de plein droit avec sa cause, c'est-à-dire avec la minorité. Il en est autrement de la tutelle des interdits : elle ne cesse pas, quoi que paraisse dire à cet égard l'article 512, par cela seul que l'interdit est redevenu *compos mentis* ; il faut en outre qu'un jugement ait prononcé la main-levée de l'interdiction (art. 512).

4° La loi veut qu'il soit réalisé autant que possible des économies sur les revenus du mineur, afin d'augmenter son capital. Au contraire : « *Les revenus d'un interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. Selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile, ou qu'il sera placé dans une maison de santé, et même dans un hospice* » (art. 512). Le conseil de famille pourrait même décider que les *capitiaux* de l'interdit seront employés en tout ou en partie à l'usage indiqué par notre article.

5° L'article 511 nous indique une dernière différence relative au mariage de l'enfant d'un interdit ; il est clair qu'il n'y aura jamais lieu de se préoccuper de celui de l'enfant d'un mineur : « *Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot, ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales, seront réglées par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur du Roi* ».

Le conseil de famille peut donc, faisant ce que le père ferait probablement lui-même s'il était *compos mentis*, constituer une dot *paterno nomine* à l'enfant de l'interdit qui veut se marier. La loi désigne cette dot sous le nom d'*avancement d'hoirie* (1),

(1) Le mot *hoirie* est synonyme d'hérédité ; il est dérivé du mot latin *heres*.

expression qu'on ne retrouve pas ailleurs dans le Code civil, mais que l'on emploie fréquemment dans le langage de la doctrine et qui est synonyme de « avance sur la succession », *juris hereditarii prærogatio*.

La loi veut donc dire que la donation, faite par le conseil de famille à l'enfant de l'interdit *dotis causa*, sera faite à titre d'avance sur la succession future de l'interdit : ce qui entraîne pour l'enfant ainsi doté l'obligation, s'il vient plus tard à la succession de l'interdit en concurrence avec ses frères ou sœurs, d'imputer cette dot sur la part qui lui revient dans la succession, ou, comme le dit la loi, de la rapporter à la succession (art. 843), de manière à ce qu'en fin de compte il ne reçoive pas plus que ses cohéritiers. Le conseil de famille ne peut constituer la dot qu'à titre d'avancement d'hoirie; il n'aurait pas le droit de la constituer *par préciput et hors part*, c'est-à-dire avec dispense du rapport. Le droit conféré ici au conseil de famille est un droit exceptionnel, et il ne peut l'exercer que dans les termes où la loi le lui accorde.

\* Notre article dit que le conseil de famille règlera aussi les autres conventions matrimoniales de l'enfant de l'interdit. S'il fallait entendre cette disposition en ce sens que l'enfant restera étranger à ce règlement, elle serait en contradiction avec plusieurs textes, desquels il résulte que les futurs époux, qu'ils soient majeurs ou mineurs, procèdent eux-mêmes dans leur contrat de mariage au règlement de leurs conventions matrimoniales, sauf à se faire assister, s'ils sont mineurs, par les personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de leur mariage (art. 1095, 1309 et 1398). La loi veut dire seulement : que le conseil de famille peut subordonner l'efficacité de la donation à l'adoption par l'enfant de telle ou telle convention matrimoniale, par exemple, s'il s'agit d'une fille, à l'adoption du régime dotal; de sorte que la constitution de dot faite par le conseil de famille serait non avenue, si cette convention matrimoniale n'était pas acceptée par l'enfant.

L'article 514 ne parle que du cas où l'enfant d'un interdit veut s'établir *par mariage*. Le conseil de famille pourrait-il faire une donation en avancement d'hoirie à l'enfant, qui voudrait s'établir autrement que par mariage, comme notaire par exemple ou comme avoué ? L'affirmative triomphe en jurisprudence et en doctrine. Il y a, dit-on, même motif, quel que soit l'établissement aux nécessités duquel il s'agit de pourvoir. *Eadem est ratio*. Et cependant un doute sérieux résulte de la nature exceptionnelle de la disposition qui nous occupe. L'article 514 déroge au Droit commun, d'après lequel le propriétaire peut seul disposer de ses biens à titre gratuit, et il est de principe que les dispositions de ce genre doivent être sévèrement restreintes dans les termes de la loi; l'analogie ne suffit pas pour les étendre d'un cas à un autre.

**985.** A part les différences qui viennent d'être signalées, la tutelle des interdits est régie par les mêmes règles que celle des mineurs. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 509, qui ne signifie nullement que la capacité de l'interdit soit la même que celle du mineur : « *L'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits* ». Ainsi la tutelle des interdits est une charge obligatoire comme celle des mineurs; les pouvoirs du tuteur sont les mêmes dans l'une et dans l'autre tutelle; elles sont régies par les mêmes règles en ce qui concerne les causes d'incapacité, d'exclusion et de destitution...

## II. *Des actes passés par l'interdit.*

**986.** L'interdiction peut exercer son influence, non seulement sur le sort des actes qui seront accomplis par l'interdit postérieurement à l'interdiction, mais aussi sur celui des actes passés auparavant. En d'autres termes, ses effets peuvent se produire, non seulement dans l'avenir, mais aussi dans le passé.

### A. *Actes accomplis dans l'avenir.*

**987.** Aux termes de l'article 502 : « *L'interdiction ou la nomination d'un conseil aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit.* »

*Du jour du jugement.* Ce sera vrai, quand le jugement qui prononce l'interdiction aura acquis l'autorité définitive de la chose jugée pour n'avoir pas été frappé d'appel dans les délais voulus, et aussi lorsque sur l'appel ce jugement aura été confirmé par la cour. Mais si, la demande en interdiction ayant été rejetée par le tribunal de première instance, l'interdiction n'a été prononcée que sur l'appel par la cour, les effets de l'interdiction ne dateront que du jour de l'arrêt. L'article 502 aurait donc dû dire : « du jour du jugement *ou de l'arrêt* ». A moins qu'on ne soutienne que le mot *jugement* est pris ici *lato sensu*, et comprend même la décision de la cour d'appel.

L'interdit est frappé pour l'avenir d'une incapacité générale; car tous les actes qu'il accomplira désormais seront, d'après notre article, *nuls de droit*. On emploie quelquefois cette formule pour désigner des actes *inexistants*, des actes par conséquent dont la nullité n'a pas besoin d'être prononcée par la justice. Si les mots *nuls de droit* avaient ici cette signification, l'article 502 serait en contradiction avec l'article 1304., al. 3, duquel il résulte qu'il y a lieu d'agir *par voie d'action en nullité* relativement aux actes passés par un interdit, partant que la nullité n'existe pas de plein droit, mais a besoin d'être prononcée par la justice (voyez aussi les articles 1125 et 1338) (1). Qu'a donc voulu dire la loi? Notre disposition signifie que la justice, quand elle est saisie d'une action en nullité relativement à un acte passé par un interdit, n'a pas à examiner la valeur de cet acte, mais doit le déclarer nul, dès qu'il est constant qu'il a été accompli depuis que l'interdiction a été prononcée et avant qu'elle ait été levée. En d'autres termes, l'office du juge se réduit ici à l'examen d'une question de date. L'acte a-t-il été accompli pendant la période où son auteur était sous le coup de la sentence d'interdiction? voilà tout ce que le juge doit rechercher, et, si l'affirmative lui est démontrée, il doit prononcer la nullité, sans même examiner le mérite de l'acte.

(1) La loi ne déclare pas les actes passés par l'interdit inexistants, parce que cette décision aurait dépassé la mesure de la protection qui lui est due. Certains actes peuvent avoir été accomplis par l'interdit pendant un intervalle lucide et être avantageux pour lui; il ne faut pas lui enlever la faculté d'en invoquer le bénéfice, et c'est ce qui serait arrivé si la loi les avait déclarés inexistants.

Inutilement le défendeur à l'action en nullité offrirait-il de prouver que l'acte attaqué a été accompli pendant un intervalle lucide; on lui répondrait : la loi présume que l'interdit est dans un état d'aliénation mentale continu; c'est sur le fondement de cette présomption qu'elle déclare les actes passés par lui *nuls de droit*, et cette présomption n'est pas susceptible d'être combattue par la preuve contraire; car aux termes de l'article 1352 al. 2 : « nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ». Le défendeur à l'action en nullité alléguerait plus vainement encore que l'acte accompli par l'interdit ne lui cause pas de préjudice, qu'il n'est pas lésif pour lui. L'action en nullité accordée à l'interdit est indépendante de toute lésion, à la différence de celle qui est accordée au mineur contre les actes qu'il a passés sans l'assistance de son tuteur (art. 1305). Cette différence s'explique d'ailleurs facilement. L'action en nullité accordée au mineur est fondée sur l'inexpérience de son âge; mais les mineurs ne sont pas des insensés, les actes qu'ils accomplissent peuvent être raisonnables; pourquoi donc les annuler, s'ils ne leur causent pas de préjudice? Au contraire l'action en nullité accordée à l'interdit est fondée sur son insanité d'esprit, qui en fait peut présenter des rémittences, mais que la loi présume continue. L'interdiction supprime en droit les intervalles lucides; d'après la présomption légale, l'acte accompli par un interdit sera donc toujours l'acte d'un fou; qu'importe à ce point de vue qu'il soit ou ne soit pas lésif?

Les actes passés par un interdit n'étant pas inexistant, mais seulement nuls ou annulables, il en résulte :

a). Que l'interdit seul ou ses représentants peuvent se prévaloir de la nullité (arg., art. 1125). Le même droit n'appartient pas à ceux qui ont traité avec l'interdit; car la nullité n'a pas été introduite en leur faveur.

b). Que la nullité édictée par l'article 502 est susceptible de se couvrir par une confirmation ou ratification émanée de l'incapable, quand il aura recouvré sa capacité, ou de ses représentants.

c). Que l'action en nullité se prescrira par dix ans conformément à l'article 1304.

**988.** Bien que la règle, qui annule les actes passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction, soit formulée dans les termes les plus généraux : « Tous actes passés... par l'interdit... seront nuls de droit », la plupart des auteurs décident qu'elle comporte des exceptions. En d'autres termes, il y aurait certains actes que l'interdit pourrait valablement accomplir, dans un intervalle lucide bien entendu, malgré l'incapacité générale dont la loi paraît le frapper. Mais on est loin d'être d'accord sur les actes qui doivent être exceptés de la règle. Chaque auteur a sa liste. Sur presque toutes on voit figurer le mariage et la reconnaissance d'enfants naturels; d'autres ajoutent l'adoption, le testament. Ce désaccord vient de la difficulté qu'il y a d'établir un *criterium* certain pour déterminer les limites de l'exception. D'après les uns, elle comprendrait tous les actes, qui ne sont pas susceptibles d'être accomplis par un mandataire général, et qui à ce titre échappent au mandat du tuteur; car, dit-on, l'interdit n'est privé que de l'*exercice* de ses droits civils, et, si on ne lui permet pas d'exercer personnellement les droits dont il s'agit, on lui en retire par le fait la jouissance, puisqu'ils ne pourront être exercés ni par lui ni pour lui. Mais ce *criterium* conduirait notamment à décider que l'interdit peut faire des donations entre-vifs, solution qui paraît absolument inacceptable (voyez art. 901). D'autres

ont dit : le but de l'interdiction est de protéger les intérêts pécuniaires de l'interdit et de sa famille; donc ce sont seulement les actes pécuniaires qui tombent sous le coup de l'article 502; les actes moraux sont en dehors de son domaine, notamment, dit-on, le mariage et la reconnaissance d'enfants naturels, mais non le testament qui est un acte pécuniaire.

Ne serait-il pas préférable d'admettre, comme le font quelques rares auteurs, que la disposition de l'article 502 ne comporte aucune restriction, d'après la règle *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*? Le cas pour lequel il y a le plus de doute est le mariage. Mais nous voyons précisément que l'article 174 consacre l'opposition à mariage fondée sur la démence du futur époux, et ajoute que cette opposition ne sera admise qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction du futur, et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement : ce qui semble bien signifier que, si l'interdiction est prononcée, l'opposition sera maintenue, et par suite le mariage impossible. On se récrie contre la dureté de cette solution : le malheureux qui a été frappé d'interdiction sera donc privé des douceurs du mariage, des joies de la famille...! On oublie qu'il y a un intérêt social en cause, et que cet intérêt l'emporte sur les intérêts particuliers. Si l'on permet à l'interdit de se marier, il faut bien lui permettre aussi d'avoir des enfants; or les fous engendrent ordinairement des fous (la folie est malheureusement héréditaire), et la société a intérêt à ce que la race des fous ne se multiplie pas. Ainsi s'expliquerait très-rationnellement la prohibition de la loi. Quant à la reconnaissance d'enfant naturel, ce n'est pas seulement un acte moral; elle peut causer un préjudice pécuniaire à son auteur. Pourquoi donc celui qui l'a faite en état d'interdiction n'en pourrait-il pas demander la nullité?

### B. Actes accomplis dans le passé.

**989.** Aux termes de l'article 503 : « *Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits.* »

Si notre article n'existait pas, les actes antérieurs à l'interdiction seraient restés soumis au Droit commun, c'est-à-dire que l'interdit ou ses représentants n'auraient pu en faire prononcer la nullité qu'à la condition de prouver la démence au moment même de l'acte, preuve sinon impossible, au moins très-difficile à fournir.

D'après notre article, l'interdit ou ses représentants pourront obtenir la nullité des actes antérieurs à l'interdiction, « si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits » ; il suffira donc de prouver que l'auteur de l'acte était, à l'époque où il l'a accompli, dans un état notoire d'imbécillité, de démence ou de fureur, preuve beaucoup plus facile à faire que celle de la démence au moment même de l'acte.

Et remarquez : 1<sup>o</sup> que la loi exige seulement, pour qu'il y ait lieu de prononcer la nullité des actes antérieurs à l'interdiction, que l'aliénation mentale de l'auteur de l'acte constituât un fait notoire; elle n'exige pas que celui qui a traité avec l'insensé ait connu son état : il est d'ailleurs inexcusable de n'en avoir pas eu connaissance puisque tout le monde le connaissait; 2<sup>o</sup> que le juge, auquel il est démontré que la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où l'acte a été accompli, ne doit pas nécessairement par cela seul en prononcer la nullité; la loi

dit : *pourront être annulés*; l'annulation est donc facultative pour le juge, qui se décidera d'après les circonstances, en tenant compte principalement du mérite de l'acte et de la bonne foi des tiers qui ont traité avec l'interdit; 3<sup>o</sup> que l'article 503, à la différence de l'article 502, ne dit pas *tous actes*, mais bien *les actes*; il y a en effet certains actes antérieurs à l'interdiction que le juge ne pourrait pas annuler, notamment les significations faites à l'insensé et les jugements obtenus contre lui. Il ne dépendait peut-être pas des tiers, qui ont fait ces significations ou obtenu ces jugements, de provoquer l'interdiction, et il fallait bien pourtant qu'ils pussent conserver leurs droits ou les faire valoir en justice.

**990.** Comme l'article 503, l'article 504 déroge au Droit commun, mais à un autre point de vue : « *Après la mort d'un individu, les actes par lui* » *faits ne pourront être attaqués pour cause de démence, qu'autant que* » *son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, à* » *moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est* » *attaqué.* »

Les héritiers d'un individu décédé viennent attaquer pour cause de démence un acte par lui accompli. Devront-ils être écoutés? Si l'auteur de l'acte attaqué a été de son vivant frappé d'interdiction, il n'y a pas de difficulté : on appliquera les articles 502 et 503, qui peuvent être invoqués par les héritiers de l'interdit comme par l'interdit lui-même. Si l'interdiction a seulement été « provoquée avant son décès », ou en d'autres termes si la demande en interdiction formée contre l'auteur de l'acte n'a pas pu recevoir une solution définitive avant sa mort, on appliquera le Droit commun, c'est-à-dire que ses héritiers pourront faire annuler l'acte en prouvant sa démence au moment même où il a été accompli. Mais il en sera autrement, si l'interdiction n'a été ni prononcée ni provoquée du vivant de l'auteur de l'acte attaqué; la loi, dérogeant ici au Droit commun, décide que la nullité n'en pourra être prononcée pour cause de démence qu'autant que la preuve de la démence résultera de l'acte lui-même. Tout autre moyen de preuve devrait donc être écarté. Ce qui préoccupe ici le législateur très-évidemment, c'est la difficulté de prouver le fait allégué. Et en effet comment savoir, après la mort d'un individu, s'il était en état de démence, et surtout s'il y était à tel moment déterminé? On n'a plus ici la ressource de l'interrogatoire, qui est le meilleur moyen de constater l'aliénation mentale. D'un autre côté, précisément parce que le principal moyen d'investigation manque au juge, n'était-il pas à craindre que, dans l'espoir de le circonvenir, on attaquât souvent sans motif, sous couleur de démence, des actes accomplis par un individu décédé? Les questions, qui donnent lieu au plus grand nombre de procès, ne sont-elles pas celles où il est le plus difficile au juge d'y voir clair? Tel est probablement le double motif qui a fait édicter la disposition de l'article 504. On a voulu, comme le dit Demante, écarter ainsi une multitude de procès très-difficiles à juger.

Mais, s'il en est ainsi, comment expliquer que notre article se relâche de sa rigueur lorsque l'interdiction a seulement été *provoquée* du vivant de l'auteur de l'acte ? Sera-t-il donc plus facile au juge en pareil cas d'apprécier l'état mental de l'individu décédé ? — D'abord il peut se faire que la procédure fournisse à cet égard d'utiles enseignements, par exemple s'il a été procédé à l'interrogatoire du défendeur. Et puis le seul fait de la demande en interdiction donne une certaine couleur de vérité à la prétention de ceux qui allèguent aujourd'hui l'aliénation mentale. Il est donc tout simple que la loi se soit montrée moins sévère.

L'interdiction est considérée comme provoquée à partir du moment où la requête, dont parle l'article 890 Pr., a été présentée au président du tribunal, sauf aux juges à examiner s'il n'y a pas quelque fraude de la part du provoquant.

\* Si la demande en interdiction avait été rejetée, ou si l'instance avait été éteinte par le désistement ou par la péremption, la situation serait la même que si l'interdiction n'avait pas été provoquée, et par suite l'article 504 recevrait son application.

#### N° 5. De la cessation de l'interdiction.

**991.** Deux causes peuvent mettre fin à l'interdiction :

1<sup>o</sup> La mort de l'interdit. *Mors omnia solvit.*

2<sup>o</sup> La main-levée de l'interdiction. Cette main-levée ne peut être prononcée que par la justice, lorsque les causes de l'interdiction ont cessé, c'est-à-dire lorsque l'interdit est redevenu *compos mentis*. L'article 512 dit à ce sujet : « *L'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée : néanmoins la main-levée ne sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'interdiction, et l'interdit ne pourra reprendre l'exercice de ses droits qu'après le jugement de main-levée.* »

On admet en doctrine et en jurisprudence que la demande en main-levée peut être formée par l'interdit lui-même. Cette solution, que la nécessité a dictée, n'est pas cependant très-conforme aux principes ; car, tant que dure l'interdiction, l'interdit est incapable de tous les actes civils.

Dans la pratique la demande en main-levée est dirigée contre le tuteur à l'interdiction, qui joue ainsi le rôle de défendeur à l'action, tandis que les principes sembleraient plutôt lui assigner celui de demandeur, puisqu'il a mission de représenter l'interdit dans tous les actes civils (art. 450 et 509 cbn).

Le tribunal compétent pour statuer sur la demande en main-levée est celui du domicile de l'interdit.

« La demande en main-levée d'interdiction sera instruite et jugée dans la même forme que l'interdiction. » Pr. art. 896.

## CHAPITRE III

### DU CONSEIL JUDICIAIRE

**992.** Le conseil judiciaire est un *curateur* nommé par la justice, et chargé d'assister un prodigue ou un faible d'esprit dans certains actes civils.

On voit par cette définition que le mot *conseil* est ici pris dans le sens de *conseiller* et non dans celui d'*assemblée*.

On voit aussi que les personnes soumises à l'autorité d'un conseil judiciaire doivent être considérées comme *pourvues d'un curateur* : ce qui leur rend applicable l'article 83-6° du Code de procédure civile qui déclare communicables au ministère public les causes des personnes *pourvues d'un curateur*.

**993. A quelles personnes il peut être nommé un conseil judiciaire.** — Il peut être nommé un conseil judiciaire aux faibles d'esprit et aux prodigues.

1° *Aux faibles d'esprit* ou simples d'esprit, comme on dit quelquefois, c'est-à-dire aux personnes dont les facultés mentales, sans être complètement désorganisées, sont cependant gravement troublées. Rappelons le texte de l'article 499 qui régit cette hypothèse : « *En rejetant la demande* » *en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner, ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement.* »

*Si les circonstances l'exigent.* La loi ne dit pas quelles sont ces circonstances, et elle laisse par conséquent aux tribunaux la plus grande latitude pour leur appréciation : ce qui n'est peut-être pas un mal, ces circonstances pouvant varier à l'infini. Des infirmités physiques, par exemple le surdi-mutisme, pourraient donc servir de cause à la nomination d'un conseil judiciaire aussi bien que des infirmités morales.

Bien que notre article nous représente la nomination d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit comme intervenant *sur une demande en interdiction*, on admet généralement que les personnes, auxquelles la loi donne qualité pour provoquer l'interdiction, pourraient demander *directement* la nomination d'un conseil judiciaire, si elles estimaient que l'état du défendeur ne comporte que l'application de cette mesure. Pourquoi les forcer en pareil cas de demander le plus pour obtenir le moins ?

2° *Aux prodigues.* — « *Il peut être défendu aux prodigues de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal.* »

« On appelle *prodigue*, dit M. Berriat Saint-Prix, le propriétaire qui consomme en dépenses improductives, non-seulement la totalité de ses revenus, mais une portion de son capital, de manière à amener sa ruine dans un délai plus ou moins court. Celui qui empiète sur son capital, alors que ses revenus ne suffisent pas pour le faire subsister, n'est pas un prodigue. » C'est bien là le sens ordinaire du mot *prodigue*. Toute-

fois le juge, n'étant pas enchaîné ici par une définition légale, a nécessairement une certaine latitude d'appréciation.

**994.** Le conseil judiciaire est toujours nommé par le tribunal, ainsi que son nom l'indique et que le disent d'ailleurs les articles 499 et 513. En aucun cas le conseil judiciaire n'est désigné de plein droit par la loi. Le mari lui-même n'est pas de droit conseil judiciaire de sa femme ; dans certains cas il eût été dangereux de lui confier cette mission ; ainsi il arrive souvent que le mari est le complice et peut-être l'instigateur des prodigalités de sa femme, convient-il alors qu'il en soit le conseil judiciaire ?

**995.** Les deux causes, pour lesquelles la loi autorise la nomination d'un conseil judiciaire, n'ont pas le moindre rapport l'une avec l'autre. D'un autre côté il y a des variantes infinies dans la faiblesse d'esprit. Des situations aussi diverses semblaient exiger des mesures de protection différentes, et cependant le remède est le même dans tous les cas (Cpr., art, 499 et 513). Il est donc à craindre que souvent il ne soit pas adéquat au mal. Cet inconvénient serait très-sensiblement diminué, si le juge, en nommant un conseil judiciaire, pouvait faire un triage entre les différents actes énumérés par les articles 499 et 513, et en interdire quelques-uns seulement au prodigue ou au faible d'esprit sans l'assistance de son conseil : ceux qui lui sembleraient le plus en rapport avec l'infirmité morale à laquelle il s'agit de remédier. Quelques auteurs pensent que ce droit appartient au juge. Les termes de la loi, disent-ils, ne résistent nullement à cette solution que la raison réclame impérieusement. D'ailleurs qui peut le plus peut le moins. En pratique il est vrai ce système est susceptible de présenter un inconvénient : c'est d'établir mille nuances dans la situation des personnes pourvues d'un conseil judiciaire, de sorte que les tiers qui voudront contracter avec elles ne sauront jamais à quoi s'en tenir sur leur capacité. Mais l'inconvénient n'est pas aussi grave qu'il le paraît au premier abord ; car les tiers sauront au moins une chose, c'est que l'assistance du conseil ne peut être requise que pour les actes énumérés par les articles 499 et 513 (le juge n'aurait certainement pas le droit de soumettre le prodigue ou le faible d'esprit à l'autorité de son conseil pour d'autres actes, tout le monde est d'accord sur ce point) ; ils exigeront donc l'assistance du conseil toutes les fois qu'il s'agira d'un de ces actes, et le prodigue ou le faible d'esprit ne pourra se soustraire à la nécessité de cette assistance qu'en prouvant, par la présentation du jugement qui lui nomme un conseil, qu'elle n'est pas requise pour l'acte dont il s'agit. — Malgré ces raisons qui semblent péremptoires, la solution contraire triomphe en doctrine et en jurisprudence. On dit, mais il faudrait le démontrer, que l'état des personnes pourvues d'un conseil judiciaire est un état indivisible, souverainement réglé par la loi, et que le juge ne peut pas le modifier, parce que tout ce qui touche à l'état des personnes est d'ordre public.

**996. Qui peut provoquer la nomination d'un conseil judiciaire.** — « *La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil, peut être provoquée par ceux qui ont droit de demander l'interdiction ; leur demande doit être instruite et jugée de la même manière. — Cette défense ne peut être levée qu'en observant les mêmes formalités* ».

*La défense de procéder.* Ce mot, qui signifie ordinairement *diriger une procédure*, signifie ici : faire les actes énumérés par l'article 513.

La nomination d'un conseil judiciaire ne pourrait pas être provoquée

par le prodigue ou par le faible d'esprit lui-même (voyez une question analogue, *supra* n° 977).

*Leur demande doit être instruite et jugée dans la même forme.* Donc il faudra prendre l'avis du conseil de famille (arg., art. 494), et procéder à l'interrogatoire du défendeur (arg., art. 496), à peine de nullité, bien qu'on n'aperçoive que difficilement l'utilité de l'interrogatoire quand il s'agit d'un prodigue.

**997. Effets de la nomination d'un conseil judiciaire.** — Ces effets sont absolument les mêmes, soit que le conseil judiciaire ait été nommé pour cause de faiblesse d'esprit, soit qu'il ait été nommé pour cause de prodigalité. La personne pourvue d'un conseil judiciaire devient incapable d'accomplir, sans l'assistance de son conseil, les divers actes énumérés dans les articles 499 et 513 : ce sont ceux qui pourraient le plus facilement entraîner sa ruine. Pour tous autres actes elle reste soumise au Droit commun, c'est-à-dire qu'elle jouit d'une capacité pleine et entière. La nomination d'un conseil judiciaire frappe donc le prodigue ou le faible d'esprit d'une incapacité partielle; aussi désigne-t-on quelquefois celui qui a été l'objet de cette mesure sous le nom de *demi-interdit*, et la mesure elle-même sous le nom de *demi-interdiction*.

**998.** Voici maintenant l'énumération des actes pour lesquels l'assistance du conseil judiciaire est nécessaire :

1° *Plaider*, même en matière mobilière, car la loi ne distingue pas. Sous ce rapport, la capacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire est plus restreinte que celle du mineur émancipé.

2° *Transiger*, même en matière mobilière. *Lex non distinguit.* Ajoutez : et *compromettre* (arg. des articles 1003 Pr. et 1989 C.).

3° *Emprunter*.

4° *Recevoir un capital mobilier et en donner décharge.* Bien que la loi ne le dise pas, le conseil devrait surveiller l'emploi du capital reçu (arg., art. 482). — Paris, 31 janvier 1876 (Sir., 77. 2. 149).

5° *Aliéner*; ajoutez : ou constituer un droit réel, tel que servitude, usufruit; car la constitution d'un droit réel équivaut à une aliénation partielle.

La prohibition d'aliéner sans l'assistance du conseil s'applique-t-elle aux meubles comme aux immeubles? Pour l'affirmative, on peut dire que les termes de la loi sont généraux : *aliéner ses biens*; donc les biens meubles comme les biens immeubles, puisque la loi ne distingue pas; que d'ailleurs la protection accordée au prodigue ou au faible d'esprit serait souvent tout-à-fait insuffisante, si la prohibition d'aliéner sans l'assistance du conseil ne s'appliquait qu'aux immeubles, car toute sa fortune peut consister en meubles. Pour la négative, on dit que sans doute les termes *aliéner ses biens* sont généraux, mais que le sens en est précisé par les mots qui suivent « ni les grever d'hypothèque »; or il n'y a que les immeubles qui puissent être grevés d'hypothèque (art. 2148); donc la loi n'a en vue que les biens immeubles soit pour l'aliénation soit pour l'hypothèque, qu'elle confond dans une même disposition ;

que d'ailleurs le législateur s'est ordinairement inspiré de la maxime *Res mobilis res vilis*, et qu'il est tout naturel qu'ici comme ailleurs il n'ait pas protégé la fortune mobilière à l'égal de la fortune immobilière.

A notre sens, voici la solution qu'il conviendrait de donner à cette question. La personne pourvue d'un conseil judiciaire est en principe pleinement capable pour accomplir les actes d'administration; or il y a certaines aliénations de mobilier, qui rentrent certainement dans le cercle des actes d'administration, et qu'il faut nécessairement reconnaître à la personne soumise à l'autorité d'un conseil judiciaire le droit de faire sans assistance, sous peine de rendre son administration impossible, tels que la vente des récoltes, des vieux ustensiles aratoires à remplacer par des neufs. Quant aux autres aliénations de mobilier, le prix moyennant lequel elles seront faites constituera nécessairement un capital; or la personne soumise à l'autorité d'un conseil judiciaire ne peut pas toucher ce capital ni en donner décharge sans l'assistance de son conseil. Cela implique que l'assistance du conseil est nécessaire aussi pour l'aliénation; car on ne comprendrait guère que la loi autorisât une aliénation sans l'assistance du conseil, et exigeât cette assistance pour en toucher le prix.

6° *Grever ses biens d'hypothèques*. C'est une conséquence du principe que, pour pouvoir hypothéquer, il faut être capable d'aliéner (art. 2124). Nos articles auraient pu se dispenser de la formuler.

Pour tous les actes qui viennent d'être énumérés, l'assistance du conseil judiciaire est nécessaire et suffisante. En aucun cas l'autorisation du conseil de famille n'est requise, à la différence de ce qui a lieu pour le mineur émancipé.

**999. Rôle du conseil judiciaire.** — Le conseil judiciaire, à la différence du tuteur, ne représente pas la personne soumise à son autorité dans les divers actes de la vie civile. Sa mission se borne à l'assister, et à ce point de vue son rôle ressemble à celui du curateur du mineur émancipé; sa responsabilité est aussi la même.

*Assister* une personne dans un acte, c'est participer avec elle à cet acte, l'aider de sa présence et de ses conseils. *Assister* vient de *sistere ad*. Ce mode de protection est plus complet que celui qui consiste dans une simple autorisation, donnée souvent à la légère et sans une connaissance suffisante de l'acte qu'il s'agit d'accomplir.

La pratique ne se conforme donc ni aux termes de la loi ni à son esprit, quand elle considère comme suffisante pour habiliter la personne placée sous conseil une autorisation écrite donnée par avance. Il est remarquable toutefois qu'en matière judiciaire, c'est-à-dire pour les instances, la jurisprudence ne considère plus l'autorisation comme équivalente à l'assistance, sans doute parce que, nul ne pouvant prévoir les divers incidents d'une instance, il est utile que l'incapable ait constamment auprès de lui son conseil pour l'assister et le diriger (Cass., 4<sup>er</sup> février 1876, Sir., 76. 4. 453). Mais le même besoin ne peut-il pas se faire sentir pour bien des actes extrajudiciaires? En tout cas les termes de la loi ne contiennent aucune trace de la distinction admise par la jurisprudence.

En supposant que l'autorisation puisse équivaloir à l'assistance, il est certain qu'elle doit être spéciale, c'est-à-dire donnée en vue de tel acte déterminé; il est certain aussi qu'elle doit être donnée avant que l'acte soit accompli. Après son ac-

complissement il ne peut plus être question que d'une ratification, et le droit de ratification n'appartient pas au conseil judiciaire.

Il peut se faire que le conseil judiciaire refuse abusivement de prêter au prodigue ou au faible d'esprit l'assistance dont il a besoin pour accomplir un acte. Ce refus peut donner lieu à un recours devant les tribunaux; car il n'est pas admissible que, par son mauvais vouloir, le conseil judiciaire puisse rendre impossible l'accomplissement d'actes qu'exige l'intérêt du prodigue ou du faible d'esprit. Mais le tribunal ne peut pas autoriser lui-même l'acte pour lequel le conseil refuse son assistance; tout ce qu'il peut faire, c'est d'enjoindre à celui-ci de prêter son assistance, et au besoin de procéder à son remplacement.

**1000.** Les actes accomplis sans l'assistance du conseil judiciaire *dans les cas où elle est requise* sont nuls de droit. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 502, dont la disposition est conçue dans des termes beaucoup trop généraux, puisque prise à la lettre elle signifierait que tous les actes sans exception accomplis sans l'assistance du conseil seraient nuls de droit. Il est bien évident que le défaut d'assistance ne peut entraîner la nullité que des actes pour lesquels l'assistance est requise. D'un autre côté, bien que ce principe ne soit formulé par l'article 502 qu'en vue des personnes pourvues d'un conseil judiciaire par application de l'article 499, il est certain qu'il s'appliquerait aussi à celles qui en sont pourvues par application de l'article 513.

En ce qui concerne le sens des mots *nuls de droit* et les caractères de la nullité, voyez *supra*, n° 987.

La nomination d'un conseil judiciaire à un prodigue ou à un faible d'esprit ne produit d'effet que dans l'avenir; à la différence de l'interdiction, elle ne peut jamais exercer son influence dans le passé, c'est-à-dire sur les actes accomplis avant le jugement qui prononce la défense de procéder sans conseil. En d'autres termes, l'article 503 n'est pas ici applicable. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point qui ne peut guère faire de doute; car la disposition de l'article 503 est exceptionnelle, et ne peut à ce titre être étendue en dehors de ses termes; or elle ne parle que des actes antérieurs à l'*interdiction* sans ajouter *ou à la nomination du conseil*, silence qui est d'autant plus significatif que l'article précédent parle à la fois des actes passés *par les interdits* et des actes passés *par les personnes pourvues d'un conseil judiciaire*. Et toutefois les actes antérieurs au jugement qui prononce la défense de procéder sans conseil pourraient être annulés, s'ils avaient été accomplis frauduleusement à une époque où la nomination du conseil judiciaire était imminente. En ce sens, Cass., 15 déc. 1879, Sir., 80. 4. 429.

**1001.** L'incapacité du majeur pourvu d'un conseil judiciaire se restreint aux actes énumérés par les articles 499 et 513; il est donc pleinement capable pour tous les autres actes. Ainsi il peut toucher ses revenus au fur et à mesure de leur échéance, faire des baux de neuf ans et au-dessous, prendre des immeubles à bail, faire pour son entretien des achats au comptant ou même à crédit, sans que les obligations qu'il contractera à ces deux derniers titres puissent être réduites en cas d'excès, à la différence de ce qui a lieu pour le mineur émancipé (art. 484). La jurisprudence décide le contraire, mais on l'a accusée non

sans raison d'avoir fait la loi sur ce point. La personne pourvue d'un conseil judiciaire peut aussi, sans l'assistance de son conseil, faire son testament et se marier.

**1002. Comment cesse la défense de procéder sans l'assistance d'un conseil.** — Elle cesse par deux causes :

1<sup>o</sup> La main-levée de cette défense. Elle peut être demandée, soit par la personne pourvue d'un conseil, soit par ceux qui auraient pu en provoquer la nomination. La procédure à suivre est la même que pour obtenir la nomination du conseil (art. 514.)

2<sup>o</sup> Par la mort de la personne placée sous l'autorité d'un conseil.

## APPENDICE

### LOI DU 30 JUIN 1838 SUR LES ALIÉNÉS

**1003.** Le respect de la liberté individuelle est un des principes fondamentaux de notre Droit actuel. Sous l'empire du Code civil, on le violait tous les jours en ce qui concerne les aliénés. En effet le Code civil n'autorisait la séquestration des fous qu'après leur interdiction (arg., art. 510). Et cependant on séquestrait fréquemment des aliénés non interdits, et l'autorité laissait faire, parce que dans bien des cas une semblable mesure peut être utile et même nécessaire. Cette pratique, qui était d'une illégalité flagrante et qui pouvait entraîner de nombreux abus par suite de l'absence de toute garantie accordée à ceux que l'on faisait ainsi séquestrer, devait nécessairement amener l'intervention législative. Elle s'est fait attendre jusqu'en 1838, époque à laquelle une loi du 30 juin est venue régler cette matière. Cette loi contient deux ordres de dispositions bien distinctes : les unes de Droit public et administratif, les autres de Droit privé. Ces dernières seulement feront l'objet de notre étude; elles sont contenues principalement dans les articles 31 à 40 de la loi.

La loi du 30 juin 1838, comme le Code civil, distingue deux catégories d'aliénés : 1<sup>o</sup> ceux dont l'état est de nature à compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes; 2<sup>o</sup> ceux dont la folie est inoffensive. Les premiers doivent être l'objet d'un *placement d'office* ordonné par l'autorité compétente (art. 48 et s.), les seconds d'un placement volontaire, dans un établissement d'aliénés.

**1004.** Des diverses mesures de protection établies par la loi en faveur des personnes non interdites placées dans un établissement d'aliénés. — Le soin de la personne et la gestion des biens du mineur ou de l'interdit sont confiés à une personne unique, son tuteur. Il n'en est pas de même des individus non interdits placés dans un établissement d'aliénés. La loi leur donne, suivant les circonstances, un curateur chargé du soin de leur personne, un administrateur provisoire qui doit veiller à la conservation de leurs biens, ou un mandataire *ad litem* qui a pour mission de les représenter en justice.

1<sup>o</sup> *Un curateur.* Il est chargé de veiller : 1<sup>o</sup> à ce que les revenus de l'individu placé dans un établissement d'aliénés soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison; 2<sup>o</sup> à ce qu'il soit rendu au libre exercice de ses droits aussitôt que sa situation le permettra (art. 38).

3<sup>o</sup> *Un administrateur provisoire.* Pour les individus placés dans un établissement public d'aliénés, l'administration provisoire est déférée de plein droit par la loi aux commissions administratives ou de surveillance de l'établissement. Cette administra-

tion est garantie par un privilège sur le cautionnement du receveur de l'établissement (art. 34, al. 3). Pour les individus placés dans un établissement privé d'aliénés, l'administrateur provisoire est nommé par le tribunal, qui peut, sur la demande des intéressés ou du procureur de la République, et par le jugement même qui nomme cet administrateur, « constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée » (art. 34, al. 2). Cette hypothèque semi-judiciaire semi-légale, ne date que du jour de son inscription, qui doit être effectuée par les soins du procureur de la République.

L'administrateur provisoire n'est pas chargé du soin de la personne, mais seulement de l'administration des biens de l'aliéné. Ainsi que son nom l'indique, il ne doit faire que les actes urgents de simple administration : il procédera, dit l'article 34 al. 4<sup>er</sup>, « au recouvrement des sommes dues à la personne placée dans l'établissement et à l'acquittement de ses dettes, passera des baux qui ne pourront pas excéder trois ans, et pourra même en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal civil faire vendre le mobilier. Voyez aussi les articles 35 et 36.

3<sup>o</sup> *Un mandataire AD LITEM*, chargé de représenter la personne placée dans un établissement d'aliénés, soit dans les procès où elle se trouvait engagée lors de son entrée dans l'établissement, soit dans ceux qui seraient intentés contre elle pendant qu'elle y est retenue. En cas d'urgence, le tribunal peut aussi désigner un mandataire spécial pour *intenter* une action, soit mobilière, soit immobilière, au nom de la personne placée dans un établissement d'aliénés. Les fonctions de mandataire *ad litem* peuvent être confiées à l'administrateur provisoire.

Le curateur, l'administrateur provisoire, dans les cas où la loi ne le désigne pas de plein droit, et le mandataire *ad litem* sont nommés par le tribunal de première instance du domicile de l'individu placé dans un établissement d'aliénés, sur la demande des personnes désignées dans les articles 32, 33 et 38.

**1005.** Capacité des personnes non interdites placées dans un établissement d'aliénés. — Aux termes de l'article 39 : « *Les actes faits par une personne placée dans un établissement d'aliénés, pendant le temps qu'elle y aura été retenue, sans que son interdiction ait été prononcée ni provoquée, pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du Code civil. — Les dix ans de l'action en nullité courront, à l'égard de la personne retenue qui a souscrit les actes, à dater de la signification qui lui en aura été faite, ou de la connaissance qu'elle en aura eue après sa sortie définitive de la maison d'aliénés; — et, à l'égard de ses héritiers, à dater de la signification qui leur en a été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue, depuis la mort de leur auteur. — Lorsque les dix ans auront commencé à courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre ses héritiers.* »

*Pourront être attaqués pour cause de démence.* Les actes accomplis par une personne judiciairement interdite sont *nuls de droit* (art. 502) : ce qui signifie que le tribunal doit en prononcer la nullité quand elle est demandée par qui de droit, sans avoir à examiner le mérite des actes, et par cela seul qu'il est constant en fait que ces actes ont été accomplis depuis la prononciation de la sentence d'interdiction et avant qu'elle ait été levée. Il n'en est pas de même des actes passés par une personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés, pendant qu'elle y était retenue. Ces actes ne peuvent être annulés, sur sa demande ou sur celle de ses héritiers, qu'autant qu'il est démontré qu'ils ont été accomplis sous l'empire de la démence, question de fait à résoudre par les juges. En d'autres termes, il n'y a pas pour la personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés, comme pour l'interdit, une présomption légale de folie *permanente* ; la démence au moment de l'acte devra donc être prouvée conformément aux règles du Droit commun.

Mais d'un autre côté, le succès de l'action en nullité intentée par la personne non

interdite placée dans un établissement d'aliénés ou par ses représentants n'est pas subordonné à la notoriété de son état de démence; car l'article 39, à la différence de l'article 503 du Code civil, n'exige pas cette condition. Aux yeux du législateur de 1838, le placement dans un établissement d'aliénés équivaut sans doute à la notoriété de la démence.

L'article 39 déroge donc à la fois à l'article 502 et à l'article 503 du Code civil.

Il déroge aussi à l'article 1304 en ce qui concerne le point de départ du délai de dix ans, soit pour l'aliéné soit pour ses héritiers. Voyez le texte précité. Il est regrettable que ses termes ne permettent pas d'étendre cette dérogation si rationnelle aux aliénés interdits.

D'ailleurs l'action en nullité, à raison des actes accomplis par une personne pendant qu'elle était retenue dans un établissement d'aliénés, reste soumise au Droit commun en ce qu'elle ne peut être intentée que par l'incapable ou ses représentants, et non par ceux qui ont contracté avec lui (art. 1125).

---

## LIVRE II

### Des biens et des différentes modifications de la propriété.

---

**1006.** Le livre premier du Code civil s'est occupé des personnes. Le livre deuxième va traiter des choses ou biens. Il détermine d'abord les diverses espèces de biens (titre I), puis les droits divers dont les biens sont susceptibles (titres II, III et IV).

**1007. Des divers droits que nous pouvons avoir sur les choses ou biens.** — Les droits, que nous pouvons avoir sur les choses ou biens, se divisent en *droits réels* et *droits personnels*. Cette distinction, qui tient à la nature même des droits, est fondamentale; on la retrouve dans toutes les législations.

Le droit *réel* est celui que nous avons directement et immédiatement sur une chose. C'est un droit dans la chose, *jus in re*, en vertu duquel, comme le dit Pothier, cette chose nous appartient *au moins à certains égards* : ce qui signifie que nous avons sur cette chose ou un droit de propriété, ou un démembrement de la propriété, tel qu'un droit d'usufruit, de servitude. On ne trouve dans le droit réel que deux éléments : une personne, sujet actif du droit, titulaire du droit, par exemple le propriétaire dans le droit de propriété, et une chose objet du droit; pas d'intermédiaire entre le titulaire du droit et la chose qui en est l'objet. C'est à cause de cette intimité qui existe entre le sujet actif du droit et la chose objet du droit, *res*, que ce droit est appelé réel, *jus in re*.

Le droit *personnel* ou droit de créance, *jus ad rem*, a une nature plus compliquée. On peut le définir, parallèlement au droit réel, celui qui ne s'exerce qu'indirectement, que médiatement sur la chose qui en est l'objet. En d'autres termes, c'est le droit que nous avons contre une personne et qui nous permet d'exiger d'elle la prestation d'une chose ou l'accomplissement d'un fait.

*La prestation d'une chose.* Ainsi je vous prête mille francs que vous vous engagez à me restituer dans six mois : c'est le prêt de consommation ;

j'acquiers contre vous par ce contrat un droit *personnel*, en vertu duquel je pourrai exiger de vous à l'époque convenue le paiement d'une somme de 1,000 fr.

*L'accomplissement d'un fait.* Ainsi vous vous engagez vis-à-vis de moi à faire un voyage dans mon intérêt ou à abattre un arbre qui est sur votre terrain et qui gêne ma vue; j'acquiers contre vous un droit personnel en vertu duquel je pourrai exiger l'accomplissement du fait que vous avez promis.

L'analyse fait découvrir dans le droit personnel trois éléments; il est donc, ainsi que nous l'avons dit, plus compliqué que le droit réel dans lequel on n'en rencontre que deux. Ces trois éléments sont :

1° Une personne, sujet actif du droit, que l'on appelle le *créancier*, *creditor*, parce qu'il a eu confiance dans le débiteur, il a suivi sa foi, *credidit*; d'où le nom de droits de *créance* qu'on donne souvent aux droits personnels.

2° Une autre personne, sujet passif du droit, le débiteur, *debitor*, *is qui debet*, parce que c'est lui qui est tenu de procurer au créancier le bénéfice du droit.

3° Enfin une chose ou un fait, objet du droit.

Il y a donc dans le droit personnel, entre le titulaire du droit et l'objet du droit, un intermédiaire qui n'existe pas dans le droit réel. Cet intermédiaire, c'est le débiteur. Aussi l'énoncé d'un droit réel est-il plus simple que celui d'un droit personnel. J'énoncerai clairement un droit réel en disant : je suis propriétaire de telle chose, j'ai un droit d'usufruit ou un droit de servitude sur telle chose; tandis que j'énoncerais d'une manière incomplète un droit personnel en disant : je suis créancier de telle chose, de telle somme d'argent par exemple. Créancier de qui? Ma créance sera excellente si le débiteur est d'une solvabilité à toute épreuve; elle représentera une non-valeur, si le débiteur est insolvable. Il ne suffit donc pas de dire ce dont on est créancier, il faut nécessairement, quand on veut exercer son droit, indiquer la personne du débiteur, dire par exemple : j'ai une créance de 1,000 fr. *contre Paul*.

Nous trouvons cette différence, entre l'énoncé du droit réel et celui du droit personnel, parfaitement soulignée dans l'*intentio* des diverses formules d'actions du Droit romain. L'*intentio* de la formule d'une action réelle était ainsi conçue : *Si paret rem A. A. esse*. Bien différente était l'*intentio* de la formule d'une action personnelle : *Si paret N. N. A. A. decem millia sestertium dare oportere*. Dans la première on n'indique que le sujet actif du droit (demandeur) et la chose objet du droit. Dans la seconde, on voit figurer en outre le nom du sujet passif du droit (débiteur, défendeur).

**1008.** Bien d'autres différences existent entre le droit réel et le droit personnel.

1<sup>o</sup> La cause efficiente du droit réel, c'est-à-dire la cause qui lui donne naissance, est l'*aliénation*. Ainsi je vous vends ma maison ou je l'aliène à votre profit par donation ou par échange; vous en acquérez immédiatement la propriété (art. 1438 et 1583); par conséquent l'aliénation a fait naître à votre profit un droit réel; car la propriété est le droit réel le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose. — Au contraire la cause efficiente du droit personnel, c'est l'*obligation*, quelle que soit d'ailleurs la source d'où elle dérive, contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit.

2<sup>o</sup> Le droit réel a nécessairement pour objet une chose. Le droit personnel peut avoir pour objet une chose ou un fait.

3<sup>o</sup> Le droit réel suppose nécessairement une chose déterminée: un droit *dans la chose, jus in re* ne peut pas exister sur une chose indéterminée. L'aliénation ne pourra donc pas donner naissance à un droit réel, tant que la chose à laquelle elle s'applique ne sera pas déterminée. Ainsi je vous vends 20 hectares de terre à prendre dans mon domaine de N. qui en contient 500; vous ne deviendrez propriétaire que quand les hectares de terre que je dois vous livrer en exécution de la vente auront été déterminés. Au contraire, le droit personnel, *jus ad rem*, peut s'appliquer à une chose indéterminée. Dans l'exemple qui vient d'être cité, la vente fait naître un droit personnel.

4<sup>o</sup> Tout droit, soit personnel, soit réel, a pour sanction une action en justice. L'action, c'est le moyen accordé par la loi pour faire reconnaître judiciairement le droit quand il est contesté et en obtenir l'exécution: c'est le droit de poursuivre en justice ce qui nous appartient ou ce qui nous est dû, *jus quod sibi debetur judicio persequendi*. A bien prendre l'action se confond avec le droit d'où elle dérive: c'est le droit lui-même à l'état de lutte, à l'état de guerre. « Les actions, dit M. Laurent, ne sont autre chose que les droits exercés en justice. » L'action est dite *réelle* ou *personnelle*, suivant qu'elle dérive d'un droit réel ou d'un droit personnel. Il existe entre l'action personnelle et l'action réelle une importante différence relativement à la personne de l'adversaire contre qui l'action est dirigée. Voici en quoi elle consiste:

En ce qui concerne l'action réelle son nom semble indiquer qu'elle doit être exercée contre la chose elle-même. *Res, non persona convenitur*. Effectivement si la chose pouvait se défendre, c'est elle qui devrait être traduite en justice. Comme cela est impossible, il faudra bien citer une personne à sa place, lorsque le droit sera contesté. Quelle sera cette personne? Le premier venu: celui qui contesterait mon droit, quel qu'il soit; je le traduirai en justice pour l'écarter comme on écarte un obstacle. Dans l'action réelle qui sert de sanction au droit réel, la personne du défendeur est donc indéterminée; il est impossible de dire à l'avance contre qui elle sera exercée.

Il en est tout autrement de l'action personnelle; on sait à l'avance contre qui elle sera intentée le cas échéant; ce sera contre le débiteur (ou contre ses représentants), contre celui-là même et non contre aucun autre.

Ainsi donc le droit réel donne lieu à une action dite *réelle* (*in rem*, contre la chose) dans laquelle le défendeur est indéterminé. Le droit personnel donne lieu à une action dite *personnelle*, *in personam*, dans laquelle la personne du défendeur est connue et déterminée à l'avance.

5<sup>o</sup> Le droit réel affecte la chose elle-même, et se trouve par conséquent opposable en principe à tous ceux qui acquerront ultérieurement sur la chose des droits réels de même nature ou de nature différente: ils seront obligés de respecter le droit qui s'était imprimé sur la chose à l'époque où ils sont entrés eux-mêmes en contact avec elle; la chose ne peut plus s'offrir à eux que sous la réserve des droits réels dont elle est grevée. Ainsi, propriétaire d'un immeuble, je le greève d'un droit d'usufruit au profit de Paul, puis je le vends à Pierre; ce dernier devra respecter le droit d'usufruit

antérieurement concédé à Paul (1). Au contraire le droit personnel n'empêche pas que celui qui s'est obligé s'oblige encore de la même manière et avec la même étendue envers d'autres; et, si la somme des obligations qu'une même personne a contractées excède la valeur de ses biens, les créanciers dont les droits sont les plus anciens n'auront pas en principe de préférence sur ceux dont les droits sont les plus récents (art. 2092 et 2093). La raison en est que tous les créanciers ont acquis un droit de même nature contre la personne de leur débiteur, et cette personne répond de la même manière envers tous. Si donc le débiteur ne peut satisfaire à tous ses engagements, tous ses créanciers partageront le même sort : on répartira entre eux les biens du débiteur commun au marc le franc de leurs créances respectives, c'est-à-dire proportionnellement au montant de ces créances.

**Observation.** — Quelquefois l'expression *droit personnel* est employée dans un sens tout différent de celui qui vient d'être indiqué : on s'en sert pour désigner, soit un droit qui meurt avec le titulaire et qui est par suite intransmissible à ses héritiers, comme le droit d'usufruit, soit un droit exclusivement attaché à la personne du titulaire, c'est-à-dire un droit qui n'est pas susceptible d'être exercé par ses créanciers agissant de son chef en vertu de l'article 1466, comme le droit à une pension alimentaire, le droit de demander la séparation de corps, etc.

**1009.** A proprement parler, il n'y a de biens que les droits que nous pouvons avoir sur les choses (2) soit immédiatement, ce qui est le cas du droit réel *jus in re*, soit médiatement, ce qui est le cas du droit personnel, *jus ad rem* (*supra*, n° 1007). Les choses nous apparaissent donc comme étant les objets, la matière des droits ou biens, et non comme étant les biens eux-mêmes. Cette distinction a été nettement faite par le législateur pour tous les droits autres que le droit de propriété (v. art. 126). Mais en ce qui concerne ce dernier, il paraît l'avoir confondu, d'après une tradition bien des fois séculaire, puisqu'elle remonte jusqu'au Droit romain, avec la chose même sur laquelle ce droit porte, et il a été ainsi conduit à considérer les choses comme des biens en tant qu'elles sont l'objet d'un droit de propriété. C'est ce qui résulte des articles 517 et suivants et 528, qui considèrent comme des *biens* toutes les choses immobilières ou mobilières sur lesquelles nous avons un droit de propriété. Cette confusion trouve son excuse, sinon sa justification, dans cette considération, que le droit de propriété, étant le droit le plus absolu qu'on puisse avoir sur une chose, peut paraître s'identifier avec la chose elle-même. On a été ainsi conduit à dire *brevitatis causa* : cette chose est à moi, c'est mon bien, au lieu de dire : j'ai un bien consistant en un droit de propriété sur telle chose.

Le législateur ayant ainsi identifié le droit de propriété avec la chose sur laquelle il porte et cette chose étant corporelle, il en résulte qu'il a considéré le droit de propriété comme un droit corporel : ce qui, pour être renouvelé de chez les Romains, n'en est pas moins un non-sens.

(1) Sauf toutefois la question de transcription.

(2) Les droits, qui n'ont pas des choses ou des faits pour objet, comme le droit de liberté et tous les droits relatifs à l'état des personnes, ne doivent pas être considérés comme des biens. Il n'y a pas lieu par conséquent de se demander si ces droits sont meubles ou immeubles, car cette division ne s'applique qu'aux biens.

## TITRE I

**De la distinction des biens.**

**1010.** On désigne dans le langage traditionnel sous le nom de *biens*, toutes les choses, qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité sont susceptibles *d'appropriation*, c'est-à-dire susceptibles de devenir la propriété exclusive d'une personne.

Le mot *bien* paraît être dérivé du mot latin *bonum*, qui signifie bonheur, bien-être. « *Bona dicuntur ex eo quod beant, hoc est beatos faciunt; beare est prodesse* » (l. 49. D. de V. S.). Il est certain en effet que, si la fortune ne fait pas le bonheur, elle y contribue du moins dans une large mesure.

L'ensemble des biens constitue le patrimoine.

Il ne faut pas confondre les biens avec les choses : ils s'en distinguent comme l'espèce se distingue du genre. Tous les biens en effet sont des choses; mais toutes les choses ne sont pas des biens. On désigne sous le nom de *chose* tout ce qui existe dans la nature, *quidquid existit aut existere potest*. Parmi les choses il n'y a que celles susceptibles d'appropriation qui soient des biens. Ainsi le soleil, l'air, la mer... sont des choses, et des choses indispensables à l'homme; mais ce ne sont pas des biens, parce que nul n'en peut devenir propriétaire exclusif.

Le législateur et les jurisconsultes emploient souvent le mot *chose* comme synonyme de *bien*, parce que, au point de vue du Droit, les choses sont principalement considérées par rapport aux droits privatifs dont elles peuvent être l'objet, et non eu égard à l'utilité que les hommes en général peuvent en retirer.

**1011.** Notre loi ne formule qu'une seule distinction des biens, qui est indiquée par l'article 516 ainsi conçu : « *Tous les biens sont meubles ou immeubles* ». Mais de nombreuses dispositions du Code civil supposent l'existence d'autres divisions des biens. Voici les principales :

1<sup>o</sup> *Biens corporels, biens incorporels*.—Les biens *corporels* sont ceux qui peuvent tomber sous nos sens, et principalement sous celui du toucher, *quæ tangi possunt*, comme une maison, un vêtement, des denrées. Les biens *incorporels* sont ceux qui ne peuvent pas tomber sous nos sens, *quæ tangi non possunt*: nous ne pouvons les toucher qu'avec notre intelligence, *solo juris intellectu consistunt*. Tous les droits sont des choses incorporelles; par exemple le droit d'hérédité, le droit d'usufruit, le droit

de servitude. Sans doute l'objet du droit peut être corporel, et il l'est le plus souvent: ainsi le droit d'usufruit porte sur une chose corporelle mobilière ou immobilière; mais le droit lui-même est incorporel.

Rationnellement cette règle s'applique au droit de propriété comme à tous les autres droits; mais nous savons que le législateur, identifiant la chose objet du droit de propriété avec le droit de propriété lui-même, paraît considérer ce droit comme étant corporel.

La distinction des biens en corporels et incorporels présente notamment de l'importance au point de vue de la règle « En fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279), qui n'est applicable qu'aux meubles corporels.

2° *Biens qui se consomment et biens qui ne se consomment pas par le premier usage.* — Parmi les biens corporels il y en a qui se consomment par le premier usage que l'on en fait (*quorum usus in abusu consistit*), soit naturellement, comme les vins, les grains, l'huile, les liqueurs et toutes les choses de consommation, soit civilement, comme l'argent monnayé. D'autres, au contraire, résistent à un usage plus ou moins prolongé, comme une maison, un vêtement... Cette distinction présente surtout de l'importance au point de vue de l'usufruit: les biens qui ne se consomment pas par le premier usage sont seuls susceptibles d'un véritable droit d'usufruit.

3° *Biens fongibles, biens non fongibles.* — Les choses *fongibles* sont celles qui, d'après l'intention des parties, peuvent être exactement et identiquement remplacées par d'autres semblables, *quarum una alterius vice FUNGITUR* (d'où le mot *fongibles*): dans l'intention des parties, l'une de ces choses vaut l'autre. — Les choses non fongibles au contraire sont celles qui, d'après l'intention des parties, sont considérées en elles-mêmes et ne sauraient être remplacées par d'autres de même nature. C'est donc l'intention des parties qui fait la fongibilité ou la non fongibilité, de sorte qu'une même chose peut, suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant la volonté des parties, être, tantôt fongible, tantôt non fongible. Ainsi je prête mon code à un ami sur sa demande. Ici le livre prêté sera chose fongible; notre intention commune a été que la restitution se fit en nature, *in specie*, et non par équipollent. C'est donc le code que j'ai prêté qui devra m'être restitué, le même exemplaire et non un autre à la place; je puis avoir des motifs pour y tenir, par exemple parce que j'y ai mis des notes. Si au contraire un libraire, n'ayant pas en magasin le livre qu'un client lui demande, en emprunte un exemplaire à un confrère pour ne pas manquer la vente, ici le livre prêté sera chose fongible, et l'emprunteur devra restituer un exemplaire semblable à celui qu'il a reçu, non le même exemplaire; car telle a été évidemment l'intention commune des parties révélée par les circonstances dans lesquelles a été fait l'emprunt.

L'intention des parties faisant la fongibilité ou la non fongibilité, comment arri

vera-t-on à découvrir cette intention? Quand les parties l'auront exprimée, il n'y aura pas de difficulté. Si elles ont gardé le silence, leur intention sera révélée par les circonstances, parmi lesquelles figure en première ligne la nature même de la chose dont il s'agit. Presque toujours les parties auront considéré la chose qui fait l'objet du contrat comme fongible, lorsque cette chose sera de celles qui se consomment par le premier usage. Presque toujours au contraire elles l'auront considérée comme non fongible, si elle est de celles qui ne se consomment pas par le premier usage. C'est pour cela qu'on est tenté de confondre la distinction des choses qui se consomment ou ne se consomment pas par le premier usage, avec celle des choses fongibles et non fongibles. Il faut se garder de commettre cette confusion. C'est *la nature de la chose* qui fait qu'elle se consomme ou ne se consomme pas par le premier usage; tandis que c'est *l'intention des parties* qui fait la fongibilité ou la non fongibilité; et la nature de la chose n'est qu'une des circonstances qui peuvent faire découvrir cette intention, mais non la seule. Il peut donc arriver que la volonté des parties rende fongible une chose qui ne se consomme pas par le premier usage, comme dans l'exemple du libraire cité tout à l'heure; et en sens inverse la volonté des parties peut rendre non fongible une chose qui se consomme par le premier usage que l'on en fait; comme si je prête des fruits à un marchand de comestibles pour qu'il les mette en montre dans son magasin, *ad pompam et ostentationem*, et avec charge de me les restituer *in specie* au bout d'un certain temps.

4<sup>o</sup> *Choses divisibles et choses indivisibles*. — Les choses divisibles sont celles qui sont susceptibles de division, comme du vin, une étoffe. Les choses indivisibles sont celles qui ne sont pas susceptibles de division soit matérielle soit même intellectuelle, *v. gr.* une servitude de passage: on passe ou on ne passe pas, il n'y a pas de milieu. Cette division présente une grande importance en matière d'obligations (art. 1217).

5<sup>o</sup> *Choses principales et choses accessoires*. — Les premières ont une existence propre et indépendante, par exemple un fonds de terre. Les secondes sont considérées comme une partie subordonnée de la chose principale, par exemple les fruits pendants par branches ou par racines: ils sont accessoires par rapport au fonds qui leur donne la vie. Ordinairement l'accessoire suit le sort du principal « *Accessorium sequitur principale* ».

6<sup>o</sup> *Biens considérés comme objets particuliers (singulæ res)*, par exemple une maison, et *biens considérés comme universalité (universæ res, universitas)*, par exemple une hérédité.

**1012.** Nous arrivons enfin à la distinction du Code civil, qu'on peut considérer comme étant la *summa divisio rerum*. « *Tous les biens sont meubles ou immeubles* », dit l'article 516. Les biens immeubles sont ceux qui ne peuvent pas être transportés d'un lieu dans un autre (*quæ moveri non possunt*), *v. gr.* un fonds de terre. Les biens meubles sont ceux qui peuvent être transportés d'un lieu dans un autre (*quæ moveri possunt*), par exemple une table, un billard. Telle est du moins l'idée la plus générale qu'on puisse donner du sens de cette distinction; car nous verrons que la loi attribue le caractère d'immeubles à des biens *quæ moveri possunt*, et que, d'autre part, elle attribue le caractère soit de meubles soit d'immeubles à des biens qui sembleraient devoir échapper à notre distinction parce qu'ils sont incorporels.

La distinction des biens en meubles et en immeubles domine tout notre Droit. Elle présente particulièrement de l'importance sous les points de vue suivants :

1° Aux termes de l'article 3, al. 2 : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » On a vu (*supra*, n° 79) qu'il n'en est pas toujours ainsi des meubles.

2° Les immeubles sont susceptibles d'hypothèque ; les meubles n'en sont pas susceptibles (art. 2118 et 2119), sauf l'exception introduite par une loi récente relativement aux navires.

3° La saisie des meubles entraîne moins de complications, moins de lenteurs et moins de frais que la saisie des immeubles.

4° Quand un testateur a légué ses meubles à l'un et ses immeubles à l'autre, il est nécessaire de savoir quels biens sont meubles et quels autres immeubles, pour déterminer les droits de chaque légataire.

5° Le tribunal compétent pour connaître d'une contestation, varie suivant que l'on est en matière mobilière ou en matière immobilière. En matière mobilière, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur ; en matière immobilière c'est au contraire le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux (Pr., art. 59).

6° Les ventes d'immeubles sont rescindables pour cause de lésion de plus des sept douzièmes au préjudice du vendeur (art. 1674). Cette cause de rescision n'est pas applicable aux ventes de meubles.

7° Les meubles tombent dans la communauté qui s'établit entre époux (art. 1401). Les immeubles en sont exclus (art. 1404).

8° La propriété des immeubles ne se transmet pas à l'égard des tiers de la même manière que celle des meubles (v. art. 939, 1444 et l. du 23 mars 1855, art. 1).

9° Les règles de la prescription ne sont pas les mêmes pour les meubles et pour les immeubles. En général la prescription des meubles corporels s'accomplit instantanément (art. 2279), tandis que la loi exige toujours un délai plus ou moins long pour la prescription des immeubles (art. 2262 et 2265).

10° Les droits fiscaux dus pour l'aliénation des meubles sont moins élevés que ceux dus pour l'aliénation des immeubles.

**1013.** D'une manière générale, on peut remarquer que le législateur du Code civil a beaucoup plus protégé la fortune immobilière que la fortune mobilière. Notre ancien Droit avait fait de même. Les immeubles y étaient considérés comme étant de beaucoup la partie la plus importante et la plus résistante du patrimoine des particuliers (les rentes étaient alors immobilières). Quant à la fortune mobilière, elle était l'objet d'une sorte de dédain à cause de son peu d'importance, ainsi que l'atteste la maxime *Res mobilis res vilis*. Nous sommes loin aujourd'hui de cet état de choses. La fortune mobilière a acquis pendant le cours de ce siècle un développement que nul n'aurait pu prévoir : elle représente aujourd'hui en France une valeur probablement triple de celle de la fortune immobilière, et il est impossible de dire de combien cet écart sera encore dépassé dans l'avenir, puisque l'accroissement de la fortune mobilière est sans limites, tandis que l'accroissement de la fortune immobilière est nécessairement limité. Et cependant nous trouvons encore aujourd'hui dans le Code civil un certain nombre de dispositions qui ne sont qu'un écho de la maxime *Res mobilis res vilis*, maxime déjà vieillie à l'époque de la confection du Code civil et aujourd'hui complètement surannée.

## CHAPITRE I

## DES IMMEUBLES

**1014.** Aux termes de l'article 517 : « *Les biens sont immeubles ou par leur nature ou par leur destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent.* » Cela fait trois classes d'immeubles. Il y a lieu d'en ajouter une quatrième : les immeubles par la détermination de la loi. Etudions-les successivement.

§ I. *Immeubles par leur nature.*

**1015.** Ils sont énumérés par les articles 518, 519, 520, 521 et 523. En voici la liste : 1° les fonds de terre ; 2° les bâtiments ; 3° les moulins fixés sur piliers ou faisant partie d'un bâtiment ; 4° les récoltes pendantes par branches et par racines et les semences confiées au sol ; 5° les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage.

**1016.** 1° *Les fonds de terre.* — « *Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature* », dit l'art. 518. Les fonds de terre sont les seuls immeubles qui soient véritablement tels par leur nature. Ce que notre article appelle fonds de terre, nos anciens l'appelaient le *fonds* et le *tréfonds*. Le fonds, c'est le dessus, c'est-à-dire la surface du sol nu de constructions (les constructions constituent la superficie) ; le tréfonds, c'est le dessous, c'est-à-dire l'intérieur du sol avec ses divers éléments, sable, eau, pierre, argile, minerais....

Les mines que recèle un fonds de terre font donc partie du fonds, et appartiennent par suite au propriétaire de ce fonds. Toutefois, il résulte de la loi du 21 avril 1810 que, lorsqu'une mine est concédée, elle forme une propriété immobilière distincte du fonds où elle se trouve. A ce titre, elle peut être cédée séparément du fonds et être grevée d'une hypothèque distincte.

**1017.** 2° *Les bâtiments* (art. 518). Les bâtiments se composent de matériaux assemblés par la main de l'homme et qui sont choses essentiellement mobilières. Quand ces matériaux sont devenus un édifice, ils ont perdu leur individualité ; le sol, par sa puissance d'attraction, les a en quelque sorte absorbés. Le bâtiment devient alors un immeuble à titre d'accessoire du sol, dont il ne peut plus être séparé sans être détruit ; *Omne quod solo inædificatur solo cedit*. Par où l'on voit que les bâtiments sont plutôt immeubles par incorporation ou par accession que par nature ; il n'y a de tels, à proprement parler, que les fonds de terre.

La loi ne définit pas le bâtiment ; de là quelques difficultés. On doit considérer comme tel toute construction adhérent au sol par fondements ou par pilotis. Ainsi les constructions, qui sont simplement posées sur le sol, comme les baraques faites en temps de foire, les cabines de baigneurs..., ne sont pas immeubles.

Mais il n'est pas nécessaire, pour qu'un bâtiment soit immeuble, qu'il ait été incorporé au sol à perpétuelle demeure. Des constructions faites pour un temps limité, comme l'ont été par exemple les constructions de l'Exposition universelle à Paris, n'en seraient pas moins immeubles. C'est du moins ce que l'on peut induire de l'article 519, qui déclare les plantations immeubles, bien que leur incorporation au sol soit, par la nature même des choses, essentiellement temporaire.

\* De là il suit qu'il n'est pas nécessaire que des constructions soient élevées par le propriétaire d'un terrain pour être immobilières. Ainsi les constructions faites par un usufruitier seraient certainement immobilières, bien qu'il ne les ait faites, selon toutes les vraisemblances, que pour la durée de son usufruit. Il en serait de même des constructions élevées par un fermier, quoiqu'il n'ait qu'un droit temporaire au fonds, et qu'il ait dû sans doute construire en vue seulement de la durée de sa jouissance. L'immobilisation des constructions résulte d'un fait matériel, leur incorporation au sol, et il importe peu que ce fait matériel soit réalisé par le propriétaire ou par un tiers.

L'immobilisation des constructions dérivant de leur incorporation au sol, il en résulte que, quand cette incorporation cessera par la démolition de l'édifice, les matériaux reprendront la nature mobilière qu'ils avaient auparavant (art. 532).

**1018.** 3° *Les moulins fixés sur piliers ou faisant partie d'un bâtiment.* — On lit à ce sujet dans l'article 519 : « *Les moulins à vent ou à eau* » *fixés sur piliers et faisant partie d'un bâtiment sont aussi immeubles* » *par leur nature.* » Ce texte paraît exiger deux conditions pour qu'un moulin soit immeuble, savoir : 1° qu'il soit fixé sur piliers ; 2° qu'il fasse partie d'un bâtiment. Mais sur ce point il est en contradiction avec l'article 531, qui ne déclare les moulins meubles que quand nos deux conditions manquent à la fois, ce qui revient à dire que, si l'une d'elles existe, le moulin sera immeuble. Dans l'incertitude où nous laissent les textes, il faut s'en tenir aux principes ; or les principes donnent raison à l'article 531. En effet, quand les moulins sont fixés sur piliers en maçonnerie sans faire partie d'un bâtiment, ils adhèrent au sol, ce qui suffit pour les rendre immeubles. D'autre part, quand ils font partie d'un bâtiment sans être fixés sur piliers, ils sont un accessoire, une dépendance du bâtiment, et sont immeubles à ce titre. Une des deux conditions indiquées par l'article 531 suffit donc pour qu'un moulin soit immeuble, et il faut par conséquent dans l'article 519 substituer la disjonctive *ou* à la conjonctive *et*. On est d'accord sur ce point.

**1019.** 4° *Les récoltes pendantes par branches et par racines et les semences confiées au sol.* — « *Les récoltes pendantes par les racines, et les* » *fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles.* » — *Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non* » *enlevés, ils sont meubles.* — *Si une partie seulement de la récolte* » *est coupée, cette partie seule est meuble* » (art. 520).

De même que les bâtiments, les récoltes pendantes par branches et

par racines sont immeubles plutôt par leur incorporation au sol que par leur nature. La terre, on l'a fort bien dit, immobilise tout ce à quoi elle donne la vie, les arbres et leurs fruits, les récoltes de toute nature qu'elle produit. *Fructus pendentes pars fundi esse videntur.*

Cette règle dans sa généralité s'applique même aux arbres des pépinières. Quant aux plants qui auraient été mis provisoirement en dépôt dans le sol, en attendant leur vente ou leur transplantation, ils ne doivent pas être considérés comme immeubles; car ils ne sont pas incorporés au sol, qui les abrite plutôt qu'il ne les nourrit. Il en est de même des arbres plantés dans des caisses, alors même que ces caisses auraient été mises dans la terre.

**1020.** Tous les produits de la terre deviennent meubles aussitôt qu'ils en sont séparés, car alors la cause de l'immobilisation cesse. La loi dit à ce sujet : « *Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés quoique non enlevés, ils sont meubles. Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble* » (art. 521).

Plusieurs de nos anciennes coutumes considéraient les fruits comme meubles aussitôt arrivée l'époque de leur maturité, même avant qu'ils fussent séparés du sol : sans doute parce que la cause de l'immobilisation semble cesser quand les fruits devenus mûrs n'ont plus besoin d'être alimentés par la terre. Il y avait même certaines coutumes qui, probablement pour éviter les difficultés auxquelles pouvait donner lieu la détermination précise de l'époque de la maturité des fruits et par suite de leur mobilisation, les déclaraient meubles à une époque fixe qui précédait ordinairement celle de la maturité réelle. Par exemple, dit Pothier, il y a des coutumes qui réputent meubles les foins à la mi-mai, les blés à la Saint-Jean, les raisins au mois de septembre. L'article 520, al. 2 et 3, a eu principalement pour but d'abroger ces dispositions, et de les remplacer par une règle qui est à la fois plus rationnelle et d'une application plus facile.

L'article 521 a été écrit dans le même ordre d'idées : « *Les coupes ordinaires de bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées, ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus.* »

Sans cet article on aurait pu croire, par suite d'une réminiscence de notre ancien Droit, que la seule arrivée de l'époque fixée pour la coupe d'un bois taillis ou d'un bois de haute futaie aménagé, c'est-à-dire mis en coupes réglées, suffit pour mobiliser la portion de bois qui doit être coupée, alors même que la coupe serait retardée. La loi a voulu lever ce doute. Elle ne parle pas des futaies non aménagées, parce qu'à leur égard l'application du principe ne pouvait pas souffrir de difficulté.

**1021.** Les fruits pendants par branches et par racines sont immeubles en qualité d'accessoires du sol qui les nourrit. Ils cessent d'avoir ce caractère, et deviennent par suite choses mobilières, quand on les considère abstraction faite du fonds auquel ils sont attachés. C'est ce qui arrive dans les trois cas suivants :

**1<sup>o</sup>** *Dans le cas de la saisie-brandon.* La saisie-brandon est une saisie des fruits pendants. Elle ne peut être pratiquée que dans les six semaines qui précèdent l'époque ordinaire de la maturité des fruits (Pr., art. 626). Son nom vient de ce qu'on plaçait autrefois dans les champs dont les fruits étaient saisis des poteaux, auxquels on suspendait des faisceaux de paille ou *brandons*. Nos lois modernes ont supprimé le signe visible de cette saisie; mais elles ont conservé le nom auquel il avait donné lieu. La saisie-brandon est une saisie *mobile*, parce que dans cette saisie les fruits sont envisagés abstraction faite du sol et pour l'époque où ils en seront détachés.

Ce qu'on saisit et ce qui sera vendu sur la saisie, ce sont les fruits, envisagés par anticipation comme séparés du sol et par conséquent comme choses mobilières. La saisie-brandon offre un double avantage sur la saisie immobilière : elle procure au créancier un paiement plus prompt, et entraîne moins de frais.

2° Les fruits pendants sur un fonds sont considérés comme meubles à l'égard du fermier de ce fonds. En effet dans le contrat de bail les parties envisagent les fruits séparément du fonds, qui est regardé seulement comme l'instrument de leur production. Elles ne les considèrent donc pas comme liés au fonds par le lien qui unit l'accessoire au principal.

3° Enfin les fruits pendants sont considérés comme meubles à l'égard de l'acheteur d'une récolte ou d'une coupe à faire. En effet le droit de cet acheteur, comme celui du fermier, ne s'applique pas à l'immeuble, mais seulement aux fruits à percevoir, aux fruits considérés comme étant déjà perçus, et comme ayant cessé par conséquent d'être liés au sol par le lien qui produit l'immobilisation. Quand je vends une récolte pendante, je ne vends pas un accessoire de mon fonds, je vends des fruits considérés comme chose principale et distincte de l'immeuble auquel ils adhèrent ; je vends donc des meubles.

De là plusieurs conséquences.

\* a). Entre deux acquéreurs successifs de la même récolte ou de la même coupe à faire, on préférera celui qui le premier aura été mis en possession réelle, s'il est de bonne foi (arg., art. 1141).

\* b). L'article 1622, relatif aux ventes d'immeubles faites avec indication de contenance, ne serait pas applicable aux ventes de coupes de bois faites avec indication de la contenance du terrain qui porte le bois à couper.

\* c). L'action, que l'acheteur d'une coupe de bois intente contre le vendeur à l'effet d'obtenir l'autorisation d'effectuer la coupe, est une action mobilière, qui doit être portée par conséquent devant le tribunal du domicile du vendeur, et non devant celui de la situation de l'immeuble (Pr. art. 59).

\* d). Les ventes publiques volontaires de récoltes ou de coupes à faire peuvent être effectuées par les commissaires-priseurs aussi bien que par les notaires. Ces derniers revendiquaient le droit exclusif de procéder à ces ventes en se fondant sur leur nature immobilière, et la Cour de cassation leur avait donné raison dans plusieurs arrêts ; mais la loi du 5 juin 1851, appliquant les vrais principes, a condamné leurs prétentions. L'article 1<sup>er</sup> de cette loi est ainsi conçu : « Les ventes publiques volontaires, soit à terme, soit au comptant, de fruits ou de récoltes pendantes par racines et de coupes DE BOIS TAILLIS, seront faites en concurrence, et au choix des parties par les notaires, commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de la justice de paix, même dans le lieu de la résidence des commissaires-priseurs ». Ce texte ne parlant que des ventes de coupes de bois taillis, il en résulte, et cela a été positivement expliqué lors de la confection de la loi, que les ventes de coupes de hautes futaies, aménagées ou non, sont de la compétence exclusive des notaires : ce qui est peut-être difficile à justifier au point de vue des principes, les ventes de coupes de hautes futaies étant certainement mobilières, tout aussi bien que les ventes de coupes de taillis.

\* e). Le droit fiscal à percevoir sur les ventes de récoltes pendantes ou de coupes à faire, est le droit de deux pour cent applicable aux ventes mobilières, et non le droit beaucoup plus élevé auquel donnent lieu les ventes d'immeubles. C'est ce qui résulte de l'article 69 § 5 n° 4 de la loi du 22 frimaire an VII ainsi conçu : « Deux francs par cent francs... Les ventes... de récoltes de l'année sur pied, coupes de bois taillis et de hautes futaies ».

\* La vente d'une coupe, même de haute futaie, ne cesserait pas d'être mobilière par suite de cette circonstance qu'elle aurait été suivie de la vente du terrain au

même acheteur, et que celui-ci, devenu propriétaire du bois et du terrain, n'aurait pas effectué la coupe. C'est ce que la Cour de cassation a décidé dans plusieurs arrêts. L'administration de l'enregistrement soutenait qu'en pareil cas l'acheteur devait payer le droit de mutation afférent aux ventes immobilières non-seulement pour le terrain, mais aussi pour la haute futaie. Cette double vente, disait la régie, de la futaie à couper d'abord et du terrain ensuite, à un acquéreur qui, une fois devenu propriétaire du total, ne coupe pas la futaie, ne peut être qu'un moyen détourné de frauder le fisc en lui soustrayant une partie des droits de mutation qui lui sont légitimement dus; les tribunaux ne peuvent pas prêter la main à cette fraude; ils doivent au contraire la démasquer et la réprimer. Cela est incontestable. Mais la régie de l'enregistrement oubliait que la fraude ne se présume pas : elle doit être prouvée. Or la régie ne faisait pas cette preuve, et, comme en définitive il n'est pas impossible que les parties dans de semblables circonstances aient agi sans intention frauduleuse à l'endroit du fisc, on s'explique que la Cour de cassation ait repoussé les prétentions de la régie.

**1022.** 5° « *Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison* » ou autre héritage sont immeubles, et font partie du fonds auquel ils sont » attachés » (art. 523).

Il y a quelque difficulté sur le point de savoir si les tuyaux dont parle l'article 523 sont immeubles par leur nature ou par destination. La place de l'article, qui est encadré au milieu de ceux où la loi parle des immeubles par destination, semble indiquer que ces tuyaux appartiennent à cette dernière catégorie. Mais les termes de l'article seraient plutôt favorables à l'opinion qui les considère comme étant immeubles par leur nature. En effet la loi dit que ces tuyaux « font partie du fonds » ; elle n'exige pas en outre, comme elle le fait pour les objets qui doivent devenir immeubles par destination (art. 522 et 524), que les tuyaux aient été incorporés à l'immeuble *par le propriétaire*. Aussi la plupart des auteurs, faisant prévaloir l'argument tiré des termes de la loi sur celui qui résulte de la place occupée par l'article, considèrent-ils lesdits tuyaux comme appartenant à la catégorie des immeubles par leur nature. Il ne paraît pas d'ailleurs y avoir lieu de distinguer, en ce qui concerne les maisons, entre les tuyaux intérieurs et les tuyaux extérieurs, ni entre ceux qui amènent l'eau dans la maison, et ceux qui servent à l'écoulement des eaux pluviales ou des eaux ménagères.

## § II. Immeubles par destination.

**1023.** On donne ce nom à des objets mobiliers que la loi répute immeubles parce qu'ils ont été attachés à un fonds par le propriétaire pour le service, l'exploitation, l'utilité ou l'ornement de ce fonds ; ils en deviennent alors les accessoires et empruntent sa nature juridique.

Le Droit romain ne connaissait pas les immeubles par destination et notre ancien Droit les connaissait à peine.

L'immobilisation par destination présente cependant un grand intérêt : elle établit entre une chose mobilière et un immeuble le lien qui rattache l'accessoire au principal, et empêche que mille accidents ne viennent séparer deux choses qui doivent rester étroitement unies.

Ainsi la loi déclare immeubles par destination les animaux et les ustensiles aratoires qu'un propriétaire a attachés à la culture de son fonds. De là il résulte que ces

animaux et ustensiles ne pourront pas être saisis mobilièrement et par suite séparément du fonds (Pr. art. 592). Si au contraire ces objets conservaient leur nature de choses mobilières, comme dans notre ancien Droit, les créanciers du propriétaire pourraient les saisir mobilièrement, par suite séparément du fonds, et mettre ainsi le propriétaire dans l'impossibilité de cultiver son domaine. De même, si le propriétaire d'un fonds se marie sous le régime de la communauté, les animaux et ustensiles qu'il a attachés à sa culture, étant immeubles par destination, lui demeureront propres avec le fonds lui-même (art. 1404). Ils tomberaient au contraire dans la communauté, comme le décidait notre ancien Droit, s'ils conservaient leur nature de choses mobilières (art. 1401, al. 1). Enfin les animaux attachés à la culture et les ustensiles aratoires, étant immeubles par destination, passeront avec le fonds dont ils sont une dépendance au légataire de ce fonds. On les verrait au contraire tomber entre les mains du légataire des meubles ou rester aux héritiers, s'ils conservaient leur nature de choses mobilières.

**1024. Conditions requises pour qu'un objet mobilier devienne immeuble par destination.** — Pour qu'un objet mobilier devienne immeuble par destination il faut :

1° Qu'il ait été placé sur un fonds ; car il ne peut devenir immeuble par destination qu'en qualité d'accessoire d'un fonds.

2° Qu'il y ait été placé dans l'intérêt du fonds, c'est-à-dire pour son service, son exploitation, son utilité ou son ornement.

3° Qu'il ait été placé par le propriétaire du fonds. L'immobilisation par destination ne peut résulter que du fait du propriétaire ; elle ne pourrait pas résulter du fait d'un fermier ni d'un locataire, ni même d'un usufruitier. La raison en est que l'immobilisation par destination a lieu dans l'intérêt du fonds, et le propriétaire est seul le représentant de cet intérêt. Celui qui place un objet sur un fonds en qualité de locataire, de fermier ou même d'usufruitier, l'y place vraisemblablement pour la durée de sa jouissance seulement ; il agit dans son propre intérêt, plutôt que dans celui du fonds qui ne lui appartient pas. Lui prêter une intention contraire, ce serait supposer qu'il a entendu faire une donation au propriétaire, puisque celui-ci, à l'expiration du bail ou de l'usufruit, reprendrait avec son fonds les accessoires provenant du locataire ou de l'usufruitier ; or une donation ne se suppose pas.

On admet généralement que l'immobilisation par destination pourrait aussi résulter du fait de celui qui possède le fonds *animo domini*, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il est ou non de bonne foi. Celui qui possède un fonds *animo domini* s'en croit propriétaire ou se conduit comme tel : il représente donc l'intérêt du fonds.

**1025.** Faut-il en outre, pour qu'un objet mobilier devienne immeuble par destination, que le propriétaire l'ait placé sur son fonds à *perpétuelle demeure*, c'est-à-dire dans une intention de perpétuité ? Quelques auteurs l'exigent dans tous les cas, mais à tort croyons-nous. En effet la loi ne paraît pas requérir la condition de la perpétuelle demeure pour l'immobilisation qui a lieu *dans l'intérêt du service ou de l'exploitation* du fonds, ou autrement dit pour l'immobilisation par destination agricole ou in-

dustrielle. L'article 522, relatif à un cas particulier d'immobilisation par destination agricole, ne parle pas du tout de la perpétuelle demeure. De plus l'article 524, qui s'occupe à la fois de l'immobilisation agricole et de l'immobilisation industrielle, dit dans son alinéa 1<sup>er</sup> : « *Les objets* » que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation » de ce fonds sont immeubles par destination ». L'article n'exige pas d'autre condition pour l'immobilisation; et, comme s'il voulait insister pournous faire comprendre que cette condition suffit, il ajoute en se répétant : « *Ainsi sont immeubles par destination quand ils ont été placés* » par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds... » De la perpétuelle demeure il n'en est pas question. L'article en parle bien dans sa partie finale, après avoir achevé sa longue énumération; mais il en parle précisément dans des termes, qui donnent à entendre que cette condition n'est pas nécessaire quand il s'agit de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle dont il vient des'occuper. Voici comment il s'exprime : *Sont aussi* (c'est-à-dire *en outre*) *immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure* ». — Il paraît bien difficile de donner à la loi prise dans son ensemble un autre sens raisonnable que celui-ci : Tous les objets, attachés à un fonds par le propriétaire pour son service et son exploitation sont par cela seul immeubles par destination, qu'ils aient été ou non placés à perpétuelle demeure (art. 522 et 524, al. 1 et 2); l'intérêt agricole suffit à lui seul pour produire l'immobilisation. Sont en outre immeubles par destination tous les objets mobiliers qu'un propriétaire a attachés à son fonds à perpétuelle demeure dans un autre intérêt, par exemple celui de l'utilité ou de l'ornement du fonds. La perpétuelle demeure ne paraît donc nécessaire que lorsque l'immobilisation a lieu dans un intérêt autre que l'intérêt agricole ou industriel du fonds.

\* En faveur de ce système qui compte des suffrages imposants dans la doctrine, je remarque : 1<sup>o</sup> que lorsque la loi s'occupe de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle, elle emploie les expressions d'*objets placés sur le fonds*, jamais celles d'*objets attachés au fonds*, dont elle use plus volontiers quand elle exige la perpétuelle demeure (art. 524 *in fine* et 525), et qui sont en effet beaucoup plus énergiques; 2<sup>o</sup> que les signes, qui sont indiqués par l'article 525 comme témoignant de l'intention chez le propriétaire d'attacher les objets au fonds à perpétuelle demeure, sont sans application possible à la plupart des cas d'immobilisation agricole ou industrielle : ce qui donne à entendre que la perpétuelle demeure n'est pas exigée pour cette immobilisation.

**1026.** Nous allons nous occuper successivement de l'immobilisation par destination agricole ou industrielle et de l'immobilisation par perpétuelle demeure.

A. De l'immobilisation par destination agricole  
ou industrielle.

**1027.** Les articles 522 et 523 contiennent une énumération, non limitative, des objets mobiliers qui deviennent immeubles par destination agricole ou industrielle.

Aux termes de l'article 522 : « *Les animaux que le propriétaire du fonds livre au fermier ou au métayer pour la culture, estimés ou non, sont censés immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention. — Ceux qu'il donne à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer, sont meubles.* »

Le *fermier*, c'est celui qui exploite un immeuble rural en qualité de locataire, moyennant une redevance périodique *fixe* qu'il paye au propriétaire et qui consiste ordinairement en une somme d'argent : il paye un *prix ferme*, d'où les dénominations de *fermier*, bail à *ferme*. Le colon partiaire, au contraire, exploite l'immeuble moyennant une redevance *aléatoire*, qui consiste dans une certaine quote-part des fruits du fonds. Quand cette quote-part est fixée à la moitié, comme il arrive le plus souvent, le colon partiaire prend le nom de *métayer* (de *meta*, moitié), et la propriété celui de *métairie*.

Cela posé, les animaux (et il en serait de même des ustensiles aratoires), que le propriétaire livre au fermier ou au métayer pour la culture, deviennent immeubles par destination agricole, parce que le propriétaire est censé les avoir *attachés*, comme dit la loi, au service et à l'exploitation du fonds.

Quand un propriétaire livre ainsi à son fermier ou métayer des animaux pour l'exploitation du fonds, il y a deux baux confondus en un, le bail de la terre et celui des animaux. Ce dernier, qui est accessoire par rapport au premier, puisqu'il a seulement pour but d'assurer la bonne culture des terres, porte le nom de *cheptel de fer*, expression que l'on emploie aussi quelquefois pour désigner les animaux eux-mêmes, et qui indique d'une manière énergique la solidité du lien par lequel les animaux sont attachés au sol.

La plupart du temps le contrat de bail contient l'estimation des bestiaux que le propriétaire livre au fermier. Cette estimation n'a pas pour résultat (sauf bien entendu convention contraire) de transférer au fermier la propriété des bestiaux sous l'obligation d'en payer le prix d'estimation : ce qui les empêcherait de devenir immeubles par destination, puisqu'ils n'appartiendraient plus au propriétaire du fonds. Comme on aurait pu croire le contraire à cause de l'ancienne règle *Æstimatio facit venditionem*, dont le législateur a consacré dans notre Droit actuel quelques applications, le Code civil s'en est expliqué formellement (art. 522 et 4822). Il dit dans notre article que les animaux livrés par le propriétaire au fermier deviennent immeubles par destination, qu'ils soient « estimés ou non ». Quelle sera donc alors l'utilité pratique de l'estimation ? Le plus souvent elle est faite en vue d'obliger le fermier à laisser à la fin du bail des bestiaux d'une valeur égale à ceux qu'il a reçus (art. 4824). Les bestiaux sont ainsi mis aux risques du fermier sans devenir pour cela sa propriété (art. 4822). Il n'aurait donc pas le droit de les garder à l'expiration du bail, en payant au propriétaire le prix d'estimation.

Quant aux animaux qu'un propriétaire donne à cheptel, c'est-à-dire à bail, à un autre qu'au fermier ou métayer, il est clair qu'ils ne sont pas immobilisés, puisque le propriétaire les afferme sans affermer son fonds, et n'établit ainsi aucun lien entre les animaux et un fonds à lui appartenant. C'est tellement évident que notre article aurait pu se dispenser de le dire.

**1028.** Le long article 524, dont nous connaissons les deux premiers alinéa, et dont la disposition n'a d'ailleurs rien de limitatif (argument du mot *ainsi*), va maintenant nous indiquer toute une série d'objets, qui deviennent immeubles par destination agricole ou industrielle, quand ils ont été placés sur un fonds par le propriétaire pour le service et l'exploitation de ce fonds. La loi cite :

« *Les animaux attachés à la culture.* » Si cette hypothèse diffère de celle que prévoit l'article 522, elle est vraisemblablement relative au cas d'un propriétaire qui exploite son fonds lui-même, tandis que l'article 522 se réfère au cas où le propriétaire en a confié l'exploitation à un fermier.

Conformément à ce qui a été dit plus haut, il n'est pas nécessaire que les animaux, soient attachés à perpétuelle demeure à la culture du fonds, pour être immeubles par destination. Cette circonstance que le propriétaire, qui attache des animaux à la culture de son fonds, se proposerait de les vendre pour la boucherie après leur avoir demandé un certain nombre d'années de travail, n'empêcherait pas qu'ils devinssent immeubles par destination. D'ailleurs il paraît singulier de parler de perpétuelle demeure pour des animaux, dont l'existence, du moins celle utile pour le travail, est limitée par la nature à un terme fort court.

On est d'accord pour considérer comme immeubles par destination les troupeaux de moutons, qu'un propriétaire a attachés à son fonds pour le féconder. Mais il y a difficulté sur le point de savoir s'il faut aussi considérer comme tels les animaux, qu'un propriétaire attache à son fonds pour les y faire engraisser et les vendre ensuite à la boucherie. Nous inclinerions vers l'affirmative; car, si ces animaux ne sont pas « attachés à la culture », ils sont au moins « placés sur le fonds pour... son exploitation » : ce qui suffit, aux termes de l'article 524, pour que l'immobilisation se produise. Beaucoup de terres d'ailleurs ne sont pas susceptibles d'être exploitées autrement que par le pacage des bestiaux; et, si ces animaux ne devenaient pas immeubles par destination, ils pourraient être saisis séparément du fonds dont l'exploitation serait ainsi entravée contrairement au vœu de la loi. La doctrine se prononce en général en sens contraire, et, du côté de ceux qui croient que la perpétuelle demeure est indispensable pour l'immobilisation par destination agricole, cette opinion est logique.

« *Les ustensiles aratoires.* » On tenait dans notre ancien Droit que *instrumentum fundi non est pars fundi*. Cela aboutissait à séparer dans bien des circonstances ce qui doit rester étroitement uni, par exemple, ainsi qu'on l'a vu plus haut, à attribuer le fonds au légataire des immeubles et les ustensiles aratoires au légataire des meubles. Pothier avait signalé les vices de cette législation.

« *Les semences données aux fermiers ou colons partiaires* » et aussi les

semences que le propriétaire, cultivant par lui-même, réserve chaque année pour l'année suivante. « Chaque année, dit M. Laurent, la partie de la récolte, qui est destinée à ensemençer les terres, est immobilisée dans l'intérêt de l'agriculture. » Une fois que les semences ont été jetées en terre, elles deviennent immeubles par nature.

« *Les pigeons des colombiers ;*

» *Les lapins des garennes ;*

» *Les poissons des étangs. »*

C'est par destination agricole que tous ces animaux sont immobilisés. Ils servent dans une certaine mesure à l'exploitation du fonds, aux dépens duquel ils se nourrissent, et dont ils augmentent le revenu.

Est-il bien utile d'observer, comme le font tous les auteurs, que des pigeons dans une volière, des lapins dans un clapier et des poissons dans un réservoir ou vivier ne seraient pas immeubles ?

« *Les ruches à miel ».*

Des raisons au moins égales à celles qui ont fait classer les ruches à miel et les abeilles qu'elles contiennent parmi les immeubles par destination, quand elles ont été placées sur le fonds par le propriétaire, semblent exister en faveur des vers à soie. Souvent ils constituent un mode d'exploitation, et l'un des plus productifs du fonds. Au Conseil d'État, Pelet de la Lozère demanda qu'on les fît figurer à côté des abeilles. On lui donna, pour rejeter sa proposition, trois raisons toutes plus mauvaises les unes que les autres, et voilà comment l'article 524 ne parle pas des vers à soie. Ce silence est-il suffisant, comme on l'enseigne, pour décider que les vers à soie ne sont pas immeubles par destination, quand ils ont été placés sur le fonds par le propriétaire pour son exploitation ? Il est permis d'en douter ; car l'énumération, que donne l'article 524, n'est pas limitative, tout le monde est d'accord sur ce point. Et qu'importe que les vers à soie ne soient pas compris dans cette énumération, s'ils rentrent dans l'application du principe qui lui sert de base ?

« *Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ».*

Les barriques ne sont immeubles que lorsqu'elles sont destinées à rester dans le fonds pour loger la récolte. Elles sont meubles par conséquent, lorsque le propriétaire est dans l'usage de les vendre avec le vin qu'elles contiennent ; car on ne peut pas dire alors qu'elles sont attachées au fonds.

Les échelas des vignes sont aussi immeubles par destination, quand ils ont été placés sur le fonds par le propriétaire dans l'intérêt de ce fonds. Il n'est pas nécessaire, comme on l'enseigne généralement, qu'ils aient été plantés ; car ce n'est pas par accession, mais par destination agricole, qu'ils deviennent immeubles.

Même solution pour les perches à houblon.

« *Les pailles et engrais ».*

On induit généralement du rapprochement, que la loi fait entre les pailles et les engrais, qu'elle n'entend parler que des pailles destinées à être transformées directement en engrais, c'est-à-dire de celles qui servent à la litière des bestiaux. Quant aux pailles, foin et avoines destinés à leur nourriture, ils ne seraient pas immeubles par destination ; car ils ne servent pas, immédiatement au moins, à l'exploitation du fonds. On a remarqué en faveur de cette solution que la rédaction primitive de la loi contenait le mot *foins*, qui a disparu de la rédaction définitive.

**1029.** La liste de l'article 524 se termine par « *Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines* ». — Nous entrons ici dans *l'immobilisation par destination industrielle*. Le législateur s'est peu étendu sur ce point, parce qu'à l'époque où le Code a été rédigé l'industrie manufacturière était encore dans l'enfance.

Les forges dont parle notre texte sont celles destinées à la fabrication du fer.

Les conditions exigées pour l'immobilisation industrielle sont les mêmes que celles exigées pour l'immobilisation agricole. Il faut d'abord qu'il y ait un fonds industriel, un établissement industriel, consistant ordinairement en bâtiments spécialement construits ou appropriés pour l'exercice d'une industrie, et auxquels viendront s'attacher en qualité d'accessoires les machines, ustensiles et appareils destinés à exploiter le fonds. S'il n'y a pas d'immeuble industriel, pas d'immobilisation possible. Ainsi le métier, qu'un tisserand installe dans la maison qu'il habite pour l'exercice de sa profession, ne devient pas immeuble. — Il faut ensuite que les machines, ustensiles et appareils aient été placés sur le fonds par le propriétaire. — Il faut enfin que ces machines, ustensiles et appareils soient nécessaires à l'exploitation du fonds industriel.

Les chevaux, attachés à une usine pour son exploitation par le propriétaire, devraient être considérés comme immeubles par destination, de même que les machines qui lui fournissent la force motrice. C'est du moins ce que l'on peut induire par argument de l'article 8 de la loi du 21 avril 1810, qui déclare que « sont aussi immeubles par destination les chevaux, agrès, outils et ustensiles servant à l'exploitation. »

**1030.** Ce n'est pas seulement l'intérêt agricole et l'intérêt industriel qui peuvent immobiliser; tout autre intérêt le pourrait également, et notamment *l'intérêt commercial*. Les textes n'ont à cet égard rien de restrictif. L'article 524 parle d'une manière générale des objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour son service et son exploitation; la loi ne dit pas que ce fonds doive nécessairement être un fonds agricole ou industriel, ce pourrait donc être un fonds de commerce. On n'insistera pas sur ce point, parce qu'il est peut-être difficile de trouver l'exemple d'un fonds exclusivement commercial, auquel viennent s'adjoindre en qualité d'immeubles par destination des objets mobiliers affectés à son service et à son exploitation. Presque toujours en pareil cas, l'intérêt industriel sera mêlé à l'intérêt commercial. C'est ce qui arriverait par exemple dans le cas d'un établissement spécialement construit et aménagé pour servir d'hôtellerie. On ne peut guère douter que les meubles, placés par le propriétaire dans un semblable établissement pour assurer son exploitation *à la fois commerciale et industrielle*, soient immeubles par destination.

#### B. *De l'immobilisation par perpétuelle demeure.*

**1031.** « *Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure* » (art. 524, al. final). De ce texte il résulte bien que tous les effets mobiliers attachés à un fonds à perpétuelle demeure par le propriétaire sont immeubles par destination; mais il n'en résulte pas que la perpétuelle de-

meure soit toujours une condition nécessaire de l'immobilisation. Nous avons dit que la loi ne l'exige pas pour l'immobilisation par destination industrielle ou agricole. Elle n'est exigée que dans les autres cas d'immobilisation, par exemple lorsque l'immobilisation a lieu pour l'ornement du fonds.

**1032.** Dans les cas où la perpétuelle demeure est nécessaire pour l'immobilisation, à quels signes reconnaîtra-t-on que cette condition est réalisée, que le propriétaire a attaché tel objet mobilier à son fonds dans une intention de perpétuité? L'article 525 répond : « *Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés ou détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés.* »

Voilà le principe ; la loi va en faire quelques applications. Elle dit d'abord : « *Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie. — Il en est de même des tableaux et autres ornements.* »

Quand une glace est fixée dans un cadre faisant corps avec la boiserie, elle est censée mise à perpétuelle demeure, parce qu'on ne pourrait pas l'enlever sans détériorer la partie du fonds à laquelle elle est attachée. En effet, si on enlevait la glace ainsi fixée, on mettrait à nu le plâtre ou les briques qui se trouvent par derrière et on créerait dans le lambris une solution de continuité fort disgracieuse pour l'œil.

D'après une jurisprudence constante, que la doctrine approuve en général, il n'est pas absolument nécessaire qu'une glace soit placée dans les conditions qu'indique l'article 525, pour être censée mise à perpétuelle demeure, et devenir par suite immeuble par destination. En effet l'article 525 ne fait, dans ses trois derniers alinéa, qu'indiquer quelques applications du principe qu'il a posé dans l'alinéa premier, et ces applications n'ont rien de limitatif. Les lambris, qui étaient en usage à l'époque où a été rédigé le Code civil, sont à peu près abandonnés aujourd'hui, et il n'y aurait plus guère, dans les constructions modernes, de glaces immobilisées par perpétuelle demeure, si l'immobilisation ne pouvait résulter que de la circonstance indiquée par notre article. Les juges auront à apprécier, en cas de contestation, si les conditions dans lesquelles la glace a été fixée sont telles que, d'après le principe posé par l'article 525 al. 1, elle doive être considérée comme attachée au fonds à perpétuelle demeure.

La loi ajoute : « *Il en est de même des tableaux et autres ornements.* » Il s'agit des tableaux qu'il était autrefois d'usage de placer au-dessus des portes et des cheminées; leur immobilisation résulte des mêmes circonstances que celle des glaces.

Des tableaux ne doivent jamais être considérés comme immeubles par rapport à la galerie qui les contient, alors même que cette galerie aurait été construite exprès pour les recevoir. Même solution pour une bibliothèque.

L'article 525, alinéa final, est ainsi conçu : « *Quant aux statues, elles*

» sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée  
 » exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans frac-  
 » ture ou détérioration. »

Les mots « quant aux statues », ainsi que ceux qui terminent l'article, nous indiquent que les statues sont l'objet d'une disposition exceptionnelle, et effectivement le législateur admet, en ce qui les concerne une dérogation au principe posé par l'article 525, al. 1<sup>er</sup>. Voilà une statue qui est placée dans une niche pratiquée exprès pour la recevoir; mais elle n'est ni fixée ni scellée dans la niche; elle y est simplement posée, de sorte qu'on pourrait l'enlever sans fracture ou détérioration ni de la statue ni de la niche. Cette statue, d'après le principe établi par l'article 525, al. 1<sup>er</sup>, ne devrait pas être considérée comme immeuble. La loi la déclare telle cependant, et le motif en est palpable : c'est que la statue est le complément de la niche. Sans la statue, la niche ne serait rien moins qu'un ornement.

Il y aurait peut-être même motif de décider pour une statue posée sur un piédestal en maçonnerie dans un jardin, et surtout pour une horloge placée dans un pavillon disposé exprès pour la recevoir. Et cependant, comme la disposition de l'article 525, al. final, est une disposition exceptionnelle, on peut hésiter à l'appliquer par analogie, même à ces cas si favorables. *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

L'article 525 prouve que l'intention du propriétaire ne suffit pas pour réaliser l'immobilisation par perpétuelle demeure : il faut de plus qu'il manifeste cette intention de la manière prescrite par la loi, c'est-à-dire en accomplissant l'un des faits déterminés par l'article 525 : scellement en plâtre ou à chaux..., etc.

**1033.** L'immobilisation par destination, étant créée par la volonté du propriétaire, peut cesser par une volonté contraire. Conformément aux règles du Droit commun, qui doivent être ici appliquées, la loi n'y ayant pas dérogé, la volonté du propriétaire de faire cesser l'immobilisation par destination peut être manifestée expressément ou tacitement, *aut verbis, aut facto; expressément*, par exemple si, en vendant une maison, il déclare se réserver le droit de conserver certains objets mobiliers attachés à la maison à perpétuelle demeure, auxquels il retire la qualité d'immeubles par destination; *tacitement*, s'il accomplit un fait contraire à celui qui a produit l'immobilisation, par exemple s'il descelle les objets qu'il avait immobilisés en les scellant, ou s'il vend les objets qui sont immeubles par destination sans vendre le fonds auquel ils sont attachés.

**1034.** Il reste une question, et elle n'est pas sans difficultés. Comment distinguer les parties d'un bâtiment qui sont immeubles par nature celles qui sont immeubles par destination ? Bien des solutions ont été proposées. La meilleure nous paraît être celle qui, conciliant l'article 518 avec l'article 525, sans sacrifier aucune de ces deux textes à l'autre, considère comme immeubles par nature tout ce qui fait partie intégrante et constitutive du bâtiment, tout ce sans quoi le bâtiment ne serait pas complet comme tel, et comme immeubles par destination tous les objets qui, sans être une partie intégrante et constitutive du bâtiment, y ont été attachés pour son usage ou son agrément, ou pour son service et son exploitation s'il s'agit d'un fonds industriel. D'après ce *criterium*, il faudrait considérer comme immeubles par nature, non seulement les murs et la toiture d'un bâtiment, mais aussi les escaliers, les portes, les fenêtres, les contrevents, les parquets, les boiseries, les placards, les chambranles des cheminées et même les volets mobiles d'une boutique et les serrures des portes avec leurs clefs, et aussi, quoique cela soit plus douteux, les tuyaux destinés

à la conduite des eaux dans la maison ou à l'égout des eaux pluviales et ménagères. On devrait considérer au contraire comme immeubles par destination les étagères fixées dans les cuisines, les fourneaux scellés dans le sol et les paratonnerres.

L'intérêt principal qu'il peut y avoir à distinguer les immeubles par nature des immeubles par destination, consiste en ce que les locataires, fermiers, usufruitiers, et en général tous ceux qui détiennent la chose à titre précaire, ne peuvent pas créer d'immeubles par destination (*supra*, n° 1024), tandis qu'ils peuvent créer des immeubles par nature. Ainsi un locataire fait refaire les parquets de la maison qu'il habite; ces parquets deviendront immeubles. Voilà au contraire un locataire qui fait mettre des étagères dans une cuisine ou sceller un fourneau : ces objets ne deviendront pas immeubles, et il aura le droit de les enlever, sauf à rétablir les lieux dans leur ancien état.

### § III. *Des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.*

**1035.** Cette troisième catégorie comprend les droits ayant des immeubles pour objet. — A raison de leur nature, les droits sembleraient devoir échapper à la distinction des biens en meubles et en immeubles; car les droits sont des choses incorporelles, et une chose incorporelle n'est à proprement parler ni mobilière ni immobilière. Comment dire en effet d'un droit, qui, en sa qualité de chose incorporelle, n'a pas de situation déterminée (*nullo circumscriptur loco*), qu'il peut être meuble, c'est-à-dire susceptible d'être transporté d'un lieu dans un autre, ou immeuble, c'est-à-dire fixé, immobilisé en un certain lieu et par suite intransportable?

Malgré ces raisons le législateur a fait rentrer les droits dans la grande distinction des meubles et des immeubles. De puissants motifs devaient le déterminer à prendre ce parti. Ainsi sous le régime de la communauté légale, qui forme le régime matrimonial de Droit commun en France (art. 1393), tous les meubles appartenant aux époux lors du mariage tombent dans la communauté; tous les immeubles qui leur appartiennent à cette même époque en sont au contraire exclus, et leur demeurent propres (art. 1404). Que seraient devenus les droits appartenant aux époux, s'ils avaient échappé à la distinction des meubles et des immeubles? Dans cette même supposition, à qui aurait-on attribué les droits dépendant de la succession d'un homme décédé, qui a laissé un légataire de tous ses meubles et un légataire de tous ses immeubles?

**1036.** Mais comment déterminer la nature mobilière ou immobilière d'un droit? Le législateur a adopté à cet égard une règle fort simple. La nature du droit sera déterminée d'après son objet; le droit dont l'objet est immobilier sera immobilier; celui dont l'objet est mobilier sera mobilier. La même règle est applicable aux actions qui, à bien dire, ne sont pas distinctes des droits d'où elles dérivent. L'action, c'est le droit lui-même à l'état de lutte, à l'état de guerre, debout devant la justice, à laquelle il demande aide et protection contre ceux qui gênent ou entravent son exercice. Comment donc l'action, qui s'identifie avec le droit, serait-elle d'une autre nature que le droit lui-même, mobilière

s'il est mobilier, c'est-à-dire s'il a pour objet une chose mobilière, immobilière dans le cas contraire? De là l'ancien adage *Actio quæ tendit ad mobile est mobilis, ad immobile immobilis*.

**1037.** Nous trouvons dans l'article 526 une énumération, qui n'est pas complète, des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, c'est-à-dire, ainsi qu'on vient de le voir, des droits ou actions ayant des immeubles pour objet. « *Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent :* » *l'usufruit des choses immobilières; les servitudes ou services fonciers; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble* » (art. 526). Le droit de propriété sur un immeuble est incontestablement un droit immobilier. La loi ne l'a pas mentionné dans son énumération parce que, conformément à une tradition très-ancienne, elle l'a considéré comme s'identifiant avec la chose sur laquelle il porte, et elle a confondu par suite le droit avec son objet (*supra*, n° 1009). Elle cite seulement :

1° *L'usufruit des choses immobilières*. L'usufruit est un droit réel de jouissance sur un bien appartenant à autrui (art. 578). Il peut porter aussi bien sur des meubles que sur des immeubles (art. 581). D'après notre principe le droit d'usufruit sera immobilier quand il portera sur un immeuble, mobilier quand il s'appliquera à des meubles.

La loi ne parle pas du droit d'habitation ni du droit d'usage. Le droit d'habitation, s'appliquant nécessairement à un immeuble (art. 632), sera toujours immobilier. Quant au droit d'usage, qui, comme on le verra plus tard, n'est qu'un diminutif du droit d'usufruit, il peut, ainsi que ce dernier, porter sur des meubles ou sur des immeubles; il sera donc immobilier quand il portera sur des immeubles, et mobilier quand il portera sur des meubles.

2° « *Les servitudes ou services fonciers* ». La servitude suppose deux immeubles, appartenant à des propriétaires différents, dont l'un est assujéti à l'autre (art. 637), comme si votre fonds doit un passage au mien (servitude de passage). Le droit de servitude est donc immobilier, puisqu'il porte sur un immeuble.

On verra sous l'article 2114 que l'hypothèque est aussi un droit immobilier.

3° « *Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble* ». L'action en revendication d'un immeuble est incontestablement immobilière. On appelle action en revendication l'action par laquelle on réclame la possession d'une chose à celui qui la détient sans droit en s'en prétendant propriétaire. L'action en revendication est la sanction du droit de propriété; elle sera donc de la même nature que le droit dont elle dérive ou plutôt avec lequel elle s'identifie : par conséquent immobilière si ce droit, portant sur un immeuble, est immobilier.

\* Mais il est peu probable que les mots « actions qui tendent à revendiquer un immeuble » fassent, dans la pensée du législateur, allusion à la revendication des immeubles. Le législateur n'a pas parlé du droit de propriété portant sur des im

meubles; comment aurait-il songé à l'action qui sert de sanction à ce droit, à l'action qui sert à le faire reconnaître quand il est contesté? Et puis, s'il avait eu en vue l'action en revendication, il est probable qu'il aurait dit : *les actions en revendication des immeubles* au lieu de dire : « *les actions qui TENDENT à revendiquer un immeuble* ». Ces expressions, assez singulières d'ailleurs, paraissent être une traduction, malheureuse peut-être, de l'ancien adage *Actio quæ TENDIT ad quid immobile est immobilis*, et elles comprennent par conséquent, comme l'adage, même les actions personnelles immobilières (l'action en revendication est une action réelle) en vue desquelles elles paraissent surtout avoir été écrites. Seulement il faut bien reconnaître que la formule employée par le législateur est assez défectueuse. Le mot *revendiquer*, qui est technique pour désigner l'action réelle, ne devrait pas être employé dans un texte qui vise surtout les actions personnelles. Il eût mieux valu dire : les actions qui tendent à faire rentrer un immeuble dans notre patrimoine.

\* Cela posé il y a lieu de considérer comme immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent.

\* 1<sup>o</sup> Les actions en nullité ou en rescision d'un contrat translatif de propriété immobilière, d'une vente d'immeuble par exemple.

\* 2<sup>o</sup> L'action en révocation d'une donation immobilière.

\* 3<sup>o</sup> L'action en délivrance d'un immeuble, au moins quand cette délivrance devra avoir pour résultat de transférer la propriété à celui auquel elle est faite, ce qui arrive rarement dans notre Droit.

\* 4<sup>o</sup> L'action de réméré dérivant d'une vente d'immeuble.

\* 5<sup>o</sup> L'action en résolution d'une vente d'immeuble pour défaut de paiement du prix.

\* 6<sup>o</sup> L'action en rescision d'une vente d'immeuble pour lésion de plus des sept douzièmes.

\* Sur les quatre derniers points il y a quelques difficultés; elles seront examinées en temps et lieu.

#### § IV. *Immeubles par la détermination de la loi.*

**1038.** Cette dernière catégorie, qui contient un très-petit nombre de termes, a fait son apparition postérieurement à la promulgation du Code civil. Elle résulte de dispositions législatives qui ont permis d'immobiliser certains droits mobiliers. En voici l'énumération :

1<sup>o</sup> Un décret du 16 janvier 1808, art. 7, autorise ceux qui sont propriétaires d'actions de la Banque de France à les immobiliser. Il suffit pour cela d'en faire la déclaration dans la forme prescrite pour les transferts. Les actions ainsi immobilisées sont régies par les mêmes lois que les immeubles, notamment en ce qui concerne l'aliénation et l'hypothèque.

On peut mentionner pour mémoire le décret du 16 mars 1840, art. 43, qui autorisait l'immobilisation des actions des canaux d'Orléans et de Loing, assimilées sur ce point aux actions de la Banque de France. Le rachat de ces actions a été autorisé pour cause d'utilité publique par la loi du 4<sup>er</sup> avril 1860, et effectué par celle du 20 mai 1863.

2<sup>o</sup> Des rentes sur l'Etat ont pu être immobilisées pour la fondation de majorats en vertu d'un décret du 1<sup>er</sup> mars 1808. Cette cause d'immobi-

lisation a cessé d'exister, la loi du 12 mai 1835 ayant défendu toute institution de nouveaux majorats. Mais cette loi a laissé subsister l'immobilisation réalisée en vue des majorats antérieurement créés, pour toute la durée qu'elle assigne à ces majorats (art. 2 de la loi).

## CHAPITRE II

### DES MEUBLES

**1039.** On distingue deux catégories de meubles : les meubles par leur nature ou meubles corporels et les meubles par la détermination de la loi ou meubles incorporels. « *Les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi* », dit l'article 527.

Si on compare cette classification à celle que la loi adopte relativement aux immeubles (art. 517), on remarquera :

a). Que la loi désigne les immeubles incorporels sous le nom d'immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent*, tandis qu'elle désigne les meubles incorporels sous le nom de meubles *par la détermination de la loi*. Or on se demande, sans en trouver de raison bien plausible, pourquoi la loi emploie des formules différentes pour exprimer des idées identiques, ce qui ne peut que jeter de la confusion dans l'esprit. Puisqu'elle avait choisi l'expression *immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent* pour désigner les immeubles incorporels, elle aurait dû désigner également les meubles incorporels sous le nom de *meubles par l'objet auquel ils s'appliquent*. Ces expressions ont d'ailleurs l'avantage d'indiquer la raison d'être du classement des droits, soit dans la catégorie des meubles, soit dans celle des immeubles : elles contiennent en quelque sorte une définition de la chose qu'elles désignent, tandis que les expressions *immeubles ou meubles par la détermination de la loi* peuvent laisser croire que les droits sont rangés, soit dans la catégorie des meubles, soit dans celle des immeubles, en vertu d'une détermination arbitraire du législateur.

b). Que, tandis que la loi distingue trois classes d'immeubles, elle ne distingue plus que deux classes de meubles. Le terme qui manque dans la classification des meubles, c'est celui correspondant aux immeubles par leur destination ; il n'y a pas de meubles par leur destination. La raison en est simple : l'esprit conçoit facilement qu'un objet mobilier puisse devenir immeuble en qualité d'accessoire d'un immeuble, mais il concevrait difficilement qu'un immeuble pût devenir meuble en qualité d'accessoire d'un meuble.

#### § I. *Des meubles par leur nature.*

**1040.** « *Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées* (art. 528).

Nos anciens appelaient *meubles vifs* ceux qui peuvent se transporter par eux-mêmes, et *meubles morts* ceux qui ne peuvent être transportés que par l'effet d'une force étrangère. Cette distinction n'offre en Droit aucun intérêt.

L'article 531, qui trouve sa place toute naturelle, ainsi que l'article 532, à la suite de l'article 529, énumère certains objets mobiliers qu'on aurait peut-être été tenté de ranger dans la catégorie des immeubles à cause de leur fixité ou de leur valeur : « *Les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des piliers et ne faisant point partie de la maison, sont meubles : la saisie de quelques-uns de ces objets peut cependant, à cause de leur importance, être soumise à des formes particulières, ainsi qu'il sera expliqué dans le Code de la procédure civile.* »

En ce qui concerne l'explication des mots : « et généralement toutes usines non fixées par des piliers et ne faisant pas partie de la maison », voyez *supra*, n° 1018.

« *Les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en construire un nouveau, sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction* » (art. 532).

*De la démolition d'un édifice.* Donc les parties de l'édifice qui en auraient été séparées par suite d'un cas fortuit, comme un tuyau de cheminée que le vent aurait abattu, ne cesseraient pas d'être immeubles en attendant leur réintégration. Il en serait de même des matériaux qui ont été temporairement détachés d'un édifice en vue d'être replacés. Ainsi une porte, qu'on déplace momentanément en vue d'une réparation, ne cesse pas d'être immeuble. *Ea quæ ex ædificio detracta sunt ut reponantur ædificii sunt.* Mais si un propriétaire démolit sa maison en vue de la reconstruire, les matériaux provenant de la démolition seront meubles jusqu'à la reconstruction.

## § II. *Des meubles par la détermination de la loi.*

**1041.** Les meubles qui composent cette catégorie sont des meubles incorporels, autrement dits des droits mobiliers.

Nous savons que les droits, en leur qualité de choses incorporelles, ne sont à proprement parler ni meubles ni immeubles. Mais, en vertu d'une fiction, la loi les fait rentrer dans l'une ou l'autre catégorie suivant la nature de leur objet. D'après ces données, les droits ayant des meubles pour objet sont meubles. Ce sont précisément ces droits que le législateur désigne ici sous le nom de *meubles par la détermination de la loi*. L'article 529 en donne une énumération incomplète : « *Sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé*

» seulement, tant que dure la société. — Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, » soit sur des particuliers ».

Les divers termes de l'énumération de notre article demandent à être étudiés avec soin.

**1042. A. Obligations et actions ayant pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers.** — Deux explications ont été proposées des mots *obligations* et *actions*. D'après la première, le mot *obligation* désignerait une *obligation active*, c'est-à-dire une obligation envisagée par rapport au créancier, ou en d'autres termes une créance. Il est arrivé deux fois à la loi de désigner les créances sous une dénomination équivalente, celle de *dettes actives* (art. 533 et 536). Quant à l'*action*, ce serait la créance mise en exercice, la créance à l'état de lutte judiciaire parce qu'elle est contestée, ou à l'état de lutte extrajudiciaire parce que le débiteur, sans contester le droit du créancier, refuse de payer, et que le créancier est obligé d'avoir recours aux voies rigoureuses pour l'y contraindre. D'après la seconde explication qui nous paraît préférable, l'*obligation* serait la dette, et l'*action* la créance, de sorte que la loi envisagerait ici les deux faces du droit pour nous dire qu'elles sont l'une et l'autre mobilières quand l'objet du droit est mobilier.

L'article 529 ajoute : « qui ont pour objet des sommes *exigibles* ou des effets mobiliers ». On désigne ordinairement sous le nom de sommes *exigibles* celles dont le paiement peut être immédiatement exigé, par opposition aux dettes *à terme* dont le paiement ne peut être exigé qu'à l'échéance du terme. Si tel était ici le sens des mots *sommes exigibles*, la loi donnerait à entendre que les créances, qui ont pour objet des sommes payables à terme, ne sont pas mobilières : ce qui serait un non-sens, le terme ne pouvant pas bien évidemment influencer sur la nature mobilière ou immobilière de la créance. La loi oppose ici les créances de sommes *exigibles* aux *rentes*, dont il est question dans la partie finale de l'article et qui sont des créances dont le capital n'est pas *exigible*, en ce sens que le créancier s'est interdit à tout jamais le droit d'en demander le remboursement. En un mot, les créances de sommes exigibles sont les créances de sommes dont le créancier peut immédiatement ou pourra, après l'expiration d'un certain temps, exiger le paiement, par opposition aux créances désignées sous le nom de *rentes*, dont il ne peut en aucun cas exiger le remboursement.

**1043. B. Actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie.** Le mot *action* a ici un sens tout à fait différent de celui que la loi vient de lui donner dans la première partie de l'article 529 : il désigne le *droit qui appartient à chaque associé dans une compagnie ou société de finance, de commerce ou d'industrie*. Ce droit se

résume, pour chaque associé, dans la faculté de réclamer périodiquement, tant que dure la société, sa part des bénéfices réalisés qui sont distribués aux associés sous le nom de *dividendes*, et, lors de la dissolution de la société, sa part dans le fonds social.

Ainsi une société commerciale se fonde au capital de 100,000 fr., et ce capital est divisé en cent actions de 1,000 fr. chacune. Chaque action représente donc un centième du capital social, et donne droit par suite à un centième des bénéfices réalisés par la société, pendant toute sa durée, et, lors de sa dissolution, à un centième du fonds social.

Le mot *intérêt* désigne aussi le droit éventuel qu'a un associé dans une société, de réclamer pendant sa durée une quote-part des dividendes et à sa dissolution une quote-part du fonds social. Ainsi l'intérêt et l'action ont la même nature et confèrent les mêmes avantages; aussi notre article les assimile-t-il en les déclarant l'un et l'autre meubles par la détermination de la loi (1).

**1044.** Il est tout simple que les actions ou intérêts... soient meubles quand le fonds social ne comprend que des meubles. Mais la loi ajoute qu'il en est de même quand « des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies ». Il semble bien pourtant qu'en

(1) Toutefois il faut se garder de confondre l'action avec l'intérêt; il y a entre ces deux droits une profonde différence, que nous résumerons de la manière suivante : la distinction de l'intérêt et de l'action correspond à la distinction aussi légale que rationnelle des *sociétés de personnes* et des *sociétés de capitaux*, celles-là formées en considération de la personne des associés, *intuitu personæ*, celles-ci constituées uniquement en vue des capitaux qu'ils promettent d'apporter, *intuitu pecuniæ*. Dans la première catégorie rentrent la société en nom collectif, la commandite par intérêt; dans la seconde, les sociétés anonymes, la commandite par action. L'intérêt constitue une part d'associé dans une société de personnes, l'action représente une part d'associé dans une société de capitaux. C'est la nécessité de la transmissibilité des titres sociaux, qui a poussé la pratique commerciale, et sur ses traces la loi, à consacrer cette distinction. Si l'on recherche à ce point de vue l'élément essentiel de différence que présente cette *summa divisio* des sociétés, on voit que, dans les sociétés de personnes, les associés ne peuvent pas transmettre leur qualité d'associé sans le consentement des autres associés. Principe de Droit commun, que le Droit romain avait déjà formulé : « *Quum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui* » (D., l. 49, *pro socio*), et que notre Code civil a reproduit dans l'art. 1864. Tandis que, dans les sociétés de capitaux, il est essentiel que chacun des associés puisse transmettre sa qualité d'associé à qui bon lui semble sans avoir besoin de l'assentiment de ses co-associés. L'argent de l'un vaut en effet l'argent de l'autre. De là cette notion de l'action aussi précise que vraie : l'action est un titre qui représente la part d'un associé et qu'il peut transmettre à qui bon lui semble par sa seule volonté. L'intérêt sera par suite un titre, représentant également la part d'un associé, et dont la transmission est subordonnée dans une mesure plus ou moins large à l'assentiment des autres associés (Note communiquée par M. Aug. Ribéreau, professeur de Droit commercial à la Faculté de Droit de Bordeaux).

pareil cas le droit de chaque associé, c'est-à-dire l'action ou l'intérêt, devrait être immeuble en tant que s'appliquant à une chose immobilière (arg., art. 526).

Pour expliquer cette disposition, il faut nécessairement admettre que la loi considère le fonds social comme appartenant, non aux associés indivisément, mais exclusivement à la société ou compagnie dont elle fait *par une fiction de droit* une personne distincte de celle des associés (personne *civile, morale, juridique*, v. *supra*, n° 105). Cela posé, le droit de chaque associé, tant que dure la société, se réduit à demander sous forme de *dividende*, sa part des bénéfices réalisés par la société; et, comme ces bénéfices consistent toujours dans une somme d'argent, chose essentiellement mobilière, on s'explique ainsi très-simplement que la loi ait considéré l'action ou l'intérêt comme un droit mobilier, tant que dure la société, par application même de la maxime *Actio ad mobile est mobilis*. Notre disposition n'est donc qu'une conséquence de la personnalité des sociétés commerciales; elle la suppose nécessairement, et, comme cette personnalité n'est elle-même que le résultat d'une fiction, c'est fictivement aussi que les actions ou intérêts sont meubles quand il y a des immeubles dans la société, idée que la loi exprime par ces mots : *sont RÉPUTÉS meubles*.

On aurait tort d'ailleurs de conclure de la disposition qui vient d'être analysée que toutes les sociétés constituent des personnes morales. L'article 529 ne peut attribuer ce caractère qu'à celles dont il parle, c'est-à-dire aux compagnies de finance, de commerce et d'industrie, ou en d'autres termes aux sociétés commerciales, à l'exception toutefois de l'association en participation. Il laisse donc la question entière pour les sociétés civiles : ce n'est pas ici le lieu de la discuter.

**1045.** Du principe que le fonds social appartient, non aux associés, mais à la société quand elle constitue une personne morale, résultent les conséquences suivantes :

a). Les associés ne peuvent pas, même pour leur part, vendre les biens de la société ou les hypothéquer au profit de leurs créanciers personnels (arg., art. 4599 et 2124). Ce droit n'appartient qu'à la société.

b). Les créanciers personnels des associés ne peuvent pas saisir, du chef de leur débiteur, les biens meubles et immeubles qui composent le patrimoine de la société, car un créancier ne peut saisir que les biens de son débiteur. Ce droit appartient au contraire aux créanciers de la société.

De cet autre principe, conséquence du précédent, que le droit de chaque associé dans une société constituant une personne civile est meuble tant que dure la société, résultent les déductions suivantes :

a). Si un associé cède son action ou sa part d'intérêt pendant la durée de la société, cette cession ne sera jamais passible du droit de mutation fixé pour les ventes *immobilières*, alors même qu'il y aurait des immeubles dans la société.

b). Si un associé meurt pendant la durée de la société, laissant un légataire de ses meubles et un légataire de ses immeubles, ses actions et parts d'intérêts passeront au légataire des meubles.

c). Si un associé se marie pendant la durée de la société sous le régime de

la communauté, ses actions et parts d'intérêts tomberont dans la communauté (arg., art. 1401, al. 1).

d). L'action ou la part d'intérêt dans une société n'est pas susceptible d'hypothèque, même quand la société comprend des immeubles (arg., art. 2148).

**1046.** « Ces actions ou intérêts, dit la loi, sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société ».

*A l'égard de chaque associé seulement.* La loi veut dire, mais elle le dit en termes inexacts, que, si le droit de chaque associé est meuble, même quand il y a des immeubles dans la société, il n'en est pas de même du droit de la société qui est évidemment immobilier sur les immeubles. Ainsi la société peut hypothéquer les immeubles dépendant du fonds social; elle ne le pourrait pas, si son droit sur ces immeubles était considéré comme mobilier (arg. art. 2148). De même, si elle vend ces immeubles, il y aura lieu à la perception du droit de vente immobilière. Si ses créanciers les saisissent, ils devront procéder dans les formes de la saisie immobilière...

Nous disons que la formule employée par la loi est inexacte; car il est clair que ce n'est pas à l'égard de chaque associé seulement que l'action ou l'intérêt est meuble, mais *erga omnes*, c'est-à-dire même à l'égard des ayant-cause des associés, tels que leurs créanciers, et à l'égard des tiers, par exemple du fisc réclamant le droit de mutation en cas de vente de l'action ou de l'intérêt. On ne concevrait pas d'ailleurs qu'un même droit fût considéré comme mobilier à l'égard de celui-ci et comme immobilier à l'égard de celui-là.

*Tant que dure la société...* Lorsque la société est dissoute, elle cesse d'exister comme personne morale, et par suite d'être propriétaire des biens dépendant de l'entreprise. Ces biens appartiennent désormais aux associés, qui en sont co-propriétaires par indivis. Quelle est alors la nature du droit de chaque associé sur lesdits biens? Est-il mobilier ou immobilier? Tout dépend du résultat du partage, qui sera fait tôt ou tard entre les associés. En effet le partage des sociétés, comme celui des successions, produit un effet rétroactif au jour où a commencé l'indivision, c'est-à-dire au jour de la dissolution de la société (arg., art. 883 et 1872). De là il résulte : 1° que le droit de l'associé, qui n'obtiendra que des immeubles dans son lot, sera considéré comme ayant toujours été immobilier depuis la dissolution de la société; 2° que le droit de l'associé qui n'obtiendra que des meubles, sera regardé comme ayant toujours été mobilier à dater de la même époque; 3° enfin que le droit de l'associé qui obtiendra des meubles et des immeubles, sera considéré comme ayant été partie mobilier et partie immobilier.

Ainsi j'ai des actions dans une société commerciale dissoute dont l'actif comprend des meubles et des immeubles; je meurs avant que le partage de la société ait été opéré, après avoir légué mes meubles à *Primus* et mes immeubles à *Secundus*. Quel est celui des deux légataires auquel profiteront mes actions? Pour répondre à cette question, il faut savoir quelle était leur nature au moment de mon décès. Or il est impossible de le dire jusqu'au partage, à cause de l'effet rétroactif qu'il doit produire. Elles seront considérées comme mobilières et profiteront par suite au légataire des meubles, si le partage ne met que des meubles dans le lot correspondant à ces actions. S'il n'y met que des immeubles, ces actions seront au contraire considérées comme immobilières et profiteront à *Secundus*, légataire des immeubles. Enfin, s'il y met des meubles et des immeubles tout à la fois, *Primus* prendra les meubles et *Secundus* les immeubles.

\* **1047.** Ce qui vient d'être dit relativement à la nature des actions ou intérêts après la dissolution de la société, pourrait paraître au premier abord contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui décide que la société dissoute cesse à la vérité d'exister comme personne distincte pour l'avenir, en ce sens qu'elle ne peut

plus continuer les opérations en vue desquelles elle avait été constituée, mais qu'elle continue d'exister pour se liquider. La force des choses le veut ainsi, dit la Cour; autrement la liquidation serait impossible dans les sociétés où il y a un grand nombre d'associés; car elle exigerait le concours de tous les associés, et si parmi eux il y avait des mineurs, ce qui arrivera souvent, il faudrait remplir les formalités longues et coûteuses prescrites par la loi, pour garantir les intérêts des incapables. Résulte-t-il de là, comme le prétend M. Laurent (t. V, n° 503), que la Cour de cassation considère les actions de la société dissoute comme continuant encore à être mobilières? Nous ne le croyons pas. La Cour de cassation dit dans un arrêt du 27 juillet 1863 (Sir., 63. 1. 457) que « la société n'est pas complètement éteinte, qu'elle continue d'exister dans la mesure d'existence nécessaire à l'accomplissement des actes de liquidation »; et dans un autre arrêt du 29 mai 1865, « que, suivant la formule employée dans le langage commercial, elle ne subsiste plus que pour sa liquidation ». A tous autres points de vue, la Cour de cassation considère donc la société comme dissoute, et par conséquent au point de vue de la nature des actions ou intérêts. Car il n'est nullement nécessaire, pour que la société puisse se liquider, que ces actions ou intérêts continuent à avoir la nature de meubles: il suffit que les liquidateurs puissent disposer librement des biens de la société, alors même qu'il y a des incapables parmi les associés, et que les associés ne puissent pas *ut singuli* vendre ou hypothéquer les biens dépendant de la société dissoute, même pour leur part, ni toucher le prix des biens vendus par les liquidateurs. D'ailleurs, si les actions continuaient à être mobilières après la dissolution de la société, il faudrait, dans l'espèce qui vient d'être discutée, en attribuer le profit au légataire des meubles. En l'attribuant au légataire des immeubles, quand le lot qui leur correspond ne comprend que des immeubles, M. Laurent nous semble tomber dans une contradiction manifeste (t. V, n° 503).

**1048. C. Rentes perpétuelles ou viagères soit sur l'État soit sur les particuliers.** — Une rente consiste dans le droit de demander toujours ou pendant un certain temps la prestation périodique de sommes d'argent ou de denrées. Exemple: vous vous engagez vis-à-vis de moi, moyennant un capital de 20,000 fr. que je vous abandonne, à me payer annuellement, tant que je vivrai, une somme de 2,000 fr. C'est l'hypothèse de la rente viagère.

Celui auquel appartient la rente ne peut en aucun cas exiger le remboursement du capital moyennant lequel la rente a été créée; ce capital est définitivement aliéné. C'est cette idée qu'on exprime en disant que le capital de la rente n'est pas exigible.

On appelle *crédi-rentier* celui auquel la rente est due, *débi-rentier* celui qui la doit et *arrérages* les produits de la rente. Il ne faut donc pas confondre, comme on le fait quelquefois, les arrérages avec la rente; il y a entre la rente et les arrérages la différence qui existe entre un fonds de terre et les fruits qu'il produit.

On oppose les *arrérages*, qui sont le produit d'un capital *non exigible*, aux *intérêts*, qui sont le produit d'un capital *exigible*. Voyez l'article 584 où cette opposition est nettement établie.

Les rentes ayant toujours pour objet une chose mobilière puisque leurs arrérages consistent en sommes d'argent ou en denrées, notre

article les déclare meubles, par application de la règle *Actio ad mobile est mobilis*.

**1049.** On distingue deux espèces de rentes : les rentes *perpétuelles* et les rentes *temporaires*.

Les rentes perpétuelles sont celles qui doivent durer toujours. Le débi-rentier, et après lui ses représentants, en serviront les arrérages à perpétuité au crédi-rentier ou à ses ayant-cause.

Les rentes temporaires sont celles qui ne doivent durer que pendant un certain temps, la vie d'une personne par exemple.

Perpétuelle ou temporaire, la rente peut être *foncière* ou *constituée*, suivant qu'elle est établie comme prix de l'aliénation d'un fonds ou comme prix de l'aliénation d'un capital mobilier.

**1050.** RENTES FONCIÈRES. — La rente foncière est celle qui est établie comme condition de la cession d'un fonds. Ainsi je vous rends propriétaire de tel immeuble valant 100,000 fr., à la condition que vous servirez à perpétuité, à moi et aux miens, une rente annuelle de 3,000 francs. C'est le cas de la rente foncière perpétuelle.

Aux termes de l'article 530 (décrété le 30 ventôse an XII) : « *Toute* » *rente établie à perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble, ou* » *comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds im-* » *mobilier, est essentiellement rachetable. — Il est néanmoins permis au* » *créancier de régler les clauses et conditions du rachat. — Il lui est aussi* » *permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après* » *un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans : toute stipu-* » *lation contraire est nulle. »*

*Etablie à perpétuité.* Il en serait autrement de la rente établie pour un certain temps. La loi a rendu les rentes foncières perpétuelles rachetables, afin que le débi-rentier ne fût pas forcé de rester indéfiniment enchaîné dans les liens de l'obligation. Le rachat de la rente consiste dans le remboursement du capital de la rente. Le crédi-rentier d'une rente foncière perpétuelle ne peut jamais exiger ce remboursement, mais le débiteur a le droit de le lui imposer.

*Pour prix de la vente d'un immeuble.* Exemple : je vous vends tel immeuble moyennant une rente perpétuelle de 3,000 fr.

Quand la rente foncière est établie à titre de vente, le crédi-rentier a le privilège du vendeur pour le paiement des arrérages de la rente (arg., art. 2103).

*Comme condition de la cession à titre gratuit d'un fonds.* Exemple : je vous fais donation de tel immeuble valant 100,000 fr., à la condition que vous me servirez une rente perpétuelle de 1,000 fr. Cette donation serait sujette aux mêmes causes de révocation qu'une donation ordinaire (art. 953 et s.).

*Comme condition de la cession à titre onéreux...* Exemple : je vous échange tel immeuble valant 100,000 fr. contre tel autre en valant 60,000, moyennant un retour consistant en une rente perpétuelle de 1,500 francs.

*Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat.* Ainsi, en vous vendant un immeuble moyennant une rente perpétuelle de 3,000 francs, je puis convenir avec vous que la rente ne pourra être rachetée que moyennant un capital de 100,000 francs. Ce n'est pas une convention usuraire ; car elle équivaut à ceci : je vous vends mon immeuble pour 100,000 francs, que vous garderez à perpétuité et dont vous me servirez l'intérêt à trois pour cent. Or, quelque exagéré que puisse être le chiffre fixé, il ne peut donner lieu à aucune critique ; car une vente n'est jamais susceptible d'être attaquée pour cause d'exagération du prix, on peut vendre un immeuble dix fois sa valeur.

Toutefois, s'il apparaissait d'une manière évidente que l'aliénateur a fixé pour le remboursement un prix hors de toute proportion avec la véritable valeur de l'immeuble, cela dans le but de rendre impossible l'exercice du droit de rachat, cette convention devrait être annulée par application de l'article 6, et le rachat, pourrait être effectué conformément aux règles du Droit commun, c'est-à-dire de la même manière que si aucune convention n'avait été faite à cet égard ; car la loi dit que toute rente est *essentiellement* rachetable.

Enfin l'aliénateur peut stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'au bout d'un certain temps qui ne peut jamais excéder trente ans. La loi ajoute : « toute convention contraire est nulle ». Entendez réductible à trente ans (arg., art. 1660).

\* **1051.** La rente foncière présentait dans notre ancien Droit des caractères particuliers qu'il est intéressant de connaître.

La convention, qui donnait naissance à la rente foncière, portait le nom de *bail à rente*, et la rente elle-même le nom de *census reservativus*, parce que le bailleur n'aliénait son immeuble que sous la *réserve* de la rente : il se réservait un droit réel dans l'immeuble, *pars quædam domini*, le droit de rente ; c'était l'immeuble en quelque sorte qui la devait, puisqu'il n'avait été aliéné que sous réserve de la rente.

De là résultaient plusieurs conséquences :

1<sup>o</sup> La rente foncière était immobilière, car elle constituait un droit dans l'immeuble. Aujourd'hui les rentes foncières sont mobilières (art. 529). Elles l'étaient déjà avant la promulgation du Code civil : la loi du 44 brumaire an VII les avait implicitement mobilisées en les déclarant non susceptibles d'hypothèque.

2<sup>o</sup> Le bailleur pouvait exiger le paiement des arrérages de la rente de toute personne qui détenait l'immeuble à un titre quelconque. Le crédi-rentier n'aurait aujourd'hui ce droit que dans le cas où la rente aurait été établie pour prix de la vente d'un immeuble, cas auquel il aurait le privilège du vendeur pour le paiement des arrérages (art. 2109).

3<sup>o</sup> Le détenteur de l'immeuble grevé de la rente pouvait se libérer de l'obligation d'en payer les arrérages en *déguerpissant*, c'est-à-dire en abandonnant l'immeuble ; car la rente était due par l'immeuble plutôt que par la personne. Pour éviter cet

inconvénient, le bailleur stipulait souvent la clause de *fournir et faire valoir*, en vertu de laquelle le preneur s'engageait *personnellement* au paiement de la rente. Son obligation devenant alors indépendante de la possession de l'immeuble, il ne pouvait s'y soustraire en abandonnant cette possession par le *déguerpissement*. Aujourd'hui le débi-rentier ne jouirait pas de la faculté de *déguerpir*; car la rente foncière n'est plus qu'une simple créance d'arrérages, et par suite le débi-rentier est tenu de ce chef d'une obligation personnelle.

4° La rente foncière était irrachetable : ce qui signifie que le preneur ne pouvait pas se soustraire à l'obligation d'en payer les arrérages en remboursant au bailleur le capital de la rente. Le rachat aurait constitué en effet une sorte d'expropriation pour le bailleur, qui se serait trouvé ainsi privé, contrairement à sa volonté, du droit de co-propriété (*pars quædam domini*) qu'il s'était réservé dans l'immeuble. Il y avait là un inconvénient fort grave au point de vue de la libre circulation des biens : comment trouver acquéreur pour un immeuble grevé d'une charge perpétuelle et irrachetable ? Aussi la loi du 4 août 1789 déclara-t-elle rachetables toutes les rentes foncières perpétuelles, et on vient de voir que l'article 530 consacre le même principe.

La rente foncière, telle que la consacre notre Droit actuel, ne ressemble donc en rien à la rente foncière de notre ancien Droit; aussi lui a-t-on contesté même le droit de conserver son nom, que le Code civil d'ailleurs ne prononce pas.

**1052. RENTES CONSTITUÉES.** — La rente constituée est celle qui est établie comme condition de la cession d'un capital mobilier. Exemple : je vous donne un capital de 100,000 francs en argent, à la condition que vous me servirez 5,000 francs de rente perpétuelle. C'est donc l'origine de la rente, sa cause, qui distingue la rente constituée de la rente foncière. Celle-ci suppose l'aliénation d'un immeuble, celle-là l'aliénation d'un capital mobilier (voyez l'article 1909).

Il est facile d'apercevoir la différence qui existe entre la constitution de rente en perpétuel et le prêt à intérêt. Dans le contrat de prêt, l'emprunteur s'oblige à restituer au bout d'un certain temps la somme empruntée. Dans la constitution de rente perpétuelle au contraire, le débi-rentier ne s'oblige pas à restituer le capital qu'il reçoit, car il en devient définitivement propriétaire.

Cette différence avait fait tolérer dans notre ancien Droit la constitution de rente, bien que le prêt à intérêt y fût défendu. La constitution de rente, disait-on, est une vente, et non un prêt : la chose vendue, c'est la rente qu'acquiert le crédi-rentier; le prix, c'est le capital qu'il abandonne au débi-rentier comme contre-valeur de la rente. A vrai dire elle fut imaginée pour éluder la prohibition du prêt à intérêt.

La plupart de nos anciennes coutumes, notamment celles de Paris et d'Orléans, considéraient les rentes constituées comme immobilières, ce qui était une véritable anomalie. Nous avons déjà dit qu'elles sont mobilières aujourd'hui.

La constitution de rente offre un moyen très-avantageux de se procurer de l'argent sans être jamais tenu de le rembourser. C'est toujours ce procédé que l'Etat emploie quand il fait appel au crédit; il vend des rentes. C'est par un abus de langage qu'on désigne cette opération sous le nom d'*emprunt*.

Les rentes constituées en perpétuel étaient rachetables dans notre ancien Droit et elles le sont encore aujourd'hui (art. 1914, al. 1). Toutefois les parties peuvent convenir que le « rachat ne sera pas fait avant un délai qui ne pourra excéder dix ans » (art. 1914, al. 2).

**1053. Différences entre les rentes foncières et les rentes constituées en perpétuel.** — 1° Les parties peuvent convenir que la rente foncière ne sera pas

remboursée avant trente ans (art. 530), tandis que pour les rentes constituées en perpétuel le délai *maximum* est de dix ans (art. 1911, al. 2).

2° Les parties peuvent régler comme elles l'entendent le taux des arrérages de la rente foncière. Elles n'ont pas la même latitude en ce qui concerne les arrérages de la rente constituée; la convention serait usuraire, si les arrérages dépassaient le taux fixé par la loi du 3 septembre 1807.

3° Le crédi-rentier ne peut pas dans la rente constituée, comme dans la rente foncière, régler les conditions du rachat, en convenant par exemple qu'il remboursera un capital supérieur au capital reçu.

\*4° Le paiement des arrérages de la rente foncière est garanti par le privilège du vendeur, au moins quand la rente a été constituée comme *prix* de la cession d'un fonds (art. 2103). Au contraire le crédi-rentier d'une rente constituée, moyennant un capital en argent n'a pas de privilège pour le paiement des arrérages.

\*5° La vente d'un immeuble moyennant une rente foncière peut, le cas échéant, donner lieu à la rescision pour cause de lésion de plus des sept douzièmes au préjudice du vendeur. Au contraire le préjudice, subi par le crédi-rentier dans le contrat de constitution de rente, ne peut jamais donner ouverture à une action en rescision de la vente, et cela soit parce que cette action ne naît que pour cause de lésion subie par le vendeur, soit parce qu'elle n'a jamais lieu dans les ventes mobilières (art. 1674).

\*6° Le crédi-rentier d'une rente constituée ne peut demander la résolution du contrat pour défaut de paiement des arrérages qu'autant que le débi-rentier est resté deux années au moins sans les payer. Le crédi-rentier d'une rente foncière n'est pas obligé d'attendre l'expiration de ce délai pour agir en résolution contre le débi-rentier qui n'exécute pas son obligation.

**1054.** L'énumération que donne l'article 529 des meubles par la détermination de la loi n'est pas complète. Il faut y ajouter : 1° l'usufruit des choses mobilières; 2° les actions qui tendent à obtenir la propriété ou l'usufruit d'une chose mobilière; 3° les offices transmissibles, tels que ceux de notaire, d'avoué, etc.

**1055. Définitions légales des mots meuble, mobilier, etc.** — Notre loi ne pourrait que gagner à la suppression des articles 533 à 536 qui contiennent ces définitions.

Le législateur, on le conçoit, ne pouvait pas s'astreindre, et surtout il ne pouvait pas astreindre les particuliers à prendre, dans leurs testaments par exemple, les mots *meubles, mobilier...* dans le sens des définitions qu'il donne de ces expressions; de sorte que nos définitions légales ne recevront leur application que lorsque rien dans les dispositions de la loi ou dans celles de l'homme, ne permettra de préciser le sens des mots employés, ce qui sera infiniment rare. Aussi ne ferons-nous pas comme certains auteurs, qui, après avoir consacré dix pages à établir le véritable sens des articles 523 à 526, établissent en quatre lignes qu'ils sont inutiles, et nous nous bornerons à transcrire ces textes.

Art. 533. « *Le mot meuble, employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les mé-*

» dailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de  
 » corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres den-  
 » rées ; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce. »

Art. 534. « Les mots meubles meublants ne comprennent que les meubles  
 » destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries,  
 » lits, sièges, glaces, pendules, tables, porcelaines, et autres objets de cette  
 » nature. — Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un  
 » appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux  
 » qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières. — Il en est de  
 » même des porcelaines : celles seulement qui font partie de la décoration  
 » d'un appartement sont comprises sous la dénomination de meubles meu-  
 » blants. »

Art. 535. « L'expression biens meubles, celle de mobilier, ou d'effets  
 » mobiliers, comprennent généralement tout ce qui est censé meuble d'après  
 » les règles ci-dessus établies. — La vente ou le don d'une maison meublée  
 » ne comprend que les meubles meublants. »

Art. 536. « La vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve,  
 » ne comprend pas l'argent comptant, ni les dettes actives et autres droits  
 » dont les titres peuvent être déposés dans la maison ; tous les autres effets  
 » mobiliers y sont compris. »

## CHAPITRE III

### DES BIENS DANS LEURS RAPPORTS AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT

**1056.** Dans la rubrique de ce chapitre le mot *possèdent* est synonyme de : *sont propriétaires*.

« Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. — Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ». Ainsi s'exprime l'article 537.

Treilhard a dit dans l'exposé des motifs : « Les biens qui appartiennent à des particuliers sont les seuls dont le Code civil doit s'occuper ; les autres sont du ressort ou d'un Code de Droit public ou de lois administratives, et l'on n'a dû en faire mention que pour annoncer qu'ils étaient soumis à des lois particulières ». Ces paroles indiquent bien le sens de notre article. Il oppose les biens, qui appartiennent à des particuliers, à ceux qui appartiennent à des non-particuliers, c'est-à-dire aux diverses personnes morales du Droit public (Etat, départements, communes, établissements publics). Le Code civil s'occupe des premiers,

parce que tout ce qui les concerne appartient au Droit privé. Il ne parle pas des seconds, parce que les règles qui leur sont relatives rentrent dans le cadre du Droit public.

Les particuliers ont en général la libre disposition de leurs biens, ainsi que le dit l'alinéa 1<sup>er</sup> de notre article. *Unusquisque rei suæ moderator est et arbiter*. Il n'en est pas de même des différentes personnes morales du Droit public. En général leurs biens ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'une loi.

Les articles 538 à 542 contiennent une sorte de table des matières, en ce qui concerne les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers; et encore ne parlent-ils que des biens qui composent le domaine national et de ceux qui composent le domaine communal.

### I. *Domaine national.*

**1057.** « On appelle *domaine national*, dit M. Ducrocq, la réunion de tous les biens... affectés à des titres divers à l'universalité de la nation française ». Il se divise en *domaine public* et *domaine de l'Etat* ou *domaine privé de l'Etat*.

Parmi les biens du domaine public national, les uns sont livrés à l'usage public, tels que les routes, les canaux de navigation; les autres sont affectés à un service public, telles que les fortifications. L'Etat n'est pas propriétaire des biens du domaine public national; il en a seulement la garde et la surintendance. Ces biens sont inaliénables et imprescriptibles.

Au contraire l'Etat est propriétaire des biens qui composent le domaine privé de l'Etat. Ces biens sont susceptibles d'être aliénés et par conséquent prescrits (art. 2227).

#### A. *Biens du domaine public national.*

**1058.** L'énumération en est donnée par les articles 538 et 540, entre lesquels on a intercalé à tort l'article 539.

« *Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public* » (art. 538).

« *Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des fortes, font aussi partie du domaine public* » (art. 540).

*Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat.* Les chemins et routes à la charge de l'Etat portent le nom de *routes nationales*. Quand une route nationale traverse une ville, la rue qu'elle emprunte fait partie de la route. C'est à ce cas que notre article fait allusion par ces mots « *rues à la charge de l'Etat* ».

« *Les fleuves et les rivières navigables et flottables* ». Ce sont des chemins

qui marchent, a dit Pascal. Une rivière flottable est celle qui, sans être apte à la navigation, peut servir au transport des bois par le flottage ou flottaison. On distingue deux espèces de flottages, le flottage *avec trains* ou *radeaux*, qui s'effectue en reliant les bois à transporter les uns aux autres de manière à en former un train ou radeau, et le flottage à *bûches perdues* qui a lieu lorsque chaque bûche navigue isolément. Il n'y a que les rivières flottables avec trains ou radeaux qui fassent partie du domaine public (art. 1<sup>er</sup> de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale).

« *Les rivages de la mer* », c'est-à-dire la portion de terrain que la mer couvre et découvre dans les plus hautes marées.

« *Les lais et relais de la mer* ». On désigne sous le nom de *lais* les alluvions (*incrementum latens*) que la mer procure aux propriétés riveraines, et sous le nom de *relais* les terrains que la mer abandonne définitivement en se retirant. C'est à tort que notre article range les lais et relais de la mer parmi les dépendances du domaine public; ils font partie du *domaine de l'État*, car ce sont des terrains susceptibles de propriété privée; aussi l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807 permet-il à l'État de les aliéner.

« *Les ports, les havres, les rades* ». Les *havres* sont des ports qui ne peuvent recevoir que des bâtiments de moyenne grandeur; les *rades*, des parties de la mer plus ou moins abritées où les bâtiments mouillent en attendant qu'ils puissent rentrer au port.

« *Et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles de propriété privée* » : ce qui comprend notamment les canaux de navigation, les ponts établis sur les fleuves, canaux et rivières, les chemins de fer créés ou concédés par l'État...

Les édifices publics font-ils partie du domaine public? Remarquons, sans entrer dans l'examen de la question, que ces mots « toutes les portions du territoire français » de l'article 538 fournissent un argument puissant à ceux qui soutiennent que ces édifices en principe ne font pas partie du domaine public; car on ne peut pas dire, sans forcer le sens des mots, qu'un édifice est une portion du territoire. Et l'article 540 fortifie cette induction en rangeant certaines constructions parmi les dépendances du domaine public, savoir: les portes, murs et remparts des places de guerre et des forteresses. On ne verrait pas trop l'utilité de cette disposition, si les édifices publics étaient compris dans la formule générale qui termine l'article 538.

### B. Biens du domaine de l'État.

**1059.** Ils sont énumérés par les articles 539 et 541 qui auraient dû être placés l'un à la suite de l'autre.

Art. 539. « *Tous les biens vacants et sans maître et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées appartiennent AU DOMAINE PUBLIC.* » Lisez : *au domaine de l'État*. Dans l'édition de 1804 il y avait : *appartiennent à la nation*. A ces mots on a substitué à tort dans l'édition de 1807 ceux-ci : *appartiennent au domaine public*.

Art. 541. « *Il en est de même des terrains, des fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre : ils appartiennent à l'État, s'ils n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre lui.* »

*Tous les biens vacants et sans maître.*— Disposition qui ne peut guère s'appliquer qu'aux immeubles (voyez l'explication de l'article 713).

*Ceux des personnes qui décèdent sans héritiers.*— La succession d'une personne qui décède sans héritiers est dite en *déshérence*, de *de est heres*; l'article 768 l'attribue à l'État.

*Les terrains, les fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre.* — L'article 541 semblerait les ranger dans le domaine public (argument des mots *il en est de même* combinés avec l'article 540). Mais l'article 540 *in fine* prouve d'une manière positive que ces biens appartiennent au domaine de l'État, puisqu'il suppose que des particuliers peuvent en acquérir la propriété par la prescription. Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, on a intercalé à tort l'article 540 entre les articles 539 et 541. De là est venue l'erreur.

Il s'en faut de beaucoup que l'énumération des biens du domaine de l'État contenue dans nos articles soit complète. Il y aurait lieu d'ajouter notamment : les bois et forêts de l'État, et les îles qui se forment dans le lit des rivières navigables et flottables (art 560).

## II. *Domaine communal.*

**1060.** Le domaine communal, comme le domaine national, se divise en domaine public et domaine privé.

Le domaine public communal comprend les biens communaux qui sont affectés à l'usage de tous les habitants, tels que chemins vicinaux, chemins ruraux, places, rues et passages. Ils sont inaliénables et imprescriptibles. La commune n'en est pas propriétaire; elle est chargée seulement de leur surveillance.

Le domaine privé communal comprend au contraire les biens dont la commune est propriétaire; ils sont aliénables et prescriptibles. On les subdivise en *biens patrimoniaux*, que la commune afferme et dont le revenu tombe dans la caisse municipale, et *biens communaux* dont les habitants ont la jouissance en nature, tels que landes, bois, forêts et marais communaux.

C'est seulement aux biens du domaine privé communal que se réfère l'article 542 ainsi conçu : « *Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis* ».

*A la propriété.* Il y a là une erreur : la propriété de ces biens appartient à la commune, personne morale, et non aux habitants.

*D'une ou plusieurs communes.* Ajoutez ; ou sections de communes.

**1061. Des divers droits réels que nous pouvons avoir sur les biens.**— Le législateur nous en donne une énumération dans l'article 543, qui contient en quelque sorte une table des matières du livre II : « *On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre* ». Suivent trois titres consacrés, l'un à la propriété, l'autre aux droits de jouissance (usufruit, usage et habitation), le dernier aux servitudes ou services fonciers.

L'article 543 n'énumère que les droits réels *principaux*, c'est-à-dire ceux qui ont une existence indépendante. Il y a aussi les droits réels *accessoires*, ainsi nommés parce qu'ils se rattachent à un autre droit, à un droit de créance, celui-ci principal. Ce sont les hypothèques (art 2114), et aussi les privilèges sur les immeubles qui ne sont que des hypothèques privilégiées. Quant au droit de gage et au droit de privilège sur les meubles, ils ne constituent qu'un droit réel imparfait à cause de la règle : Meubles n'ont pas de suite par hypothèque (art. 2219).

L'emphytéose constitue-t-elle un droit réel dans notre législation actuelle ? L'emphytéose peut être définie : le droit de jouir d'un immeuble appartenant à autrui moyennant une redevance périodique. Elle était fréquente dans notre ancien Droit, où elle était souvent perpétuelle. La législation révolutionnaire abolit les emphytéoses perpétuelles ; elle laissa subsister les emphytéoses temporaires, et permit même d'en créer à l'avenir, mais seulement pour une durée de 99 ans (l. des 18-29 décembre 1790, art. 1<sup>er</sup>). La loi du 11 brumaire an VII, art. 6, rangea l'emphytéose parmi les biens susceptibles d'hypothèque, témoignant ainsi qu'elle la considérait comme un *droit réel immobilier*. A-t-elle conservé ce caractère sous le Code civil ? La jurisprudence et la plupart des auteurs l'admettent (voyez notamment Alger, 8 avril 1878, Sir., 78. 2. 296). Nos lois modernes, dit-on, n'ont abrogé sur ce point ni expressément ni tacitement le Droit antérieur au Code civil ; donc il subsiste (*supra*, n° 28). Mais il faut reconnaître que le silence absolu de ce Code à l'égard de l'emphytéose, soit dans l'article 526 où il énumère les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, soit dans l'article 543 où il donne l'énumération des divers droits réels sur les immeubles, soit dans les articles 2118 et 2204 où il énumère les biens susceptibles d'hypothèque et de saisie immobilière, fait naître des doutes très-graves sur l'exactitude de cette solution. Le silence de l'article 2118 paraît surtout concluant, quand on le rapproche de l'article 6 de la loi du 11 brumaire de l'an VII, dont il reproduit à peu près textuellement l'énumération en supprimant l'emphytéose. Le législateur pouvait-il manifester tacitement d'une manière plus significative sa volonté d'abroger l'emphytéose comme *droit réel immobilier* ? Dans cette opinion, l'emphytéose ne constituerait, sous l'empire du Code civil, qu'un bail à long terme conférant au preneur, comme tous les autres baux, un droit simplement personnel de jouissance.

## TITRE II

**De la propriété.**

**1062.** Le droit réel le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose est le droit de propriété. Les autres droits réels ne sont que des démembrements, des *cisaillements*, comme le dit M. Demolombe, du droit de propriété, qui n'est à bien dire que la somme de tous les droits réels.

On a défini la propriété « le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise d'une manière absolue et exclusive à la volonté et à l'action d'une personne ».

*D'une manière absolue.* Le propriétaire a *plena in re potestas*. Il jouira donc de sa chose comme il voudra, même, si cela lui plaît, d'une manière abusive, tandis que celui qui n'a qu'un droit d'usufruit doit jouir en bon père de famille (art. 601).

Ce principe souffre toutefois certaines restrictions, auxquelles l'article 544 fait allusion dans les termes suivants : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses d'une manière absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

Quelques-unes de ces restrictions résultent de dispositions du Code civil (voyez notamment art. 671 et s., 674, 678 et s.); la plupart sont écrites dans des lois ou règlements qui appartiennent au Droit administratif. Ainsi il existe des lois ou règlements qui s'opposent au libre défrichage des forêts, qui règlent le dessèchement des marais, qui défendent de creuser des puits dans un certain rayon autour des cimetières, qui obligent le propriétaire voisin d'une rue à se conformer à l'alignement quand il veut construire, etc.

*D'une manière exclusive.* C'est-à-dire que le propriétaire peut s'opposer à ce qu'un autre retire de sa chose un avantage quelconque, alors même que cela ne lui causerait personnellement aucun préjudice. Ainsi je puis empêcher le voisin de se promener sur ma propriété, alors même qu'il n'y commettrait aucun dégât.

Il en résulte que la propriété d'une même chose ne peut pas appartenir pour le tout à deux personnes différentes. *Duorum in solidum dominium esse non potest*. Une même chose peut bien appartenir à plusieurs personnes en commun; il y aura alors plusieurs co-propriétaires, c'est-à-dire plusieurs personnes dont chacune sera propriétaire de la chose *pour partie*. Mais plusieurs personnes ne peuvent pas être pro-

priétaires de la même chose pour le tout ; car ainsi que le dit Pothier, « propre et commun sont les contradictoires ». Il existe à ce point de vue une différence remarquable entre le droit de propriété et le droit de créance : ce dernier peut appartenir *solidairement*, c'est-à-dire pour le tout, à plusieurs personnes (voyez art. 1197 et s.).

**1063.** En analysant le droit de propriété, on y découvre trois éléments :

1<sup>o</sup> Le *jus utendi*, ou droit de se servir de la chose pour tous les usages auxquels elle est propre. Ainsi pour un cheval le *jus utendi* consistera à le faire travailler, pour une maison à l'habiter.

2<sup>o</sup> Le *jus fruendi*, ou droit de jouir de la chose, c'est-à-dire d'en retirer tous les fruits qu'elle est susceptible de donner. Ainsi le droit de jouir d'une maison consistera dans le droit d'en toucher les loyers ; le droit de jouir d'un fonds de terre, dans celui de recueillir les récoltes qu'il est susceptible de produire ou de toucher les fermages s'il est affermé.

3<sup>o</sup> Le *jus abutendi* ou droit de disposer de la chose soit en l'aliénant soit en la consommant. Le mot latin *abuti, abusus*, ne désigne pas un usage condamnable, comme notre mot français *abuser*, mais un usage définitif, un usage qui n'est pas susceptible de se renouveler, au moins quant à celui qui a exercé ce droit : telle est l'aliénation ou la consommation de la chose. *Abutimur his quæ nobis utentibus pereunt; utimur his quæ nobis utentibus permanent.*

\* Le droit de disposition est un attribut essentiel de la propriété. Il faudrait donc déclarer nulle en principe toute convention par laquelle un propriétaire s'interdirait le droit de disposer librement de son bien, et toute disposition testamentaire par laquelle il retirerait à son héritier ou à son légataire la libre disposition des biens qu'il lui laisse. C'est ce qui résulte, soit de l'article 1598 qui dit en substance que la loi seule peut déclarer un bien inaliénable, soit de l'article 1534 qui permet exceptionnellement à la femme mariée de stipuler l'inaliénabilité de ses biens pour la durée du mariage. La libre disposition des biens est, comme le dit la Cour de cassation, une règle d'ordre et d'intérêt public à laquelle la volonté des particuliers ne peut pas déroger (arg., art. 6). Il est même fort douteux qu'un testateur puisse valablement interdire pour un certain temps seulement à son légataire ou à son héritier la libre disposition de ses biens ; car, si on admettait cette restriction au principe, quelles limites faudrait-il lui assigner ?

**1064.** Le droit de propriété étant absolu, le propriétaire ne peut pas être obligé de le céder.

L'intérêt public, qui doit toujours l'emporter sur l'intérêt privé, peut seul faire fléchir cette règle : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété* », dit l'article 545, « *si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.* »

*Pour cause d'utilité publique.* La déclaration de 1789 et les constitutions de 1791, de 1793 et de l'an III disaient pour cause de *nécessité publique*.

*Moyennant une juste et préalable indemnité.* — *Juste*, c'est-à-dire suffi-

sante pour compenser le préjudice subi par le propriétaire exproprié; autrement l'expropriation serait une *spoliation*. — *Préalable*, c'est-à-dire payée antérieurement à la dépossession; d'où il résulte : 1° que le propriétaire exproprié a le droit de *réten-tion* jusqu'au paiement de cette indemnité; 2° qu'il a le droit d'exiger que l'indemnité lui soit payée en un capital, et non en une rente; en effet le paiement de la rente ne pourrait pas être préalable.

L'expropriation pour cause d'utilité publique est aujourd'hui régie par la loi du 3 mai 1841.

**1065.** Avec la propriété il ne faut pas confondre la possession. Le propriétaire ne possède pas toujours sa chose. Ainsi pendant mon absence un usurpateur s'empare de mon domaine; il s'en dit propriétaire et agit comme tel, il le cultive et en perçoit les fruits. Il possède, et par conséquent je ne possède plus.

Posséder une chose, c'est l'avoir sous sa puissance : *possidere* vient de *posse*, pouvoir. Pour cela il faut deux conditions : 1° détenir la chose, c'est-à-dire l'avoir sous sa main (*nuda detentio*); peu importe d'ailleurs qu'on la détienne soi-même ou par un intermédiaire, tel qu'un locataire ou un dépositaire; 2° s'en affirmer propriétaire (*animus domini*). Celui qui détient la chose sans avoir l'*animus domini*, comme un locataire, un emprunteur, un dépositaire, n'a qu'une simple *détention* qu'on appelle quelquefois *possession naturelle*, *possessio naturalis*, par opposition à la possession *cum animo domini* ou possession *civile*, ainsi appelée parce que seule elle est susceptible de produire des effets de droit.

**1066.** Aux termes de l'article 546 : « *La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. — Ce droit s'appelle droit d'accession* ». Le droit du propriétaire s'étend aux accessoires de la chose conformément à la règle *Accessorium sequitur principale*. Cette extension porte le nom d'*accession*, de *accedere*, s'ajouter. La loi considère ici comme accessoires de la chose : 1° ses produits; 2° tout ce qui s'unit accessoirement à la chose, soit naturellement, soit artificiellement.

## CHAPITRE I

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

**1067.** « *Les fruits naturels ou industriels de la terre; — Les fruits civils; — Le croît des animaux, — appartiennent au propriétaire par droit d'accession* » (art. 546).

On désigne sous le nom de *fruits* les produits périodiques d'une chose,

c'est-à-dire tout ce qu'une chose produit et reproduit sans altération de sa substance, *quidquid ex re nasci et renasci, solet; renasci* d'où le mot *reditus, revenu*.

Tous les fruits sont des produits de la chose, mais tous les produits ne sont pas des fruits; il n'y a de tels que les produits qui se perçoivent périodiquement, comme les récoltes, les coupes de bois taillis, les fermages des terres et les loyers des maisons. Les produits qui ne se perçoivent pas périodiquement, comme la coupe d'une haute futaie non aménagée, ne sont pas des fruits. On peut donc définir les fruits les produits périodiques d'une chose.

La loi indique ici sans les définir les différentes espèces de fruits: *naturels, industriels* et *civils*, auxquels elle ajoute, on ne sait pourquoi, le croît des animaux, qui rentre évidemment dans la catégorie soit des fruits naturels soit des fruits industriels. Nous trouverons au titre *de l'Usufruit* (art. 583 et s.) les définitions légales des diverses espèces de fruits. Disons tout de suite que les fruits *naturels* sont ceux qu'une chose produit spontanément sans le secours de la main de l'homme, comme l'herbe des prairies naturelles, les roseaux qui croissent dans un marais. Les fruits *industriels* sont les produits de la nature aidée par l'industrie de l'homme, comme les récoltes qu'on fait produire à un fonds par la culture. Enfin les fruits *civils* consistent dans une somme d'argent, que le propriétaire touche périodiquement en vertu d'un contrat relatif à la chose, comme les fermages des terres, les loyers des maisons, les intérêts des capitaux.

**1068.** Les fruits sont une partie intégrante du fonds qu'ils a produits, tant qu'ils n'en ont pas été détachés. *Fructus pendentes pars fundi esse videntur*. Aussi ces fruits appartiennent-ils au propriétaire, même quand ils sont le résultat des travaux d'autrui; à moins, bien entendu, que celui qui a fait ces travaux (culture, semences, etc.) n'ait un droit aux fruits en qualité de fermier, d'usufruitier ou à tout autre titre. Ce principe explique la disposition de l'article 548 ainsi conçu: « *Les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par des tiers* ».

*Par des tiers.* Cette expression est impropre; car elle désigne une tierce, c'est-à-dire une troisième personne, et ici nous n'en avons que deux: le propriétaire d'une part, et celui qui a cultivé le fonds d'autre part.

Notre article suppose que le propriétaire d'un fonds le revendique contre celui qui le détient sans droit, contre un usurpateur par exemple. Il y a des fruits pendants au moment de la demande en revendication.

Ces fruits appartiennent au propriétaire comme et avec le fonds dont ils sont une partie intégrante. Ils sont donc compris dans l'action en revendication, et devront être restitués au propriétaire avec le fonds, sauf l'obligation, que notre article impose au propriétaire revendiquant, de rembourser au possesseur évincé les frais des labours, travaux et semences faits par lui; car autrement il s'enrichirait à ses dépens. *Non sunt fructus nisi deductis impensis.*

Remarquez que, notre article ne faisant aucune distinction, sa disposition est applicable à tout possesseur qui succombe sur l'action en revendication. Le possesseur de bonne foi lui-même ne pourrait élever aucune prétention aux fruits pendants lors de l'action en revendication; il n'aurait droit, comme l'usurpateur, qu'au remboursement de ses frais.

**1069.** Mais le possesseur, contre lequel l'action en revendication est dirigée, détenait peut-être la chose depuis un certain temps déjà. Quelle sera sa situation vis-à-vis du propriétaire revendiquant relativement aux fruits qu'il a perçus et peut-être consommés? En sera-t-il comptable? La loi résout la question par une distinction: « *Le simple possesseur ne* » *fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi : dans le* » *cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au pro-* » *priétaire qui la revendique.* »

Ainsi le possesseur est-il de bonne foi? Il ne doit aucun compte au propriétaire revendiquant des fruits perçus, alors même qu'il ne les aurait pas consommés. Est-il de mauvaise foi? Il doit compte des fruits perçus, consommés ou non. Il nous faut envisager successivement cette double situation, si différente dans ses résultats, que la loi fait au possesseur suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi.

#### A. Possesseur de bonne foi.

**1070.** La bonne foi du possesseur consiste dans la croyance où il est que la chose lui appartient, alors qu'elle appartient à autrui. *Bona fides est illæsa conscientia putantis rem suam esse*, dit Voët. La bonne foi du possesseur est donc basée sur une erreur: il croit être propriétaire alors qu'en réalité il ne l'est pas.

Pour que la bonne foi du possesseur lui fasse acquérir les fruits, il faut que son erreur soit excusable, et elle n'a ce caractère aux yeux de la loi qu'autant qu'elle est appuyée sur un juste titre. En d'autres termes, pour que le possesseur fasse les fruits siens, il ne suffit pas qu'il se croie propriétaire, il faut qu'il ait juste sujet de se croire tel, *justa opinio quesiti dominii*, et aux yeux de la loi cette condition ne se trouve remplie qu'autant qu'il possède en vertu d'un *juste titre*.

C'est ce que dit l'article 550, al. 1, qui nous donne en même temps la définition du juste titre: « *Le possesseur est de bonne foi quand il possède*

» en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il » cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus ».

Ainsi la loi exige deux conditions pour que le possesseur fasse les fruits siens : 1° qu'il possède en vertu d'un juste titre ; 2° qu'il en ignore les vices.

1° Qu'il possède en vertu d'un juste titre. — Le mot *titre* ne désigne pas ici un écrit, mais la cause en vertu de laquelle le possesseur détient la chose. Ce titre ou cette cause doit être juste, *justa causa*, c'est-à-dire de nature à inspirer au possesseur la légitime croyance qu'il est propriétaire, et pour cela le titre doit être par sa nature translatif de propriété, *ad transferendum dominium idoneus* : telle est la vente ou la donation, mais non le louage, le prêt etc...

Mais, dira-t-on, celui qui possède une chose comme l'ayant achetée, ou comme l'ayant reçue en vertu d'une donation ou à tout autre titre translatif de propriété, en est propriétaire. Comment donc la loi suppose-t-elle qu'il peut succomber dans une action en revendication intentée par le propriétaire, et lui accorde-t-elle pour ce cas le droit de conserver les fruits par lui perçus ? Il faut supposer que le titre est infecté d'un vice qui a empêché la translation de propriété de s'effectuer au profit de l'acquéreur. Ordinairement ce vice consistera dans le défaut de propriété chez l'auteur du titre, c'est-à-dire l'aliénateur. Exemple : j'achète un immeuble de quelqu'un que j'en crois propriétaire et qui ne l'est pas, *a non domino quem dominum esse credideram*. La vente ne peut pas me rendre propriétaire (arg., art. 1599) ; mais elle me servira de juste titre à l'effet de me faire acquérir les fruits. Le vice peut consister aussi dans la nullité du titre pour défaut de forme (tel serait le cas où une donation a été faite par acte sous seing privé arg., art. 931), ou dans l'incapacité de l'aliénateur, ou dans l'inaliénabilité du bien.

2° Que le possesseur ignore les vices de son titre. La loi dit *les vices*. Donc, s'il y en a plusieurs, le possesseur doit les ignorer tous. Du moment qu'il en connaît un seul, il n'a pas la *justa opinio quaesiti domini*.

D'ailleurs, la loi ne distinguant pas, l'ignorance où est le possesseur des vices de son titre lui profiterait, aussi bien lorsqu'elle est le résultat d'une erreur de droit que lorsqu'elle est le résultat d'une erreur de fait. Je reçois un bien par donation de quelqu'un qui n'en est pas propriétaire et que je crois l'être ; l'ignorance où je suis du vice de mon titre est basée sur une erreur de fait. Au contraire je reçois un bien par donation de quelqu'un qui en est propriétaire ; mais la donation est faite par acte sous seing privé, nulle par conséquent (arg., art. 931). Je crois que les donations faites en cette forme sont valables, et j'ai la persuasion que la propriété du bien m'est acquise ; ma bonne foi est basée sur une erreur de droit. Peu importe ! Dans un cas comme dans l'autre, je serai de bonne foi dans le sens des articles 549 et 550.

\* 1071. Conformément à la règle que tout plaideur doit prouver en justice les faits qu'il invoque à l'appui de sa prétention, le possesseur, qui réclame le bénéfice

de l'article 549 doit prouver l'existence du juste titre qui sert de base à sa bonne foi. Doit-il prouver aussi qu'il ignorait les vices de son titre? Les auteurs résolvent la question négativement. D'après eux la bonne foi doit être présumée dans le doute, et ils induisent cette solution par argument *a fortiori* de l'article 2268, aux termes duquel : « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. » Ils ajoutent toutefois cette restriction, assez mal définie, que la bonne foi se présume moins facilement quand elle est basée sur une erreur de droit que quand elle est basée sur une erreur de fait. — Mais, en étendant la présomption écrite en l'article 2268 au cas qui nous occupe, ne viole-t-on pas cette règle que les présomptions légales sont de droit étroit, et qu'elles doivent à ce titre être sévèrement restreintes au cas précis en vue duquel elles ont été écrites? D'ailleurs, si la présomption est applicable, elle doit l'être tout à fait. Alors pourquoi la restriction relative au cas où la bonne foi est basée sur une erreur de droit?

**1072.** La loi paraissant ne considérer le juste titre que comme un des éléments de la bonne foi, on admet généralement que le titre *putatif* équivaut au titre réel. Le titre *putatif* est celui qui n'existe que dans l'opinion du possesseur; c'est un titre qu'il croit exister, mais qui n'existe pas en réalité. Tel serait le cas où j'ai pris possession d'un bien comme héritier d'une personne décédée, à la succession de laquelle je me croyais appelé comme plus proche parent, alors qu'il existait un parent d'un degré plus rapproché qui vient aujourd'hui réclamer la succession. Et toutefois, pour que le titre putatif puisse être considéré comme équivalent au titre réel, il est nécessaire que l'erreur du possesseur soit excusable. Elle ne le serait pas, s'il venait dire par exemple qu'il croit avoir acheté le bien qu'il possède quand en réalité il ne l'a pas acheté, *si quis, quum non emit, emisse se existimat*. On pourrait considérer comme excusable au contraire l'erreur de celui qui a donné mandat d'acheter et qui a cru que son procureur avait rempli le mandat alors qu'en réalité il ne l'a pas rempli. Les juges apprécieront.

**1073. Fondement de l'attribution des fruits au possesseur de bonne foi.** — Dans la persuasion où il était que la propriété de la chose lui appartenait, le possesseur de bonne foi a probablement consommé les fruits par lui perçus; car ils font partie du revenu, et ordinairement on dépense son revenu. L'obligation de restituer ces fruits au véritable propriétaire, dont les droits sont aujourd'hui reconnus, surtout quand elle s'applique à un grand nombre d'années de jouissance, aurait souvent entraîné la ruine du possesseur. Il est vrai qu'en lui attribuant les fruits on va infliger une perte au propriétaire; mais entre lui et le possesseur, la loi ne devait pas hésiter. Celui-ci a été victime d'une erreur presque invincible; sa situation est bien plus intéressante que celle du propriétaire, qui a fait preuve d'une négligence impardonnable en restant pendant de longues années sans réclamer son bien, et qui a ainsi fortifié le possesseur dans sa conviction que la chose lui appartenait.

Ce motif pourrait porter à penser que les seuls fruits, dont le possesseur de bonne foi soit dispensé de rendre compte au propriétaire, sont ceux qu'il a consommés; car on ne peut pas craindre de le ruiner

en l'obligeant à restituer des fruits qu'il a mis en réserve. Telle était en effet la solution du Droit romain : « *De fructibus CONSUMPTIS agere non potest* », dit Justinien en parlant du propriétaire revendiquant (Just. Instit., liv. II, tit. I, § 35). Mais le Code civil n'a pas reproduit cette restriction, que notre ancien Droit avait déjà supprimée. Elle donnait lieu dans la pratique à des difficultés graves : comment savoir en effet si le possesseur a ou non consommé les fruits par lui perçus ? La loi présume, parce que les choses se passent ordinairement ainsi, que le possesseur consomme les fruits au fur et à mesure qu'il les perçoit, et sur le fondement de cette présomption elle le dispense de toute restitution.

\* **1074.** C'est donc par la perception que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens. Cette règle s'applique sans difficulté aux fruits naturels et aux fruits industriels ; car elle n'est en ce qui les concerne que l'application du Droit commun (arg., art. 585). S'applique-t-elle aussi aux fruits civils ? La négative est adoptée par un grand nombre d'auteurs, qui pensent qu'il y aurait lieu de suivre ici la règle établie en l'article 586, d'après lequel les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour. Voilà, dit-on, le Droit commun quant aux fruits civils. Le possesseur de bonne foi aurait donc droit aux fruits civils dans une mesure exactement proportionnelle à la durée de sa jouissance : ce qui lui permettrait de réclamer, dans certains cas, des fruits qu'il n'a pas encore perçus au moment de l'action en revendication.

Même en admettant, ce qui est contestable à raison de la place qu'il occupe dans le titre de l'usufruit, que l'article 586 formule une règle de Droit commun relativement aux fruits civils, le législateur n'a-t-il pas manifesté très-clairement l'intention d'y déroger par rapport au possesseur de bonne foi ? Cette intention ne résulte-t-elle pas : 1<sup>o</sup> de l'article 438 qui, faisant une application particulière du principe contenu dans les articles 549 et 550, dit que « ceux qui auront recueilli la succession gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi » ; 2<sup>o</sup> de l'article 549, al. 2, qui, opposant le possesseur de mauvaise foi au possesseur de bonne foi, dispose que le premier « est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique » : ce qui donne très-clairement à entendre que le privilège accordé au possesseur de bonne foi consiste dans une dispense de restitution, et ne s'applique par conséquent qu'à des fruits perçus ; 3<sup>o</sup> enfin de ce que le motif sur lequel se fonde la disposition de l'article 549 est inapplicable ici ; comment en effet pourrait-on craindre de ruiner le possesseur en le privant du droit de réclamer des fruits qu'il n'a pas encore perçus ? Tel serait notre sentiment. La jurisprudence et la doctrine sont divisées sur la question.

**1075.** Ce sont seulement les fruits que l'article 549 attribue au possesseur de bonne foi. Et comme cette disposition, qui est toute de faveur, ne doit pas par cela même recevoir une interprétation extensive, il faut en conclure que le possesseur de bonne foi ne serait pas dispensé de restituer au propriétaire les produits *non-fruits* qu'il aurait perçus, par exemple le produit de la coupe d'une haute futaie non aménagée. Cette induction est fortifiée par la partie finale de l'art. 549, qui oblige le possesseur de mauvaise foi à restituer les produits avec la chose. Il est difficile de ne pas voir dans ce texte une opposition faite à dessein entre les produits, que le possesseur de mauvaise foi doit restituer, et les fruits, que le possesseur de bonne foi a le droit de garder : le possesseur de mauvaise foi restituera avec la chose tous les produits qu'il en a retirés ; le possesseur de bonne foi sera dispensé de restituer, non pas tous les produits qu'il a perçus, mais seulement ceux de ces produits qui ont le caractère de fruits. Telle était d'ailleurs la solution admise dans notre ancien Droit, et elle est

en harmonie avec les motifs sur lesquels se fonde la faveur attribuée au possesseur de bonne foi; car, s'il est naturel de supposer qu'il a consommé les fruits par lui perçus, cette présomption n'aurait plus sa raison d'être en ce qui concerne les produits non-fruits qui constituent ordinairement un capital mis en réserve pour l'avenir.

**1076. Jusqu'à quelle époque le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.** — L'effet ne peut survivre à la cause qui le produit. Donc, à partir du moment où le possesseur cessera d'être de bonne foi, il cessera de gagner les fruits par lui perçus. Aux termes de l'article 550, al. 2, le possesseur cesse d'être de bonne foi du moment où les vices de son titre lui sont connus. Il suffirait même qu'il en connût un, s'il y en a plusieurs.

La bonne foi du possesseur doit être appréciée exclusivement par rapport à lui, et non par rapport à son auteur. Ainsi un possesseur, qui connaît les vices de son titre et qui est par conséquent de mauvaise foi, meurt laissant un héritier de bonne foi, c'est-à-dire qui ignore personnellement les vices du titre. Celui-ci gagnera les fruits qu'il percevra. On objecterait inutilement que, le possesseur de mauvaise foi étant tenu vis-à-vis du propriétaire de la restitution de tous les fruits perçus ou à percevoir, son héritier doit être tenu de la même obligation. Il faut répondre que l'obligation du possesseur de mauvaise foi ne peut pas dépasser la durée de sa propre possession; par conséquent son héritier ne pourra être tenu *en cette qualité* que de la restitution des fruits perçus par son auteur, mais non de ceux qu'il a perçus personnellement.

Quand le propriétaire obtient gain de cause dans une action en revendication intentée contre un possesseur de bonne foi, celui-ci doit être condamné à la restitution de tous les fruits qu'il a perçus postérieurement à la demande. Ce n'est pas, comme on le dit souvent, parce que le possesseur doit être considéré comme étant de mauvaise foi à dater du jour où la demande du propriétaire lui a ouvert les yeux sur les vices de son titre; car il arrivera quelquefois que la confiance du possesseur dans la solidité de son titre ne sera nullement ébranlée par une action qu'il peut croire mal fondée, et que par suite sa bonne foi persistera pendant toute la durée de l'instance. Mais cette solution n'est qu'une conséquence de ce principe que le juge doit, quand il rend sa sentence, se reporter à l'état de choses existant au moment de la demande, et placer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées respectivement, s'il avait pu immédiatement statuer; car les plaideurs ne doivent pas souffrir des lenteurs de la justice, qui ne leur sont pas imputables. En ce sens, Cass., 2 avril 1878, Sir., 79. 4. 261.

**1077.** L'acquisition des fruits n'est pas le seul avantage que procure au possesseur la bonne foi appuyée sur un juste titre; elle lui facilite en outre l'acquisition de la propriété par la prescription. Ordinairement la prescription ne s'accomplit qu'au bout de trente années de possession (art. 2262). Elle s'accomplira en faveur du possesseur, qui a juste titre et bonne foi, au bout de dix ou vingt ans s'il s'agit d'un immeuble (art. 2265), et instantanément s'il s'agit d'un objet mobilier corporel, car alors il pourra opposer à tout revendiquant la maxime « En fait de meubles possession vaut titre » (art. 2279).

Il y a des différences importantes à signaler entre la bonne foi requise pour l'acquisition des fruits et celle requise pour l'acquisition de la propriété des immeubles par la prescription de dix à vingt ans.

4° Pour la prescription de dix à vingt ans, la bonne foi du possesseur n'est exigée qu'au moment de l'acquisition (art. 2269); il importera donc peu que sa bonne foi cesse pendant le cours de la prescription. *Mala fides superveniens usucapionem non impedit*. Au contraire le possesseur qui cesse d'être de bonne foi cesse de faire les fruits siens. En d'autres termes, la cessation de la bonne foi du possesseur lui fait perdre le bénéfice de l'article 549, mais non celui de l'article 2265. La raison de cette différence est, disent MM. Aubry et Rau, que « la prescription acquisitive repose sur la possession, c'est-à-dire sur un état de choses permanent, dont le caractère se détermine en général d'une manière invariable, d'après les circonstances qui en ont accompagné l'origine. L'acquisition des fruits repose au contraire sur une perception opérée de bonne foi. Or, chaque acte de perception, constituant un fait isolé dont le caractère est indépendant de celui des perceptions antérieures, il s'ensuit que le possesseur ne saurait, pour se dispenser de la restitution des fruits qu'il a perçus depuis la survenance de sa mauvaise foi, se prévaloir de sa bonne foi originale. »

Et toutefois le possesseur, qui a prescrit par dix à vingt ans la propriété d'un immeuble, sera dispensé de la restitution de tous les fruits, même de ceux qu'il a perçus postérieurement à la cessation de sa bonne foi; car ces fruits sont une dépendance de l'immeuble, et ne peuvent appartenir qu'à son propriétaire. C'est d'ailleurs ce que donne à entendre l'article 549, qui parle de la restitution des fruits au propriétaire *revendiquant*, et suppose ainsi évidemment un propriétaire qui triomphe dans son action en revendication.

2° Aux termes de l'article 2267, « Le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans ». Au contraire un semblable titre pourrait servir de base à l'acquisition des fruits; car l'article 550 parle d'un titre dont le possesseur ignore les vices, sans distinguer s'il s'agit d'un vice de forme ou de tout autre.

3° L'héritier d'un possesseur de mauvaise foi fait les fruits siens, s'il ignore les vices du titre en vertu duquel son auteur possédait (*supra*, n° 1076). Au contraire l'héritier d'un possesseur de mauvaise foi, fût-il personnellement de bonne foi, ne pourra pas prescrire par dix à vingt ans; car on ne considère ici que l'origine de la possession (art. 2269), et la possession était vicieuse, on le suppose, à cette époque.

### B. Possesseur de mauvaise foi.

**1078.** Le possesseur de mauvaise foi est celui qui possède sans titre, celui qui, interrogé sur la cause de sa possession, répondra : *possideo quia possideo*, ou celui qui possède en vertu d'un titre dont il connaît les vices. La loi le place dans une situation plus défavorable que le possesseur de bonne foi, soit au point de vue de la prescription, soit au point de vue de l'acquisition de fruits.

*Au point de vue de la prescription.* Le possesseur de mauvaise foi ne peut jamais prescrire que par trente ans, tandis que le possesseur de bonne foi peut prescrire par dix à vingt ans s'il s'agit d'un immeuble, et même instantanément s'il s'agit d'un objet mobilier corporel.

*Au point de vue de l'acquisition des fruits.* Le possesseur de mauvaise foi ne fait pas les fruits siens. Il doit, dit l'article 549, restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique. On décide même qu'il doit restituer, non-seulement les fruits qu'il a perçus, mais aussi

ceux qu'il a négligé de percevoir, *fructus quos percipere poterat*. En ce sens, Cass., 2 avr. 1878, Sir., 79. 1. 261.

Bien entendu le propriétaire n'a droit à la restitution des fruits perçus par le possesseur de mauvaise foi que déduction faite des sommes qu'a dû dépenser celui-ci pour obtenir ces fruits (frais de labour, travaux et semences), et aussi déduction faite des charges de ces fruits qui ont été acquittées par le possesseur, telles que les contributions et les réparations d'entretien. *Non sunt fructus nisi deductis impensis*. Autrement, le propriétaire s'enrichirait aux dépens du possesseur.

En ce qui concerne le mode de restitution des fruits, il faut se référer à l'article 129 du Code de procédure civile.

## CHAPITRE II

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

**1079.** « *Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire suivant les règles qui seront ci-après établies* » (art. 551).

Suivent deux sections, dans lesquelles le législateur envisage successivement le droit d'accession quant aux immeubles et quant aux choses mobilières.

#### SECTION I

##### DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES IMMOBILIÈRES

**1080. Division de la matière.** — En ce qui concerne les immeubles, le principe de l'accession présente trois applications principales : la première relative aux plantations, constructions et autres ouvrages qui peuvent être faits sur le sol ou dans son intérieur (art. 552-555); la deuxième relative aux accroissements qui peuvent résulter pour un fonds de terre du voisinage d'un cours d'eau (art. 556-563); la troisième relative à certains animaux sauvages qui, en se fixant sur le fonds, en deviennent l'accessoire (art. 564). Dans le premier cas, l'accession, étant le fruit du travail de l'homme, de son industrie, est dite *industrielle* ou, suivant l'expression de l'article 546, *artificielle*; dans les deux derniers, elle est dite *naturelle*, parce qu'elle est l'œuvre de la nature.

##### I. *De l'accession résultant des plantations, constructions et autres ouvrages.*

**1081.** Aux termes de l'article 552, al. 1 : « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ». *Cujus est solum hujus est usque ad caelum et usque ad inferos*. C'est le fil à plomb qui détermine les limites du domaine aérien et du domaine souterrain du propriétaire d'un fonds de terre.

Du principe que la propriété du sol emporte la propriété du *dessous*, du *tréfonds*, comme disaient nos anciens, l'article 552, al. 3, déduit cette conséquence que le propriétaire « *peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police.* »

Celui auquel appartient un fonds de terre est donc propriétaire des richesses qu'il recèle, et principalement des mines. Ce principe, que la loi romaine consacrait nettement, n'a pas toujours été fermement admis dans notre Droit : c'est ainsi que quelques-unes de nos vieilles coutumes déclaraient les seigneurs propriétaires de *l'avoir en terre non extrayé* ; et il a fallu l'intervention énergique de Napoléon pour le faire maintenir dans la loi du 24 avril 1810, qui contient la législation actuellement en vigueur sur les mines. Cette loi toutefois y porte une grave atteinte, qui trouve sa justification dans un intérêt social de premier ordre. « Les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession délibéré en conseil d'Etat », dit l'art. 5 de la loi précitée. Le Gouvernement concède la mine à qui il veut ; le propriétaire n'a aucun droit de préférence. Il subira donc une véritable expropriation, si la mine est concédée à un autre qu'à lui. C'est une expropriation pour cause d'utilité publique ; car les mines forment une partie importante de la richesse nationale, et l'intérêt public exige qu'elle ne soit pas compromise par un propriétaire qui se refuserait à toute exploitation, ou qui l'entreprendrait sans avoir les talents ou les ressources nécessaires pour la mener à bonne fin.

L'expropriation pour cause d'utilité publique appelle nécessairement une indemnité. La loi de 1810 respecte ce principe ; mais, sous le rapport de la fixation de l'indemnité, elle contient deux dérogations graves aux règles du Droit commun. D'abord l'indemnité sera fixée par le Gouvernement dans l'acte de concession, tandis que dans les cas ordinaires elle est fixée par un jury d'expropriation. Puis l'indemnité consistera dans une redevance, c'est-à-dire dans une rente à payer par le concessionnaire de la mine au propriétaire du sol, et par conséquent elle ne sera pas préalable, comme l'exige l'article 545.

La mine, une fois concédée soit au propriétaire soit à tout autre, forme une propriété immobilière distincte du sol, et susceptible à ce titre d'être aliénée, hypothéquée ou saisie séparément de lui. Quant à la redevance, elle est due au sol plutôt qu'à son propriétaire. Aussi suit-elle le sort du fonds ; elle est immobilière comme lui ; les hypothèques qui grèvent le sol grèvent aussi la redevance ; l'aliénation du fonds entraîne celle du droit à la redevance : ce qui n'empêche pas que le propriétaire puisse céder son droit à la redevance séparément du fonds, et alors ce droit, étant détaché du fonds, perd sa nature immobilière.

**1082.** Du principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessus résulte cette conséquence signalée par l'article 552, al. 2, que : « *Le propriétaire peut faire au-dessus toutes plantations et constructions qu'il juge à propos, SAUF LES EXCEPTIONS ÉTABLIES AU TITRE DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS* ». Les restrictions annoncées par ces dernières expressions sont assez nombreuses. Ainsi il n'est pas permis à un propriétaire de planter trop près de l'héritage du voisin (art. 671) ; de même un propriétaire ne peut établir des vues dans un mur qu'au-

tant qu'il est situé à une certaine distance de l'héritage voisin (art. 678 et s.); il doit disposer le toit de sa maison de manière à ce que les eaux pluviales ne se déversent pas sur le fonds voisin...

**1083.** Aux termes de l'article 553 : « *Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire, à ses frais, et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment* ». — Ce texte établit une double présomption.

**PREMIÈRE PRÉSUMPTION.** Les constructions, qui existent sur un terrain ou dans son intérieur, sont présumées avoir été faites par le propriétaire du sol et à ses frais : présomption toute naturelle et qui sera presque toujours conforme à la réalité des choses. *Is fecit cui prodest*. Le cas d'une construction faite sur un terrain par un autre que le propriétaire est un cas tout à fait exceptionnel, et les exceptions ne se présument pas. *Præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*.

**DEUXIÈME PRÉSUMPTION,** qui n'est qu'une conséquence de la précédente. Les constructions, qui existent sur un terrain ou dans son intérieur, sont présumées appartenir au propriétaire du terrain.

Ces deux présomptions, comme toutes les présomptions légales, dispensent le propriétaire de toute preuve, en ce qui concerne les faits auxquels elles s'appliquent (arg., art. 1352).

Mais l'une et l'autre sont susceptibles d'être combattues par la preuve contraire, qui est formellement réservée par notre article.

Ainsi tout d'abord je puis prouver contre la première présomption que les constructions, qui couvrent un terrain appartenant à autrui, ont été faites par moi et à mes frais : ce qui n'aura pas pour conséquence d'empêcher que les constructions appartiennent au maître du sol (voy. art. 555), mais pourra seulement, suivant les cas, m'autoriser à réclamer une indemnité au propriétaire ou à démolir les constructions (art. 555).

D'autre part je puis prouver contre la deuxième présomption que la superficie, c'est-à-dire les constructions ou plantations, qui existent à la surface d'un terrain dont je ne suis pas propriétaire, m'appartiennent, soit en vertu d'un titre, soit par la prescription : cas auquel la propriété se trouvera démembrée, la superficie appartenant à l'un et le tréfonds à l'autre.

Notre article dit aussi que l'on peut acquérir par la prescription la propriété, « soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment ». Relativement à la prescription d'un souterrain, il faut remarquer qu'elle ne pourrait s'accomplir qu'autant que la possession présenterait les caractères exigés par l'article 2229, et notamment celui de la publicité. Si donc la possession a été clandestine, ce qui arrivera presque toujours quand aucun signe extérieur ne révélera l'existence du souterrain, il n'y aura pas de prescription possible.

**1084. Des constructions faites par un propriétaire sur son fonds avec des matériaux appartenant à autrui.** — Un proprié-

taire a fait des constructions ou autres ouvrages, un pavé par exemple, avec les matériaux d'autrui ; ou il a employé pour faire des plantations des plants appartenant à un autre. Cette circonstance empêchera-t-elle qu'il devienne propriétaire des constructions, plantations ou autres ouvrages ? La négative résulte de l'article 554 ainsi conçu : « *Le propriétaire du sol, qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas, doit en payer la valeur ; il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu : mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever.* »

*N'a pas le droit de les enlever.* — Il y a de cette décision une raison de droit et une raison d'équité. En droit, les matériaux incorporés dans la construction ont perdu leur individualité. Ce ne sont plus désormais des pierres, du bois, du fer... qui existent, mais un édifice composé de ces divers éléments. Juridiquement parlant, les matériaux n'existent plus : ce qui amène l'application de la règle *Extinctæ res vindicari non possunt*. En équité, convenait-il d'autoriser le propriétaire des matériaux à exiger, pour en obtenir la restitution, la démolition de constructions faites à grands frais, alors que, grâce à l'indemnité qui lui sera payée, il pourra se procurer très-facilement des matériaux équivalents et même préférables à ceux qu'il retirerait de la démolition de l'ouvrage ? A ces raisons on peut ajouter subsidiairement que l'intérêt public exige le maintien des constructions, *ne ruinis aspectus urbis deformetur*.

Mais le propriétaire des matériaux ne pourrait-il pas du moins les revendiquer, si l'édifice venait à être démoli avant qu'il eût touché l'indemnité que lui alloue notre article ? Quelques auteurs lui reconnaissent cette faculté. Le droit du propriétaire des matériaux était, dit-on, paralysé plutôt qu'éteint par leur incorporation à l'édifice ; rien ne fait plus obstacle à leur revendication, une fois que l'édifice est détruit. Nous préférons la solution contraire. En refusant au propriétaire des matériaux le droit de les enlever, l'article 554 nous dit implicitement que ces matériaux sont devenus la propriété du constructeur ; il en a acquis la propriété par accession, en vertu de leur incorporation au sol, dont ils sont désormais une dépendance. Pour que le droit de propriété de leur ancien maître pût renaître, il faudrait une disposition de la loi qui n'existe pas.

En Droit romain, le constructeur, qui avait employé les matériaux d'autrui, était tenu d'en restituer la valeur au double par l'action *de tigno juncto*. Nous n'avons plus dans notre Droit actuel d'actions *in duplum*. Mais en fait le juge français peut, comme le juge de l'action *de tigno juncto*, prononcer contre le constructeur une condamnation au double. Il doit en effet, d'après notre article, condamner le constructeur à payer la valeur des matériaux, et il peut en outre le condamner à payer des dommages-intérêts que rien ne l'empêche de tarifer à une somme égale à la valeur des matériaux. Les dommages-intérêts ne sont dus que « s'il y a lieu », c'est-à-dire s'il y a préjudice : ce qui pourrait arriver par exemple dans le cas où il s'agirait de matériaux que le propriétaire se proposait d'employer immédiatement, et dont la privation l'oblige à suspendre ses travaux. Le tout sans préjudice des condamnations pénales qui pourraient être prononcées contre le constructeur s'il avait volé les matériaux.

**1085.** Tout ce qui vient d'être dit des constructions doit être appliqué aux plantations faites avec des plants appartenant à autrui. Le maître du terrain, sur lequel les plantations ont été faites, en deviendra *immédiatement* propriétaire, sans qu'il soit nécessaire d'attendre comme en Droit romain le moment, impossible à préciser, où les plantes auront pris racine. Le propriétaire des plants n'aura droit qu'à une indemnité qui sera réglée comme il vient d'être dit.

**1086.** Ce que la loi dit de l'*incorporation* ne devrait pas être étendu à l'*immobilisation par destination*. En d'autres termes, si un propriétaire place des objets mobiliers sur son fonds dans les conditions requises par la loi pour entraîner l'immobilisation par destination, l'immobilisation ne se produira pas si ces objets sont la propriété d'autrui. Ainsi je place dans une niche pratiquée exprès pour la recevoir une statue appartenant à un autre; elle ne deviendra pas immeuble par destination, et le propriétaire pourra la revendiquer. En effet les objets dont il s'agit n'ont pas perdu leur individualité; ils ne sont pas incorporés au fonds, et peuvent en être séparés.

**1087. Des constructions, plantations ou autres ouvrages faits sur le terrain d'autrui.** — Cette circonstance que des plantations, constructions ou autres ouvrages ont été faits sur un fonds par un tiers, n'empêche pas qu'ils deviennent la propriété de celui auquel le fonds appartient, en qualité d'accessoires de ce fonds. *Superficies solo cedit*. Seulement la règle d'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, obligera en pareil cas le propriétaire du fonds à indemniser le constructeur ou le planteur. C'est ce qui résulte de l'article 555 ainsi conçu : « *Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a le droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever. — Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds. — Si le propriétaire préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir. Néanmoins, si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé, qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi, le propriétaire ne pourra demander la suppression desdits ouvrages, plantations et constructions, mais il aura le choix ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de rembourser une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur.* »

Dans les explications qui vont suivre, nous ne parlerons que des constructions. Ce que nous dirons à cet égard s'appliquera facilement *mutatis mutandis* aux plantations et autres ouvrages.

Notre article suppose que les constructions ont été faites par un tiers, c'est-à-dire

par un autre que le propriétaire du fonds « avec ses matériaux ». Mais la solution que donne l'article serait évidemment la même, si les constructions avaient été faites avec des matériaux appartenant à autrui, sauf à régler, comme il a été dit ci-dessus, la situation respective du constructeur et du propriétaire des matériaux.

La rédaction de l'article 555 est très-défectueuse. Son alinéa final, à partir du mot *néanmoins*, a été ajouté après coup sur la demande du Tribunal. Cette addition, qui a modifié les deux premiers alinéa de l'article, aurait dû amener sa refonte complète.

Pour régler la situation respective du propriétaire et du constructeur, la loi distingue si le constructeur est de mauvaise foi ou de bonne foi.

**1088. PREMIÈRE HYPOTHÈSE.** — Le constructeur est de mauvaise foi; il a construit sur un terrain qu'il savait appartenir à autrui. Sa situation n'inspire pas beaucoup d'intérêt. Aussi la loi le traite-t-elle durement, trop durement peut-être. Elle autorise le propriétaire à choisir entre deux partis :

1° Forcer le constructeur à démolir les constructions et à rétablir les lieux dans leur ancien état. Le propriétaire, qui prend ce premier parti, ne doit aucune indemnité au constructeur. Il peut même en exiger une de lui, s'il prouve que le fait de la construction ou de la démolition lui cause quelque préjudice.

2° Garder les constructions. Le propriétaire, qui prend ce deuxième parti, doit rembourser au constructeur son impense, c'est-à-dire la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la plus-value que les constructions peuvent avoir procurée au fonds.

**1089. DEUXIÈME HYPOTHÈSE.** Le constructeur est de bonne foi. Pour que le constructeur soit de bonne foi *hoc sensu*, il ne suffit pas qu'il ait cru être propriétaire du terrain sur lequel il construisait; il faut que son erreur soit basée sur un juste titre (argument de ces mots : « qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits attendu sa bonne foi »). En d'autres termes, le constructeur de bonne foi est ici celui qui a construit sur un fonds qu'il possédait avec juste titre et bonne foi. La bonne foi doit avoir existé au moment où les constructions ont été faites (arg., art. 550).

Le propriétaire ne peut forcer le constructeur de bonne foi à démolir; il est obligé de garder les constructions, et en outre de payer à titre de compensation une indemnité au constructeur. Suivant notre article, cette indemnité doit être égale à la dépense faite par le constructeur ou à la plus-value produite par les constructions, au choix du propriétaire. Le plus souvent le propriétaire demandera que l'indemnité soit réglée sur la plus-value, parce que la plus-value est ordinairement inférieure à la dépense. Ainsi les constructions ont coûté 100,000 fr., mais la valeur du fonds n'en est augmentée que de 60,000 fr. ;

c'est seulement cette dernière somme que le propriétaire sera tenu de rembourser.

Il faut apprécier la plus-value d'après l'état de choses actuel, et non d'après celui qui existait à l'époque où les constructions ont été faites; car le propriétaire ne doit payer que la plus-value dont il profite. Il n'y a donc pas à tenir compte, dans l'appréciation de la plus-value, des constructions ou de la partie des constructions qui a péri par cas fortuit. D'autre part, la plus-value doit être appréciée d'après l'augmentation de valeur vénale que les constructions donnent à l'immeuble, et sans qu'il y ait lieu de considérer le plus ou moins d'utilité que les constructions peuvent offrir pour le propriétaire.

\* **1090.** Supposons que le propriétaire soit dans l'impossibilité de payer au constructeur de bonne foi l'indemnité qu'il lui doit. En face d'un constructeur de mauvaise foi, propriétaire se tirerait d'affaire en exigeant la démolition; mais il n'a pas ce droit vis-à-vis d'un constructeur de bonne foi. Pothier décidait que, dans cette hypothèse, le constructeur devrait se contenter d'une rente perpétuelle constituée à son profit avec hypothèque sur le fonds, et dont les arrérages correspondraient au capital représentant l'indemnité. Quelque équitable que soit cette décision, il paraît difficile de l'admettre dans le silence de la loi, parce qu'elle déroge gravement au Droit commun. Le constructeur est, d'après notre article, créancier d'une indemnité. Il a le droit d'en exiger le paiement d'après le Droit commun, puisque la loi n'y déroge pas; il pourra donc au besoin saisir le fonds et le faire vendre pour se payer sur le prix.

Le constructeur de bonne foi n'aurait pas le droit de retenir les constructions jusqu'au paiement de l'indemnité qui lui est due. Le droit de rétention aboutit, comme on le verra plus tard, à un véritable privilège, et il n'y a pas de privilège sans texte.

Le constructeur ne serait pas obligé de compenser l'indemnité qui lui est due avec les fruits qu'il a perçus et gagnés à raison de sa bonne foi. En effet la compensation suppose deux dettes réciproques (art. 1289 et 1290). Or on voit bien ici une dette du propriétaire envers le constructeur; mais on n'aperçoit pas une dette de celui-ci envers le propriétaire à raison des fruits, puisqu'il les a faits siens (art. 549).

**1091.** Si l'on compare l'une à l'autre les situations respectives du constructeur de bonne foi et du constructeur de mauvaise foi vis-à-vis du propriétaire, sur le terrain duquel les constructions ont été faites, on trouve d'une part que le propriétaire peut forcer le constructeur de mauvaise foi à démolir, tandis qu'il n'a jamais ce droit vis-à-vis du constructeur de bonne foi; et d'autre part que le propriétaire qui veut conserver les constructions doit payer au constructeur de mauvaise foi une indemnité égale à son impense, tandis que vis-à-vis d'un constructeur de bonne foi il a le choix entre le paiement de l'impense ou de la plus-value. Or, si sur le premier point la situation du constructeur de bonne foi est incontestablement préférable à celle du constructeur de mauvaise foi, elle paraît plus désavantageuse sur le deuxième; car, la plus-value étant presque toujours inférieure à l'impense, le constructeur de bonne foi recevra une indemnité inférieure à sa dépense, tandis que le constructeur de mauvaise foi rentrera complètement dans ses déboursés. Le législateur a donc, sur un point, fait la part plus belle au constructeur de mauvaise foi qu'au constructeur de bonne foi, et il est difficile de le justifier à cet égard du reproche d'avoir commis une *inelegantia juris*. On dit, il est vrai, que le propriétaire, ayant le droit de forcer le constructeur de mauvaise foi à démolir, en usera comme d'une menace pour l'obliger à accepter une indemnité même inférieure à la plus-value. Le pro-

priétaire dira au constructeur de mauvaise foi : vos constructions ont coûté 30,000 fr.; elles donnent au fond une plus-value de 20,000 fr. seulement; je vous offre 10,000 fr., ou bien j'exige que vous démolissiez. Et la plupart du temps le constructeur acceptera les offres du propriétaire, parce que la démolition lui procurerait un avantage moindre encore. Mais il reste toujours que, si le constructeur de mauvaise foi s'obstine (et il ne manquera pas de le faire quand il saura que le propriétaire tient à conserver les constructions), celui-ci devra les payer le prix qu'elles ont coûté, et les payera ainsi plus cher à un constructeur de mauvaise foi qu'à un constructeur de bonne foi.

## II. De l'accession résultant du voisinage d'un cours d'eau.

**1092.** Un écrivain célèbre a dit : « Les fleuves sont comme la fortune, ils donnent et ils ôtent. » On va bien en avoir la preuve en étudiant les diverses hypothèses que la loi prévoit et règle dans les articles 556 à 563.

### A. De l'alluvion.

**1093.** L'article 556, al. 1, nous donne la définition de l'alluvion ou lai. « *Les attérissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent ALLUVION.* »

L'alluvion est donc l'accroissement qu'un cours d'eau (fleuve, rivière ou même simple ruisseau) procure insensiblement aux fonds riverains par suite du dépôt successif des matières tenues en suspension dans l'eau. L'œil ne peut pas saisir l'œuvre mystérieuse de la nature, *incrementum latens* : ce qui n'empêche pas qu'avec le temps l'accroissement produit par l'alluvion devient parfois très-considérable.

D'où viennent les matières dont l'accumulation sur un point de la rive produit l'alluvion ? Nul ne le sait ; *a nullo vindicari possunt, quia unde veniant nescitur*. D'un autre côté, l'alluvion fait corps avec le terrain dont elle est venue augmenter l'étendue. La jonction est si intime qu'il est quelquefois difficile de dire où l'alluvion commence. Aussi la loi, ratifiant l'œuvre de la nature, attribue-t-elle l'alluvion au riverain qu'elle a favorisé. « *L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non ; à la charge dans le premier cas de laisser le marchepied ou chemin de halage conformément aux règlements.* » (art. 556 al. 2).

Le chemin de halage et le marchepied ou contre-halage sont des voies établies sur les rives des cours d'eau navigables et qui servent pour le halage des bateaux. Notre article a tort de les confondre ; car le chemin de halage est établi sur l'une des rives, et le marchepied sur l'autre. Le terrain, affecté au chemin de halage et au marchepied (la largeur en est législativement fixée), appartient aux riverains : il est seulement grevé d'une servitude établie dans l'intérêt de la navigation. La servitude de halage est un peu plus onéreuse que celle de marchepied ; car elle entraîne l'interdiction de planter à une plus grande distance.

Quand l'alluvion se produit sur la rive d'un fleuve navigable, la limite du chemin de halage ou du marchepied, dont la largeur doit toujours rester la même, se déplace, et une portion ou même quelquefois la totalité du terrain qui se trouvait primitivement grevée de la servitude en est désormais affranchie.

L'alluvion ne profite qu'au propriétaire *riverain*. Si donc un fonds est séparé d'un cours d'eau par un chemin public qui longe immédiatement ce cours d'eau, l'alluvion profitera, non à celui auquel appartient ce fonds, mais au propriétaire du chemin, c'est-à-dire à l'État, au département ou à la commune, suivant la nature du chemin.

Comment se partage l'alluvion, quand elle s'est formée sur la même rive en face de plusieurs propriétés riveraines contiguës ? Le partage doit s'effectuer *pro modo latitudinis cujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit* (Instit. Just., § 22, *de rerum divisione*, II. I), c'est-à-dire que l'on considère uniquement, pour le partage de l'alluvion, l'étendue de chaque fonds en longueur sur la rive, *quæ latitudo prope ripam sit*, sans aucun égard à sa profondeur. Chaque propriétaire a droit à toute la portion de l'alluvion qui fait face à son fonds.

L'alluvion devient une dépendance du fonds au profit duquel elle s'est produite. *Eodem jure, eadem causa et qualitate acquiritur et possidetur sicut ager cui adjectum est incrementum*. L'augmentation produite par l'alluvion serait donc soumise au droit d'usufruit qui existerait sur le fonds (art. 596) ; elle serait soumise aussi aux droits de privilège ou d'hypothèque dont le fonds serait grevé (art. 2133). Par où l'on voit que l'alluvion profite *à la propriété*, plutôt qu'*au propriétaire riverain* comme le dit l'article 556.

### B. Des relais.

**1094.** Le mot *relai* vient du latin *relictum*. Il s'agit du cas où un cours d'eau se déplace graduellement, abandonnant insensiblement l'une de ses rives qu'il laisse à découvert, pour se porter sur l'autre qu'il envahit. Bien que cette hypothèse diffère sensiblement de celle de l'alluvion, la loi lui applique la même règle, et il lui est arrivé de la désigner aussi sous le même nom dans la partie finale de l'article 557 ainsi conçu : « *Il en est de même des relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre : le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu. — Ce droit n'a pas lieu à l'égard des relais de la mer.* »

Il y aura donc un riverain qui perdra une partie de son terrain, et l'autre qui verra sa propriété s'accroître.

Autre serait le cas où un cours d'eau abandonnerait brusquement l'une de ses rives pour se porter sur l'autre ; on appliquerait alors l'article 563 relatif au changement de lit.

Les lais et relais de mer ne profitent pas aux propriétaires riverains (art. 557 *in fine*) : ils appartiennent à l'État. La raison en est que le propriétaire riverain de la mer est ici l'État, auquel appartient le rivage de la mer ; c'est donc à lui que doit profiter le lai ou

le relai. Les propriétaires voisins n'y peuvent prétendre; ils sont riverains du rivage de la mer, mais non de la mer elle-même. Remarquons toutefois que, tandis que les rivages de la mer font partie du domaine public de l'État, les lais et relais de mer font partie de son domaine privé, et sont à ce titre aliénables et prescriptibles. C'est à tort comme nous l'avons déjà noté, que l'article 538 les fait figurer parmi les dépendances du domaine public.

« *L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs, dont le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume de l'eau vienne à diminuer. — Réciproquement le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires* » (art. 558).

C'est la nature qui fait les lacs, c'est la main de l'homme qui fait les étangs. L'eau des étangs et des lacs, étant stagnante, ne peut pas donner naissance à des alluvions.

### C. De l'éluvion ou avulsion.

**1095.** *Avulsion* vient de *avellere*, *avulsum*, arracher. Il s'agit du cas où une portion de terrain reconnaissable est *arrachée* par la violence des eaux, *vis repentina fluminis*, et transportée vers un champ inférieur ou sur la rive opposée. Ce cas diffère notablement de l'alluvion, qui est formée aussi de matières enlevées par l'eau courante à des fonds supérieurs, mais sans qu'il soit possible de les désigner, *unde veniant nescitur*. Ici au contraire le propriétaire spolié peut reconnaître son bien. Cette hypothèse est régie par l'article 559 ainsi conçu : « *Si un fleuve ou une rivière, navigable ou non, enlève par une force subite une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain, et la porte vers un champ inférieur ou sur la rive opposée, le propriétaire de la partie enlevée peut réclamer sa propriété; mais il est tenu de former sa demande dans l'année : après ce délai, il ne sera plus recevable, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie n'eût pas encore pris possession de celle-ci* »,

Par ces mots « une partie de terrain *considérable* », la loi nous paraît désigner une portion de terrain digne d'être prise en considération. Le mot *considérable* est quelquefois employé en ce sens (voyez le dictionnaire de l'Académie). S'il désignait un terrain d'une grande étendue, il ferait double emploi avec le mot *reconnaisable* que la loi emploie immédiatement après.

Il résulte de notre article que le propriétaire du terrain arraché en conserve la propriété; d'où la conséquence qu'il peut le *réclamer*.

Il y a quelque difficulté sur le sens du mot *réclamer* qu'emploie l'article 559. La loi veut-elle dire que le propriétaire du terrain arraché a le droit de le laisser là où il est et d'en prendre possession en ce lieu, ou qu'il a seulement le droit de l'enlever? Avant de rechercher la solution dont cette question est susceptible, remarquons que deux hypothèses bien distinctes peuvent se présenter : celle de la *juxtaposition*

et celle de la *superposition*. Il y a *juxtaposition*, lorsque le terrain arraché, sans sortir du lit du cours d'eau, vient simplement adhérer à un autre fonds riverain le long duquel il se fixe. Il y a au contraire *superposition*, lorsque le terrain arraché sort du lit du cours d'eau, entre dans un fonds riverain ou non, et s'y fixe en un point quelconque. Notre article paraît bien avoir prévu l'une et l'autre hypothèse ; car, si les mots « vers un champ inférieur » semblent se rapporter à la juxtaposition, les mots « sur la rive opposée » paraîtraient plutôt faire allusion à une superposition.

Cela posé, au cas de superposition il paraît incontestable que le propriétaire du terrain arraché n'a que le droit de l'enlever ; car s'il pouvait en jouir en le laissant là où il est, non seulement il priverait le propriétaire du terrain recouvert de la jouissance de ce terrain, mais encore il faudrait lui reconnaître le droit de pénétrer chez ce propriétaire qui ne serait plus maître chez lui. Le mot *réclamer* de l'article 559 signifie donc pour ce cas que le propriétaire n'a que le droit d'enlever son terrain. Comment dès lors aurait-il un autre sens pour le cas de la juxtaposition ? En d'autres termes, la loi, confondant dans une même disposition l'hypothèse de la superposition et celle de la juxtaposition, dit que le propriétaire du terrain arraché peut le *réclamer*. Or, si réclamer signifie enlever au cas de superposition, comment signifierait-il autre chose au cas de juxtaposition ? Tel est d'ailleurs le sens naturel du mot *réclamer*, qui serait assez mal choisi pour désigner le droit du propriétaire de prendre possession de son terrain là où il est. Ajoutons que, si le propriétaire du terrain arraché pouvait le conserver là où il s'est fixé, le propriétaire riverain perdrait en cet endroit le bénéfice du voisinage du cours d'eau. La doctrine est divisée sur cette question.

**1096.** Le propriétaire du terrain arraché n'est pas obligé de le reprendre ; souvent il y renoncera à cause des frais qu'entraînerait son déplacement. Sa renonciation peut être expresse ou tacite. La loi voit une renonciation tacite dans le silence qu'il garde pendant un an. Après ce délai, il ne pourra donc plus réclamer son terrain, qui sera définitivement acquis au propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie, pourvu toutefois que celui-ci en ait pris possession ; car l'acquisition de la propriété suppose la volonté d'acquérir, et aux yeux de la loi cette volonté n'est manifestée que par la prise de possession. Jusque-là et même après l'expiration du délai d'un an, le propriétaire du terrain arraché peut le réclamer ; car sa renonciation tacite ne lui est pas opposable, tant que celui au profit duquel elle s'est produite n'a pas manifesté la volonté d'en profiter.

**1097.** Qu'il réclame ou non son terrain, le propriétaire ne peut pas être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice que l'avulsion a pu causer aux propriétaires voisins, soit à celui vers ou sur le fonds duquel le terrain arraché est venu se fixer, soit aux autres. *L'avulsion* est le résultat d'un cas fortuit, et personne n'est responsable des événements de ce genre. *Nemo præstat casus fortuitos*. Mais le propriétaire du terrain arraché serait responsable, conformément au Droit commun, du préjudice qu'il causerait par son fait ou par sa faute en reprenant son terrain.

#### D. Des îles et îlots.

**1098.** Une île peut se former dans un cours d'eau, soit par l'effet d'un abaissement permanent du niveau de l'eau qui met à nu une partie du lit, soit par suite de l'accumulation sur un même point de matières

charriées par l'eau courante, qui arrive à former un exhaussement dépassant le niveau de l'eau. Dans ce dernier cas, le terrain, qui émerge à la surface, porte plus particulièrement le nom d'*attérissement*.

« *Les îles, ilots, attérissements, qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables appartiennent à l'Etat, s'il n'y a titre ou prescription contraire* » (art. 560).

« *Les îles et attérissements qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables appartiennent aux propriétaires riverains du côté où l'île s'est formée : si l'île n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière* » (art. 561).

Pothier dit que les îles doivent appartenir à celui qui est propriétaire de la rivière où elles se sont formées. Notre législateur paraît être parti de ce principe. Il attribue à l'État les îles qui se forment dans les cours d'eau dépendant du domaine public (fleuves et rivières navigables ou flottables), parce que ces cours d'eau appartiennent à l'État. Il attribue les îles, qui se forment dans les cours d'eau ne dépendant pas du domaine public, aux propriétaires riverains, sans doute parce qu'il considère ces cours d'eau comme appartenant aux propriétaires riverains. L'article 561 fournit ainsi un argument très-puissant à ceux qui soutiennent que le lit des petites rivières appartient aux propriétaires riverains. Mais cette question est très-controversée.

L'île, qui se forme dans un fleuve ou une rivière navigable ou flottable, fait partie du domaine privé de l'État, et est à ce titre aliénable et prescriptible, ainsi que le reconnaît d'ailleurs formellement l'article 560.

L'article 561 indique quels sont les riverains qui ont droit à l'île formée dans un cours d'eau non navigable ni flottable. Il faut tracer par la pensée une ligne au milieu de la rivière. Si l'île n'est pas traversée par cette ligne, elle appartient tout entière aux propriétaires riverains du côté desquels elle se trouve. Dans le cas contraire, les propriétaires de chaque rive ont droit à la portion de l'île qui se trouve de leur côté.

Ce premier partage opéré entre chaque rive, il peut y avoir lieu à un autre partage entre plusieurs propriétaires de la même rive, lorsque l'île s'est formée en face de plusieurs fonds. En ce cas, chaque propriétaire prend dans l'île ou dans la fraction de l'île afférente à sa rive la partie qui fait face à son fonds. Il suffit pour la déterminer, au moins quand la rivière coule en ligne droite dans la partie où s'est formée l'île, d'abaisser sur la ligne supposée tracée au milieu de la rivière des perpendiculaires ayant leur origine au point de séparation des diverses propriétés riveraines sur la rive même; chaque propriétaire prend la portion de l'île comprise entre les deux perpendiculaires qui partent des extrémités de son fonds.

\* L'île ou la portion d'île, attribuée à chaque propriétaire riverain d'après les règles qui viennent d'être indiquées, est considérée comme un prolongement de sa propriété, et susceptible à ce titre de s'accroître par alluvion et de donner droit aux autres îles qui pourraient se former dans le voisinage.

Aux termes de l'article 562 : « *Si une rivière ou un fleuve, en se formant*  
 » *un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain,*  
 » *et en fait une île, ce propriétaire conserve la propriété de son champ, en-*  
 » *core que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable*  
 » *ou flottable.* » C'était à peine utile à dire.

#### E. Du lit abandonné.

**1099.** En Droit romain, le lit abandonné, *alveus fluminis derelictus*, se partageait entre les propriétaires riverains *pro modo latitudinis cujusque fundi* (L. 7, § 5, D., *de adquir. rer. dom.* 41. 1). Un motif d'équité a inspiré à notre législateur une autre décision : « *Si un fleuve ou une*  
 » *rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en aban-*  
 » *donnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés*  
 » *prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la pro-*  
 » *portion du terrain qui lui a été enlevé* » (art. 563).

\* Mais cette nouvelle solution nous paraît susceptible de donner lieu à de bien grosses difficultés, qui heureusement se produiront rarement dans la pratique, à cause de la rareté même de l'événement qui peut leur donner naissance. Sans parler des contestations auxquelles donnera souvent lieu le partage du lit abandonné entre les propriétaires des fonds envahis qui sont peut-être fort nombreux, il arrivera la plupart du temps que la portion de terrain attribuée à chaque propriétaire envahi sera enclavée, c'est-à-dire sans issue pour arriver à la voie publique. Pour s'en procurer une, il faudra souvent dépenser plus que ne vaut le terrain. — Autre complication : on reconnaît que, s'il existait des îles dans l'ancien lit de la rivière, ceux qui en étaient propriétaires en conservent la propriété après le changement de lit ; on aura ainsi une enclave dans une autre enclave. N'eût-il pas été préférable de maintenir la solution du Droit romain ? D'ailleurs on s'apitoie peut-être trop sur le sort des propriétaires dont les fonds sont envahis. Ils perdent leur terrain, c'est vrai ; mais ils gagnent le voisinage de la rivière. Les propriétés traversées par un cours d'eau ont en général plus de valeur et sont plus recherchées. La rivière donne donc peut-être plus qu'elle n'ôte aux propriétaires des fonds envahis. Alors pourquoi leur accorder une indemnité ?

L'article 563 fournit un argument puissant à ceux qui pensent que le lit des petites rivières n'appartient pas aux riverains, soit qu'ils le considèrent comme *res nullius*, soit qu'ils le considèrent comme appartenant à l'État. S'il appartenait aux riverains, dit-on, la loi ne l'attribuerait pas, après qu'il a été abandonné, aux propriétaires des fonds envahis ; car elle les indemniserait ainsi avec le bien d'autrui.

### III. Accession relative à certains animaux sauvages qui se fixent sur le fonds et en deviennent une dépendance.

**1100.** « *Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colom-*  
 » *bier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets,*  
 » *pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice* » (art. 564).

Les animaux peuvent être divisés au point de vue juridique en trois catégories : 1<sup>o</sup> les animaux sauvages, *feræ naturæ*. La propriété de ces animaux s'acquiert par l'occupation (chasse, pêche...), et se perd quand

l'occupation cesse ; 2° les animaux domestiques, dont nous conservons la propriété même quand ils ont cessé d'être *sub custodia nostra*, par exemple quand ils se sont échappés ; 3° les animaux qui ne sont ni entièrement sauvages ni entièrement domestiques. Ce sont ceux auxquels s'applique notre article. Les pigeons par exemple, tant qu'ils conservent l'esprit de retour dans le colombier, tant qu'ils demeurent « captifs volontaires », suivant le mot de Buffon, sont considérés comme un accessoire du colombier et par suite du fonds ; aussi la loi les déclare-t-elle immeubles par destination (art. 524). Du jour où ils abandonnent le gîte qu'on leur avait offert pour aller ailleurs, ils deviennent un accessoire du nouveau fonds où ils sont allés se fixer, et appartiennent par suite au propriétaire de ce fonds.

La loi ajoute cependant cette restriction : « pourvu qu'il n'y aient point été attirés par fraude ou par artifice » : ce qui semble bien signifier que, s'il y a eu fraude ou artifice, les animaux ne cesseront pas d'appartenir à leur ancien propriétaire, et qu'il pourra les revendiquer, en supposant bien entendu qu'il soit possible de les reconnaître. Quelque formel que notre texte paraisse sur ce point, un grand nombre d'auteurs admettent que la fraude, commise par le propriétaire qui a attiré les animaux sur son fonds, ne l'empêche pas d'en devenir propriétaire à titre d'accessoires de ce fonds, mais le rend seulement passible de dommages-intérêts envers l'ancien propriétaire auquel il a causé préjudice.

## SECTION II

### DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES MOBILIÈRES

**1101.** Cette matière, à laquelle le Droit romain consacrait de longs développements, a beaucoup perdu de son importance dans notre Droit actuel par suite de l'apparition de la règle : *En fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279). Dans tous les cas (et ils seront fréquents) où cette règle recevra son application, il ne pourra pas être question d'appliquer les dispositions contenues dans notre section. Aussi glisserons-nous très-rapidement sur cette matière, d'autant plus que le législateur s'est borné la plupart du temps à reproduire ici, et souvent en les travestissant, les règles du Droit romain. Voici les textes, nous n'y ajouterons aucun commentaire :

Art. 565. « *Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle. — Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières.* »

Art. 566. « *Lorsque deux choses appartenant à différents maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre, le tout appartient au*

» maître de la chose qui forme la partie principale, à la charge de payer  
» à l'autre la valeur de la chose qui a été unie. »

Art. 567. « Est réputée partie principale celle à laquelle l'autre n'a  
» été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la  
» première. »

Art. 568. « Néanmoins, quand la chose unie est beaucoup plus précieuse  
» que la chose principale, et quand elle a été employée à l'insu du proprié-  
» taire, celui-ci peut demander que la chose unie soit séparée pour lui  
» être rendue, même quand il pourrait en résulter quelque dégradation de  
» la chose à laquelle elle a été jointe. »

Art. 569. « Si de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne  
» peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée  
» principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume, si les  
» valeurs sont à peu près égales. »

Art. 570 « Si un artisan ou une personne quelconque a employé une ma-  
» tière qui ne lui appartenait pas, à former une chose d'une nouvelle es-  
» pèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui  
» qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été  
» formée en remboursant le prix de la main-d'œuvre. »

Art. 571. « Si cependant la main-d'œuvre était tellement importante  
» qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée, l'indus-  
» trie serait alors réputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit  
» de retenir la chose travaillée, en remboursant le prix de la matière au  
» propriétaire. »

Art. 572. « Lorsqu'une personne a employé en partie la matière qui lui  
» appartenait, et en partie celle qui ne lui appartenait pas, à former une  
» chose d'une espèce nouvelle, sans que ni l'une ni l'autre des deux matières  
» soit entièrement détruite, mais de manière qu'elles ne puissent pas se  
» séparer sans inconvénient, la chose est commun aux deux propriétaires,  
» en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait, quant à l'au-  
» tre, en raison à la fois et de la matière qui lui appartenait et du prix  
» de sa main-d'œuvre. »

Art. 573. « Lorsqu'une chose a été formée par le mélange de plusieurs  
» matières appartenant à différents propriétaires, mais dont aucune ne  
» peut être regardée comme la matière principale, si les matières peuvent  
» être séparées, celui à l'insu duquel les matières ont été mélangées peut  
» en demander la division. — Si les matières ne peuvent plus être sépa-  
» rées sans inconvénient, ils en acquièrent en commun la propriété, dans  
» la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières  
» appartenant à chacun d'eux. »

Art. 574. « Si la matière appartenant à l'un des propriétaires était de  
» beaucoup supérieure à l'autre par la quantité et le prix, en ce cas le

» propriétaire de la matière supérieure en valeur pourrait réclamer la  
 » chose provenue du mélange, en remboursant à l'autre la valeur de sa  
 » matière. »

Art. 575. « Lorsque la chose reste en commun entre les propriétaires des  
 » matières dont elle a été formée, elle doit être licitée au profit com-  
 » mun. »

Art. 576. « Dans tous les cas où le propriétaire dont la matière a été  
 » employée, à son insu, à former une chose d'une autre espèce, peut récla-  
 » mer la propriété de cette chose, il a le choix de demander la restitution  
 » de sa matière en même nature, quantité, poids, mesure et bonté, ou sa  
 » valeur. »

Art. 577. « Ceux qui auront employé des matières appartenant à d'au-  
 » tres, et à leur insu, pourront aussi être condamnés à des dommages et  
 » intérêts, s'il y a lieu, sans préjudice des poursuites par voie extraordi-  
 » naire, si le cas y échet. »

## TITRE III

### **De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.**

**1102.** Ce titre et le suivant sont consacrés aux servitudes.

« Les servitudes *lato sensu*, disent MM. Aubry et Rau, sont des droits réels en vertu desquels une personne est autorisée à tirer de la chose d'autrui une certaine utilité ».

La servitude constitue une exception au Droit commun, d'après lequel le propriétaire a seul le droit de retirer de sa chose toute l'utilité qu'elle peut procurer. Le mot *servitude* exprime bien l'état d'assujettissement dans lequel se trouve alors la chose vis-à-vis de la personne autre que le propriétaire à laquelle elle doit ses fruits ou ses services.

Il existe dans notre Droit comme en Droit romain deux espèces de servitudes : les servitudes *personnelles* et les servitudes *réelles*. *Servitudes aut personarum sunt aut rerum.*

La servitude *personnelle* est celle qui existe sur une chose au profit d'une personne déterminée. Attachée à la personne, elle meurt avec elle et quelquefois avant elle ; la servitude *personnelle* est donc temporaire. Notre Code indique trois servitudes *personnelles* : l'usufruit l'usage et l'habitation.

La servitude *réelle* est celle qui existe sur un fonds (fonds *servant*) au profit d'un autre fonds (fonds *dominant*) appartenant à un autre propriétaire (art. 637) : telle est la servitude de passage. Remarquez que, tandis que la servitude *personnelle* existe *au profit d'une personne*, la

servitude réelle existe *au profit d'un fonds*, et c'est ce qui lui a fait donner le nom de servitude *réelle*. Sans doute elle sera exercée par une personne, car le fonds dont elle est un attribut ne peut pas l'exercer lui-même; mais elle ne sera pas exercée par une personne déterminée, elle le sera par le propriétaire du fonds dominant quel qu'il soit. La servitude réelle est inhérente au fonds dominant; le droit de l'exercer s'acquiert avec la propriété de ce fonds, et se perd avec elle.

En ce qui concerne les *servitudes personnelles*, le Code civil a conservé la chose tout en supprimant le nom. Dans l'intitulé du titre qui leur est consacré (titre III), comme dans les textes que ce titre contient et partout ailleurs, le législateur a évité avec un soin minutieux d'employer l'expression *servitudes personnelles* consacrée par une tradition séculaire. Elle sonnait mal à cette époque, paraît-il, parce qu'elle rappelait, de bien loin cependant, le souvenir des services personnels et des corvées du régime féodal.

En ce qui concerne les *servitudes réelles*, le législateur a conservé le nom et la chose tout à la fois; mais ici encore un scrupule inspiré par les souvenirs de la féodalité l'a porté à faire suivre le mot *servitude* d'une sorte de définition dans l'intitulé du titre IV : *Des Servitudes ou SERVICE FONCIERS*, et à déclarer dans l'article 638 que « la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ».

Le titre III, qu'on n'hésiterait pas aujourd'hui à intituler *des Servitudes personnelles*, est divisé en deux chapitres consacrés, le premier à l'usufruit, le second à l'usage et à l'habitation.

## CHAPITRE I

### DE L'USUFRUIT

**1103. Définition.** — Nous avons une définition légale de l'usufruit : « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* » (art. 578). Cette définition ressemble beaucoup à celle que donne Justinien dans ses Institutes : *jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. Pesons-en tous les termes.

*L'usufruit est le DROIT DE JOUIR*. Cette expression *droit de jouir* comprend le droit de se servir de la chose, *jus utendi*, et le droit d'en recueillir les fruits, *jus fruendi*, en d'autres termes l'*usus* et le *fructus*; d'où les dénominations d'*usufruit*, *usufruitier*. Il ne reste donc au propriétaire que le *jus abutendi*. *Usus fructus est jus utendi et fruendi sed non abutendi*. Et c'est pourquoi on l'appelle *nu-propriétaire*, parce qu'il

ne conserve qu'une *nue propriété*, c'est-à-dire une propriété dépouillée pour le moment de ses principaux avantages et par conséquent stérile.

En nous disant que l'usufruit est le droit de *jouir*, la loi nous dit implicitement que l'usufruit est un droit *viager*; car la mort est le terme de toutes les jouissances. On a donc reproché à tort au législateur de n'avoir pas indiqué dans sa définition ce caractère essentiel de l'usufruit.

*Des choses dont UN AUTRE a la propriété.* Donc le droit de jouissance, qui appartient au propriétaire sur sa propre chose, ne constitue pas un *usufruit*. La raison en est que l'usufruit est une servitude et que nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose. Le droit de jouir est pour le propriétaire un attribut de son droit de propriété, et non une servitude. *Nemini res sua servit jure servitutis, sed prodest jure domini.*

On donne quelquefois, sur l'autorité du Droit romain, le nom d'*usufruit* au droit de jouissance qui appartient au propriétaire sur sa propre chose; et, pour distinguer cet usufruit improprement dit du véritable usufruit, de celui qui existe au profit d'un autre que le propriétaire, on appelle le premier usufruit *causal* et le second usufruit *formel*. — UsufrUIT CAUSAL parce qu'il a pour cause la propriété, *quia competit ex causa proprietatis; quia causæ suæ, id est dominio junctus est.* — UsufrUIT FORMEL, *quia per se consistit; quia propriam formam habet.* Il faut débarrasser la science du Droit de ce bagage inutile. Le droit de jouissance du propriétaire n'est pas un usufruit.

*Comme le propriétaire lui-même.* En principe, et sauf la restriction contenue dans la partie finale de notre texte, le droit de jouissance de l'usufruitier est aussi étendu que celui du propriétaire. L'usufruitier peut donc, comme le propriétaire, ou jouir par lui-même ou jouir par l'intermédiaire d'un tiers auquel il donnera la chose à bail. Il peut même céder son droit de jouissance (art. 595).

On dit partout que la loi s'exprime en termes beaucoup trop absolus quand elle dit que l'usufruitier jouit *comme le propriétaire lui-même*, parce que d'une part le propriétaire a droit à tous les produits de la chose, tandis que l'usufruitier n'a droit qu'à ceux de ces produits qui ont le caractère de fruits, et parce que d'autre part le propriétaire jouit comme il l'entend, il peut même, si cela lui plaît, jouir d'une manière abusive, tandis que l'usufruitier doit jouir en bon père de famille (art. 604). Cette critique ne nous semble pas fondée. Le droit pour le propriétaire de percevoir les produits non-fruits et celui de jouir d'une manière abusive sont une conséquence de son droit de disposer plutôt que de son droit de jouir; ils touchent à l'*abusus* bien plus qu'au *fructus* et à l'*usus*, et en accordant seulement à l'usufruitier le droit *de jouir* (ce qui exclut le droit de disposer), la loi donne assez clairement à entendre que l'usufruitier ne peut, ni recueillir les produits non-fruits, ni jouir d'une manière abusive.

Enfin notre article ajoute: *à la charge d'en conserver la substance.* Que ces mots soient ou non la traduction fidèle des mots *salva rerum substantia* qui terminent la définition donnée par les Institutes de Justinien, ils expriment une idée exacte, à savoir que l'usufruitier ne doit pas dénaturer la chose sur laquelle porte son usufruit. Ainsi l'usufruitier ne pourra pas transformer une vigne en un pré, ou une terre labourable en

un étang; ce serait altérer la *substance* de la chose. On voit que le législateur entend ici par *substance* l'ensemble des qualités constitutives de la chose, c'est-à-dire les qualités en l'absence desquelles la chose ne mériterait plus de porter le nom sous lequel on la désigne. *Perditur substantia*, dit Bartole, *quum res perdit nomen appellativum et transit in aliud nomen appellativum*.

Toutefois le principe que l'usufruitier ne peut pas altérer la substance de la chose, doit être combiné avec cet autre principe qu'il a le droit de jouir. De là il résulte que l'usufruitier pourra faire subir à la substance de la chose les modifications nécessaires pour que son droit de jouissance puisse s'exercer. Ainsi l'usufruitier d'une vigne pourra la transformer en terre labourable à partir du jour où, devenue trop vieille, elle ne rapportera plus de quoi récompenser des frais de culture qu'elle occasionne : c'est alors un acte de bonne administration de l'arracher, et tout propriétaire soucieux de ses intérêts en agirait ainsi.

**1104.** L'usufruitier étant tenu de conserver la substance de la chose pour la restituer au propriétaire lors de la cessation de l'usufruit, il semble que, par définition même, l'usufruit soit inapplicable aux choses consommibles, *quæ ipso usu consumuntur vel minuuntur*, telles que l'argent, les denrées alimentaires. En effet il est impossible de jouir de ces choses en conservant leur substance, puisqu'on ne peut pas en jouir sans les consommer. Cependant des raisons d'utilité pratique ont fait admettre chez nous, comme en Droit romain, la possibilité d'établir sur les choses de consommation, sinon un véritable droit d'usufruit, du moins quelque chose d'analogue, *quasi ususfructus*, d'où les commentateurs ont fait le mot *quasi-usufruit*. Le quasi-usufruitier aura le droit de consommer les choses sur lesquelles porte son droit, puisqu'on ne peut pas en jouir autrement, et il devra rendre à la cessation de l'usufruit, non pas les choses mêmes qu'il a reçues puisqu'elles n'existeront plus ayant été consommées, mais leur équivalent, c'est-à-dire leur estimation ou des choses semblables (art. 587). Ici *tantumdem est idem*.

**1105.** L'usufruit est un droit réel, *jus in re*. L'article 543 le dit à peu près explicitement, et l'article 578 le laisse deviner en nous disant que l'usufruit est « le droit de jouir d'une chose », mettant ainsi l'usufruitier en rapport direct et immédiat avec la chose, ce qui est le caractère distinctif du droit réel. Le législateur s'exprime tout autrement, quand il définit le contrat de louage, qui ne confère au locataire qu'un droit personnel de jouissance. « Le louage des choses, dit l'article 1709, est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose... » Ainsi l'usufruitier a le droit de jouir, le locataire a le droit d'exiger que le locateur le fasse jouir. Il y a donc entre le locateur et le locataire, relativement au droit de jouissance, un lien d'obligation, qui n'existe pas entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. Le nu-propriétaire

n'est tenu que d'un rôle passif vis-à-vis de l'usufruitier : il ne doit pas entraver son droit de jouissance ; mais il n'est pas obligé de le faire jouir. Ainsi il ne sera pas tenu de faire les réparations nécessaires pour que l'usufruitier puisse employer la chose à l'usage auquel elle est destinée (art. 600). *Tenetur in non faciendo non in faciendo*. Au contraire le locateur est obligé de *faire jouir* le locataire, c'est-à-dire de lui procurer la jouissance de la chose, par exemple de faire les réparations nécessaires pour rendre la maison louée habitable (art. 1720). Ainsi donc l'usufruitier a un droit *réel* de jouissance, le locataire un droit *personnel*.

On dit cependant quelquefois que l'usufruit est un droit *personnel* ; mais ces expressions ont ici un sens tout à fait spécial. Elles ne signifient pas que l'usufruit soit un droit d'obligation ; elles ne signifient pas non plus que le droit d'usufruit soit exclusivement attaché à la personne de l'usufruitier (l'article 595 lui permet en effet de se substituer quelqu'un quant à la jouissance de la chose) ; elles expriment purement et simplement cette idée que le droit d'usufruit réside sur la tête de l'usufruitier, et meurt avec lui. En d'autres termes, le droit d'usufruit ne passe pas aux héritiers de l'usufruitier ; il n'est pas héréditairement transmissible.

C'est là un caractère essentiel du droit d'usufruit. Dans des vues d'intérêt général, *ne in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu*, le législateur a voulu que l'usufruit ne pût pas être perpétuellement séparé de la propriété qui deviendrait alors un titre illusoire ; et c'est pour cela qu'il a fait de l'usufruit un droit viager. Il faudrait donc déclarer nulle toute clause de l'acte constitutif de l'usufruit, qui aurait pour but de rendre l'usufruit transmissible aux héritiers de l'usufruitier (arg., art. 6).

Mais rien ne fait obstacle à ce que le droit d'usufruit soit établi sur plusieurs têtes soit conjointement, soit successivement. Ainsi un testateur peut dire : je lègue l'usufruit de mon domaine de N. à *Primus*, puis à sa mort à *Secundus*, à la mort de celui-ci à *Tertius*... : c'est le cas d'un usufruit successif. Une disposition de ce genre ne viole pas la règle que l'usufruit n'est pas transmissible aux héritiers de l'usufruitier ; car chaque légataire appelé successivement à l'usufruit tient son droit du constituant, et non du précédent usufruitier. Et de là résultent deux conséquences :

1<sup>o</sup> Si l'usufruit établi sur plusieurs têtes successivement a été constitué par donation entre-vifs, chaque bénéficiaire devra être au moins conçu à l'époque de la donation (arg., art. 906), et la donation devra être l'objet d'une acceptation distincte faite par ou pour chacun (arg., art. 932).

2<sup>o</sup> Si l'usufruit a été constitué par testament, chaque bénéficiaire devra être au moins conçu lors du décès du disposant (arg., art. 906).

Par où l'on voit qu'en aucun cas des dispositions de ce genre ne pourront arriver à constituer un usufruit dépassant la durée d'une vie d'homme. En effet, quel que soit le nombre des bénéficiaires successifs, l'usufruit n'aura pas une durée plus longue que s'il avait été constitué exclusivement au profit de celui qui survivra à tous les autres.

**1106.** L'usufruit constitue un droit tout à fait distinct de la nue propriété. Ce sont deux droits rivaux, mais de nature différente, sur une même chose. De là résultent deux conséquences :

1° L'usufruit peut être cédé séparément de la nue propriété (art. 595), et aussi saisi par les créanciers de l'usufruitier; il peut également être hypothéqué séparément de la nue propriété, quand il porte sur un immeuble (art. 2118). Il en est autrement des servitudes réelles qui sont des qualités des fonds, *qualitates prædiorum*, et qui à ce titre ne peuvent pas en être séparées.

2° Il n'y a pas communauté entre le nu-propiétaire et l'usufruitier d'un même bien; car la communauté suppose deux droits de même nature sur une même chose; or le nu-propiétaire et l'usufruitier ont chacun un droit de nature différente. Il n'y a lieu par suite à aucun partage entre le nu-propiétaire et l'usufruitier.

\* Il y aurait au contraire communauté entre plusieurs personnes, qui seraient co-usufruitières du même bien soit pour des parts égales, soit pour des parts différentes. Chacun des usufruitiers pourrait alors demander contre les autres un partage de jouissance, et, si un partage en nature était impossible, la licitation, mais toujours quant à la jouissance seulement. Il en serait ainsi, même dans le cas où la jouissance se trouverait indivise entre l'usufruitier d'une partie d'un bien et le propriétaire de l'autre partie. Tel serait le cas d'une veuve usufruitière en vertu du testament de son mari, de la moitié des biens de celui-ci, l'autre moitié appartenant en pleine propriété aux héritiers du mari; il y aurait lieu à un partage de jouissance entre la veuve, qui a droit à la jouissance d'une moitié, et les héritiers du mari, auxquels appartient, en qualité de propriétaires, la jouissance de l'autre moitié. Il importe peu que l'un de ces droits de jouissance, celui de la veuve, soit un usufruit, et que l'autre, celui des propriétaires, n'ait pas ce caractère (*supra*, n° 4403). Cela n'empêche pas que le droit de jouir de la même chose, droit qui pour le propriétaire se distingue nettement du droit de disposer, à tel point qu'il pourrait être cédé séparément de ce dernier, appartient à plusieurs personnes différentes. ce qui doit nécessairement donner lieu à un partage ou à une licitation (En ce sens, Cass., 25 août 1879, Sir., 80. 4. 484).

\* En sens inverse, si l'usufruit d'un même bien ou d'un même patrimoine appartient à un seul et la nue propriété à plusieurs, il ne peut y avoir lieu qu'au partage ou à la licitation de la nue propriété entre ces derniers, l'indivision n'existant pas quant à la jouissance. (Caen, 20 août 1880, Sir., 81. 2. 418).

**1107. Comment l'usufruit peut être établi.** — « *L'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme* », dit l'article 579.

*Par la loi.* Les orateurs du Gouvernement et du Tribunat ont cité comme exemple d'usufruit légal l'usufruit paternel ou jouissance légale de l'art. 584. Que ce droit soit établi par la loi, c'est incontestable; qu'il constitue un véritable usufruit, c'est plus douteux, bien que la loi lui donne ce nom dans l'article 501. Nous avons constaté en effet d'importantes différences entre l'usufruit paternel et un usufruit ordinaire: notamment il n'est pas susceptible d'être cédé ni d'être hypothéqué (*supra*, n° 817).

\* Quant au droit de jouissance, qui appartient au mari sur les biens de sa femme sous le régime de la communauté et sous la plupart des autres régimes matrimoniaux, on verra plus loin que ce n'est pas un véritable usufruit: comme le droit de jouissance légale de l'article 384, il ne peut être cédé ni hypothéqué. En tout cas, ce ne serait pas un usufruit *légal*; car il résulte, non de la loi, mais de la volonté des époux, volonté qu'ils ont exprimée dans leur contrat de mariage s'ils en ont fait un, et que la loi considère comme sous-entendue pour le cas où, n'ayant pas fait de contrat de mariage, ils se trouvent soumis au régime de la communauté légale.

*Par la volonté de l'homme.* C'est-à-dire du propriétaire. Cette volonté peut être manifestée par convention ou par testament.

a). *Par convention* : soit à *titre onéreux*, quand le constituant stipule un équivalent de l'usufruit qu'il établit, par exemple s'il vend cet usufruit pour un certain prix ; soit à *titre gratuit*, lorsqu'il ne reçoit rien en échange de ce qu'il donne, lorsqu'il établit l'usufruit par donation entre-vifs. Les contrats de mariage contiennent fréquemment des dispositions de ce genre faites par l'un des époux au profit de l'autre.

b). *Par testament*, comme si un testateur lègue l'usufruit de tel immeuble à *Primus* et la nue propriété à *Secundus*. Avec le contrat de mariage, le testament est le mode de constitution le plus usuel de l'usufruit.

**1108.** On admet généralement que l'usufruit pourrait aussi s'établir par la prescription. Ainsi je constitue à votre profit un droit d'usufruit sur un bien qui ne m'appartient pas, et que vous croyez m'appartenir ; la constitution d'usufruit est nulle comme faite *a non domino*. Vous exercez néanmoins le droit d'usufruit, sans opposition du propriétaire, pendant le temps fixé par l'article 2265 ; vous aurez acquis le droit d'usufruit par prescription. On ne voit pas en effet, pourquoi l'exercice prolongé d'un droit d'usufruit ne pourrait pas fonder une prescription, tout aussi bien que l'exercice prolongé du droit de propriété. D'ailleurs, le Code civil n'ayant pas réglementé d'une manière spéciale l'acquisition du droit d'usufruit par la prescription, il y aurait lieu de se référer sur ce point aux règles du Droit commun contenues dans les articles 2262, 2265 et 2279.

On a fait contre cette solution plusieurs objections.

La première est tirée du silence que garde relativement à la prescription l'article 579, qui énumère les modes de constitution de l'usufruit. — Le mot *prescription* n'est pas écrit, il est vrai, dans l'article 579, mais l'idée qu'exprime ce mot s'y trouve en réalité contenue, car la prescription est un mode d'acquisition fondé sur la loi et sur la volonté (présumée) de l'homme tout à la fois. On s'explique d'ailleurs à merveille que le législateur se soit borné à sous-entendre ici ce mode d'acquisition, du moment qu'il le laissait soumis pour le tout aux règles du Droit commun ; il a dû au contraire en faire une mention spéciale en ce qui concerne les servitudes réelles (art. 690 et s.), parce qu'il le soumettait alors à d'importantes dérogations au Droit commun.

\* La deuxième objection est tirée de l'article 2236 ainsi conçu : « Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais... Ainsi le fermier, *l'usufruitier* et tous ceux qui détiennent précairement la chose du propriétaire ne peuvent la prescrire ». — Comme le dit fort bien Proudhon, il faut distinguer dans un fonds grevé d'usufruit deux droits bien distincts : le droit de nue propriété et le droit d'usufruit. En ce qui concerne le droit de nue propriété, l'usufruitier est détenteur précaire ; son titre même implique la reconnaissance du droit du nu-propriétaire : c'est pour celui-ci qu'il possède, *alii non sibi* ; il ne pourra donc jamais prescrire la propriété contre lui, *etiam per mille annos*. L'usufruitier possède si bien, en ce qui concerne la nue propriété, pour le compte du nu-propriétaire, que celui-ci pourrait au besoin, en invoquant la

possession de l'usufruitier, si elle a duré un temps suffisant, opposer la prescription à toute personne qui élèverait contre lui des prétentions à la nue propriété. Mais au contraire, relativement à son droit d'usufruit, l'usufruitier ou celui qui se dit tel ne le possède plus à titre précaire; il le possède à titre de propriétaire, pour son propre compte, et non pour celui du nu-propriétaire. En un mot, comme le dit Cujas, « *Fundum fructuarius possidet alii non sibi, jus fruendi sibi* ». La possession de l'usufruitier, en tant qu'elle s'applique à son droit d'usufruit, peut donc être utile pour la prescription de ce droit.

**1109.** En Droit romain, le juge de l'action *familiae erciscundae* ou de l'action *communi dividundo* pouvait, dans certains cas, opérer le partage, en attribuant la nue propriété du bien à partager à l'un des copropriétaires et l'usufruit à l'autre. L'usufruit était alors établi *per adjudicationem*. Notre législation actuelle refuse ce droit au juge de l'action en partage, par cela seul qu'elle ne le lui accorde pas. Les parties peuvent bien, si elles sont majeures et maîtresses de leurs droits, adopter dans un partage amiable un arrangement de ce genre, qui n'offrirait qu'un cas particulier d'usufruit établi par la volonté de l'homme; mais un texte serait évidemment nécessaire pour qu'il pût leur être imposé dans un partage judiciaire, et on ne doit pas regretter son absence. Le juge de l'action en partage ne peut que diviser le bien, s'il peut être partagé commodément, ou en ordonner la licitation dans le cas contraire (art. 827 et 1686).

On voit en résumé que l'usufruit peut être établi par la loi, par la volonté de l'homme manifestée dans un acte entre-vifs ou dans un testament, et enfin par la prescription.

**1110.** La constitution d'usufruit équivaut à une aliénation partielle; car l'usufruit est un démembrement de la propriété, *pars quaedam domini*. De là il résulte que, pour constituer un droit d'usufruit comme pour aliéner, il faut : 1° être propriétaire du bien qu'il s'agit de grever d'usufruit; 2° être capable de l'aliéner. Un mineur ou un interdit ne pourrait donc pas constituer valablement un droit d'usufruit sur ses biens.

**1111.** Tout acte entre-vifs, constitutif d'usufruit sur un bien immobilier, est assujéti à la transcription. Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, la constitution d'usufruit n'est pas opposable aux tiers. Il n'y a pas à distinguer si l'acte constitutif est à titre gratuit ou à titre onéreux. Pour le cas où il est à titre gratuit, la nécessité de la transcription résulte de l'article 939, qui soumet à cette formalité les donations *de biens susceptibles d'hypothèques*; or l'usufruit d'un immeuble est un bien susceptible d'hypothèque (art. 2148); et, pour le cas où l'acte constitutif d'usufruit est à titre onéreux, la nécessité de la transcription résulte de l'article 4<sup>er</sup> de la loi du 23 mars 1855, qui soumet à cette formalité les actes entre-vifs (à titre onéreux) *TRANSLATIFS de droits réels susceptibles d'hypothèque*. On objecterait en vain que ce dernier texte, parlant d'actes *translatifs*, ne peut pas comprendre l'acte *constitutif* d'usufruit. Il faut répondre que l'acte constitutif d'usufruit est aussi un acte *translatif*; car le propriétaire *transfère* à un tiers le droit d'usufruit qui lui appartenait, il démembre sa propriété et accomplit par conséquent une aliénation partielle.

\* Mais les termes de la loi ne permettent guère de considérer comme soumise à la transcription la constitution d'usufruit, qui résulte pour le mari, sur les biens de sa femme, de l'adoption de tel ou tel régime matrimonial; car cet usufruit, ainsi qu'on le verra plus loin (si tant est qu'on doive lui donner ce nom), n'est pas suscep-

*tible d'hypothèque.* Cette solution, qui paraît certaine au cas où l'usufruit marital résulte de l'adoption du régime de la communauté légale par des époux qui se sont mariés sans contrat (car il n'y a pas ici d'acte constitutif et il ne peut par suite être question de transcription), a été contestée à tort pour les cas où l'usufruit marital résulte d'un contrat de mariage. Il n'y aurait même pas lieu de distinguer, comme on a voulu le faire, si l'usufruit marital est établi par le contrat sur l'ensemble des biens de la femme ou seulement sur certains biens déterminés : comme il arriverait si la femme, dans un contrat de mariage contenant stipulation du régime dotal, s'était constitué en dot certains immeubles déterminés. La raison de décider est la même dans tous les cas : l'usufruit marital n'est pas susceptible d'hypothèque, et n'est pas compris par suite dans les termes de l'article 4<sup>er</sup> de la loi de 1855.

En aucun cas, la constitution d'usufruit faite par testament n'est soumise à la transcription ; car la loi de 1855 n'assujettit à cette formalité que les actes entre-vifs. L'usufruit testamentaire est donc opposable aux tiers indépendamment de toute transcription.

**1112. Des diverses modalités dont la constitution d'usufruit est susceptible.** — *Modalité* signifie manière d'être, de *modus*. La constitution d'usufruit est susceptible des mêmes modalités que l'aliénation, car elle n'est à bien dire qu'une aliénation partielle. L'article 580 indique les principales : « *L'usufruit peut être établi, ou purement, ou à certain jour, ou à condition* ».

*Purement.* L'usufruit est établi purement et simplement, quand il est constitué sans aucune modalité.

*A certain jour.* C'est-à-dire à terme. Le terme, *dies*, est un espace de temps. Cette modalité peut offrir ici deux variantes : l'usufruit peut être constitué :

Soit *ex die*, c'est-à-dire à partir d'un certain jour ; comme si par exemple un testateur a dit : je lègue à *Primus* l'usufruit de tel immeuble ; *il n'entrera en jouissance qu'une année après ma mort*.

Soit *in diem*, c'est-à-dire pour durer jusqu'à une certaine époque ; comme si un testateur a dit : je lègue à *Primus* l'usufruit de tel immeuble *pour cinq années*. Ici l'usufruit s'ouvrira au profit du légataire dès le jour du décès du testateur, mais il prendra fin au bout de cinq années.

*A condition.* La condition est un événement futur et incertain, auquel on subordonne l'existence ou la résolution d'un droit (art. 1168). Il y a donc deux espèces de conditions : la condition *suspensive* et la condition *résolutoire*. L'usufruit serait constitué sous condition *suspensive* dans l'hypothèse suivante : je lègue l'usufruit de tel immeuble à Paul *s'il se marie* ; le droit du légataire sera suspendu (c'est-à-dire qu'il ne prendra pas naissance) jusqu'à ce qu'il se soit marié. Voici maintenant l'exemple d'un usufruit constitué sous condition résolutoire : je lègue l'usufruit de tel immeuble à Paul ; son droit sera résolu (c'est-à-dire sera consi-

déré comme n'ayant jamais existé), s'il dépasse l'âge de trente ans sans se marier. Ici le droit du légataire s'ouvrira après la mort du testateur, sauf résolution si le légataire ne s'est pas marié dans le délai fixé par le testateur.

\* Remarque. — Lorsqu'un usufruit est constitué à terme, *ex die*, il est par la force même des choses conditionnel : *Vi ipsa conditio inest*. En effet le droit d'usufruit ne pouvant pas s'ouvrir dans la personne des héritiers de l'usufruitier, puisqu'il n'est pas héréditairement transmissible, il en résulte que l'usufruit ne prendra naissance que si l'usufruitier existe à l'expiration du terme fixé; il est donc conditionnel. *Tunc enim constituitur ususfructus quum quis jam frui potest.*

**1113. Quels biens sont susceptibles d'usufruit.** — « Il (l'usufruit) peut être établi sur toute espèce de biens meubles et immeubles (art. 581).

*Sur toute espèce de biens.* Pourvu qu'ils soient dans le commerce.

*Meubles ou immeubles.* L'usufruit portant sur des immeubles est immobilier (art. 526); celui qui porte sur des meubles est mobilier (*supra*, n° 1037).

L'usufruit peut d'ailleurs porter :

Sur des choses non-frugifères aussi bien que sur des choses frugifères ;

Sur des choses incorporelles aussi bien que sur des choses corporelles. Ainsi un droit d'usufruit peut porter sur une créance ou sur une rente, soit perpétuelle soit viagère. On peut même établir un droit d'usufruit sur un autre usufruit; il y a alors un usufruit enté sur un autre.

Toutefois les servitudes ne sont pas *per se* susceptibles d'usufruit; elles ne peuvent en être grevées que conjointement avec le fonds dont elles sont un accessoire, parce qu'elles n'ont pas une existence indépendante de ce fonds.

On a vu plus haut (n° 1104) que les choses consommables sont susceptibles d'être grevées, sinon d'un véritable usufruit, du moins d'un droit équivalent que les commentateurs appellent *quasi-usufruit* et dont il sera traité plus loin (*infra*, n° 1133).

**1114. Division.** — Notre chapitre est divisé en trois sections : la première traite des droits de l'usufruitier; la seconde de ses obligations; la troisième des causes d'extinction de l'usufruit. Les dispositions qu'elles contiennent, et dont l'ensemble constitue la réglementation du droit d'usufruit, s'appliquent en principe à l'usufruit soit légal, soit conventionnel, soit testamentaire.

Il est tout simple que la loi ait réglementé l'usufruit légal : quand la loi accorde un droit, il faut bien qu'elle en détermine les conditions. Elle devait réglementer aussi l'usufruit établi par la volonté de l'homme, afin d'épargner ce soin aux particuliers qui constituent des droits d'usufruit, et elle l'a réglementé de la même manière que l'usufruit légal parce qu'il n'y avait pas de motifs pour le réglementer d'une manière différente. Mais les dispositions de la loi ne sont, en ce qui concerne l'usufruit conventionnel ou testamentaire, que *déclaratives* de la volonté des parties ou du testateur. C'est dire qu'il peut y être dérogé. Ainsi le titre constitutif de l'usu-

fruit peut accorder à l'usufruitier le droit d'exiger que la chose lui soit délivrée en bon état de réparations contrairement à l'article 600, ou bien le dispenser de fournir la caution qu'exige l'article 604, ou l'obliger à faire les grosses réparations, dont il n'est pas tenu aux termes de l'article 605. Et toutefois il y a quelques-unes des règles établies par la loi, auxquelles la volonté des parties ne pourrait pas déroger : ce sont celles qui touchent à l'ordre public, notamment la règle que l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier.

## SECTION I

### DES DROITS DE L'USUFRUITIER

#### § I. *Principes généraux.*

##### N° 1. Du droit de jouissance de l'usufruitier.

**1115.** Tous les droits de l'usufruitier se résument dans la jouissance de la chose grevée d'usufruit. La loi détermine l'étendue de ce droit de jouissance dans notre section.

Le droit de jouir comprend, comme nous l'avons vu, le droit d'user de la chose, *jus utendi*, et le droit d'en recueillir les fruits, *jus fruendi*. L'article 582 ne mentionne que ce dernier : « *L'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit* ». Quand la loi dit que l'usufruitier a le droit de *jouir des fruits*, elle ne veut pas exprimer cette idée que l'usufruitier n'a qu'un simple droit de jouissance sur les fruits : ce qui aurait pour conséquence de l'obliger à les restituer au propriétaire lors de la cessation de l'usufruit, mais bien que l'usufruitier a le droit de recueillir et de s'approprier tous les fruits de la chose, ce qui lui permet d'en disposer comme il l'entendra. *Omnis fructus rei ad fructurium pertinet*, dit la loi 7, § 9, D., *de Usufructu*.

**1116.** Les fruits sont « tout ce qu'une chose produit et reproduit sans altération de sa substance » *quidquid ex re nasci et renasci solet*. On voit par cette définition que tous les produits d'une chose indistinctement ne sont pas des fruits, mais seulement ceux qui se perçoivent périodiquement : tous les ans comme les céréales, tous les trois ans comme la taille d'une oseraie, tous les dix, tous les quinze ans comme la coupe d'un bois taillis... Les produits qui ne se perçoivent pas périodiquement ne sont pas des fruits, et l'usufruitier n'y a aucun droit. Il en est ainsi notamment des matériaux provenant de la démolition d'un édifice, du trésor (art. 598), des arbres d'une haute futaie non aménagée, des produits d'une mine ou d'une carrière qui n'était pas encore en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit.

**1117.** La loi distingue trois espèces de fruits : les fruits *naturels*, les

fruits *industriels* et les fruits *civils*. Cette distinction, qui a déjà été indiquée (*supra*, n° 1037), présente une très-grande importance au point de vue de l'acquisition des fruits par l'usufruitier. Il faut donc y insister.

**Fruits naturels.** « *Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels* » (art. 583, al. 1). Cpr., art. 547. Les fruits naturels sont donc ceux que la chose donne d'elle-même et sans le secours de l'industrie de l'homme, comme l'herbe des prairies naturelles, les roseaux qui croissent dans les marais : ce sont les enfants naturels du sol.

**Fruits industriels.** « *Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on en obtient par la culture* » (art. 583, al. 2). D'une manière plus générale, les fruits industriels sont les produits de l'industrie de l'homme appliquée à la chose. Aujourd'hui que l'industrie de l'homme pénètre partout, les fruits naturels tendent à disparaître, à tel point qu'on éprouve presque de l'embarras pour en citer quelques exemples. L'herbe des prairies dites naturelles sera le plus souvent un fruit industriel, parce qu'il est bien rare que la main de l'homme n'intervienne pas pour améliorer ou augmenter la production du sol, et le *fœtus pecorum* lui-même, que notre article cite comme appartenant à la catégorie des fruits naturels, sera souvent un fruit industriel; car l'industrie de l'homme intervient aujourd'hui non seulement dans la fécondation du sol, mais aussi dans celle des animaux. Au surplus, la distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels ne présente pas d'intérêt, comme nous le verrons tout à l'heure; aussi n'y insisterons-nous pas davantage.

**Fruits civils.** « *Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles; les arrérages des rentes. — Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils* » (art. 584).

Les fruits naturels et industriels sont produits par la chose, *ex ipsius rei corpore nascuntur*. Les fruits civils au contraire, ne sont pas produits par la chose, mais seulement obtenus par son intermédiaire : *non ex ipso rei corpore nascuntur, sed extrinsecus propter rem duntaxat*; ils sont le produit d'un contrat relatif à la chose. Ce sont des fruits *fictifs* : idée que contient l'expression *fruits civils*, qui est synonyme de *fruits par la détermination de la loi*. Ainsi le loyer d'une maison, c'est-à-dire la somme d'argent que paye le locataire pour avoir le droit d'en jouir, n'est pas produite par cette maison; elle est touchée en exécution du contrat de bail, dont la maison a été l'occasion. La loi déclare que ce loyer est un fruit parce qu'il est le prix de la jouissance de la maison et qu'il tient lieu par conséquent de cette jouissance.

Outre les loyers des maisons, la loi cite comme appartenant à la catégorie des fruits civils :

*Les intérêts des sommes EXIGIBLES*, c'est-à-dire des sommes dont le

créancier peut à une époque plus ou moins éloignée exiger le paiement, par opposition aux *rentes* dont le créancier ne peut jamais exiger le remboursement.

*Les arrérages des rentes*, perpétuelles ou viagères ; car la loi ne distingue pas.

*Le prix des baux à ferme.* Le bail à ferme est le bail d'un fonds de terre moyennant un prix *ferme* consistant soit en argent (par exemple 1,000 fr. par an), soit en denrées (par exemple cent hectolitres de froment par an).

Le prix d'un bail à colonage partiaire n'est pas un fruit civil. On appelle bail à colonage partiaire le bail d'un fonds de terre moyennant une quote-part des fruits, telle que la moitié, que le preneur s'engage à payer au bailleur. Le colon partiaire paye donc une redevance *aléatoire* qui sera forte si la récolte est bonne, faible si elle est mauvaise ; le propriétaire est alors associé aux chances agricoles, à la différence de ce qui a lieu dans le bail à ferme, où il touche une redevance fixe et invariable.

**1118. Intérêt que présente la distinction des diverses espèces de fruits.**— L'usufruitier acquiert les fruits naturels et industriels *par la perception* (art. 585) ; il acquiert au contraire les fruits civils, ou mieux il est *réputé* les acquérir *jour par jour* (art. 586). On voit qu'au point de vue de leur acquisition par l'usufruitier, comme d'ailleurs à tous les autres, la loi met les fruits naturels et les fruits industriels sur la même ligne, il était donc inutile de les distinguer ; on aurait dû les confondre dans une même catégorie, sous le nom de *fruits naturels* par exemple, et les opposer aux fruits civils qui sont des fruits *fictifs*.

Etudions maintenant la double règle que nous venons de formuler.

**1119.** 1<sup>o</sup> *L'usufruitier acquiert les fruits naturels et les fruits industriels par la perception.* C'est ce qui résulte de l'article 585, al. 1, ainsi conçu : « *Les fruits naturels et industriels, pendant par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier* ».

*Appartiennent à l'usufruitier.* A la condition qu'il les perçoive. La loi, qui statue toujours *de eo quod plerumque fit*, a supposé, ce qui arrivera en effet presque toujours, que l'usufruit durera assez de temps pour que l'usufruitier perçoive la récolte pendant lors de l'ouverture de l'usufruit ; mais il est certain qu'elle appartiendrait au propriétaire, si l'usufruit prenait fin avant que l'usufruitier eût pu le percevoir ; et c'est au surplus ce que dit en toutes lettres l'alinéa 2 de notre article.

Les fruits naturels ou industriels sont réputés perçus par l'usufruitier dès qu'ils sont détachés du sol, *alors même que ce serait sans le fait de l'usufruitier*, par exemple par un coup de vent, contrairement à ce que

décidait la loi romaine (l. 13. D., *Quibus modis ususfr. vel usus amitt.*, VII. 4). C'est ce qui résulte de l'article 585, al. 2, ainsi conçu : « *Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit appartiennent au propriétaire* ». En décidant que les fruits pendants lors de la cessation de l'usufruit appartiennent au nu-propriétaire, ce texte décide implicitement que ceux qui ne sont plus pendants, c'est-à-dire ceux qui sont séparés du sol par quelque cause que ce soit, ne lui appartiennent pas.

Si l'usufruitier a perçu une partie seulement de la récolte, l'autre partie, qui est encore pendante lors de la cessation de l'usufruit, appartient au nu-propriétaire.

L'usufruitier, devant jouir en bon père de famille, ne doit régulièrement percevoir les fruits qu'à l'époque de leur maturité, sauf exception toutefois pour certains fruits qu'il est d'usage de cueillir verts parce qu'ils donnent ainsi un plus grand profit, comme les olives. L'usufruitier, qui ne se serait pas conformé à ces règles, ne deviendrait pas propriétaire des fruits qu'il aurait perçus irrégulièrement, si son usufruit prenait fin avant l'époque où la récolte aurait dû être faite; du moins le propriétaire serait en droit de réclamer de ce chef une indemnité égale au préjudice qu'il éprouve par le fait de l'usufruitier.

La règle que l'usufruitier fait siens les fruits naturels et les fruits industriels par a perception, conduit souvent à des résultats singuliers. Ainsi un usufruit portant sur un vignoble s'ouvre quelques jours avant l'époque des vendanges; il prend fin quelques jours après l'époque où les vendanges de l'année suivante sont terminées. Pour une jouissance d'une année et quelques jours, l'usufruitier aura perçu deux récoltes. En sens inverse, il peut se faire qu'il n'en perçoive aucune pour une jouissance de près d'une année; c'est ce qui arrivera, si l'usufruit s'ouvre le lendemain de la récolte et prend fin la veille du jour où la récolte suivante doit être faite. Ce sera bien autre chose, si l'usufruit porte sur un fonds dont les fruits se perçoivent par périodes de dix, quinze années et plus, comme les bois taillis. En supposant un taillis aménagé pour être coupé tous les dix ans, il pourra arriver que, pour une jouissance de moins de onze années, l'usufruitier fasse deux coupes qui correspondent à une jouissance de vingt années : il en sera ainsi dans le cas où l'usufruit, s'étant ouvert au moment où la coupe allait être faite, prend fin quelque temps après l'époque fixée pour la coupe suivante. En sens inverse, si l'usufruit s'est ouvert quelques jours après la coupe, et qu'il ait pris fin quelques jours avant l'époque fixée pour la coupe suivante, l'usufruitier n'aura rien perçu pour une jouissance de près de dix années. L'usufruit est plein de ces incertitudes; c'est un droit aléatoire. Mais voici qui peut paraître bien plus extraordinaire encore :

**1120.** Après avoir établi la double règle que nous venons de développer, l'article 585 ajoute dans sa partie finale : « *Sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences, mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit* ». Ainsi l'usufruitier trouve à l'ouverture de l'usufruit une récolte prête à être recueillie; devra-t-il rembourser au propriétaire les frais que celui-ci a faits pour préparer cette récolte? L'équité semblerait bien l'exiger; cependant la loi dispense l'usufruitier de toute indemnité. Réciproque-

ment le nu-propiétaire ne doit aucune indemnité, aucune récompense, comme dit la loi, à l'usufruitier pour les frais de la récolte qu'il trouve pendante lors de la cessation de l'usufruit.

Ces dispositions ne sont-elles pas essentiellement injustes? Ne sont-elles pas contraires à la règle *Non sunt fructus nisi deductis impensis*, règle qui n'est elle-même qu'une application particulière de ce grand principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui? En pratique peut-être; en théorie non, à cause de la réciprocité de chances que la loi établit entre le nu-propiétaire et l'usufruitier. Le plus souvent notre disposition amènera une compensation entre le propriétaire et l'usufruitier : c'est ce qui arrivera si, l'usufruitier ayant recueilli une récolte préparée par les soins du nu-propiétaire, celui-ci recueille à la fin de l'usufruit une récolte préparée par les soins de l'usufruitier; ou encore s'il n'existe de récolte pendante ni au commencement ni à la fin de l'usufruit. En dehors de ces deux cas, il est facile de voir que ce sera tantôt l'usufruitier, tantôt le nu-propiétaire, qui bénéficiera de la disposition de la loi, sans qu'on puisse dire à l'avance lequel, à cause de l'incertitude qui existe toujours sur l'époque à laquelle l'usufruit prend fin, et le plus souvent sur celle où il s'ouvre. La loi établit donc ici entre le nu-propiétaire et l'usufruitier un ensemble de chances qui se balancent. Elle paraît avoir voulu éviter ainsi entre eux des comptes minutieux, qui auraient été la source de nombreux procès. En tous cas, bonne ou mauvaise, notre disposition a tranché la controverse très-vive qui existait sur ce point dans notre ancien Droit, et à ce point de vue tout au moins elle constitue un bienfait.

Au surplus la loi ne règle ici que les rapports respectifs du nu-propiétaire et de l'usufruitier (argument des mots : sans récompense de part ni d'autre). Il y aurait donc lieu d'appliquer les règles du Droit commun, si les frais de la récolte avaient été faits par un tiers. Ainsi l'usufruitier, lors de l'ouverture de l'usufruit, trouve une récolte préparée par les soins d'un tiers possesseur de bonne ou de mauvaise foi; il y aura lieu d'appliquer l'article 548, et par suite l'usufruitier devra rembourser au possesseur ses frais de culture.

On dit partout que l'usufruitier, après avoir payé ces frais au tiers qui les a faits, aura le droit de se les faire rembourser par le nu-propiétaire, parce que vis-à-vis de celui-ci il est dispensé de les supporter. Nous croyons que c'est une erreur. Tout ce que dit l'article 585, c'est que le propriétaire n'a pas droit à une récompense pour les frais qu'il a faits; mais il ne dit pas que le propriétaire doive nécessairement supporter les frais de culture et de semence. D'ailleurs, aux termes de l'article 600, l'usufruitier prend les choses « dans l'état où elles sont ». S'il n'y avait pas de récolte, le propriétaire ne devrait de ce chef aucune indemnité à l'usufruitier; comment lui en devrait-il une, quand il y a une récolte grevée de certaines charges? Le seul cas dans lequel l'usufruitier, qui a remboursé les frais de culture et de semence au tiers possesseur, nous paraît pouvoir exercer de ce chef une action récursoire contre le propriétaire, serait celui où, le propriétaire étant lui-même débiteur de ces frais envers des ouvriers avec lesquels il a traité, l'usufruitier en aurait acquitté le

montant : ayant payé la dette du nu-propiétaire, il aurait le droit de s'en alors faire rembourser.

**1121.** L'article 585 se termine par ces mots : « *mais aussi sans* » *préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la fin de l'usufruit.* » Ainsi lors de l'ouverture de l'usufruit, le fonds était loué à un colon partiaire, qui avait droit d'après son bail à la moitié des fruits ; l'usufruitier ne pourra réclamer que la moitié de la récolte pendante, l'autre moitié revenant au colon partiaire. De même le nu-propiétaire devrait respecter les droits, qui appartiendraient à un colon partiaire en vertu d'un bail en cours d'exécution à la cessation de l'usufruit. Tout cela n'est que la conséquence de ce double principe : que l'usufruitier doit respecter les baux consentis par le propriétaire, et celui-ci, dans une certaine mesure au moins, les baux consentis par l'usufruitier (*Infra*, n° 1125).

L'usufruitier a vendu une récolte sur pied quelque temps avant sa maturité ; l'usufruit prend fin, avant que la récolte ait été recueillie par l'acheteur ; la vente est-elle valable, et par suite opposable au nu-propiétaire ? La question est controversée. On peut dire dans le sens de la négative que, l'usufruit ayant pris fin avant que la récolte ait été recueillie, cette récolte appartient au nu-propiétaire (art. 585, al. 2) ; que par suite la vente consentie par l'usufruitier est nulle comme portant sur la chose d'autrui (arg., art. 1599). — La solution contraire est plus généralement acceptée par les auteurs, et c'est elle qui triomphe en jurisprudence. La vente d'une récolte sur pied est un acte d'administration ; or l'usufruitier a le droit d'administrer la chose sur laquelle porte son usufruit ; les actes qu'il fait dans la limite de son droit d'administration, sont donc opposables au nu-propiétaire. Obligé de respecter les baux de neuf ans et au-dessous qui ont été consentis par l'usufruitier (art. 595), comment le nu-propiétaire pourrait-il avoir le droit de critiquer une simple vente de récoltes ? D'ailleurs le préjudice ne sera pas grand pour le nu-propiétaire ; car c'est lui qui profitera du prix de la récolte, puisque ce prix est la représentation de fruits qui lui appartenaient. Il n'y aura préjudice qu'autant que la vente aurait été consentie pour un prix inférieur à la valeur réelle de la récolte ; mais alors il y aura le plus souvent une fraude concertée entre l'usufruitier et l'acheteur : ce qui autorisera le propriétaire à demander la nullité de la vente, car la fraude fait cesser tous les principes, *fraus omnia corrumpit* (arg., art. 1167).

**1122.** 2° *L'usufruitier acquiert les fruits civils jour par jour.* — « *Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils* » (art. 586). L'acquisition des fruits civils par l'usufruitier est donc exactement proportionnelle à la durée de sa jouissance. Chaque jour qui s'écoule fait acquérir à l'usufruitier  $\frac{1}{365}$  des fruits civils de l'année. Supposons que l'usufruit porte sur une maison louée 365 fr. par an, ce qui fait juste un franc par jour. Si l'usufruit a duré dix ans, l'usufruitier aura droit à 3,650 fr. ; s'il a duré dix ans et quinze jours, l'usufruitier pourra réclamer 3,665 fr. Rien n'est plus simple ni plus équitable. On peut regretter que la loi ait cru devoir adopter

une règle différente en ce qui concerne les fruits naturels et les fruits industriels.

Notre article ne dit pas que les fruits civils *s'acquièrent*, mais bien qu'ils sont RÉPUTÉS *s'acquérir* jour par jour. C'est là en effet une fiction : il est clair que l'usufruitier ne touchera pas chaque jour la fraction des fruits civils de l'année correspondante à la journée qui vient de s'écouler; il touchera les fruits civils aux époques fixées par la convention, tous les six mois, tous les trois mois...; puis quand l'usufruit aura pris fin, on réglera définitivement son compte dans ses rapports avec le nu-propiétaire, de manière à ce que l'usufruitier (ou ses représentants) obtienne en définitive une portion des fruits civils exactement proportionnelle à la durée de sa jouissance, et pour cela on lui allouera, si c'est nécessaire, une portion des fruits civils à échoir. En un mot, l'usufruitier *n'acquiert* les fruits civils que par leur échéance : c'est à cette époque seulement qu'il a le droit de les toucher; mais il est *réputé* les acquérir jour par jour: ce qui lui donne le droit de réclamer, lors de la cessation de l'usufruit, une certaine portion des fruits civils à échoir. La loi, on le voit, établit une acquisition  *fictive*  pour les fruits civils, qui sont des fruits  *fictifs* .

L'article 586 dit dans sa partie finale : « Cette règle s'applique *aux prix des baux à ferme* comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils ». On ne voit pas trop au premier abord l'utilité de cette disposition en présence de l'article 584, qui dispose que les prix des baux à ferme sont des fruits civils. Quel besoin y avait-il de dire qu'une règle, établie pour tous les fruits civils en général, s'applique à une certaine catégorie de fruits civils? Il y en a une explication historique. Dans notre ancien Droit, les prix des baux à ferme étaient considérés comme des fruits civils; mais on ne leur appliquait pas comme aux autres fruits civils la règle de l'acquisition jour par jour; l'usufruitier les acquérait seulement au fur et à mesure que le fermier percevait les fruits du fonds, probablement parce qu'on les considérait comme étant la représentation de ces fruits. Notre législateur, qui voulait faire disparaître cette particularité a cru devoir s'en expliquer.

La quote-part des fruits du fonds, que paye un colon partiaire en exécution de son bail, ne constitue pas des fruits civils (*supra*, n° 1117); l'usufruitier n'acquerra donc ces fruits que par la perception.

Au contraire l'usufruitier acquerrait jour par jour la portion  *fixe*  de fruits que le  *fermier*  paye en exécution de son bail; car cette prestation rentre dans les fruits civils (*supra*, n° 1117).

Il y a des fruits civils qui se perçoivent très-irrégulièrement, comme les bénéfices d'une usine qui chôme pendant une partie de l'année. En pareil cas, lors de l'extinction de l'usufruit, il doit être fait masse de tous les fruits civils perçus ou à percevoir pendant la dernière année, et on les partage entre le nu-propiétaire et l'usufruitier proportionnellement au temps qu'a duré l'usufruit pendant cette dernière année.

Il peut arriver que les fruits naturels soient transformés en fruits civils, ou réciproquement, pendant la durée de l'usufruit. Ainsi le propriétaire exploitait lui-même son fonds lors de l'ouverture de l'usufruit; après avoir perçu la récolte pendante, l'usu-

fruitier, qui ne veut pas faire valoir le fonds, l'affirme, ainsi qu'il en a le droit ; voilà les fruits naturels transformés en fruits civils, et l'usufruitier les acquerra désormais jour par jour. Toutefois il ne commencera à les acquérir qu'à dater de l'entrée en jouissance du fermier, car les fermages ne sont que le prix de cette jouissance ; jusqu'à ce qu'elle ait commencé, il n'y a pas encore de fruits civils, et il ne peut par suite être question pour l'usufruitier de les acquérir. En sens inverse, si le fonds était affermé lors de l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier pourra, à l'expiration du bail, le cultiver lui-même. A dater de ce moment, le fonds produira des fruits naturels et des fruits industriels, que l'usufruitier acquerra seulement par la perception.

La faculté pour l'usufruitier de transformer les fruits naturels en fruits civils, et réciproquement, augmente encore l'incertitude et les éventualités du droit d'usufruit. Ainsi l'usufruitier, après avoir perçu une récolte pendant lors de l'ouverture de l'usufruit, afferme le fonds, et le fermier entre immédiatement en jouissance ; au bout d'un an l'usufruitier se trouvera avoir acquis une récolte et une année de fermages.

**1123. Droits de l'usufruitier sur les accessoires du fonds grevé d'usufruit.** — Aux termes de l'article 596 : « *L'usufruitier* » *jouit de l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit.* » Il est difficile de voir dans cette disposition autre chose qu'une application de ce principe que l'usufruit d'une chose s'étend à ses accessoires. S'il en est ainsi, on doit décider que l'usufruit d'un fonds riverain d'un cours d'eau s'étendrait à l'île ou à la portion d'île que la loi attribue au propriétaire du fonds (art. 561) (car elle lui est attribuée comme accessoire du fonds) et aussi à la portion de terrain que la force subite des eaux, *vis repentina fluminis*, serait venue réunir au fonds. Telle était dans notre ancien Droit la solution enseignée par Domat.

Et toutefois la question est vivement controversée. On invoque à l'appui de l'opinion adverse l'autorité du Droit romain et le silence que garde à cet égard le Code civil, qui, en ne parlant que du cas d'alluvion, celui de tous pour lequel il pouvait y avoir le moins de doute, semble bien exclure les autres accroissements que le fonds peut recevoir par suite d'accession.

Il y a controverse aussi sur le point de savoir si l'usufruitier d'un fonds aurait droit, au cas où le fonds serait envahi par un cours d'eau qui change de lit, à la jouissance de la portion du lit abandonné attribuée au propriétaire à titre d'indemnité (art. 563). Le motif d'équité, qui a dicté la disposition de cet article, semble bien devoir conduire à résoudre la question dans le sens de l'affirmative. Rationnellement l'indemnité, allouée par la loi à raison d'un dommage, doit profiter à tous ceux qui en souffrent.

« *Il (l'usufruitier) jouit des droits de servitude, de passage, et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir, et il en jouit comme le propriétaire lui-même* » (art. 597). — Ce sont des accessoires du fonds.

*De tous les droits.* Par exemple du droit de pêche et du droit de chasse. L'usufruitier en jouirait à l'exclusion du nu-propriétaire.

Ce n'est pas seulement un droit pour l'usufruitier de jouir des servitudes qui appartiennent au fonds ; c'est à certains égards une obligation, en ce sens qu'il serait responsable vis-à-vis du nu-propriétaire, si,

faute de les exercer, il les laissait périr par la prescription. L'usufruitier doit en effet jouir en bon père de famille (art. 600).

#### N° 2. Mode de jouissance de l'usufruitier.

**1124.** Aux termes de l'article 595 : « *L'usufruitier peut jouir par lui-même, donner à ferme à un autre, ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit. S'il donne à ferme, il doit se conformer, pour les époques où les baux doivent être renouvelés, et pour leur durée, aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de la femme, au titre du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux.* »

L'usufruitier a donc l'administration du bien sur lequel porte son droit d'usufruit. D'un autre côté la loi l'autorise à céder son droit à titre gratuit ou onéreux. Entrons dans quelques détails sur ces deux points.

**1125. A. Droit d'administration.** Le droit de jouir implique celui d'administrer; car les actes d'administration concourent tous plus ou moins à l'exercice du droit de jouissance. L'usufruitier a donc le droit d'administrer par cela seul qu'il a le droit de jouir. La loi a pu se dispenser de formuler cette règle d'une manière générale, parce qu'elle allait de soi.

Les baux sont des actes d'administration; donc l'usufruitier a le droit de faire des baux. Sans cette faculté d'ailleurs, il serait souvent privé de l'exercice de son droit de jouissance; car il peut se faire qu'il soit dans l'impossibilité de jouir par lui-même.

D'après les principes généraux, les baux consentis par l'usufruitier devraient prendre fin avec sa jouissance. Le bail est une délégation de jouissance; or la règle *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* s'oppose à ce que l'usufruitier puisse déléguer sa jouissance pour le temps où elle n'existera plus.

Mais alors l'usufruitier ne trouvera pas de preneur! ou il n'en trouvera que dans de très-mauvaises conditions, pour les immeubles tout au moins; car un locataire ou un fermier exige ordinairement qu'on lui garantisse une jouissance d'une certaine durée. De sorte que, l'usufruitier ne pouvant pas, on le suppose, jouir par lui-même et ne trouvant pas de fermier, les biens resteront improductifs, au grand détriment de l'usufruitier d'une part, de la société d'autre part qui est intéressée à ce que les biens produisent le plus possible, et du nu-propiétaire lui-même qui a plus à redouter l'abandon de son bien qu'une jouissance régulière.

Quand un principe produit de telles conséquences, le législateur doit les répudier; c'est ce qu'il a fait dans l'article 595, qui déclare opposables au nu-propiétaire *dans une certaine mesure* les baux consentis

par l'usufruitier. *Dans une certaine mesure*; car, sous prétexte de favoriser le droit de jouissance de l'usufruitier, il ne fallait pas sacrifier le droit du propriétaire, en l'obligeant à respecter pour toute leur durée des baux consentis par l'usufruitier pour un terme si long qu'ils peuvent passer pour un acte d'aliénation plutôt que d'administration. Le législateur a cru concilier équitablement les deux droits rivaux qui se trouvent ici en conflit, en déclarant applicables les règles écrites dans les articles 1429 et 1430.

De là il résulte :

1<sup>o</sup> Que les baux de neuf ans et au-dessous faits par l'usufruitier doivent dans tous les cas être respectés par le nu-propriétaire lors de la cessation de l'usufruit (art. 1429).

2<sup>o</sup> Que les baux d'une plus longue durée ne sont obligatoires pour le nu-propriétaire, lors de la cessation de l'usufruit, que jusqu'à l'expiration de la période de neuf ans dans laquelle on se trouve alors. En d'autres termes, on divise le bail par périodes de neuf années; le locataire ou le fermier n'a que le droit d'achever la période de neuf ans, qui est en cours d'exécution lors de la cessation de l'usufruit. Ainsi supposons un bail consenti par l'usufruitier pour vingt-cinq ans. Si l'usufruit prend fin la sixième année du bail, le nu-propriétaire ne sera tenu de respecter le bail que pendant trois années, temps qui reste à courir jusqu'à l'expiration de la première période de neuf ans. Si l'usufruit prend fin la quatorzième année du bail, le nu-propriétaire devra le respecter jusqu'à l'expiration de la deuxième période de neuf ans qui est actuellement en cours d'exécution, c'est-à-dire pendant quatre ans. Il devrait le respecter jusqu'à son expiration, si l'usufruit prenait fin après l'expiration de la deuxième période de neuf ans.

Remarquez que, pendant toute la durée de l'usufruit, nul ne peut critiquer le bail à long terme consenti par l'usufruitier: ni le propriétaire d'une part, parce qu'il n'a pas encore d'intérêt, ni l'usufruitier ou le preneur d'autre part, parce qu'ils sont liés par la convention dans laquelle ils se sont librement engagés, et qui ne peut être rompue que d'un commun accord. C'est donc seulement lors de la cessation de l'usufruit que le propriétaire peut critiquer le bail, s'il y a lieu.

D'ailleurs la loi paraît accorder à cet égard une simple faculté au propriétaire. Il pourrait donc, s'il y trouvait son intérêt, exiger, lors de la cessation de l'usufruit, l'exécution du bail à long terme consenti par l'usufruitier. En d'autres mots, le locataire ou le fermier ne pourrait jamais demander, lors de la cessation de l'usufruit, que le bail en cours d'exécution fût réduit aux limites déterminées par l'article 1429; le propriétaire seul aurait ce droit. A ce point de vue comme aux autres, les baux à long terme consentis par l'usufruitier, seraient assimilés à ceux consentis par le mari. Il est vrai que l'article 595 ne renvoie aux articles 1429 et 1430 qu'en ce qui concerne le renouvellement des baux et leur durée; mais la question de la nullité des baux est tellement liée à celle de leur durée qu'en déclarant applicables ici les règles relatives à la durée des baux, le législateur déclare implicitement applicables les règles relatives à la nullité et aux personnes qui peuvent la proposer. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la majorité des auteurs.

3<sup>o</sup> Que l'usufruitier peut renouveler les baux en cours d'exécution trois ans ou deux ans avant leur expiration, suivant qu'il s'agit du bail d'un bien *rural* ou du bail d'un bien *urbain* (une maison). Les baux ainsi renouvelés sont obligatoires pour le propriétaire dans les limites qui viennent d'être déterminées, de sorte que le temps le plus long, pendant lequel un propriétaire peut être obligé en vertu d'un

bail consenti par l'usufruitier, est de douze ans pour les biens ruraux et de onze ans pour les biens urbains; et encore faut-il supposer, pour que ces limites extrêmes soient atteintes, que l'usufruitier ait renouvelé un bail juste trois ans ou deux ans avant son expiration, et que l'usufruit ait pris fin immédiatement après.

Les renouvellements de baux, faits par l'usufruitier plus de trois ans ou de quatre ans avant l'expiration du bail courant, seraient sans effet à l'égard du propriétaire, à moins que l'exécution de ces baux ne fût commencée lors de la cessation de l'usufruit (art. 1430).

**1126.** Dans les explications qui précèdent, nous avons supposé que le droit, accordé à l'usufruitier de faire des baux obligatoires dans une certaine mesure pour le propriétaire, s'applique aux maisons (biens urbains) comme aux fonds de terre (biens ruraux). L'article 595, il est vrai, ne parle que des *baux à ferme*, expression qui, dans la rigueur du langage juridique, ne comprend que les fonds de terre; les baux des maisons portent le nom de *baux à loyer*, dénomination qui désigne aussi les baux des biens meubles. Mais, comme d'une part on ne verrait ni raison ni prétexte pour établir ici une distinction entre les baux des fonds de terre et ceux des maisons; comme d'autre part notre texte renvoie aux articles 1429 et 1430 qui s'appliquent aux uns et aux autres; et comme enfin il est arrivé ailleurs à la loi, notamment dans l'article 450, d'employer les expressions *donner à ferme, bail à ferme, lato sensu*, pour désigner d'une manière générale tous les baux d'immeubles, on doit en conclure sans difficulté que la disposition de la loi comprend tous les baux d'immeubles soit ruraux soit urbains.

**1127.** Plus délicate est la question de savoir si l'usufruitier de meubles peut les louer, et, en admettant l'affirmative, si les baux qu'il aurait consentis de ces meubles seraient obligatoires pour le propriétaire dans les mêmes limites que les baux d'immeubles. L'usufruitier ayant, ainsi qu'on l'a vu, le droit d'administrer, et les baux étant des actes d'administration, on doit en conclure qu'il peut louer les meubles. Toutefois, l'usufruitier étant tenu de jouir en bon père de famille et de modeler sa jouissance sur celle du propriétaire, il en résulte qu'il n'a le droit de louer les meubles que lorsque telle est leur destination, soit d'après leur nature, soit d'après les habitudes du propriétaire.

En admettant que l'usufruitier puisse louer les meubles, on est bien obligé de reconnaître que les baux par lui faits ne seraient pas opposables au nu-propriétaire lors de la cessation de l'usufruit. Par ses termes comme par son esprit, la disposition de l'article 595, relative au renouvellement et à la durée des baux consentis par l'usufruitier, est inapplicable aux baux de biens meubles. On rentrerait donc, en ce qui concerne ces derniers, dans le Droit commun, d'après lequel l'usufruitier, qui n'a qu'une jouissance temporaire, ne peut disposer de cette jouissance pour le temps où elle aura pris fin.

**1128. Observation.** — Les baux, consentis par le nu-propriétaire avant l'ouverture de l'usufruit, sont obligatoires pour l'usufruitier quelle que soit leur durée. En effet l'usufruitier doit prendre la chose dans l'état où elle est (art. 600): ce qui l'oblige à respecter tous les droits dont elle se trouve valablement grevée lors de l'ouverture de l'usufruit.

**1129. B.** *L'usufruitier peut céder son droit à titre gratuit ou onéreux* (art. 595). On dit quelquefois que le droit d'usufruit est personnel à l'usufruitier. Cette proposition signifie, comme nous l'avons vu, que l'usufruit n'est pas héréditairement transmissible; mais elle ne veut

pas dire que l'usufruit soit incessible. Une semblable disposition n'aurait eu aucune raison d'être.

Qu'on le remarque bien, ce que l'usufruitier peut céder, c'est *son droit*, c'est-à-dire le droit d'usufruit tel qu'il lui appartient. Le droit cédé ne changera donc pas de nature entre les mains du cessionnaire; il restera après la cession ce qu'il était avant, et notamment il s'éteindra par la mort du cédant. La mort du cessionnaire serait indifférente; car l'usufruit prend fin par la mort de *l'usufruitier* (art. 617), et c'est le cédant qui est usufruitier et non le cessionnaire. Si donc le cessionnaire vient à mourir avant l'extinction de l'usufruit, son droit passera à ses héritiers. Il en serait autrement, si, au lieu de céder son usufruit, l'usufruitier l'avait grevé d'usufruit. Il y aurait alors deux usufruits superposés, et le second serait menacé dans son existence, non-seulement par toute cause qui mettrait fin au premier, mais aussi par les causes d'extinction qui lui sont propres: notamment il prendrait fin par la mort du deuxième usufruitier, cas auquel, l'usufruit se trouvant affranchi de la charge dont il était grevé, le premier usufruitier reprendrait son droit de jouissance.

Ce n'est pas seulement *l'exercice de son droit*, comme on l'a prétendu, mais bien *son droit* lui-même, que l'usufruitier peut céder, son droit tel qu'il lui appartient, avec les diverses chances qui y sont attachées. L'article 595 est formel; il dit que l'usufruitier peut céder *son droit*. Et ce n'est pas là simplement une affaire de mots. Le cessionnaire, acquérant le droit d'usufruit lui-même, pourrait l'hypothéquer quand il porte sur des immeubles (arg., art. 2118), le céder lui-même à une autre personne, et ses créanciers pourraient le saisir: toutes conséquences qui ne se produiraient pas si le cessionnaire n'acquerrait que l'exercice du droit.

\* En cédant son droit, l'usufruitier ne se libère pas de ses obligations à l'égard du nu-propiétaire; il continue à être tenu vis-à-vis de celui-ci, sauf son recours contre le cessionnaire. En effet, si on peut céder ses droits, on ne peut pas céder ses obligations. Ainsi l'usufruitier répondrait vis-à-vis du nu-propiétaire des abus de jouissance que commettrait le cessionnaire. Les obligations de l'usufruitier ne peuvent prendre fin que par l'extinction de l'usufruit, et l'usufruit n'est pas éteint quand il est cédé. On objecte que le cédant n'est plus usufruitier; ce titre, dit-on, appartient désormais au cessionnaire; c'est donc lui qui doit être tenu vis-à-vis du nu-propiétaire. — En fait il est vrai que le cédant n'est plus usufruitier, mais il continue à l'être en droit. La preuve en est que l'usufruit cédé s'éteindra par sa mort; il devrait s'éteindre au contraire par la mort du cessionnaire, s'il était véritablement usufruitier. En un mot l'usufruitier qui cède son usufruit transmet son droit au cessionnaire, mais il ne lui transmet pas son titre et il ne se décharge pas des obligations qui y sont attachées.

### N° 3 Des actions qui appartiennent à l'usufruitier.

**1130.** a). L'usufruitier a une action *personnelle*, dite *en délivrance*, contre le nu-propiétaire pour se faire mettre en possession de la chose sur laquelle porte son droit d'usufruit.

b). En outre, l'usufruit constituant un droit *réel*, un droit par conséquent qui est

opposable à tous, l'usufruitier a, contre tout possesseur de la chose sur laquelle porte son droit, une action réelle, dite *confessoire*, par laquelle il peut exiger que le possesseur lui remette la chose afin qu'il puisse exercer sur elle son droit de jouissance. Toutefois, si l'usufruit porte sur une chose mobilière corporelle, le possesseur pourra paralyser l'action confessoire en invoquant la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279).

Au fond, l'action confessoire d'usufruit est identique avec l'action en revendication quant à son objet, qui est la possession de la chose. Seulement, dans l'action en revendication le demandeur réclame cette possession en qualité de *propriétaire*, tandis que dans l'action *confessoire* il la réclame en qualité d'*usufruitier*. C'est donc quant à leur cause seulement que les deux actions diffèrent.

c). L'usufruitier peut exercer pendant la durée de sa jouissance les actions *possessoires*. On a objecté que l'une des conditions, requises pour l'exercice des actions *possessoires*, est la possession à titre non précaire (Pr., art. 23), et qu'aux termes de l'article 2236 l'usufruitier possède à titre précaire. Mais nous avons déjà dit (*supra*, n° 1108) que, si l'usufruitier est possesseur à titre précaire quant à la nue-propriété, il possède à titre de propriétaire quant à son droit d'usufruit. Il peut donc exercer les actions *possessoires* en ce qui concerne son droit d'usufruit, comme le nu-propriétaire peut les exercer en ce qui concerne son droit de nue propriété.

#### N° 4. Droits et obligations du nu-propriétaire vis-à-vis de l'usufruitier.

**1131.** Aux termes de l'article 599 : « *Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier. — De son côté, l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. — Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.* »

Nous connaissons déjà le principe formulé par l'alinéa 1<sup>er</sup> de ce texte. Le nu-propriétaire n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier, mais seulement de le laisser jouir, c'est-à-dire de ne pas mettre obstacle à son droit de jouissance. *Tenetur in non faciendo, non in faciendo.*

La disposition de l'alinéa 2, qui refuse à l'usufruitier tout droit à une indemnité pour les améliorations qu'il pourrait avoir faites, a eu pour but : d'une part d'éviter des comptes minutieux entre le nu-propriétaire et l'usufruitier (on a ainsi tari par avance une source fréquente de procès), et d'autre part d'empêcher que le nu-propriétaire pût être grevé contre son gré, par le fait de l'usufruitier, d'obligations peut-être fort lourdes.

Comme exemples d'améliorations à raison desquelles l'usufruitier n'aurait droit à aucune indemnité, on peut citer le défrichement d'une lande, l'amendement des terres, leur assainissement par le creusement de fossés ou par le drainage.

Et toutefois, en refusant à l'usufruitier toute indemnité à raison des

améliorations qui proviennent de son fait, la loi lui accorde le droit d'enlever « les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état ». C'est le *jus tollendi*. Le nom dit assez que l'usufruitier a le droit de prendre ce qui est susceptible d'être utilement enlevé, mais non de détruire ce qui n'est pas susceptible d'enlèvement. Ainsi l'usufruitier, qui aurait fait des peintures à la fresque sur les murs de la maison, n'aurait pas le droit de les gratter. *Malitiis non est indulgendum*.

**1132.** L'usufruitier a fait des constructions sur le fonds grevé d'usufruit; le propriétaire a-t-il le droit de les conserver sans payer d'indemnité? ou bien l'usufruitier peut-il, lors de la cessation de l'usufruit, demander une indemnité au propriétaire, et, pour le cas où celui-ci refuserait de la payer, démolir la maison et rétablir les lieux dans leur premier état?

D'après une première opinion, on ne devrait pas considérer les constructions comme comprises parmi les améliorations, au sujet desquelles l'article 599 refuse toute indemnité à l'usufruitier. C'est forcer le sens des mots, dit-on, que de considérer une construction comme une amélioration. Construire, c'est créer une valeur nouvelle, et non améliorer; l'amélioration suppose une simple modification qui rend la chose plus utile, plus agréable ou plus productive. L'article 599 se trouvant ainsi écarté, on prétend que la situation de l'usufruitier vis-à-vis du nu-propriétaire doit être régie par l'article 555 al. 1<sup>er</sup>, relatif au constructeur de mauvaise foi. L'usufruitier pourra donc si le propriétaire refuse de lui rembourser son impense, exercer le *jus tollendi*, c'est-à-dire qu'il pourra démolir les constructions et faire son profit des matériaux à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état.

Une seconde opinion arrive au même résultat par une autre voie. On reconnaît que les constructions sont comprises parmi les améliorations dont parle l'article 599 (argument des art. 861, 1437, 1634, 2175 et surtout de l'art. 2133, dans lesquels le mot *amélioration* comprend les constructions d'après l'avis à peu près unanime des auteurs). Mais on accorde à l'usufruitier le *jus tollendi* par application de la partie finale de l'article 599, qui dit : « Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements, à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état ».

Enfin dans une troisième opinion qui nous paraît préférable, on admet que les constructions sont comprises dans l'article 599 al. 2 sous la dénomination d'améliorations; mais on refuse à l'usufruitier le *jus tollendi* accordé par l'alinéa final de cet article. Les exemples que donne ce texte prouvent, dit-on, que le *jus tollendi* qu'il concède ne s'applique qu'aux objets mobiliers attachés au fonds par l'usufruitier, et qui, s'ils avaient été placés par le propriétaire, seraient devenus immeubles par destination (la loi cite les glaces, tableaux et autres ornements), mais non aux choses qui, par leur incorporation au sol, sont devenues immeubles par leur nature; telles sont les constructions. L'usufruitier devra donc les laisser au nu-propriétaire sans indemnité. Ce qui fortifie singulièrement cette opinion, c'est qu'elle était adoptée dans notre ancien Droit par Pothier et Domat, qui, reproduisant sur ce point les dispositions de la loi romaine, considéraient l'usufruitier comme ayant voulu faire donation des constructions au nu-propriétaire, *donasse videtur*. Il est vrai que ces mêmes auteurs, suivant encore sur ce point les traditions du Droit romain, admettaient la même présomption en ce qui concerne le tiers constructeur de mauvaise foi: ils le considéraient lui aussi comme ayant voulu faire donation des constructions au propriétaire, *donasse videtur*, et ils lui refusaient à ce titre le *jus tollendi* et le droit

à une indemnité comme à l'usufruitier. On dit que notre législateur, ayant rejeté la présomption *donasse videtur* en ce qui concerne le possesseur de mauvaise foi (art. 555, al. 1), n'a pas pu vouloir la maintenir en ce qui concerne l'usufruitier. Mais il s'en faut de beaucoup que cet argument soit concluant. Il n'est pas impossible, en effet, d'expliquer au point de vue rationnel que la loi ait admis à cet égard une différence entre le possesseur de mauvaise foi et l'usufruitier. La présomption *donasse videtur* est contraire au bon sens, quand on l'applique au possesseur de mauvaise foi : comment supposer que celui qui possède comme propriétaire un fonds de terre qu'il sait appartenir à autrui, et qui entend par conséquent ravir ce fonds à son propriétaire, peut avoir l'intention, quand il construit sur ce fonds, de lui faire cadeau des constructions ? Cette présomption, au contraire, peut se justifier en ce qui concerne l'usufruitier : il ne possède point *animo domini* ; son titre implique même la reconnaissance du droit du propriétaire ; on peut donc supposer facilement qu'il construit avec l'intention de jouir des constructions pendant la durée de l'usufruit et de les abandonner ensuite au propriétaire.

## § II. Hypothèses particulières.

### N° 4. De l'usufruit des choses fongibles ou quasi-usufruit.

**1133.** « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage » sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareilles » quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit » (art. 587).

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, les choses, qui se consomment par le premier usage que l'on en fait, ne sont pas susceptibles d'un véritable usufruit. Il est impossible en effet d'en jouir en conservant leur substance, conformément à la définition donnée par l'article 578, puisqu'il s'agit de choses dont on ne peut se servir sans les consommer, *quarum usus in abusu consistit*. Jouissance et conservation de la substance sont ici deux idées incompatibles. Mais on a admis *utilitatis causa* la possibilité d'établir sur ces choses un droit analogue à l'usufruit, *quasi ususfructus*, que les commentateurs ont appelé *quasi-usufruit*. L'usufruitier aura le droit de consommer la chose, puisqu'il est impossible d'en jouir autrement, et à la fin de l'usufruit il restituera, non la chose elle-même qu'il a sans doute consommée, mais son équivalent.

En quoi consistera cet équivalent ? La loi dit « à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit. » Commençons par supprimer le mot *valeur*. La valeur des choses consommables est essentiellement variable, et en restituant, lors de la cessation de l'usufruit, des choses pareilles en qualité et en quantité à celles qu'il a reçues, l'usufruitier restituera souvent une valeur différente. Ainsi, l'usufruit portant sur cent hectolitres de froment qui, à raison de 20 francs l'hectolitre, valaient 2,000 fr. lors de l'ouverture de

l'usufruit, il est clair que, si le blé de la même qualité vaut 25 francs lors de la cessation de l'usufruit, l'usufruitier, en restituant cent hectolitres de ce blé, restituera une valeur de 2,500 francs. A moins qu'on ne dise que le mot *valeur* est synonyme de *bonté*; mais alors il ferait double emploi avec le mot *qualité*.

Maintenant dans quel cas l'usufruitier devra-t-il restituer des choses de pareille quantité et qualité, dans quel cas leur estimation? Un examen superficiel pourrait donner à penser que l'usufruitier a le choix entre l'un ou l'autre mode de restitution. Notre article dit en effet qu'il doit restituer des choses de pareille quantité et qualité *ou* leur estimation : ce qui indique une alternative. Et la loi ne disant pas à qui appartient le choix, il semble naturel de l'accorder au débiteur, c'est-à-dire à l'usufruitier, par argument de l'article 1190. Mais on arriverait ainsi à un résultat fort injuste qui consisterait à laisser toutes les bonnes chances à l'usufruitier et toutes les mauvaises au nu-propriétaire. L'usufruitier restituerait des choses semblables à celles qu'il a reçues, lorsque le prix de ces choses aurait baissé depuis l'ouverture de l'usufruit; au cas contraire, il restituerait leur estimation. On ferait-il est vrai disparaître cette injustice, en admettant que l'estimation dont parle la loi doit être faite d'après la valeur des choses *lors de la cessation de l'usufruit* : l'usufruitier restituerait alors à son choix, ou des choses semblables à celles qu'il a reçues, ou l'estimation de ces choses au moment où la restitution doit être faite, ce qui serait équivalent pour le propriétaire. Mais les mots *à la fin de l'usufruit*, qui terminent l'article 586, sont séparés par une virgule du mot *estimation*, et ne peuvent pas par conséquent avoir été écrits en vue de déterminer l'époque à laquelle l'estimation doit être faite.

L'article 585 doit être interprété à la lueur de la tradition, car sa disposition n'est pas de Droit nouveau. En Droit romain et sous notre ancienne législation, le quasi-usufruitier ne jouissait d'aucune alternative pour la restitution à faire au nu-propriétaire. On établissait la distinction suivante. Les choses grevées du droit d'usufruit avaient-elles été estimées lors de la constitution de l'usufruit? on appliquait la règle *Æstimatio facit venditionem* : l'usufruitier devenait propriétaire des choses grevées d'usufruit comme il le serait devenu en vertu d'une vente, et devait par suite restituer *le prix d'estimation*. Si au contraire aucune estimation n'avait été faite lors de la constitution de l'usufruit, l'usufruitier devenait encore propriétaire, mais sous l'obligation de restituer des choses de pareille quantité et qualité. Tout porte à croire que notre législateur a entendu consacrer ce système si rationnel et si équitable. Les termes de l'article 585 favorisent cette interprétation. La loi ne dit pas en effet : des choses de pareille quantité et qualité *ou leur valeur*, elle dit : *ou leur*

*estimation*, ce qui suppose qu'une estimation a été faite ; et sa disposition semble ainsi signifier que l'usufruitier doit le prix d'estimation quand il y en a une, et dans le cas contraire, des choses de pareille quantité et qualité.

\* **1134.** Parmi les choses consommables auxquelles s'applique le quasi-usufruit, la loi cite l'argent, les grains, les liqueurs. On ne voit guère dans la pratique d'exemples d'usufruit constitué à *titre particulier* sur des choses consommables autres que de l'argent. Ainsi on ne concevrait guère qu'un testateur légât l'usufruit d'une barrique de vin, de cent hectolitres de froment... Mais au contraire on voit fréquemment des choses consommables autres que l'argent comprises dans une constitution d'usufruit faite à *titre universel*, comme si par exemple un mari lègue à sa femme la moitié de ses biens en usufruit. Aussi la loi, qui statue toujours *de eo quod plerumque fit*, fait-elle allusion dans l'article 587 à un usufruit constitué de cette façon : « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer... »

\* **1135.** Le quasi-usufruit est généralement défini : celui qui porte sur des choses *consommables*. On en donnerait une notion plus exacte, au moins quand il est établi par la volonté de l'homme, en disant que c'est celui qui porte sur des choses *fongibles* (1). En effet, d'une part on conçoit à la rigueur que des choses consommables puissent être l'objet d'un véritable usufruit, d'un usufruit proprement dit : comme si un testateur a légué à un changeur l'usufruit de pièces de monnaie d'un certain type (de pièces d'or de cent francs par exemple qui sont devenues rares) pour les mettre en montre dans son comptoir, *ad pompam et ostentationem*, et à la charge de les restituer *in specie*. En sens inverse, on conçoit que des choses qui ne se consomment pas par le premier usage puissent être l'objet d'un *quasi-usufruit* : comme si j'ai légué l'usufruit d'un cheval en autorisant l'usufruitier à en disposer, et en l'obligeant à rendre, lors de la cessation de l'usufruit, un cheval semblable. En définitive la question de savoir si l'usufruitier est tenu d'une restitution *in specie* ou d'une restitution par équipollent, en d'autres termes la question de savoir s'il y a usufruit ou quasi-usufruit, dépend, non de la nature de la chose, mais de la volonté des parties ou du constituant, et on exprime cette idée en disant que le quasi-usufruit est l'usufruit des choses *fongibles*, tandis qu'on exprime l'idée contraire en disant que c'est l'usufruit de choses *consommables*. La nature de la chose ne peut servir qu'à faire deviner la volonté des parties quand elles ne l'ont pas manifestée : dans le doute on supposera que l'usufruit établi sur des choses consommables est un quasi-usufruit, de même qu'en sens inverse on supposera que l'usufruit établi sur des choses non consommables est un véritable usufruit. Mais sur l'un comme sur l'autre point, la volonté des parties peut décider le contraire.

**1136.** Différences entre le quasi-usufruit et le prêt de consommation. — Aux termes de l'article 1892 : « le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ». On voit par cette définition que le prêt de consommation présente une très-grande analogie avec le quasi-usufruit. Mais il y a des différences :

1° Le quasi-usufruitier doit fournir caution, à moins qu'il n'en soit dispensé par la loi ou par le titre constitutif de l'usufruit. Au contraire l'emprunteur à consommation ne doit pas de caution, à moins qu'il ne se soit obligé à en fournir une.

(1) C'est la nature de la chose qui fait qu'elle est *consommable*, tandis que c'est la volonté des parties qui la rend *fongible* (*supra*, n° 1011).

2° Le quasi-usufruit peut être comme l'usufruit, légal, testamentaire ou conventionnel ; le prêt de consommation est toujours conventionnel.

3° Dans le quasi-usufruit, l'obligation de restituer prend naissance par la mort du quasi-usufruitier et par tout événement qui met fin à l'usufruit ; tandis que dans le prêt de consommation l'emprunteur ne doit restituer qu'à l'époque fixée par la convention.

**1137.** Différences entre le quasi-usufruit et l'usufruit : 1° L'usufruit n'est qu'un démembrement de la propriété ; le quasi-usufruit est un droit de propriété pleine et entière. Le quasi-usufruitier peut donc aliéner, tandis que l'usufruitier ne le peut pas.

2° Le quasi-usufruitier étant propriétaire, les risques sont pour son compte, *Casum sentit dominus*. Si les choses sur lesquelles porte son droit périssent par cas fortuit il n'en sera pas moins tenu à restitution vis-à-vis du nu-propriétaire. Au contraire, l'usufruitier n'étant pas propriétaire, les risques ne sont pas pour son compte : si la chose périt par cas fortuit, il sera libéré de toute restitution. *Debitor certæ speciei ejus interitu liberatur*.

3° L'usufruitier doit restituer à la fin de l'usufruit la chose même qu'il a reçue ; le quasi-usufruitier doit restituer des choses semblables.

\* **1138.** De l'usufruit d'un fonds de commerce. — Quelques auteurs enseignent qu'un fonds de commerce se composant de marchandises destinées à être vendues et par suite de choses fongibles, l'usufruit qui porte sur un semblable fonds doit être considéré comme un quasi-usufruit, et régi à ce titre par l'article 587 : ce qui entraînerait notamment cette conséquence que l'usufruitier pourrait vendre le fonds de commerce, et que, si l'usufruit a été constitué avec estimation, l'usufruitier devrait rendre le prix d'estimation à la fin de l'usufruit. C'est confondre le fonds de commerce avec les marchandises qu'il comprend. Un fonds de commerce est une sorte d'universalité, *nomen juris, sicut hereditas*, se composant de marchandises destinées à être vendues et remplacées par d'autres, et comprenant aussi la clientèle, l'achalandage, comme on disait autrefois. Or, ainsi envisagé, le fonds de commerce n'est certainement pas une chose fongible.

Faut-il alors appliquer au fonds de commerce la disposition de l'article 589 relatif aux meubles qui se détériorent peu à peu par l'usage ? On ne peut guère y songer. Loin de se détériorer peu à peu par l'usage, un fonds de commerce est au contraire susceptible d'augmenter beaucoup de valeur s'il est bien géré.

Voici dans le silence de la loi les règles qui sembleraient devoir être appliquées. L'usufruitier a le droit d'exploiter le fonds de commerce, et par suite de vendre les marchandises dont il se compose, à la charge de les remplacer par d'autres ; c'est la seule manière en effet de jouir du fonds de commerce. Il vendra les marchandises, non pas comme propriétaire (car il ne l'est pas, n'y ayant pas ici de quasi-usufruit), mais comme administrateur. Non seulement l'usufruitier peut exploiter le fonds de commerce, mais il le doit ; car il est tenu de conserver la substance de la chose, et il l'altérerait s'il laissait périr la clientèle faute d'exploitation. A la fin de l'usufruit l'usufruitier devra restituer le fonds de commerce dans l'état où il l'a pris. Il sera tenu à une indemnité, si, faute d'une exploitation intelligente, il a laissé diminuer la clientèle ou s'il ne laisse pas une quantité de marchandises égale à celle qu'il a reçue (arg., art. 587). Mais il ne lui sera pas dû d'indemnité pour les améliorations (arg., art. 599).

Il peut se faire que le fonds de commerce ait été estimé lors de la création de l'usufruit ; quel sera l'effet de l'estimation ? Si le titre constitutif de l'usufruit s'explique sur ce point, il fera la loi des parties. Dans le cas contraire, il serait difficile de considérer l'estimation comme entraînant vente au profit de l'usufruitier : ce qui

aurait pour conséquence l'établissement d'un quasi-usufruit. L'estimation paraîtrait ne devoir pas produire d'autre effet que celui de fixer la valeur des marchandises comprises dans le fonds de commerce et de déterminer par suite l'étendue de la restitution que devra faire l'usufruitier.

**1139. De l'usufruit d'une créance.** — L'usufruitier d'une créance a certainement le droit d'en toucher les intérêts. Peut-il aussi toucher le capital quand il devient remboursable? Il est difficile de ne pas admettre l'affirmative en présence de l'article 39 de la loi 3 mai 1841, qui permet à l'usufruitier d'un immeuble exproprié pour cause d'utilité publique de toucher l'indemnité d'expropriation, sauf au propriétaire à exiger une caution. D'ailleurs la solution contraire priverait l'usufruitier de son droit de jouir. Il est vrai que le droit de l'usufruitier va ainsi se trouver transformé : l'usufruit va dégénérer en un quasi-usufruit. Mais cette transformation est indépendante du fait de l'usufruitier; elle résulte de la nature même du droit de créance qui était temporaire. Il est vrai encore que l'usufruitier, en touchant le capital et en le plaçant, va peut-être compromettre les droits du propriétaire. Le remède à ce danger se trouve dans la caution que le propriétaire a pu exiger aux termes de l'article 604.

Mais l'usufruitier d'une créance n'en est pas propriétaire, et de là il résulte :

1° Qu'il ne peut pas l'aliéner :

2° Qu'il ne peut pas la nover ;

3° Que ses créanciers ne peuvent pas la saisir ;

4° Enfin que, si la créance périt, elle périra pour le propriétaire.—A moins que le débiteur ne soit devenu insolvable postérieurement à l'époque où le remboursement de la créance pouvait être exigé, et que l'usufruitier ait négligé de le poursuivre en temps utile : cas auquel, la perte de la créance pouvant être imputée à l'usufruitier, il en serait responsable.

L'usufruitier peut prendre en son nom inscription du privilège ou de l'hypothèque qui garantit la créance; il peut aussi prendre inscription au nom du propriétaire.

\* **1140.** Il y a des obligations dites à *prime*. On les appelle ainsi parce que, outre un intérêt annuel, elles donnent droit à une prime lorsqu'elles sont appelées au remboursement par voie de tirage au sort. Il y a aussi des obligations à *lots*, très-recherchées aujourd'hui; elles donnent droit à des lots, très-importants quelquefois, qui sont attribués périodiquement par voie de tirage au sort. Primes et lots sont obtenus avec une partie des intérêts que l'on retient aux obligataires : ainsi, au lieu de leur donner 5 % par an, on ne leur donne que 4 % ou 3 %, et le surplus sert à composer les primes de remboursement ou les lots. Quel sera le droit de l'usufruitier d'une obligation sur la prime de remboursement ou sur le lot échu à cette obligation? On pourrait dire : la prime de remboursement ou le lot n'est pas un fruit; c'est un *donum fortunæ*, comme le trésor; l'usufruitier n'y a donc aucun droit, pas plus qu'au trésor (arg., art. 599). — Sans doute la prime de remboursement ou le lot est, dans une certaine mesure, un *donum fortunæ*, puisque c'est un gain fait à la loterie. Mais il y a cette différence avec le trésor qu'on ne paye rien pour acquérir ce dernier tandis qu'on paye quelque chose pour acquérir la chance de gagner la prime de remboursement ou le lot : on paye une somme égale à la retenue faite chaque année sur les intérêts de l'obligation que le sort désigne pour la prime ou pour le lot. Voilà une obligation de 500 francs qui, au lieu de donner 25 francs de revenu annuel, ce qui représenterait son intérêt à 5 %, ne rapporte que 15 francs; mais elle donne chaque année la chance de gagner un lot de 400,000 francs qui est formé avec les 40 francs retenus sur les intérêts de chaque obligation. Eh bien! cette obligation reçoit chaque année 15 francs d'intérêt et un billet de loterie qui coûte 40 francs. Si l'obligation gagne un lot, à qui devra-t-il profiter? A celui qui a

payé le billet de loterie bien évidemment, c'est à-dire à l'usufruitier, puisqu'il a subi la retenue qui forme le prix du billet. Donc le lot lui appartient, et il en serait de même de la prime de remboursement. On peut objecter, il est vrai, que le lot gagné est la contre-valeur, non seulement des retenues subies par l'usufruitier, mais aussi de celles qui ont été subies auparavant par le nu-propiétaire. Mais cette objection tombe devant cette simple considération : que si, après avoir possédé pendant 20 ans une obligation à lots qui n'a rien gagné, je la vends et que le tirage suivant attribue un lot à cette obligation, il appartiendra tout entier au nouveau titulaire, bien que j'aie subi de nombreuses retenues dont je n'ai pas profité. Chaque tirage au sort forme une nouvelle loterie dont les billets sont payés par ceux qui, jouissant de l'obligation, subissent la retenue représentant le prix des billets. Donc l'usufruitier doit profiter des lots attribués aux obligations dont il a la jouissance.

Enfin, d'après une troisième opinion qui compte d'assez nombreux suffrages, le lot ou la prime de remboursement appartiendrait au propriétaire pour la nue propriété et à l'usufruitier pour la jouissance; mais il est peut-être plus facile de trouver en faveur de cette solution des raisons d'équité que de véritables raisons de Droit. C'est celle qu'a adoptée la Cour de cassation dans un arrêt récent (Cass., 14 mars 1877, Sir., 78. 4. 4.). La Cour dit pour tout motif : « Attendu que cette prime (la prime de remboursement) forme un surcroît de capital, qui appartient au nu-propiétaire de l'obligation et dont la jouissance seule peut être réclamée par l'usufruitier ».

#### N° 2. Usufruit portant sur des meubles corporels qui se détériorent peu à peu par l'usage.

**1141.** Aux termes de l'article 589 : « *Si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute.* »

La jouissance prolongée des meubles dont parle notre article leur enlève souvent toute valeur; il en est ainsi notamment du linge et des vêtements. Mais l'usufruitier ne sera pas responsable vis-à-vis du nu-propiétaire des détériorations ni même de la perte résultant d'une jouissance régulière. *Neminem lædit qui suo jure utitur*. Il sera rare toutefois que l'usage régulier de la chose puisse avoir pour résultat de l'anéantir. L'usufruitier agira toujours prudemment en conservant les débris de la chose, fussent-ils sans valeur; pour les représenter au nu-propiétaire à la fin de l'usufruit; autrement, on pourrait l'accuser d'avoir vendu la chose, alors qu'elle était encore en bon état, et lui demander la restitution du prix.

#### N° 3. Usufruit d'une rente viagère.

**1142.** A tort ou à raison la loi considère les arrérages d'une rente viagère comme constituant exclusivement des fruits, et à ce titre elle les attribue pour le tout à l'usufruitier de la rente. « *L'usufruit d'une rente*

» viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages sans être tenu à aucune restitution », dit l'article 588.

La question de savoir quels sont les droits de l'usufruitier d'une rente viagère était très-controversée dans notre ancien Droit. La difficulté vient de ce que les arrérages d'une rente viagère comprennent en réalité un mélange de capital et d'intérêts. J'aliène un capital de 400,000 fr. moyennant une rente viagère de 40,000 fr. ; les 40,000 fr., que je toucherai jusqu'à ma mort, représentent, non seulement les intérêts du capital que j'ai aliéné pour la constitution de la rente, mais aussi une portion de ce capital lui-même que je perçois ainsi sous forme d'annuités. Aussi la plupart de nos anciens auteurs pensaient-ils qu'il n'y avait pas lieu d'attribuer à l'usufruitier d'une rente viagère la totalité des arrérages sans restriction ; mais ils n'étaient pas d'accord entre eux sur le point de savoir comment devaient être réglés les droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire.

La solution la plus satisfaisante au point de vue rationnel serait peut-être celle qui consisterait à laisser au nu-propiétaire le droit de toucher les arrérages, sauf à payer à l'usufruitier l'intérêt annuel au taux ordinaire, non des arrérages de la rente, mais bien du capital moyennant lequel elle a été constituée, ou du capital qu'il aurait fallu aliéner pour la créer s'il s'agit d'une rente constituée à titre gratuit. Notre législateur, on vient de le voir, a admis un autre système. Il regarde les arrérages d'une rente viagère exclusivement comme des fruits, et les attribue à ce titre à l'usufruitier pour le tout. A ses yeux la substance de la chose, le capital, c'est ici l'être juridique que l'on appelle la rente ; les arrérages n'en sont que le produit. C'est cette rente seulement que l'usufruitier devra restituer, si elle existe encore lors de la cessation de l'usufruit.

La décision, que donne l'article 588 relativement à l'usufruit d'une rente viagère, doit être appliquée par voie d'analogie à l'usufruit d'un usufruit ; car l'usufruit et la rente viagère sont deux droits de même nature. L'usufruitier d'un usufruit aura donc droit à tous les produits de l'usufruit (arg., art. 1568). Le cas se présente fréquemment par suite de l'adoption de certains régimes matrimoniaux (communauté, non-communauté, régime dotal) ; l'usufruit légal de l'article 384 peut aussi y donner lieu.

Les droits de l'usufruitier d'un usufruit ne sont pas les mêmes que ceux de l'acheteur d'un usufruit. Le droit du premier prend fin par sa mort, et généralement par toutes les causes qui mettent fin à l'usufruit. Le droit du second passe à ses héritiers. Sur un point cependant la situation de l'un et de l'autre est la même : leur droit prend fin par l'extinction de l'usufruit vendu ou grevé d'usufruit.

La loi ne parle nulle part de l'usufruit d'une rente perpétuelle ; mais ce cas ne peut soulever aucune difficulté. L'usufruitier d'une rente perpétuelle a le droit d'en toucher les arrérages ; il peut même recevoir le remboursement de la rente, quand il est offert par le débi-rentier dans les conditions où la loi lui permet de l'imposer au crédi-rentier (arg. art. 39 de la loi du 3 mai 1841.)

#### N° 4. Usufruit portant sur des bois.

**1143.** Nous n'avons pas à nous préoccuper du cas, assez rare d'ailleurs,

où les bois soumis au droit d'usufruit seraient affermés; car alors le prix de ferme serait acquis à l'usufruitier jour par jour conformément à l'article 587.

La loi distingue si l'usufruit porte sur des bois taillis ou s'il porte sur des bois de haute futaie. Les bois taillis, *silva cædua*, sont ceux qui poussent par cépées, et qui sont destinés à être coupés, *taillés* périodiquement tous les dix ans, tous les quinze ans... Les arbres de haute futaie sont ceux qu'on laisse arriver à un âge très-avancé, et qui, une fois coupés, ne repoussent plus. On voit par cette définition que la coupe des bois taillis constitue un produit périodique, par conséquent un fruit (*supra*, n° 1116). Ce caractère ne se retrouve plus dans les arbres de haute futaie, que la loi considère comme un *capital* mis en réserve pour l'avenir. Aussi allons-nous voir que l'usufruitier a droit à la coupe des bois taillis, tandis qu'en principe il ne peut pas toucher aux arbres de haute futaie.

### I. Usufruit portant sur des bois taillis.

**1144.** « Si l'usufruit comprend des bois taillis, l'usufruitier est tenu » d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement » ou à l'usage constant des propriétaires; sans indemnité toutefois en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers, pour les coupes ordinaires, soit » de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance » (art. 590, al. 1).

L'usufruitier a le droit d'exploiter les bois taillis, qu'ils soient ou non aménagés lors de l'ouverture de l'usufruit.

Un bois taillis est aménagé, lorsqu'il est soumis à une exploitation méthodique et régulière. Ainsi le propriétaire d'un bois taillis de dix hectares a divisé son bois en dix cantons d'un hectare chacun; tous les ans il coupe un hectare, en suivant toujours la même série pour les coupes; de sorte que chaque année il coupe un taillis de dix ans sur une superficie d'un hectare. Le taillis est dit *aménagé*, parce que, à chaque coupe, le propriétaire réserve, *ménage* une partie du taillis pour les années suivantes. Eh bien! l'usufruitier d'un bois taillis aménagé devra se conformer à l'aménagement qu'il trouve établi, car il doit modeler sa jouissance sur celle du propriétaire; il devra, comme le dit notre article, observer l'*ordre* et la *quotité* des coupes: l'*ordre*, c'est-à-dire la série, la *quotité*, c'est-à-dire le nombre et l'étendue.

Le plus souvent l'aménagement observé par le dernier propriétaire sera conforme à l'aménagement observé par les propriétaires antérieurs: c'est ce que suppose notre article qui statue *de eo quod plerumque fit*. Si l'aménagement établi par le dernier propriétaire était différent, l'usufruitier devrait s'y conformer; car telle était la loi du fonds au moment de son entrée en jouissance, et il doit l'observer. A moins cependant que ce propriétaire n'ait joui d'une manière abusive, cas auquel l'usufruitier n'aurait pas le droit de l'imiter, puisqu'il doit jouir en bon père de famille.

D'ailleurs, c'est à peine si on peut dire alors que le dernier propriétaire avait établi un aménagement ; car un aménagement ne peut être que le résultat d'une jouissance régulière. Une jouissance abusive viole un aménagement antérieur, mais elle n'en fonde pas un nouveau. Il y aurait lieu dans ce cas d'observer les règles, qui vont être indiquées immédiatement pour le cas où l'usufruitier ne trouve pas d'aménagement établi lors de l'ouverture de l'usufruit.

Eh bien donc, quand il n'existe pas, lors de l'ouverture de l'usufruit, d'aménagement établi, ce qui pourra arriver notamment lorsque le bois est jeune, l'usufruitier devra se conformer pour l'exploitation à l'usage constant des propriétaires du bien grevé d'usufruit s'ils ont d'autres bois taillis, et à défaut aux usages des autres propriétaires de la contrée.

**1145.** Lorsqu'on coupe un bois taillis, on réserve ordinairement un certain nombre d'arbres qui paraissent de belle venue pour les laisser croître. Ces arbres portent le nom de *baliveaux* ; après la deuxième coupe ils prennent le nom de *modernes* ; après la troisième on les appelle *anciens*, ou encore *jeunes futaies* ; après la quatrième *hautes futaies*.

L'usufruitier, devant modeler sa jouissance sur celle des propriétaires, devra se conformer à leurs usages pour la réserve des *baliveaux*, laisser par exemple lors de chaque coupe cent baliveaux par hectare, si tel est l'usage établi par les propriétaires. En revanche, l'usufruitier a le droit de suivre l'usage des propriétaires pour la coupe des baliveaux ou des futaies : par exemple les propriétaires étaient dans l'usage d'abattre à chaque coupe dix arbres de haute futaie par hectare ; l'usufruitier aura le droit d'agir de même.

**1146.** C'est par la perception que l'usufruitier devient propriétaire des produits d'un bois taillis (*supra*, n°1118). Si donc il a négligé de faire une coupe à l'époque fixée, tout le bois qui se trouve sur pied au moment de la cessation de l'usufruit appartient au nu-propriétaire sans aucune indemnité (art. 590). Cette disposition détournera l'usufruitier de l'idée de retarder les coupes pour les avoir plus belles.

En sens inverse, il peut arriver que l'usufruitier ait devancé l'époque fixée pour une coupe. Il devra de ce chef être condamné à des dommages et intérêts envers le propriétaire, *s'il y a lieu*.

\* Nous disons *s'il y a lieu*, c'est-à-dire si l'anticipation cause un préjudice au propriétaire, ce qui n'arrivera pas toujours. Ainsi l'usufruitier a coupé à dix ans un bois taillis, qui ne devait être coupé qu'à quinze ; l'usufruit a pris fin six ans après la coupe ; aucune indemnité ne sera due au propriétaire, car il n'éprouve aucun préjudice. En effet, si l'usufruitier avait fait la coupe à l'époque fixée, le propriétaire aurait trouvé à la fin de l'usufruit un taillis âgé d'un an, tandis qu'il en trouve un âgé de six ans ; l'usufruitier n'a donc fait tort qu'à lui-même. Si au contraire, dans l'espèce proposée, l'usufruit a pris fin trois ans après la coupe, une indemnité sera due au propriétaire. En effet il se trouve que l'usufruitier a fait une coupe à laquelle il n'avait aucun droit, puisque l'usufruit a pris fin avant l'époque où la coupe aurait dû normalement être faite. Par suite de cette anticipation, le propriétaire, qui aurait dû à la fin de l'usufruit trouver un taillis âgé de treize ans, ne trouve qu'un taillis âgé de trois ans. Il éprouve donc un préjudice, qui lui est causé par la faute de l'usu-

fruitier, et dont il peut exiger la réparation (arg., art. 1382). Comment calculera-t-on l'indemnité due au propriétaire? D'après l'étendue du préjudice qu'il souffre, c'est-à-dire que l'indemnité sera égale à la valeur qu'aurait eue le bois si l'usufruitier n'avait pas fait la coupe, déduction faite de la valeur de la nouvelle recrue suivant son âge.

Ce que la loi dit des bois taillis devrait être appliqué par voie d'analogie aux roseaux et aux oseraies susceptibles d'aménagement.

Aux termes de l'article 590, al. 2 : « *Les arbres qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader, ne font aussi partie de l'usufruit qu'à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement* ».

*Aux usages des lieux*, ou plutôt peut-être des propriétaires.

## II. *Usufruit portant sur des bois de haute futaie.*

**1147.** Les bois de haute futaie sont considérés par la loi comme destinés à l'ornement du fonds, ou comme constituant un capital mis en réserve pour l'avenir, auquel le propriétaire ne touche que pour satisfaire des besoins extraordinaires. Aussi la loi ne reconnaît-elle pas le caractère de fruits au produit des coupes de hautes futaies : ce qui explique qu'elle refuse en principe tout droit à l'usufruitier relativement à ce produit.

Cette règle souffre exception, lorsque la haute futaie était *en coupe réglée* lors de l'ouverture de l'usufruit. La loi considère alors le produit des coupes comme constituant un fruit à cause de leur périodicité, et elle permet à l'usufruitier de les faire à son profit en observant l'aménagement établi par les anciens propriétaires. C'est ce qui résulte de l'article 591 ainsi conçu : « *L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine* ».

On voit qu'une haute futaie est mise en coupe réglée, lorsqu'elle a été soumise par les propriétaires à une exploitation régulière et périodique. Des coupes, faites « sans ordre et sans méthode pour satisfaire des fantaisies ou des besoins extraordinaires », ne constitueraient pas un aménagement.

En principe l'usufruitier, en l'absence d'un aménagement, ne peut couper aucun arbre de haute futaie. « *Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres de haute futaie : il peut seulement employer, pour faire les réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident ; il peut même, pour cet objet, en faire abattre, s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire* » (art. 592).

*Aux arbres de haute futaie.* La rédaction primitive portait : « aux bois de haute futaie ». Le mot *arbres* a été, sur la demande du Tribunal, substitué au mot *bois*, pour que la disposition devînt applicable aux arbres *épars* qui servent d'ornement ou d'avenue.

*Pour faire les réparations DONT IL EST TENU.* Donc l'usufruitier n'aurait pas ce droit en ce qui concerne les grosses réparations qu'il voudrait faire; car il n'en est pas tenu (art. 605), et, s'il les fait, c'est volontairement et à ses frais. En ce sens, Toulouse, 23 mai 1881. Sir., 81. 2. 444.

*Les arbres arrachés ou brisés par accident.* On les appelle des *chablis*. L'usufruitier n'y a droit que pour les réparations dont il est tenu; il ne pourrait pas les employer pour son chauffage.

On voit que les droits de l'usufruitier d'une haute futaie non aménagée se réduisent à fort peu de chose : droit de chasse, droit de parcours, droit de recueillir les fruits produits par les arbres, par exemple les pommes sauvages et les glands. Les charges dépasseront peut-être le profit; car il faut payer les impôts comme prix de cette maigre jouissance (art. 608). L'usufruitier sera souvent tenté en pareil cas de renoncer à son droit pour s'exonérer des charges; le peut-il? Sans nul doute, *Unusquisque potest juri in favorem suum introducto renuntiare*; mais à la condition de renoncer à son droit tout entier. Si l'usufruit porte sur un domaine comprenant une haute futaie, l'usufruitier ne pourra donc pas renoncer à son droit sur la haute futaie et le conserver sur le reste du domaine, abandonnant ainsi le mauvais et gardant le bon. A ce point de vue son droit présente une sorte d'indivisibilité; il ne peut pas le scinder au préjudice du propriétaire.

**1148.** L'usufruitier, qui aurait, sans en avoir le droit, coupé des bois de haute futaie, devrait de ce chef une indemnité. Le propriétaire ne serait pas obligé, comme on l'a prétendu, d'attendre l'extinction de l'usufruit pour en obtenir le paiement; il a le droit de l'exiger de suite (en ce sens, Bourges, 15 juillet 1873, s. cass. Sir., 75. 4. 265). La solution contraire aurait pour résultat de permettre à l'usufruitier de jouir indirectement de la haute futaie, puisqu'il profiterait pendant toute la durée de l'usufruit du prix qu'il a retiré des arbres coupés. D'ailleurs, le propriétaire perdant en pareil cas l'augmentation de valeur que les arbres auraient acquise s'ils étaient restés sur pied jusqu'à la fin de l'usufruit, il est juste qu'à titre de compensation il touche immédiatement l'indemnité qui lui est due. Le cas est bien différent de celui où l'usufruitier a coupé un taillis avant l'époque fixée : il se peut que cette anticipation ne cause aucun préjudice au propriétaire; si par l'événement elle se trouve lui en causer un, il est impossible d'en apprécier dès à présent l'importance (*supra*, n° 1146). On conçoit donc que dans ce cas la demande formée par le propriétaire du paiement immédiat d'une indemnité doive être repoussée. Tandis que la coupe indûment faite d'arbres de haute futaie cause au propriétaire un préjudice certain et dont il est facile dès à présent de déterminer le montant; de quel droit l'usufruitier demanderait-il donc un délai pour réparer ce préjudice?

Il faut même aller plus loin. Le nu-propriétaire pourrait réclamer les arbres abattus par l'usufruitier; car celui-ci les a coupés indûment, et n'a pu en devenir propriétaire; le tout sans préjudice des dommages-intérêts. Toutefois l'action en revendication du propriétaire ne serait plus recevable, si l'usufruitier avait disposé des arbres au profit d'un tiers de bonne foi qui en aurait pris possession (arg., art. 2279).

**1149.** Si l'usufruitier ne peut pas toucher aux arbres de haute futaie, le propriétaire de son côté n'a pas le droit de les abattre; car il priverait ainsi l'usufruitier de son droit de jouissance sur la haute futaie. On admet toutefois une exception à ce principe pour les arbres qui se couvrent, signe qui annonce leur fin prochaine.

**1150. Disposition commune aux bois taillis et aux bois de haute futaie.** — « *Il (l'usufruitier) peut prendre dans les bois, des*  
 » *échelas pour les vignes ; il peut aussi prendre, sur les arbres, des pro-*  
 » *duits annuels ou périodiques, le tout suivant l'usage du pays ou la cou-*  
 » *tume des propriétaires.* »

*Pour les vignes.* Il s'agit, à n'en pas douter, des vignes faisant partie du domaine grevé d'usufruit, et non des vignes appartenant en propre à l'usufruitier. On admet généralement par analogie que l'usufruitier aurait le droit de prendre dans les bois des perches à houblon, et des tuteurs pour les arbres.

*Des produits annuels ou périodiques,* tels que pommes et cerises sauvages, olives, feuilles des mûriers, écorces des chênes-liège... Cette disposition était assez inutile, et en tout cas elle n'est pas à sa place dans notre article.

Enfin aux termes de l'article 594 : « *Les arbres fruitiers qui meurent,*  
 » *ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à*  
 » *l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres* ». La raison en est que, toute la valeur des arbres fruitiers consistant ou à peu près dans les fruits qu'ils produisent, on ne pouvait guère craindre que l'usufruitier fût tenté de les faire mourir ou de les arracher frauduleusement pour en profiter. Au contraire cette crainte n'eût peut-être pas été chimérique pour les arbres de haute futaie. De là les décisions différentes des articles 592 et 594.

**N° 5. De l'usufruit d'un fonds contenant une mine, une minière,  
 une carrière ou une tourbière.**

**1151.** « *Il (l'usufruitier) jouit aussi, de la même manière que le proprié-*  
 » *taire, des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de*  
 » *l'usufruit; et néanmoins s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être*  
 » *faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en*  
 » *avoir obtenu la permission du Roi. Il n'a aucun droit aux mines et car-*  
 » *rières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est*  
 » *point encore commencée, ni au trésor qui pourrait être découvert pen-*  
 » *dant la durée de l'usufruit (art. 598)* ».

L'usufruitier doit se conformer au mode de jouissance qu'il trouve établi lors de l'ouverture de l'usufruit. De là résultent deux conséquences :

1° L'usufruitier n'a aucun droit au produit des mines, minières, carrières ou tourbières qui n'étaient pas encore en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit.

Toutefois, les mines constituant une richesse sociale, on conçoit que l'usufruit, dont est grevé le fonds qui les contient, ne peut pas être un obstacle à leur exploita-

tion. La loi, dans l'intérêt public, autorise le Gouvernement à concéder l'exploitation d'une mine malgré l'opposition du propriétaire; à plus forte raison, malgré celle de l'usufruitier. Supposons qu'une mine soit concédée pendant la durée de l'usufruit. L'usufruitier, n'ayant aucun droit au produit de la mine, ne profitera pas de la redevance due par le concessionnaire; il n'aurait droit qu'à une indemnité pour le préjudice que lui causerait l'ouverture de la mine. Si c'est lui qui a obtenu la concession, il devra payer la redevance au propriétaire.

2<sup>e</sup> L'usufruitier a le droit de jouir comme le propriétaire lui-même, pendant la durée de l'usufruit, des mines, minières, carrières ou tourbières en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit.

En ce qui concerne les mines, ce principe conduit aux applications suivantes :

a). Le propriétaire exploitait la mine par lui-même en vertu d'une concession. — L'usufruitier continuera l'exploitation. Devra-t-il obtenir à cet effet une autorisation spéciale du chef de l'État? D'après la législation en vigueur à l'époque où l'article 598 a été décrété (l. du 28 juillet 1791), la concession des mines était personnelle au concessionnaire. L'article 598 n'a fait que déduire une conséquence de ce principe, en déclarant que, « s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du Roi ». Mais sa disposition doit être considérée comme ayant été modifiée sur ce point par la législation actuellement en vigueur sur les mines. En effet, d'après l'article 7 de la loi du 21 avril 1810, l'acte de concession « donne la propriété perpétuelle de la mine, laquelle est dès lors disponible et transmissible comme tous les autres biens ». L'usufruitier n'a donc plus besoin d'une autorisation spéciale pour continuer l'exploitation commencée par le propriétaire.

b). La mine était exploitée lors de l'ouverture de l'usufruit par un concessionnaire autre que le propriétaire. — L'usufruitier touchera, pendant la durée de l'usufruit, la redevance payée par le concessionnaire; cette redevance représente la jouissance de la mine.

**1152. Remarque.**— En ce qui concerne les carrières et tourbières, le propriétaire ne pourrait les ouvrir pendant la durée de l'usufruit qu'avec le consentement de l'usufruitier. La loi décide le contraire pour les mines, ainsi que nous venons de le voir; mais c'est une exception au Droit commun, et les exceptions ne s'étendent pas.

**1153. Disposition relative au trésor.**— L'usufruitier « n'a aucun droit... au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit » (art 598, *in fine*).

*Qui pourrait être découvert.* Ces termes indiquent qu'il s'agit d'un trésor qui serait découvert par un autre que l'usufruitier. Si l'usufruitier avait lui-même trouvé le trésor, il aurait certainement droit à la moitié que la loi attribue à l'inventeur (art. 712). Notre disposition doit donc être entendue en ce sens, que l'usufruitier n'a aucun droit *en cette qualité* au trésor qui serait découvert par un autre que lui dans le fonds grevé d'usufruit; il ne peut réclamer ni la propriété ni même la jouissance de la moitié du trésor qui est attribuée au propriétaire *jure soli*. Mais il peut avoir droit comme tout autre à la moitié attribuée à l'inventeur.

Notre disposition prouve deux choses : 1<sup>o</sup> que le trésor n'est pas un fruit ; 2<sup>o</sup> qu'il ne doit pas être considéré comme faisant fictivement partie du fonds où il est découvert, même pour la portion attribuée au propriétaire *jure soli*.

## SECTION II.

## DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER

**1154.** L'usufruitier doit, lors de la cessation de l'usufruit, restituer la chose au nu-propiétaire dans l'état où il l'a reçue; c'est là son obligation principale, les autres n'ont guère pour but que d'en assurer l'exécution.

Nous parlerons successivement des obligations dont l'usufruitier est tenu avant son entrée en jouissance, de celles qui lui sont imposées pendant la durée de sa jouissance et enfin de celles qui lui incombent au moment où elle prend fin.

§ I. *Des obligations de l'usufruitier avant son entrée en jouissance.*

**1155.** L'usufruitier doit, avant d'entrer en jouissance : 1<sup>o</sup> faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit; 2<sup>o</sup> fournir caution.

I. *De l'inventaire et de l'état.*

**1156.** « *L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont; mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit* » (art. 600).

L'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article formule un principe qui nous est déjà connu: le nu-propiétaire, n'étant pas obligé de faire jouir l'usufruitier, mais seulement de le laisser jouir, n'est pas tenu de lui délivrer la chose en bon état; l'usufruitier doit la prendre dans l'état où elle est. Cependant le nu-propiétaire pourrait exceptionnellement se trouver obligé de délivrer la chose en bon état en vertu d'une clause de l'acte constitutif de l'usufruit. A l'inverse, le locataire ou le fermier a toujours le droit, sauf convention contraire, d'exiger que la chose lui soit délivrée en bon état de réparations. La raison en est qu'il a un droit *personnel* de jouissance à la différence de l'usufruitier qui n'a qu'un droit *réel*, et il peut exiger à ce titre que le locateur le fasse jouir.

L'usufruitier devant, lors de la cessation de l'usufruit, restituer tout ce qu'il a reçu et dans l'état où il l'a reçu, il importe au nu-propiétaire, qui a droit à cette restitution, qu'un titre régulier constate ce que l'usufruitier reçoit et dans quel état il le reçoit. Tel est le but de l'*inventaire* en ce qui concerne les meubles et de l'*état* en ce qui concerne les

immeubles. On sait que l'inventaire est un état énumératif descriptif et ordinairement estimatif d'objets mobiliers; quant à l'état des immeubles, son nom même indique en quoi il consiste.

La loi n'ayant pas déterminé les formes de l'inventaire et de l'état, rien ne s'opposerait à ce qu'ils fussent faits par acte sous seing privé, si les parties sont majeures et capables; dans le cas contraire il devrait, suivant l'opinion générale, y être procédé par acte notarié.

Les frais de l'inventaire et de l'état sont en général à la charge de l'usufruitier, soit parce que ces mesures sont une condition de son entrée en jouissance, soit parce qu'en principe les frais d'un acte sont à la charge de celui qui doit le faire dresser.

L'inventaire et l'état doivent être faits contradictoirement avec le propriétaire, c'est-à-dire, comme le dit notre article, en sa présence ou lui dûment appelé; le propriétaire a intérêt à surveiller ces actes pour s'assurer qu'ils sont fidèles et exacts.

\* Il n'est pas nécessaire que l'inventaire contienne l'estimation des meubles sujets à usufruit. S'il la contient, on devra la considérer comme ayant été faite dans le but de déterminer le montant de l'indemnité due au propriétaire pour les meubles qui ne seraient pas représentés en nature lors de la cessation de l'usufruit, et non dans le but de transférer à l'usufruitier la propriété des meubles estimés par application de la règle *Æstimatio venditio est*; à moins qu'il n'apparaisse une volonté contraire des parties. Cette volonté pourrait, conformément aux règles du Droit commun, être manifestée expressément ou tacitement.

**1157.** Quelle est la sanction du défaut d'inventaire ou d'état? Le propriétaire peut s'opposer à ce que l'usufruitier *entre en jouissance* (art. 600), c'est-à-dire à ce qu'il prenne possession des meubles non inventoriés ou des immeubles dont il n'a pas été dressé d'état; mais le seul défaut d'inventaire ou d'état ne ferait pas perdre à l'usufruitier les fruits auxquels il pourrait avoir droit. On doit assimiler sur ce point le retard dans la confection de l'inventaire ou de l'état au retard de fournir caution (voyez art. 604).

\* Si en fait l'usufruitier est entré en jouissance des meubles sujets à usufruit avant d'avoir fait dresser inventaire, le propriétaire pourra, le cas échéant, prouver par tous les moyens possibles la consistance et valeur du mobilier non inventorié, même, suivant l'opinion générale, par la commune renommée (arg., art. 1414, 1502 et 1504): ce qui toutefois n'est pas sans difficulté, la commune renommée étant un mode de preuve tout à fait exceptionnel, qu'il semble difficile d'autoriser en dehors des cas spécialement prévus par la loi. Mais le défaut d'inventaire n'entraînerait pas pour l'usufruitier la déchéance de son droit d'usufruit, sauf dans le cas spécial prévu par l'article 1442 dont la disposition sur ce point, vu son caractère en quelque sorte pénal, n'est pas susceptible d'extension.

\* Que si l'usufruitier était entré en jouissance des immeubles sujets à son droit sans en avoir fait dresser un état, il serait, suivant l'opinion générale, *présumé* les avoir reçus en bon état (arg., art. 1731). A quoi M. Laurent objecte, non sans raison, que les présomptions légales ne s'étendent pas d'un cas à un autre.

\* 1158. On rencontre fréquemment dans les dispositions testamentaires établissant des droits d'usufruit une clause, qui dispense l'usufruitier de faire inventaire; quelle en est la valeur? On doit la déclarer nulle par argument de l'article 6, en ce sens du moins que, quels que soient les termes dans lesquels elle est conçue, elle ne priverait pas les héritiers du testateur du droit de faire procéder à l'inventaire à leurs frais contradictoirement avec l'usufruitier. En effet, si cette clause pouvait avoir pour résultat de mettre le nu-propriétaire dans l'impossibilité de se procurer un titre régulier pour établir la consistance des biens grevés d'usufruit, elle favoriserait la mauvaise foi de l'usufruitier, en lui permettant de ne restituer, lors de l'extinction de son droit, qu'une partie du mobilier sujet à usufruit : ce qui serait contraire à l'ordre public. Aussi est-il remarquable que la loi, qui autorise la dispense de fournir caution (art. 601), n'autorise nulle part celle de dresser inventaire. Tout ce que peut faire valablement le constituant, c'est d'affranchir l'usufruitier de l'obligation de supporter les frais de l'inventaire, et la clause, qui le dispense d'y faire procéder, pourrait, suivant les circonstances, être interprétée dans ce sens.

Si l'on admet la nullité de la clause, qui dispense l'usufruitier de faire inventaire, il faut déclarer nulle aussi toute clause pénale, qui aurait pour but d'assurer son exécution (arg., art. 1227).

## II. De la caution.

1159. La caution est une tierce personne qui vient garantir l'obligation contractée par un débiteur, en s'engageant à l'exécuter en son lieu et place, s'il ne l'exécute pas lui-même.

Aux termes de l'article 601 : « *Il (l'usufruitier) donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit; cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants, le vendeur ou le donateur, sous réserve d'usufruit, ne sont pas tenus de donner caution* ».

*Il donne caution de jouir* EN BON PÈRE DE FAMILLE, c'est-à-dire comme un propriétaire soigneux et diligent. La caution fournie par l'usufruitier est donc responsable vis-à-vis du propriétaire des abus de jouissance commis par l'usufruitier. On doit la déclarer responsable aussi de la restitution des biens soumis au droit d'usufruit.

\* La loi le dit implicitement pour le cas où le défaut de restitution est la conséquence d'un abus de jouissance de l'usufruitier, comme s'il a détruit la chose ou s'il l'a aliénée; et, comme elle statue toujours *de eo quod plerumque fit*, elle a pu croire inutile de le dire formellement pour les cas, assez rares d'ailleurs, où le défaut de restitution ne peut pas être rattaché à un abus de jouissance, comme il arrive dans l'hypothèse du quasi-usufruit.

La caution que doit l'usufruitier est une caution légale, car elle est imposée par la loi; elle devrait donc satisfaire aux conditions exigées par les articles 2018 et 2019 (voy. art. 2040).

La solvabilité de la caution doit être appréciée eu égard à l'importance des obligations dont elle garantit l'exécution : ce qui est une question de fait.

Le cautionnement peut être remplacé par des garanties équivalentes, c'est-à-dire par un gage en nantissement suffisant (arg., art. 2041), ou par le dépôt d'une somme d'argent suffisante dans une caisse publique, et peut-être par une hypothèque.

**1160.** Tout usufruitier doit en principe fournir la caution exigée par l'article 601. Le quasi-usufruitier la doit comme l'usufruitier ordinaire; le besoin s'en fait même sentir plus vivement dans ce cas que dans tout autre.

Exceptionnellement l'usufruitier est dispensé de fournir caution dans les hypothèses suivantes :

1° S'il en a été dispensé par le titre constitutif de l'usufruit (art. 601). Cette dispense est fréquente dans l'usufruit testamentaire. Le constituant aurait pu disposer de la pleine propriété de son bien; à plus forte raison peut-il disposer de l'usufruit en dispensant l'usufruitier de fournir caution. Qui peut le plus peut le moins.

\* Ce motif ne pouvant plus être donné lorsque l'usufruit est établi sur des biens dont la nue propriété est réservée à certains héritiers du constituant, par exemple quand un mari a légué à sa femme l'usufruit de la réserve de ses ascendants (art. 409<sup>4</sup>, al. 4), il semble qu'alors la dispense de fournir caution ne pourrait pas être valablement accordée; elle serait en effet de nature à compromettre les droits de l'héritier réservataire. La jurisprudence de la Cour de cassation est en sens contraire; elle invoque principalement les termes absolus dans lesquels l'article 601 autorise le constituant à dispenser l'usufruitier de la caution. Les cours d'appel sont divisées, ainsi que la doctrine (voy. Cass., 5 juillet 1876. Sir., 77 4. 345, et Toulouse, 4<sup>er</sup> février 1877, Sir., 78. 2. 261).

**1161.** Quand l'usufruitier a été dispensé de fournir caution par le titre constitutif, le propriétaire peut exceptionnellement en exiger une pendant la durée de l'usufruit dans les cas suivants :

a). Si l'usufruitier commet des abus de jouissance. Il pourrait alors être déclaré déchu de son droit (art. 618); à plus forte raison le juge peut-il ne l'y maintenir qu'en l'obligeant à fournir caution.

b). En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique de tout ou partie du bien grevé d'usufruit. L'usufruitier a le droit de toucher l'indemnité d'expropriation, pour en jouir pendant toute la durée de l'usufruit, mais *à la charge de fournir caution, même s'il en est dispensé*. Il n'y a d'exception à cette règle que pour le père ou la mère ayant la jouissance légale de l'article 384 (voyez l. 3 mai 1841, art. 39).

La plupart des auteurs généralisent cette disposition, et décident que l'usufruitier dispensé de la caution par le titre, peut être obligé d'en fournir une pendant la durée de l'usufruit, lorsque quelque circonstance particulière et imprévue vient mettre en péril la nue propriété. Ainsi l'usufruitier d'une rente perpétuelle pourrait, malgré la dispense contenue dans le titre, être obligé de fournir caution pour toucher le capital de la rente, qui serait remboursée pendant la durée de l'usufruit. M. Laurent objecte que l'article 39 de la loi du 3 mai 1841 déroge au Droit commun, et qu'à ce titre sa disposition ne peut pas être étendue d'un cas à un autre. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. En pratique, le juge pourra dans bien des cas échapper à cette objection, en imposant l'obligation de fournir caution à l'usufruitier, par interprétation de la clause du titre constitutif de l'usufruit qui l'en dispense. En effet le constituant n'a peut-être accordé la dispense de fournir caution qu'en vue de l'état de choses existant lors de la constitution de l'usufruit, et il a pu vouloir que la dispense cessât au cas où cet état de choses changerait. Il y a là évidemment place pour une appréciation de la part du juge (voyez sur cette question Besançon, 8 février 1875, Sir., 77. 2. 36).

**1162.** 2° Sont dispensés de fournir caution « les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfants » (art. 601). L'affection paternelle ou maternelle tiendra lieu de cette garantie. Et remarquez que la dispense n'est pas accordée à tout usufruitier légal, mais seulement à celui de l'article 384. L'usufruitier légal de l'article 754 devrait donc la caution.

3° L'article 601 dispense également de l'obligation de fournir caution « le vendeur ou le donateur sous réserve d'usufruit », c'est-à-dire celui qui vend ou donne la nue propriété d'un bien dont il garde l'usufruit. Cette double exception nous paraît avoir été admise par interprétation de la volonté probable des parties contractantes. La loi suppose qu'il a été sous-entendu dans le contrat que le vendeur ou le donateur ne fournirait pas la caution. Et en effet, la jouissance restant là où elle était avant le contrat, on peut facilement supposer que l'acheteur ou le donataire, qui a pu se rendre compte de la manière dont jouissait antérieurement le vendeur ou le donateur, l'a dispensé de fournir caution par cela seul qu'il n'a pas exigé cette garantie. Cette supposition est surtout très-bien fondée en ce qui concerne le donataire ; la reconnaissance à laquelle il est tenu vis-à-vis du donateur dont il reçoit un avantage purement gratuit, ne permet guère d'admettre qu'il ait entendu exiger de lui une garantie, qui est une mesure de défiance. D'ailleurs, c'est le donateur qui dicte les clauses du contrat, et il est très-naturel de supposer qu'il a sous-entendu à son profit une dispense de fournir caution.

Quel que soit le motif sur lequel est fondée la dispense qui nous occupe, par cela seul qu'elle constitue une exception au Droit commun, elle doit être sévèrement restreinte au cas prévu par la loi ; on ne devrait donc pas l'étendre à l'acheteur ou au donataire d'usufruit, puisque le texte ne parle que du vendeur ou du donateur sous réserve d'usufruit. *Et alias non est eadem ratio.*

4° La règle que l'usufruitier doit fournir caution, reçoit une dernière exception en ce qui concerne l'usufruit marital, c'est-à-dire celui qui existe au profit du mari sur les biens de sa femme sous les différents régimes (art. 1550 et arg. de cet article).

En dehors des exceptions qui viennent d'être indiquées, tout usufruitier doit fournir caution. Le propriétaire peut s'opposer à ce que l'usufruitier entre en jouissance jusqu'à ce qu'il ait satisfait à cette obligation.

**1163.** Mais ne trouve pas de caution qui veut. Ce n'est chose facile que pour ceux auxquels on ne songera guère à demander de fournir cette garantie, parce qu'ils sont d'une solvabilité à toute épreuve. Que fera-t-on, si l'usufruitier ne peut pas trouver de caution ? Le privera-t-on de son droit d'usufruit ? Cette sanction dépasserait la juste mesure, et elle atteindrait précisément les usufruitiers pour lesquels la perte de leur droit serait le plus cruelle, ceux qui sont nécessaires. Comme le dit fort bien Demante, « la 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 ». C'est en effet à ce parti que la loi s'est arrêtée. Les articles 602 et 603 indiquent une série de mesures destinées à sauvegarder les droits respectifs du nu-propriétaire et de l'usufruitier. Il suffira presque de les transcrire.

Aux termes de l'article 602 : « *Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre; — Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées; — Les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareillement placé; — Les intérêts de ces sommes et les prix des fermes appartiennent, dans ce cas, à l'usufruitier* ».

*Ou mis en séquestre*, c'est-à-dire confiés à un gardien qui administrera l'immeuble et rendra compte des produits (art. 1956). Le salaire dû au gardien viendra en déduction des fruits qui seront remis à l'usufruitier.

*Les sommes... sont placées*. Si par suite d'un mauvais placement les sommes placées se trouvaient perdues, la perte serait pour le nu-propriétaire et pour l'usufruitier : l'un perdrait son droit de nue-propriété, l'autre son droit de jouissance.

« *A défaut d'une caution de la part de l'usufruitier, le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus, pour le prix en être placé comme celui des denrées; et alors l'usufruitier jouit de l'intérêt pendant son usufruit : cependant l'usufruitier pourra demander, et les juges pourront ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée, sous sa simple caution juratoire, et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit* » (art. 603).

*Peut exiger*. C'est donc une faculté pour le propriétaire. Notre disposition n'est pas impérative comme l'est celle de l'article précédent pour les denrées. Il peut y avoir en effet certains meubles que le propriétaire tient à conserver en nature, et la loi n'a pas voulu qu'il pût être obligé de les vendre.

Que fera-t-on des meubles dont le propriétaire ne demandera pas la vente ? Sauf l'exception prévue par la partie finale de l'article, le propriétaire a le droit d'en refuser la délivrance à l'usufruitier tant qu'il ne fournit pas caution, et par conséquent de les garder. Mais il les gardera à titre de dépositaire ou séquestre, et par suite il n'aura pas le droit de s'en servir (arg., art. 1930). Aussi doit-on décider, mais il y a quelques difficultés sur ce point, que le propriétaire n'aurait pas à payer à l'usufruitier une somme représentative de la jouissance de ces meubles.

*Sous sa simple caution juratoire*. Ces mots désignent la promesse faite sous la foi du serment par l'usufruitier de jouir en bon père de famille ; la conscience de l'usufruitier lui tiendra lieu de caution.

*A la charge de les représenter*. Ne concluez pas de là, comme l'a fait un auteur, que les cas fortuits qui feraient périr les meubles seraient pour le compte de l'usufruitier. *Nemo præstat casus fortuitos*.

**1164.** Aux termes de l'article 604 : « *Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit ; ils lui sont dus du moment où l'usufruit a été ouvert* ».

Ce texte doit être entendu en ce sens, que le retard de donner caution ne différera pas l'époque à dater de laquelle l'usufruitier a droit aux fruits. A ce point de vue donc, le retard de donner caution ne nuira pas à l'usufruitier. Mais le bon sens dit assez que ce retard ne saurait lui profiter ; il ne pourra donc pas avoir pour conséquence d'avancer l'époque à partir de laquelle l'usufruitier a droit aux fruits. Il importe peu que, pris à la lettre, notre article paraisse dire le contraire pour un cas particulier, celui de l'usufruit établi par testament.

\* Ce point demande quelques explications. En principe, l'usufruitier a droit aux fruits aussitôt que l'usufruit est ouvert. Alors notre article s'appliquera à la lettre : le retard de donner caution n'empêchera pas que les fruits soient dus à l'usufruitier dès l'ouverture de l'usufruit ; c'est ce qui aurait lieu par exemple pour un usufruit constitué par donation entre-vifs. Exceptionnellement l'usufruitier ne peut pas réclamer les fruits dès l'ouverture de son droit, quand il s'agit d'un usufruit constitué par testament. Le droit de l'usufruitier s'ouvre en pareil cas au jour du décès du testateur (art. 1114) : ce qui signifie que le droit d'usufruit existe, qu'il est né à dater de ce moment ; mais le légataire n'a droit aux fruits qu'à compter du jour de sa demande en délivrance qui sera nécessairement postérieure à l'ouverture (même article). Supposons que le légataire d'usufruit soit en retard de donner caution ; à partir de quelle époque aura-t-il droit aux fruits ? Toujours à dater de sa demande en délivrance, et non, comme le dit notre article, à dater « du moment où l'usufruit a été ouvert » : ce qui aurait pour conséquence d'avancer l'époque de sa jouissance. On ne doit pas ici tenir compte du texte, parce qu'il ne faut pas chercher dans une loi la décision de questions qu'elle n'a pas entendu décider. Evidemment notre article n'a pas pour but de déterminer l'époque à partir de laquelle l'usufruitier a droit aux fruits. D'ailleurs la partie finale de l'article 604 n'est qu'une application du principe formulé par la première partie ; c'est donc à cette première partie surtout qu'il faut s'attacher. Or la loi dit que le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit.

## § II. *Des obligations de l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance.*

**1165.** Les obligations assez nombreuses, que la loi impose à l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance, peuvent toutes se rattacher à l'obligation de *jouir en bon père de famille*. Ainsi la loi impose à l'usufruitier l'obligation d'entretenir la chose en bon état, parce qu'un bon père de famille doit agir ainsi ; de même elle lui impose l'obligation de supporter les contributions et autres charges annuelles du fonds grevé d'usufruit, parce que l'usufruitier jouit de tous les revenus du fonds, et qu'un bon père de famille prélève ces charges sur le produit du fonds qui les doit et non sur son capital. Aussi, quand la loi veut exprimer cette idée que l'usufruitier doit fournir une caution qui garantisse

l'exécution de toutes les obligations dont il est tenu vis-à-vis du propriétaire pendant sa jouissance, elle nous dit, condensant sa pensée dans un mot, que l'usufruitier doit donner caution « de jouir *en bon père de famille* » (art. 601), c'est-à-dire comme un propriétaire soigneux et diligent. Le mot *père de famille* est ici la traduction du mot latin *pater familias*, qui désigne une personne maîtresse d'elle-même, et que les Romains employaient fréquemment pour désigner le propriétaire parce qu'on ne pouvait être propriétaire qu'autant qu'on était maître de soi, *nullius in law subjectus*.

\* L'usufruitier étant tenu de jouir en bon père de famille, on doit en conclure qu'il est responsable vis-à-vis du nu-propriétaire de la *culpa levis in abstracto*, c'est-à-dire de la faute que ne commet pas un bon père de famille. D'ailleurs c'est le Droit commun (cpr. art. 1137).

**1166.** Il nous faut maintenant étudier successivement les diverses obligations secondaires, en lesquelles se décompose l'obligation de jouir en bon père de famille. L'usufruitier doit : 1° faire les réparations d'entretien ; 2° supporter les charges annuelles du fonds grevé d'usufruit, telles que les contributions ; 3° contribuer dans une certaine mesure aux charges qui sont établies sur la propriété pendant la durée de l'usufruit ; 4° contribuer aussi au paiement des dettes qui grevaient le patrimoine du constituant ou qui formaient des charges de son hérédité ; 5° contribuer aux frais des procès concernant la jouissance ; 6° dénoncer au propriétaire les usurpations qui seraient commises pendant la durée de sa jouissance sur le fonds grevé d'usufruit.

**1167.** 1° L'usufruitier doit entretenir la chose en bon état.—De là l'obligation que la loi lui impose de faire les réparations, dites d'*entretien*. On oppose les réparations d'entretien aux grosses réparations. Les premières sont au compte de l'usufruitier, parce qu'elles sont une charge de la jouissance, un bon père de famille ayant l'habitude de prélever sur le revenu de la chose les sommes nécessaires pour faire exécuter ces réparations. Les autres sont charge de la propriété, et demeurent par conséquent au compte du propriétaire qui les exécute ordinairement aux dépens de son capital. C'est ce qui résulte de l'article 605 ainsi conçu : « *L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire ; à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu.* »

Ainsi l'usufruitier est tenu des réparations d'entretien ; il n'est pas tenu des grosses réparations. La loi formule ce double principe dans les termes les plus généraux, et il est applicable par conséquent quelle que soit la nature de la chose grevée d'usufruit, pourvu, bien entendu, qu'elle soit susceptible de réparations.

**1168.** La distinction entre les réparations d'entretien et les grosses réparations présente donc une importance capitale. Comment les reconnaître? La loi ne s'est expliquée sur ce point que pour un seul cas. Nous aurons par conséquent à suppléer à son silence pour les autres.

Le cas prévu par notre législateur est celui où l'usufruit porte sur un bâtiment. Aux termes de l'article 606 : « *Les grosses réparations sont* » *celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des* » *couvertures entières : — Celui des digues et des murs de soutènement* » *et de clôture aussi en entier. — Toutes les autres réparations sont d'en-* » *retien.* »

*Des gros murs.* La loi ne dit pas, comme le faisait l'article 262 de la coutume de Paris auquel notre article a été emprunté : des QUATRE gros murs. Il en résulte qu'on doit considérer comme grosses, non seulement les réparations des quatre murs qui forment la cage du bâtiment, mais aussi celles des murs de *refend*, c'est-à-dire des murs intérieurs qui, partant des fondements de l'édifice, s'élèvent jusqu'à son sommet.

Au surplus, toute réparation à faire aux gros murs n'est pas une grosse réparation; il faut qu'il s'agisse d'une réfection totale ou partielle du mur. Un simple recrépissage serait une réparation d'entretien (*modica refectio*).

*Des voûtes.* Il en serait autrement des réparations à faire aux plafonds.

*Le rétablissement des poutres et des couvertures entières.* Le mot *entières* ne se rapporte qu'aux couvertures, et non aux poutres. On n'en peut guère douter, quand on compare notre texte avec l'article 262 de la coutume de Paris qui lui a servi de patron et qui portait *entières toitures*; c'est pour rajeunir le style, mais non pour changer l'idée, que notre législateur a dit *couvertures entières*. De là il résulte que le rétablissement d'une seule poutre constituerait une grosse réparation, et on devrait considérer comme poutres même les grosses pièces de bois de la charpente, bien qu'on ne les désigne pas ordinairement sous ce nom. *Secus* des solives ou chevrons.

Si une partie seulement de la toiture était à refaire, même en entier, par exemple à la suite d'un accident tel qu'un orage ou la chute d'une cheminée, la réparation serait d'entretien.

*Celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier.* En ce qui concerne les murs de clôture, nous estimons qu'ils sont à rétablir en entier *hoc sensu*, lorsqu'ils sont à refaire dans toute leur hauteur, fût-ce sur une partie seulement de leur périphérie. Les murs de clôture peuvent avoir plusieurs kilomètres de longueur, et il n'arri-

vera guère en pareil cas que le mur ait besoin d'être rétabli à un moment donné dans toute sa longueur.

Telles sont les grosses réparations en ce qui regarde les bâtiments. La loi en donne une liste limitative; toutes les autres sont donc d'entretien, notamment le curage des puits et des fosses d'aisance, le rétablissement des portes, des fenêtres, des parquets, des planchers, des plafonds, etc.

**1169.** Maintenant comment distinguer les grosses réparations des réparations d'entretien, s'il s'agit d'une chose autre qu'un bâtiment, par exemple d'une usine, d'un navire ou d'une machine? A défaut d'une disposition expresse de la loi, l'interprète doit se laisser guider par l'analogie des dispositions que nous venons d'analyser. D'après ce principe, on doit considérer comme grosses réparations celles qui consistent dans la *réfection* ou *rétablissement* d'une partie importante de la chose, et qui sont faites par conséquent, comme le disait l'avocat général Lamoignon, *ad perpetuam rei utilitatem*; elles sont rares, et constituent le plus souvent un accident dans l'histoire de la propriété. Tandis qu'on devrait considérer comme d'entretien les réparations périodiques, peu coûteuses en général, superficielles le plus souvent, qui ont pour objet de maintenir la chose dans son état primitif sans la transformer.

**1170.** L'usufruitier n'est tenu que des réparations d'entretien qui sont une charge de sa jouissance; il n'est donc pas tenu des réparations d'entretien dont le besoin s'était déjà fait sentir lors de l'ouverture de l'usufruit; elles sont en effet une charge de la jouissance antérieure. Faut-il dire alors que le nu-propiétaire sera tenu de les faire? Non, car il n'est pas obligé de faire jouir l'usufruitier. D'ailleurs l'article 600 dit que l'usufruitier prend les choses *dans l'état où elles sont*, donc en mauvais état si elles sont telles. C'était la décision de Pothier.

**1171.** Les réparations d'entretien sont une charge de l'usufruit plutôt qu'une obligation de l'usufruitier. De là on doit conclure que l'usufruitier pourrait s'en exonérer en faisant l'abandon de son droit d'usufruit. Et toutefois il ne se libérerait ainsi que des réparations qui sont une charge de la jouissance à laquelle il renonce, mais non de celles qui sont une charge de sa jouissance antérieure, c'est-à-dire de celles dont le besoin s'était déjà fait sentir au moment où il fait l'abandon. Il paraît même fort douteux qu'il puisse, conformément à l'opinion générale, se libérer de ces dernières en offrant la restitution de tous les fruits qu'il a antérieurement perçus. D'abord cette restitution pourrait ne pas représenter l'équivalent exact de la jouissance de l'usufruitier; car la jouissance ne comprend pas seulement le *fructus*, elle comprend aussi l'*usus*. Et puis l'usufruitier est tenu d'une véritable *obligation* en ce qui concerne les réparations correspondant à la jouissance passée; ce qui était auparavant une *charge de l'usufruit* est alors devenu une *obligation de l'usufruitier*, obligation qui a sa source dans la loi, et il ne doit pas dépendre de lui de s'y soustraire. *Nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare.*

**1172.** L'usufruitier n'est tenu que des réparations d'entretien. « Les grosses réparations », dit l'article 605, al. 2, « demeurent à la charge du

propriétaire ». S'ensuit-il que le nu-propriétaire est obligé de les faire ? On l'a prétendu, mais cette solution ne nous paraît pas devoir être admise. Elle semble impossible à justifier tout d'abord relativement aux grosses réparations qui étaient nécessaires lors de l'ouverture de l'usufruit; car l'article 600 dit que l'usufruitier « prend les choses *dans l'état où elles sont* ». Si le propriétaire n'est pas tenu de faire les grosses réparations qui étaient nécessaires lors de l'ouverture de l'usufruit, comment pourrait-il être tenu de faire celles qui deviennent nécessaires pendant son cours ? En supposant qu'une distinction dût être faite entre les unes et les autres, on la concevrait plutôt en sens inverse; car les grosses réparations nécessaires lors de l'ouverture de l'usufruit ne peuvent être qu'une charge de la jouissance antérieure, et on comprendrait que la loi eût imposé au nu-propriétaire l'obligation de les faire; tandis que les grosses réparations, qui deviennent nécessaires pendant la durée de l'usufruit, peuvent être dans une certaine mesure la conséquence de la jouissance de l'usufruitier, et on ne concevrait pas que le nu-propriétaire fût tenu de les faire, alors qu'il est dispensé des premières. Quand l'article 601 dit que les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, il veut exprimer cette idée que l'usufruit ne change rien à la situation du propriétaire en ce qui concerne les grosses réparations : après comme avant il faudra qu'il les fasse, s'il veut qu'elles soient faites; car l'usufruitier n'en est pas tenu; mais après comme avant aussi il est libre de ne pas les faire. Cette solution, qui est celle du Droit romain et qui était admise dans notre ancien Droit par la majorité des auteurs, est d'ailleurs, la seule conforme aux principes de la matière : le propriétaire n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier, mais seulement de le laisser jouir, *tenetur in non faciendo, non in faciendo*; on viole ce principe en l'obligeant à faire les réparations.

On objecte qu'aux termes de l'article 607 : « *Ni le propriétaire, ni l'usufruitier, ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit* ». Cet article, dit-on, est complètement inutile dans l'opinion, suivant laquelle le nu-propriétaire n'est pas tenu de faire les grosses réparations. La reconstruction de ce qui est tombé de vétusté ou de ce qui a été détruit par cas fortuit est bien apparemment une grosse réparation; à quoi bon dire que le propriétaire n'en est point tenu, si la règle est que le propriétaire n'est pas obligé de faire les grosses réparations ? L'article 607 reçoit au contraire une explication toute simple, si l'on admet que le nu-propriétaire est tenu en principe de faire les grosses réparations : ce texte l'en dispenserait dans le cas particulier qu'il prévoit, celui où il s'agit de reconstruire un édifice qui est tombé de vétusté ou qui a été détruit par cas fortuit. — Il nous semble préférable de faire dire à l'article 607 une chose inutile qu'une chose contraire aux principes, comme il arrivera si l'on en induit que le propriétaire est tenu des grosses réparations. D'ailleurs il paraît impossible, quel que soit le sentiment que l'on adopte sur cette question, de laver l'article 607 du reproche d'inutilité en ce qui concerne la partie de sa disposition relative à l'usufruitier. L'article dispose que l'usufruitier n'est pas tenu, lui non plus, de rebâtir ce qui est

tombé de vétusté ou ce qui a été détruit par cas fortuit; qui donc en aurait douté, puisque l'article 605 a déjà dit qu'il n'est tenu qu'aux réparations d'entretien? Eh bien! si l'on est obligé de reconnaître que l'article 607 est inutile pour la moitié, autant vaut dire qu'il est inutile pour le tout (4).

En résumé, l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations *d'entretien*, dont le besoin se fait sentir pendant la durée de sa jouissance. Quant aux réparations d'entretien qui étaient à faire lors de l'ouverture de l'usufruit, et quant aux grosses réparations, soit qu'elles fussent nécessaires lors de l'entrée en jouissance de l'usufruitier, soit qu'elles le deviennent pendant le cours de cette jouissance, ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de les faire; elles *demeurent*, dit la loi, à la charge du propriétaire, c'est-à-dire que la situation du propriétaire relativement à ces réparations continue à être pendant l'usufruit ce qu'elle était auparavant; il aura donc le droit de faire ou de ne pas faire ces réparations, sauf à voir la chose périr s'il ne les fait pas. D'ailleurs le titre constitutif de l'usufruit pourrait déroger à ces principes, soit en mettant les réparations d'entretien à la charge du nu-propriétaire, soit en mettant les grosses réparations à la charge de l'usufruitier. D'un autre côté, l'usufruitier serait tenu des grosses réparations qui seraient occasionnées par le défaut de réparations d'entretien depuis l'ouverture de l'usufruit (art. 605), et généralement de toutes les grosses réparations qui seraient devenues nécessaires par sa faute.

**1173.2°** L'usufruitier doit supporter toutes les charges imposées sur le revenu du bien soumis à l'usufruit. « *L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits* » (art. 608).

*Telles que les contributions.* L'usufruitier est personnellement débiteur envers l'Etat des contributions dues à raison du fonds grevé d'usufruit (contribution foncière, contribution des portes et fenêtres). Aussi est-ce son nom qui doit figurer sur les rôles, et non celui du propriétaire. Il en est autrement du fermier, qui ne peut être tenu de payer les contributions qu'en vertu d'une clause du bail; cette clause le rend débiteur des contributions envers le propriétaire, et non envers l'Etat; aussi est-ce le nom du propriétaire qui figure alors sur les rôles, et le fermier paye au nom de celui-ci.

(4) On remarquera que l'article 607 n'est pas relatif au cas d'un usufruit portant exclusivement sur un bâtiment (car alors la perte totale de ce bâtiment par l'une des causes qu'indique l'article aurait pour conséquence l'extinction de l'usufruit), mais bien au cas où l'usufruit porte sur un domaine comprenant un bâtiment qui tombe de vétusté ou périt par cas fortuit. Cet article paraît n'être que la traduction de la loi 7, § 2, D., de *Usufr. et quem.*, VII, I, où on lit : *si qua tamen vetustate corruisent, neutrum cogi reficere*, et ne signifie pas autre chose, sinon que ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de faire les grosses réparations : ce qui était inutile à dire, puisque les articles précédents l'avaient déjà exprimé.

*Et autres qui sont censées charges des fruits.* Telles sont les dépenses relatives au passage des troupes, *ob transitum exercitus*, à la réparation des chemins.....

Le plus souvent les charges qui sont imposées sur le revenu sont *annuelles*, et c'est pour cela que la loi, statuant *de eo quod plerumque fit*, les désigne ici sous ce nom. Mais l'usufruitier devrait les supporter, alors même qu'elles n'auraient pas ce caractère, comme il arriverait pour les frais de curage d'un cours d'eau non navigable qui borde ou traverse le fonds grevé d'usufruit; la loi du 14 floréal an XI met ces frais de curage à la charge des riverains.

Les contributions et autres charges qui leur sont assimilées constituent des fruits civils passifs dont l'usufruitier devient débiteur jour par jour, de même qu'il acquiert jour par jour les fruits civils. C'est ce qui résulte par argument de ces mots *pendant la durée de sa jouissance*, qui signifient : proportionnellement à cette durée.

**1174.** 3° L'usufruitier doit contribuer avec le propriétaire aux charges qui sont établies sur la toute propriété pendant la durée de l'usufruit. — On peut citer comme exemples un emprunt forcé, une contribution de guerre prélevée par une armée ennemie en cas d'invasion (c'est une rançon imposée à la propriété), l'indemnité due aux entrepreneurs pour prix de dessèchements de marais ordonnés par le Gouvernement. Ces charges et autres semblables, par cela seul qu'elles sont imposées à la pleine propriété, doivent nécessairement nuire au nu-propriétaire et à l'usufruitier, puisqu'ils ont l'un et l'autre une partie de la propriété, l'usufruit étant *pars quædam domini*.

Reste à savoir comment ces charges seront réparties entre le propriétaire et l'usufruitier, ou en d'autres termes dans quelle mesure l'un et l'autre devront *y contribuer*. L'usufruitier, qui a la jouissance du bien frappé de ces charges, devra en supporter la jouissance passive, c'est-à-dire les intérêts pendant la durée de l'usufruit; le nu-propriétaire les supportera pour le surplus, c'est-à-dire pour le capital. Maintenant l'article 609 indique un double moyen pour arriver au point de vue pratique à cette contribution ou répartition : « *A l'égard des charges qui peuvent être imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier et le propriétaire y contribuent ainsi qu'il suit : — Le propriétaire est obligé de les payer, et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts. — Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétition du capital [sans intérêts] à la fin de l'usufruit.* »

Sur quoi trois observations :

a). Le nu-propriétaire seul est *obligé* de payer les charges dont il s'agit; l'avance dont parle notre article est facultative pour l'usufruitier.

b). Le nu-propriétaire étant seul débiteur, les biens de l'usufruitier ne pourront pas être saisis pour le paiement de la charge. L'usufruitier pourrait donc s'opposer à

ce qu'une partie de la pleine propriété fût vendue pour procurer ce paiement; car on vendrait ainsi son bien (son usufruit) pour le paiement d'une dette qui n'est pas la sienne. La nue propriété seule pourra être saisie et vendue. Il y a toutefois quelque doute sur ce point.

c). L'usufruitier ne serait pas obligé de contribuer aux charges, qui auraient été imposées à la propriété avant l'ouverture de l'usufruit (arg. des mots *pendant la durée de l'usufruit*).

**1175.** 4° L'usufruitier universel ou à titre universel doit supporter pendant toute la durée de l'usufruit et proportionnellement à l'importance de son droit, les revenus passifs du patrimoine sur lequel porte son droit de jouissance. — Cette charge n'est imposée en aucun cas à l'usufruitier à titre particulier.

L'usufruit *universel* ou à *titre universel* est celui qui porte sur le patrimoine considéré comme universalité, *universum patrimonium, universæ res*; comme si un testateur a légué l'usufruit de tous ses biens (usufruit universel), ou bien l'usufruit d'une partie aliquote de son patrimoine, telle que la moitié ou le tiers, ou de tous ses immeubles, ou de tous ses meubles, ou d'une quote part de ses immeubles ou de ses meubles (usufruit à titre universel, arg., art. 1016). Tout autre usufruit est à titre particulier, par exemple l'usufruit d'un immeuble déterminé, d'une somme d'argent...

Nous disons d'abord que l'usufruitier universel ou à titre universel doit supporter, proportionnellement à l'importance de son droit, les revenus passifs du patrimoine sur lequel porte son droit de jouissance. Ainsi un testateur a légué l'usufruit de tous ses biens à Paul (c'est un cas d'usufruit universel, comme on vient de le voir); il laisse à sa mort un patrimoine de 100,000 fr., et il se trouve débiteur d'une rente perpétuelle dont les arrérages sont de mille francs par an. Paul, qui va jouir de tous les biens du défunt paiera pendant toute la durée de son usufruit les arrérages de la rente. Ce sont des revenus passifs; ils doivent tout naturellement être à la charge de celui qui recueille tous les revenus actifs. Si Paul, au lieu d'être légataire de l'usufruit de tous les biens, n'est légataire que de l'usufruit de la moitié, cas auquel il sera un usufruitier à *titre universel*, il devra payer pendant toute la durée de l'usufruit les arrérages de la rente pour la moitié.

Nous avons dit ensuite que l'usufruitier à titre particulier demeure complètement étranger aux dettes, qui grèvent le patrimoine dont fait partie le bien soumis à l'usufruit. Ainsi un testateur a légué l'usufruit de sa maison, ou d'une somme de 20,000 fr. Le légataire ne supportera pour aucune part, même quant aux intérêts, les dettes de la succession du testateur.

La double proposition, qui vient d'être formulée, est sous-entendue dans les articles 610-612 qui en contiennent des applications. Elle

n'est d'ailleurs qu'une conséquence de la règle *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est* : les dettes sont une charge du patrimoine considéré comme universalité (*universum patrimonium, universæ res*), et non des objets particuliers qui le composent (*certæ res*). De là il résulte que les dettes seront supportées par ceux qui recueillent le patrimoine considéré comme universalité, qui succèdent à l'universalité en tout ou en partie, par les successeurs *universels* ou à *titre universel*, comme on dit, et non par les successeurs à *titre particulier*, c'est-à-dire par ceux qui succèdent à des objets particuliers dépendant du patrimoine, *certæ res*. La loi, qui fait ailleurs l'application de cette règle à ceux qui recueillent le patrimoine en propriété, l'applique ici à ceux qui le recueillent en jouissance. Et logiquement il devait en être ainsi. Le droit de l'usufruitier universel ou à titre universel porté sur l'universalité juridique qui constitue le patrimoine, c'est-à-dire sur les biens diminués des dettes ; *non sunt bona nisi deducto ære alieno*. L'usufruitier universel ou à titre universel ne doit donc pas demeurer étranger aux dettes ; autrement il jouirait de plus que ne comprend le patrimoine ou la portion de patrimoine sur laquelle porte son droit.

Entrons maintenant dans les détails, et parcourons les différentes applications que la loi a faites des principes qui viennent d'être exposés soit à l'usufruitier universel ou à titre universel soit à l'usufruitier à titre particulier.

**1176. A. Usufruitier universel ou à titre universel.** Nous répétons que l'usufruitier universel supporte *pour le tout* la jouissance passive du patrimoine dont il a l'usufruit, et l'usufruitier à titre universel *proportionnellement à l'importance de son droit*. Nous trouvons deux applications de ce principe dans les articles 610 et 612.

**1177. PREMIÈRE APPLICATION.** « *Le legs fait par un testateur d'une rente viagère ou pension alimentaire, doit être acquitté par le légataire universel de l'usufruit dans son intégrité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de leur part* » (art. 610).

Pour bien comprendre le sens de cet article, il est nécessaire d'entrer dans quelques détails relativement aux diverses espèces de legs.

Un legs est une donation faite par testament, *donatio quædam a defuncto relicta*.

Notre Code distingue trois espèces de legs :

**1<sup>o</sup> Le legs universel.** L'article 1003 en donne la définition suivante : « Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès », comme si un testateur a dit : je lègue tous mes biens à Paul.

**2<sup>o</sup> Le legs à titre universel,** défini en ces termes par l'article 1010 : « Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier. — Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier.

**3<sup>o</sup> Le legs particulier ou à titre particulier** doit être défini, d'après l'article 1010 *in fine* qui vient d'être transcrit : celui qui n'est ni universel, ni à titre universel. Telle serait la disposition ainsi conçue : je lègue à Paul ma maison, ou je lui lègue une somme de 20,000 fr.

Il est facile de voir d'après ces définitions qu'un legs d'usufruit, quelle que soit

son étendue, ne peut jamais être qu'un legs à titre particulier. Un testateur a légué l'usufruit de tous ses biens. Ce n'est pas un legs universel ; car la nue propriété des biens du testateur est exclue du legs, et on ne peut pas dire par conséquent que le testateur ait légué l'*universalité* DE SES BIENS : ce qui serait nécessaire pour qu'il y eût legs universel. Ce n'est pas non plus un legs à titre universel ; car la disposition ne peut rentrer dans aucun des cas prévus par l'article 1040. Donc c'est un legs à titre particulier (arg. art 1040 *in fine*).

L'article 640 s'exprime par suite en termes inexacts, quand il parle d'un légataire *universel* et d'un légataire à titre universel d'usufruit. Celui auquel l'usufruit de tous les biens a été légué a un *usufruit universel*, il est *usufruitier universel*, comme le dit en termes beaucoup plus exacts l'article 642 ; mais il n'est pas pour cela un légataire universel, il est un légataire à titre particulier : c'est un légataire à titre particulier d'usufruit universel. De même celui auquel a été légué l'usufruit du quart des biens ou de tous les immeubles ou de tous les meubles..., est un usufruitier à titre universel, mais il n'est pas un légataire à titre universel.

**1178.** Cela posé, l'article 640 détermine la part contributive de l'usufruitier universel ou à titre universel dans les dettes *non exigibles*, qui grèvent le patrimoine soumis à son droit d'usufruit. Un testateur a légué l'usufruit de tous ses biens à Pierre ; il a légué en outre à Paul une rente viagère de 4,000 fr., ou une pension alimentaire de pareille somme. Pierre, usufruitier universel, paiera, pendant toute la durée de son usufruit, les arrérages de la rente ou de la pension, sans pouvoir exercer aucune répétition de ce chef contre le nu-propriétaire. Il les paierait pour la moitié ou le tiers, s'il n'était légataire que de l'usufruit de la moitié ou du tiers. En effet les arrérages d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire sont des revenus passifs, qui doivent venir en déduction des revenus actifs et par suite être à la charge de ceux qui recueillent à titre universel les revenus actifs et proportionnellement à la part pour laquelle ils les recueillent. Notre article, qui considère les arrérages des rentes viagères passives comme des revenus passifs, des fruits civils passifs, est la contre-partie de l'article 588, qui considère les arrérages des rentes viagères actives comme des revenus actifs.

**1179.** DEUXIÈME APPLICATION. Elle est contenue dans l'article 642, qui détermine la portion contributive de l'usufruitier universel ou à titre universel dans les dettes *exigibles* dont est grevé le patrimoine soumis à son droit d'usufruit. Ce règlement est un peu plus compliqué que celui des dettes non exigibles. On arrive à le faire *en déduisant réellement ou fictivement des biens grevés d'usufruit la portion contributive de l'usufruitier dans les dettes*. L'usufruitier se trouve ainsi privé de la jouissance d'un capital correspondant à celui des dettes dont il doit supporter la jouissance passive : ce qui revient à lui faire supporter cette jouissance passive.

Eclaircissons cette formule par des exemples. Un testateur m'a légué l'usufruit du quart de ses biens ; il laisse 400,000 fr. de biens et 20,000 fr. de dettes. On déduira les dettes des biens, c'est-à-dire qu'on vendra les biens jusqu'à due concurrence pour payer les dettes ; il restera 80,000, dont j'obtiendrai le quart en usufruit. J'aurai donc l'usufruit de 20,000 fr. : ce qui reviendra au même que si j'obtenais le quart de tous les biens en usufruit, soit 25,000 fr., à la charge de payer pendant toute la durée de mon droit les intérêts du quart des dettes, c'est-à-dire les intérêts d'un capital de 5,000 fr. De même, si un testateur, qui laisse 400,000 fr. de biens et 20,000 fr. de dettes, m'a légué l'usufruit de tous ses immeubles, et que les immeubles aient une valeur de 25,000 fr., soit le quart de l'actif brut, cas auquel je dois comme dans l'espèce précédente supporter la jouissance passive des dettes pour un quart, on vendra une partie des immeubles suffisante pour payer le quart des dettes, soit 5,000 fr. ; j'obtiendrai ainsi l'usufruit d'immeubles valant 20,000 fr. ce qui reviendra au même

ou à peu près que si j'obtenais la jouissance d'immeubles valant 25,000 fr., à la charge de payer pendant toute la durée de l'usufruit les intérêts du quart des dettes qui est égal à 5,000 fr.

Au lieu d'opérer la déduction des dettes d'une manière réelle comme nous venons de le supposer, on peut aussi l'opérer d'une manière fictive, et cela par deux moyens.

*Premier moyen.* L'usufruitier avancera le capital des dettes ou de la portion des dettes pour laquelle il doit contribuer (5,000 fr. dans l'espèce précédente), et ce capital lui sera restitué par le nu-propiétaire *sans intérêts* à la fin de l'usufruit ; l'usufruitier en perdra donc la jouissance pendant toute la durée de l'usufruit. Cette avance est facultative pour l'usufruitier.

*Deuxième moyen.* Le propriétaire fera l'avance dont il vient d'être parlé, et l'usufruitier lui tiendra compte des intérêts pendant toute la durée de l'usufruit. Le propriétaire peut imposer ce parti à l'usufruitier.

**1180.** On pourra comprendre maintenant l'article 612, dont la rédaction est défectueuse à plus d'un point de vue. « *L'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit contribuer avec le propriétaire au paiement des dettes, ainsi qu'il suit : — On estime la valeur du fonds sujet à usufruit ; on fixe ensuite la contribution aux dettes en raison de cette valeur. — Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit sans aucun intérêt. Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et dans ce cas l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit.* »

Notre article s'exprime en termes fort inexacts quand, voulant indiquer comment se détermine la part contributoire de l'usufruitier dans les dettes, il nous dit dans son alinéa 2 : « *On estime la valeur du fonds sujet à usufruit ; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur.* » D'abord ces mots *du fonds sujet à usufruit* semblent faire allusion au cas où l'usufruit porterait sur un fonds déterminé, ce qui serait le cas d'un usufruit à titre particulier, tandis qu'il s'agit d'un usufruit universel ou à titre universel. A moins qu'on ne dise avec Demante que le mot *fonds* n'est pas ici la traduction du mot *fundus*, mais qu'il désigne la masse des biens sur laquelle l'usufruit s'établit.

Ensuite l'estimation dont parle notre texte ne sera pas nécessaire, comme il paraît le dire, dans toutes les hypothèses. Elle sera toujours inutile au cas d'usufruit universel ; et, au cas d'usufruit à titre universel, elle le sera également si l'usufruit porte sur une partie aliquote des biens telle qu'un tiers, un quart. Il n'y aura lieu de procéder à une estimation que lorsque l'usufruit portera sur tous les immeubles ou sur tous les meubles ou sur une quote-part des uns ou des autres, et alors l'estimation ne devra pas porter seulement, comme le dit notre article, sur le fonds sujet à usufruit », mais aussi tous les autres biens du patrimoine, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure, afin de pouvoir comparer la valeur des biens grevés d'usufruit à la valeur de la masse totale qui compose l'universalité. Cette opération s'appelle une *ventilation*. Voilà presque autant d'inexactitudes que de mots.

\* **1181.** Les règles qui viennent d'être établies s'appliquent à tout usufruit universel ou à titre universel (arg. des mots « l'usufruitier universel ou à titre universel, » art. 612). Elles reçoivent donc leur application :

1° Au légataire d'usufruit universel ou à titre universel.

2° A celui auquel un usufruit universel ou à titre universel a été donné par institution contractuelle (art. 1082).

3° A l'héritier qui ne conserve que l'usufruit des biens, parce que le testateur en a légué la nue propriété.

4° Au père et à la mère ayant la jouissance légale de l'article 384.

5° A l'usufruit légal de l'article 754.

**1182. B. Usufruitier à titre particulier.** Quant à l'usufruitier à titre particulier, nous savons qu'il ne doit jamais contribuer aux dettes ni pour le capital, ni pour les intérêts. Ce principe s'applique même relativement aux dettes hypothéquées sur le fonds soumis au droit d'usufruit. Ainsi le légataire de l'usufruit d'un immeuble hypothéqué à la sûreté d'une dette de 20,000 fr. ne devra pas contribuer au paiement de la dette ni pour le capital ni pour les intérêts. Toutefois il pourra arriver que l'usufruitier soit en pareil cas forcé de payer la dette hypothécaire pour conserver la possession de l'immeuble ; car l'hypothèque est armée d'un droit de suite, qui permet au créancier de saisir l'immeuble et de le faire vendre quel qu'en soit le détenteur. Le seul moyen pour celui-ci d'échapper à l'expropriation est de payer ; mais alors il aura son recours contre qui de droit. C'est ce que dit l'article 614 ainsi conçu : « *L'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothéqué : s'il est forcé de les payer, il a son recours contre le propriétaire, sauf ce qui est dit à l'article 1020, au titre des Donations entre-vifs et des Testaments.* »

\* *Contre le propriétaire.* Ce recours pourra avoir lieu immédiatement, si, comme il arrivera le plus souvent, le nu-propriétaire est débiteur personnel de la dette. S'il ne l'est pas, ce qui arriverait au cas où l'immeuble aurait été hypothéqué pour la dette d'autrui, l'usufruitier ne pourra recourir contre lui qu'à la cessation de l'usufruit ; car alors l'usufruitier n'a fait l'affaire du nu-propriétaire que quant à la nue propriété qu'il a soustraite à l'expropriation. Mais il pourrait recourir immédiatement contre le débiteur de la dette.

\* *Sauf ce qui sera dit à l'article 1020.* Ce renvoi, qui était inutile, signifie que le nu-propriétaire n'est pas tenu de dégager l'immeuble soumis au droit d'usufruit de l'hypothèque qui le grève, à moins qu'il n'en ait été chargé par une disposition expresse du testateur.

**1183. 5° L'usufruitier doit contribuer aux frais des procès concernant la jouissance.**— « *L'usufruitier n'est tenu que des frais des procès qui concernent la jouissance, et des autres condamnations auxquelles ces procès pourraient donner lieu* » (art. 618).

Les procès, qui ne concernent que la nue propriété n'intéressent pas l'usufruitier ; il ne devra donc jamais contribuer aux frais de ces procès. Ceux qui concernent la jouissance l'intéressent exclusivement ; il devra donc seul en supporter les frais. Quant aux procès qui concernent la pleine propriété, ils intéressent à la fois le nu-propriétaire et l'usufruitier, et les frais qu'ils occasionnent doivent en principe être répartis entre eux comme il a été dit sous l'article 609, c'est-à-dire que le propriétaire les supportera pour le capital, et l'usufruitier pour les intérêts pendant la durée de l'usufruit.

**1184. 6° L'usufruitier doit dénoncer au propriétaire les usurpations qui pourraient porter atteinte à son droit.** « *Si, pendant la durée de l'usufruit, un tiers commet quelque usurpation sur le fonds ou attente autrement aux droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de les dénoncer à celui-*

» *ci : faute de ce, il est responsable de tout le dommage qui peut en résul-*  
 » *ter pour le propriétaire, comme il le serait de dégradations commises*  
 » *par lui-même* » (art. 614).

Le nu-propriétaire, n'étant pas sur les lieux, pourrait n'avoir pas connaissance des usurpations commises sur son fonds. Voilà pourquoi la loi oblige l'usufruitier à les lui dénoncer, le constituant ainsi gardien de la chose dans l'intérêt du nu-propriétaire.

### § III. *Des obligations imposées à l'usufruitier quand l'usufruit prend fin.*

1185. Quand l'usufruit a pris fin, l'usufruitier doit restituer la chose au nu-propriétaire.

Toutefois l'usufruitier est dispensé de cette restitution, s'il prouve que la chose a complètement péri par cas fortuit. *Res perit domino*. Conformément au Droit commun, ce serait à l'usufruitier de prouver le cas fortuit qu'il invoque à l'appui de sa libération (arg., art. 1302).

L'usufruitier doit restituer la chose dans l'état où il l'a reçue. Et toutefois ici encore l'usufruitier ne serait pas responsable des détériorations qu'il prouverait être le résultat d'un cas fortuit, *nemo præstat casus fortuitos*, mais seulement de celles qui seraient le résultat de sa faute ou de son fait.

Nous trouvons une double application de ce principe dans les articles 615 et 616.

PREMIÈRE APPLICATION. « *Si l'usufruit n'est établi que sur un animal*  
 » *qui vient à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas tenu*  
 » *d'en rendre un autre, ni d'en payer l'estimation* » (art. 615).

Mais l'usufruitier doit restituer au propriétaire la dépouille de l'animal, si elle a quelque valeur. L'usufruitier ne pourrait pas prétendre qu'il a le droit d'en jouir jusqu'à la cessation de l'usufruit; car, la substance de la chose étant périée, l'usufruit est éteint (art. 617). Par où l'on voit que le droit de propriété est plus résistant que le droit d'usufruit. Le propriétaire peut dire : *quod ex re mea superest meum est*; tandis que l'usufruitier ne peut élever aucune prétention sur les débris de la chose quand elle est périée.

DEUXIÈME APPLICATION. « *Si le troupeau sur lequel un usufruit a été*  
 » *établi périt entièrement par accident ou par maladie, et sans la faute de*  
 » *l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui*  
 » *rendre compte des cuirs ou de leur valeur.— Si le troupeau ne périt pas*  
 » *entièrement, l'usufruitier est tenu de remplacer, jusqu'à concurrence du*  
 » *croît, les têtes des animaux qui ont péri* » (art. 616).

Quand le troupeau périt partiellement par accident ou par maladie,

le droit de l'usufruitier subsiste sur ce qui en reste, le troupeau fût-il réduit à deux ou trois têtes contrairement à ce que décidait la loi romaine. Mais alors l'usufruitier est tenu de remplacer les têtes des animaux qui ont péri *jusqu'à concurrence du croît*.

La loi entend vraisemblablement désigner par ces expressions le croît futur, c'est-à-dire les nouvelles têtes qui naîtront après l'accident, et non celui qui a été antérieurement perçu par l'usufruitier. En effet tout d'abord le mot *croît* désigne ce dont le troupeau s'accroîtra plutôt que ce dont il s'est accru; et puis, en ce qui concerne les têtes perçues par l'usufruitier, et dont il a disposé ainsi qu'il en avait le droit puisqu'elles étaient *in fructu*, il ne pourrait être question d'employer que leur prix à la reconstitution du troupeau; or la loi ne dit pas : jusqu'à concurrence du prix du croît; ou de la valeur du croît; elle dit : jusqu'à concurrence du croît. Il y a toutefois controverse sur ce point.

### SECTION III

#### COMMENT L'USUFRUIT PREND FIN

**1186.** La nue propriété n'aurait aucune valeur, si l'usufruit ne devait un jour lui faire retour. Le législateur, qui favorise la propriété, semble avoir creusé comme à plaisir des abîmes autour du droit d'usufruit, pour le forcer à se réunir plus promptement à la nue propriété qui soupire perpétuellement après lui.

Les articles 617, 618 et 621 énumèrent sept causes d'extinction de l'usufruit, savoir : 1° la mort de l'usufruitier; 2° l'expiration du terme pour lequel l'usufruit a été accordé; 3° la consolidation; 4° le non-usage pendant trente ans; 5° la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi (art. 617); 6° l'abus de jouissance de l'usufruitier (art. 618); 7° la renonciation de l'usufruitier (arg., art. 622). Il y a lieu d'ajouter à cette énumération : 8° la résolution du droit du constituant; 9° la prescription acquisitive.

Étudions successivement ces diverses causes d'extinction.

#### 1° Mort de l'usufruitier.

**1187.** Cette cause d'extinction, ainsi que les quatre suivantes, est prévue par l'article 617 ainsi conçu : « *L'usufruit s'éteint : — Par la mort naturelle et par la mort civile de l'usufruitier; — Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé; — Par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire; — Par le non-usage du droit pendant trente ans; — Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi* ».

*Par la mort naturelle et... civile.* On sait que la mort civile est abolie.

La mort de l'usufruitier éteint l'usufruit de quelque manière et à quelque époque qu'elle survienne, fût-ce le lendemain du jour où l'usufruit a pris naissance, sans qu'il y ait lieu d'appliquer par analogie au

cas d'usufruit constitué à titre onéreux l'article 1975, qui constitue une disposition d'exception écrite seulement en vue des rentes viagères.

L'existence des personnes morales pouvant se prolonger indéfiniment (*supra*, n° 105), la loi a dû assigner un terme à la durée de l'usufruit qui peut leur appartenir; autrement la propriété grevée de cet usufruit aurait pu en rester perpétuellement séparée. Aux termes de l'article 619 : « *L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers dure pendant trente ans* ». En Droit romain, une opinion très-accréditée assignait à un semblable usufruit une durée de *cent années, quia is est finis vitæ longævi hominis*. Mais pourquoi prendre le terme le plus long de la vie humaine ? Il paraît bien plus rationnel de prendre le terme moyen. C'est ce qu'a fait notre législateur en adoptant la limite de trente années.

Les personnes morales meurent difficilement; mais cependant elles meurent quelquefois. On peut citer comme exemple le cas où une congrégation religieuse se verrait retirer l'autorisation à laquelle elle doit son existence légale : ce serait une *mort civile*, qui certainement aurait pour conséquence l'extinction de l'usufruit appartenant à la personne morale.

Si l'on admet que la volonté de l'homme ne peut pas faire survivre l'usufruit à l'usufruitier (*supra*, n° 4405), on doit admettre pour des motifs semblables que cette même volonté ne pourrait pas assigner à l'usufruit établi au profit d'une personne morale une durée plus longue que celle fixée par l'article 649.

2° *Expiration du temps pour lequel l'usufruit a été accordé.*

**1188.** L'usufruit s'éteint « *par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé* » (art. 617, al. 2). — L'usufruit peut être constitué *ad diem*, c'est-à-dire pour un certain temps, pour dix ans par exemple. Le terme fixé forme alors un *maximum*, que l'usufruit ne peut jamais dépasser, mais qu'il n'atteindra pas nécessairement; car il peut prendre fin avant cette époque soit par la mort de l'usufruitier soit par une autre cause d'extinction.

L'article 620 prévoit un cas particulier d'usufruit constitué à terme, *ad diem*, qui aurait pu donner lieu à des difficultés si la loi ne s'était pas expliquée : « *L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe, dure jusqu'à cette époque encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé.* » Un testateur a légué l'usufruit d'un immeuble à Pierre jusqu'à ce que Paul ait atteint l'âge de trente ans; ce dernier a vingt ans au moment de l'ouverture du legs, c'est-à-dire de la mort du testateur. Ce sera comme si le testateur avait dit : je lègue l'usufruit pour dix années. Il importera donc peu que Paul meure avant l'âge fixé; l'usufruit n'en durera pas moins jusqu'à l'époque où il aurait atteint cet âge s'il eût vécu. La loi suppose que le disposant *non ad vitam hominis respexit, sed ad certa temporum curricula*. Mais cette présomption de la loi tom-

berait devant une volonté contraire manifestée par le constituant. Et il ne paraîtrait même pas nécessaire que cette volonté fût manifestée expressément ; il suffirait qu'elle fût clairement démontrée par les faits, notamment elle pourrait s'induire des termes de la disposition. Ainsi un testateur a dit : je lègue à Pierre l'usufruit de tel bien jusqu'à ce que son fils ait atteint sa majorité, *afin qu'il puisse avec les revenus subvenir aux frais qu'entraînera l'éducation de ce fils*. Il est clair que dans l'intention du testateur, l'usufruit ne doit durer que pendant la vie du fils, puisqu'il est établi en vue de son éducation : il prendrait donc fin par la mort du fils survenue avant sa majorité, et en outre bien entendu par celle de l'usufruitier.

### 3° Consolidation.

1189. « *La consolidation est la réunion, sur la même tête, des deux* » *qualités d'usufruitier et de propriétaire* » (art. 617, 3°). L'usufruitier par exemple acquiert la nue propriété comme unique héritier du nu-propriétaire, ou bien il lui achète la nue propriété. Désormais le droit de l'usufruitier est *consolidé* (1) sur sa tête ; car, de temporaire qu'il était, son droit de jouissance est devenu perpétuel comme le droit de propriété auquel il est joint : il ne sera plus désormais soumis aux nombreuses chances d'extinction de l'usufruit, notamment il ne prendra pas fin par la mort de l'usufruitier.

Cela posé, comment la loi peut-elle nous représenter la consolidation comme une cause d'extinction de l'usufruit, puisque, loin d'éteindre le droit de l'usufruitier, elle le fortifie et le rend inextinguible ? Il faut s'entendre : la consolidation éteint l'usufruit *comme servitude* en vertu de la règle que nul ne peut avoir de servitude sur sa propre chose. *Nemini res sua servit jure servitutis, sed prodest jure domini*. Mais en réalité le droit de l'usufruitier est transformé et développé plutôt qu'éteint par la consolidation. L'usufruitier devenu propriétaire continuera à jouir ; mais il jouira désormais comme propriétaire, et non comme usufruitier. En tant que servitude le droit est éteint.

1190. La consolidation peut s'opérer, non seulement dans la personne de l'usufruitier qui acquiert la nue propriété, mais aussi dans la personne du nu-propriétaire qui acquiert l'usufruit. En effet la loi définit la consolidation « la réunion *sur la même tête* des deux qualités... ». Elle ne distingue pas si la réunion a lieu sur la tête du nu-propriétaire ou sur celle de l'usufruitier ; donc il peut y avoir consolidation dans l'un et l'autre cas. Ainsi il y aura consolidation aussi bien lorsque le nu-propriétaire achète l'usufruit que lorsque l'usufruitier achète la nue propriété.

(1) *Consolidation* paraît venir de *solidum*. Tous les éléments du *dominium, solidum jus*, se trouvent désormais réunis sur la tête de l'usufruitier.

Il pourrait y avoir consolidation aussi sur la tête d'un tiers, qui acquerrait du même coup, par vente par exemple, la nue propriété et l'usufruit.

Mais remarquez que, pour qu'il y ait consolidation dans la personne du nu-propriétaire, il faut que l'usufruit se soit, comme le dit l'art. 617, *réuni* à la nue propriété sur sa tête : ce qui suppose que l'usufruit est transmis au nu-propriétaire, qu'il en fait l'acquisition ; l'extinction de l'usufruit est alors une conséquence de sa réunion à la nue propriété. *Nemini res sua servit*. Il n'y aurait donc pas consolidation, lorsque l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier ou par toute autre cause. C'est très-improprement qu'on dit en pareil cas que *l'usufruit fait retour à la nue propriété* : ce qui donnerait à entendre que le droit de l'usufruitier est transmis au propriétaire. Le droit de l'usufruitier est éteint ; comment pourrait-il être transmis ? La vérité est que le propriétaire reprend en pareille circonstance la jouissance de sa chose en vertu de son droit de propriété qui est désormais affranchi de la charge dont il était grevé, et non comme ayant-cause de l'usufruitier, à la différence de ce qui a lieu quand il fait l'acquisition de l'usufruit. En un mot, il y a consolidation dans la personne du nu-propriétaire lorsque le droit d'usufruit lui est *transmis*, mais non lorsque ce droit *s'éteint* ; ou, pour employer une formule qui, bien que pouvant être critiquée à certains points de vue, exprime cependant une pensée exacte : il n'y a consolidation dans la personne du nu-propriétaire que lorsque l'extinction de l'usufruit est une conséquence de son acquisition par le nu-propriétaire, mais non lorsque son acquisition est une conséquence de son extinction.

Les développements, dans lesquels nous venons d'entrer, réfutent suffisamment l'opinion de quelques auteurs, qui admettent que la consolidation ne peut pas se produire dans la personne du nu-propriétaire, et qui en donnent pour principale raison que, s'il en était autrement, toutes les causes d'extinction de l'usufruit pourraient être ramenés à la consolidation, parce que toutes ont pour conséquence la réunion de l'usufruit à la propriété sur la tête du nu-propriétaire.

\* **1191.** La consolidation n'est qu'un cas particulier de la *confusion* : c'est la *confusion* de la propriété et de la jouissance ; les jurisconsultes romains la désignent positivement sous ce nom. La confusion est une cause d'extinction des droits soit réels soit personnels. Elle consiste dans la réunion sur une même tête de deux qualités incompatibles, celles de créancier et de débiteur (art. 1300) : c'est la confusion des droits personnels ; ou de nu-propriétaire et d'usufruitier (art. 617), de propriétaire du fonds dominant et du fonds servant (art. 705) : c'est la confusion des droits réels. Dans l'un et l'autre cas, il y a plutôt un obstacle matériel à l'exercice du droit (*Nemini res sua servit*) qu'une véritable extinction du droit. La consolidation comme la confusion n'éteint le droit qu'à raison de l'impossibilité qu'elle met à son exercice, et par suite dans les limites mêmes de cette impossibilité.

De là résultent plusieurs conséquences :

a). L'hypothèque, dont l'usufruitier aurait grevé son droit d'usufruit (art. 2148)

subsistera malgré la consolidation, et cela que la consolidation se soit opérée dans la personne du nu-propiétaire ou dans celle de l'usufruitier. Dans l'un et l'autre cas, le créancier hypothécaire pourra saisir et faire vendre aux enchères le droit d'usufruit, qui par rapport à lui n'est pas éteint, comme si la confusion ne s'était pas produite.

b). Si l'obstacle qui a produit la consolidation disparaît avec ou sans rétroactivité, le droit d'usufruit revivra; car il sommeille plutôt qu'il n'est véritablement éteint. Ainsi on m'a donné la nue propriété d'un bien grevé d'usufruit au profit de Paul; j'achète de celui-ci l'usufruit. Il y a consolidation, et par suite extinction de l'usufruit. Mais voilà que la donation qui m'a été faite de la nue propriété est révoquée pour cause de survenance d'enfants au donateur, cas auquel la révocation opère avec rétroactivité, ou même pour cause d'ingratitude, cas auquel la révocation a lieu sans rétroactivité (art. 958). L'obstacle qui avait produit la consolidation ayant disparu, mon droit d'usufruit revivra, ou plutôt il se réveillera, car il n'était qu'assoupi.

c). Si la consolidation cesse, l'engagement de la caution revivra de plein droit; la consolidation n'éteignant pas définitivement l'usufruit ne peut pas éteindre définitivement l'obligation de la caution.

#### 4° Non-usage pendant trente ans.

**1192.** L'usufruit s'éteint « par le non-usage du droit pendant trente ans » (art. 617, al. 4). Ce n'est qu'une application particulière de ce principe général que tout droit soit personnel soit réel, qui n'est pas exercé pendant trente années, est éteint par la prescription (art. 2262) : la loi considère le titulaire comme ayant renoncé à son droit, lorsqu'il est resté pendant un aussi long temps sans l'exercer. Nous sommes donc en face d'une prescription *extinctive*, et il y aurait lieu par conséquent d'appliquer les règles qui gouvernent cette espèce de prescription.

Ce principe conduit aux conséquences suivantes :

a). 1° Le non-usage doit avoir été continu pendant les trente années; un seul acte de jouissance accompli pendant la durée de ce délai, soit par l'usufruitier, soit par ses ayant-cause, par exemple par un fermier, suffirait pour arrêter le cours de la prescription. En d'autres termes, le délai de trente ans ne court qu'à compter du dernier acte de jouissance accompli par l'usufruitier ou ses ayant-cause. L'exercice même partiel du droit d'usufruit empêcherait la prescription pour le tout. Ainsi l'usufruitier, qui ne cultive qu'une partie du domaine grevé d'usufruit, conservera son droit, même sur la partie du domaine dont il n'a pas joui pendant trente ans. Il en serait autrement si un usufruit portait sur plusieurs biens distincts ne faisant pas partie d'une même universalité juridique, par exemple sur une maison de ville et sur une maison de campagne. Il y a en pareil cas autant d'usufruits distincts que de biens, et l'usufruitier, qui n'exercerait son droit que sur l'un, le perdrait sur l'autre après l'expiration du temps fixé par la loi.

b). Il suffit, pour que la prescription s'accomplisse, que l'usufruitier ait cessé d'exercer son droit pendant trente ans; il n'est nullement nécessaire que le nu-propiétaire, ou tout autre, l'ait exercé à sa place. A ce point de vue comme à bien d'autres, le droit de propriété est plus résistant que le droit d'usufruit : il ne peut pas comme celui-ci périr par une simple prescription *extinctive*, mais seulement par une prescription *acquisitive*. En d'autres termes, pour que la prescription puisse atteindre le droit d'un propriétaire, il ne suffit pas qu'il soit resté pendant trente ans sans

user de son droit, il faut qu'un autre l'ait exercé à sa place, qu'il ait possédé le bien comme propriétaire pendant le temps requis par la loi. D'où vient cette différence? L'usufruit est une charge, une servitude, une sorte de dette de la chose; au bout de trente ans de non-usage, la chose en sera affranchie, comme un débiteur est affranchi de sa dette après trente ans d'inaction de la part du créancier. On n'en peut pas dire autant du droit de propriété. En supposant qu'au bout de trente ans de non-usage le propriétaire fût dépouillé de son droit, sans que personne l'eût exercé à sa place, où irait le droit éteint par la prescription? On ne pourrait l'attribuer qu'à l'Etat en vertu de l'article 713, et cette solution serait extrêmement rigoureuse. Voilà pourquoi il faut ici, outre l'inaction du propriétaire, l'intervention active d'un tiers qui vient exercer à sa place le droit de propriété qu'il abandonne. On peut dire encore que la loi, qui favorise le droit de propriété, voit par cela même avec défaveur les charges qui la grèvent, et elle a dû par suite en faciliter l'extinction en se montrant moins exigeante pour les conditions de la prescription.

c). La prescription de l'usufruit ne courrait pas contre un usufruitier mineur ou interdit (arg., art. 2252).

##### 5° Perte totale de la chose.

**1193.** L'usufruit s'éteint « par la perte totale de la chose sur laquelle il est établi » (art. 617, al. 5). Les Institutes de Justinien nous en donnent la raison : *Est enim jus in corpore, quo sublato et ipsum jus tolli necesse est.*

La loi dit : *par la perte totale.* En cas de perte partielle, l'usufruit subsisterait donc sur la partie qui a été conservée. « *Si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste* », dit l'article 623. Ainsi nous avons vu que, lorsque l'usufruit porte sur un troupeau, si ce troupeau périt partiellement, l'usufruit subsistera sur la partie du troupeau qui a été épargnée, quelque minime qu'elle soit (art. 616).

Mais, quand la perte est totale, l'usufruitier n'a aucun droit sur les débris de la chose ; il doit les restituer au nu-propriétaire. Ainsi, l'usufruit portant sur un troupeau, si le troupeau périt totalement, l'usufruitier doit rendre compte des cuirs au propriétaire (art. 616). De même aux termes de l'article 624 : « *Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol, ni des matériaux.* — *Si l'usufruit est établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux.* » On peut induire de la partie finale de ce texte qu'en cas de perte partielle, l'usufruitier a droit aux débris de la portion périée, et cette induction est fortifiée par l'article 616 qui n'oblige l'usufruitier d'un troupeau à rendre compte des cuirs au propriétaire qu'en cas de perte totale.

**1194.** Il importe donc beaucoup de savoir quand il y a perte totale ou perte partielle, puisque la perte totale éteint le droit de l'usufruitier, tandis que la perte

partielle ne fait que le diminuer. Or il y a des cas dans lesquels on peut concevoir sur ce point un grave embarras. L'usufruit d'un étang sera-t-il éteint lorsque l'eau, s'étant définitivement retirée, l'étang sera transformé en terre arable? ou l'usufruit d'une terre arable, lorsqu'elle aura été transformée en un lac? ou l'usufruit d'une vigne, lorsqu'elle aura été transformée en un pré? Généralisant la question, le changement de forme de la chose grevée d'usufruit doit-il être considéré comme équivalant à sa perte totale, et entraîner à ce titre l'extinction de l'usufruit?

La loi s'est expliquée sur deux cas particuliers, qui peuvent servir de *criterium* pour résoudre la question. Ces deux cas nous sont déjà connus : le premier est celui de la perte d'un animal ou d'un troupeau (art. 645 et 646, *supra*, n° 1485); le deuxième est celui de la perte d'une maison (art. 624). En combinant ces diverses dispositions, on peut arriver à formuler la règle suivante : *Pour que le changement de forme subi par la chose entraîne l'extinction de l'usufruit, comme équivalant à une perte totale, il faut que ce changement ait rendu la chose complètement impropre à l'usage auquel elle était destinée.* D'après cela, on devrait décider que l'usufruit d'un étang sera perdu quand l'étang sera définitivement transformé en terre arable, ou l'usufruit d'un champ quand il sera définitivement transformé en lac, mais non l'usufruit d'une vigne quand elle sera transformée en terre labourable, ou réciproquement. La question toutefois est controversée.

**1195.** Mentionnons ici la disposition de l'article 39 de la loi du 3 mai 1841, duquel il résulte qu'en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'usufruitier a droit à la jouissance de l'indemnité d'expropriation. Cette disposition était nécessaire; autrement on aurait fort bien pu soutenir que la chose expropriée étant juridiquement périmée l'usufruitier n'avait pas droit à la jouissance de l'indemnité qui en est la contre-valeur.

Il ne faudrait pas assimiler à l'expropriation pour cause d'utilité publique la vente que ferait le nu-propiétaire de la chose grevée d'usufruit; elle ne porterait aucun préjudice aux droits de l'usufruitier (art. 621).

Tout ce qui vient d'être dit relativement à la perte de la chose grevée d'usufruit n'est applicable qu'à la perte par cas fortuit. En cas de perte par la faute de l'usufruitier, du nu-propiétaire ou d'un tiers, il y aurait lieu d'appliquer les règles du Droit commun.

#### 6° *Abus de jouissance de l'usufruitier.*

**1196.** Aux termes de l'article 613, al. 1<sup>er</sup> : « *L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant tant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien.* »

Il y a abus de jouissance, dès que l'usufruitier manque à l'obligation qui lui est imposée de jouir en bon père de famille. L'abus de jouissance implique donc une faute de l'usufruitier; pour qu'il puisse entraîner l'extinction de l'usufruit, il n'est pas nécessaire qu'il ait été commis par dol.

**1197.** L'extinction de l'usufruit par l'abus de jouissance de l'usufruitier n'a jamais lieu de plein droit (arg. des mots « peut aussi cesser »);

elle ne peut résulter que d'une décision judiciaire, qui la prononce sur la demande du nu-propiétaire. L'intervention du juge était nécessaire pour apprécier la gravité de l'abus reproché à l'usufruitier; car il va de soi qu'un manquement quelconque de l'usufruitier à ses obligations en saurait entraîner la déchéance de son droit.

1198. La loi d'ailleurs donne en cette matière un pouvoir discrétionnaire au juge. C'est ce qui résulte de l'alinéa 2 de l'article 618 ainsi conçu : « *Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayant-cause une somme déterminée jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser.* »

*Prononcer l'extinction absolue de l'usufruit*, c'est déclarer l'usufruitier déchu de son droit sans lui accorder aucune compensation. Cette mesure est infiniment grave, et semble par suite ne pouvoir être motivée que par des abus criants, comme si par exemple l'usufruitier a coupé des hautes futaies ou démoli des maisons; l'extinction absolue de l'usufruit pourrait alors être considérée comme une juste réparation du préjudice causé au nu-propiétaire. Dans tous les autres cas, les juges agiront conformément au vœu de la loi en adoptant le tempérament indiqué par le texte précité ou tout autre équivalent, par exemple la nomination d'un séquestre qui sera chargé d'administrer les biens et de rendre compte des revenus à l'usufruitier *ou à ses ayant-cause*, expression qui désigne, non les héritiers de l'usufruitier, mais ses *créanciers*.

Effectivement l'extinction de l'usufruit par suite de l'abus de jouissance de l'usufruitier peut être préjudiciable à ses créanciers; car ils seront d'autant moins facilement payés que leur débiteur sera moins riche (arg., art. 2092). Aussi ne sont-ils pas obligés de rester spectateurs passifs d'une lutte où leurs intérêts sont si gravement engagés. Aux termes de l'article 618, al. 2 : « *Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations, pour la conservation de leurs droits; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises, et des garanties pour l'avenir.* »

*Des garanties pour l'avenir*, par exemple une caution si l'usufruitier était dispensé d'en fournir une. Les offres, que peuvent faire les créanciers, pourraient également être faites par l'usufruitier. Mais en aucun cas le tribunal n'est obligé de les accepter; la loi, nous l'avons vu, lui donne un pouvoir discrétionnaire. Le juge sera ici surtout un ministre d'équité.

La déchéance du droit d'usufruit pour cause d'abus de jouissance a été empruntée à notre ancien Droit français, où elle ne s'était introduite que par suite d'une fausse

interprétation des mots : *non utendo per modum et tempus*, qu'on lit dans le § 3 du titre de *Usufructu* (II, 4) aux Institutes de Justinien.

7<sup>o</sup> Renonciation de l'usufruitier.

**1199.** Chacun peut renoncer à son droit. *Unusquisque potest juri in favorem suum introducto renuntiare*. L'usufruitier peut donc renoncer à son usufruit.

Il s'agit, qu'on le remarque bien, de la renonciation *unilatérale* que l'usufruitier fait à son droit d'usufruit : il y renonce, parce qu'il n'en veut plus. Cette renonciation est efficace indépendamment du concours du nu-propiétaire auquel elle doit profiter, et elle n'est assujettie à aucune forme particulière. (Cass., 23 janvier 1877, Sir., 79, 4. 444). Il en serait autrement, si l'usufruitier faisait donation de son droit d'usufruit au nu-propiétaire; il y aurait alors, non plus renonciation de l'usufruitier à son droit, mais cession à titre gratuit opérant consolidation dans la personne du nu-propiétaire, et les formes solennelles de la donation devraient être observées.

**1200.** La renonciation de l'usufruitier à son droit d'usufruit peut être expresse ou tacite.

*Expresse*, quand elle est faite *expressis verbis*.

*Tacite*, lorsqu'elle s'induit de certains actes accomplis par l'usufruitier et qui la font nécessairement supposer. On lit à ce sujet dans l'article 621 : « *La vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier; il continue de jouir de son usufruit, s'il n'y a pas formellement renoncé* ».

Que la vente faite par le nu-propiétaire de la chose soumise au droit d'usufruit ne puisse pas préjudicier à l'usufruitier, cela est d'évidence, et avait à peine besoin d'être dit. Le nu-propiétaire ne peut disposer que de ce qui lui appartient, c'est-à-dire de la nue propriété; il ne peut en aucune façon disposer de l'usufruit, qui est par rapport à lui bien d'autrui (arg., art. 1599).

Mais voilà l'usufruitier qui a participé à la vente consentie par le nu-propiétaire; devra-t-on le considérer à raison de ce fait comme ayant renoncé à son droit? Oui, si le rôle joué par l'usufruitier implique nécessairement renonciation à son droit d'usufruit : il sera vrai de dire alors qu'il a *formellement* renoncé à son droit; *formellement* n'est pas synonyme de *expressément*. Non, dans le cas contraire. Ainsi l'usufruitier a figuré à la vente consentie par le propriétaire comme témoin instrumentaire, et il a signé à ce titre l'acte de vente; on ne le considérera pas comme ayant renoncé à son droit d'usufruit. Si au contraire il est expliqué dans l'acte de vente que c'est la pleine propriété qui est vendue, et qu'il soit évident par les termes de la convention que l'usufruitier n'y est intervenu que pour rassurer l'acquéreur qui entendait acquérir la pleine propriété, l'usufruitier, qui a signé l'acte de vente, pourra être considéré comme ayant renoncé à son droit. Tout ce que la loi veut, c'est que la renonciation de l'usufruitier soit *formelle*, c'est-à-dire qu'il ne puisse pas s'élever la moindre doute sur sa volonté à cet égard.

Au cas où l'usufruit porterait sur un immeuble, la renonciation de l'usufruitier à son usufruit ne serait efficace à l'égard des tiers que par la transcription de l'acte qui la contient (loi du 23 mars 1855, art. 1, nos 2 et 3).

**1201.** Aux termes de l'article 622 : « *Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice* ».

Nous aurons à examiner sous l'art. 1167 si la renonciation doit avoir été faite frauduleusement pour que les créanciers puissent la faire annuler.

8° *Résolution du droit du constituant.*

**1202.** La constitution d'usufruit est une aliénation ; or le propriétaire seul peut aliéner ; si donc le droit de propriété du constituant se trouve anéanti, la constitution d'usufruit devra être considérée comme ayant été faite *à non domino*, et par suite comme non avenue. C'est ce qui peut arriver par suite de la *résolution du droit du constituant*, par exemple dans le cas prévu par l'article 1654. On applique alors la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, qui n'est qu'une conséquence de ce principe que nul ne peut conférer à autrui plus de droits qu'il n'en a. *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.*

\* Toutefois la résolution du droit du constituant, *dantis*, n'entraîne la résolution du droit d'usufruit qu'autant qu'elle se produit avec effet rétroactif, *ex tunc*. Si le droit du constituant n'était résolu que pour l'avenir, *ex nunc*, sa chute n'entraînerait pas celle du droit d'usufruit.

9° *Prescription acquisitive.*

\* **1203.** L'usufruit s'éteint en dernier lieu par la *prescription acquisitive, ou usucapion, de dix à vingt ans*. J'achète de quelqu'un que je crois propriétaire et qui ne l'est pas, *a non domino quem dominum esse credideram*, un immeuble dont la nue propriété appartient à *Primus* et l'usufruit à *Secundus*. La vente n'a pu me transférer ni la nue propriété de l'immeuble ni l'usufruit, puisque ni l'un ni l'autre droit n'appartenait à mon vendeur ; mais, comme j'ai juste titre et bonne foi quant à l'un et quant à l'autre, je pourrai prescrire par dix à vingt ans la nue propriété vis-à-vis du nu-propriétaire et l'usufruit vis-à-vis de l'usufruitier. Ce sont là deux prescriptions distinctes qui pourront fort bien ne pas se trouver accomplies en même temps. Quand celle qui concerne l'usufruit sera accomplie, il est clair que l'usufruit sera éteint, bien qu'il n'y ait pas non-usage du droit pendant trente ans. Il y a cependant controverse sur ce point.

**1204.** Telles sont les causes d'extinction de l'usufruit : la liste, on le voit, en est longue. Il y en a trois seulement qui sont applicables au quasi-usufruit : 1° la mort de l'usufruitier ; 2° l'arrivée du terme assigné à la durée de l'usufruit ; 3° l'événement de la condition résolutoire.

Quand l'usufruit a pris fin, la jouissance fait de plein droit retour à la nue propriété. L'usufruitier ou ses ayant-cause doivent donc immédiatement restituer la chose au nu-propriétaire, sans que celui-ci ait à tenter une demande contre eux ou à les mettre en demeure par un autre moyen ; et, s'ils en retenaient la possession, ils devraient compte des fruits qu'ils percevraient, sans préjudice des dommages-intérêts.

## CHAPITRE II

## DE L'USAGE ET DE L'HABITATION

**1205.** D'après le Droit romain, l'usage, *usus*, ne conférait en principe que le droit de se servir de la chose, mais non celui d'en percevoir les fruits, *jus utendi, non fruendi*.

Chez nous, l'usage confère, comme l'usufruit, non-seulement le droit de se servir de la chose, mais aussi celui d'en percevoir les fruits, le tout dans la mesure seulement des besoins de l'usager. Le droit d'usage est donc un usufruit restreint. Notons cependant tout de suite une différence importante, difficile à justifier d'ailleurs, entre l'usage et l'usufruit ; elle nous est révélée par l'article 631 : « *L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre* ». On sait qu'il en est autrement de l'usufruit (art. 595).

Quant à l'*habitation*, elle n'est dans notre Droit qu'un cas particulier de l'usage : c'est l'usage d'une maison d'habitation. Comme le droit d'usage, « *le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué* » (art. 634). En assimilant sur ce point comme sur les autres l'habitation à l'usage, notre législateur a fait disparaître la principale différence que le Droit romain avait établie entre l'*ædium usus* et l'*habitatio* : ce dernier pouvait seul être loué (§ 5 *Inst. Just., de usu et hab.* II. 5).

**1206.** Aux termes de l'article 625 : « *Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit* ».

*S'établissent.* Il semblerait résulter de la combinaison de ce texte avec l'article 579 que l'usage et l'habitation, de même que l'usufruit, peuvent être établis soit par la volonté de l'homme soit par la loi. Mais on ne trouve dans notre Droit aucun cas d'usage légal. Les articles 1465 et 1570 doivent être considérés comme établissant au profit de la veuve une créance alimentaire, un droit personnel par conséquent, bien plutôt qu'un véritable droit réel d'usage ou d'habitation.

*Se perdent.* De là on doit conclure que le droit d'usage, établi au profit d'une personne morale, ne durerait pas plus de trente ans (arg. art. 619).

Les articles 626 et 627 assimilent deux autres points de vue l'usage et l'habitation à l'usufruit : « *On ne peut en jouir comme dans le cas de l'usufruit, sans donner préalablement caution, et sans faire des états et inventaires* » (art. 626). « *L'usager et celui qui a un droit d'habitation doivent jouir en bons pères de famille* » (art. 627).

**1207. Droits de l'usager.** — « *Les droits d'usage et d'habitation se*

» *règlent d'après le titre qui les a établis et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue* » (art. 628). On ne sait trop pourquoi la loi a cru devoir formuler ici cette règle, qui allait de soi et qu'elle s'est bornée à sous-entendre en matière d'usufruit.

« *Si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ces droits, ils seront réglés ainsi qu'il suit* » (art. 629).

« *Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. — Il peut en exiger pour les besoins même des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage* » (art. 630).

*Des fruits d'un fonds.* La loi aurait dû dire simplement *d'un fonds*.

*De sa famille.* Suivant l'opinion générale, le mot *famille* désigne ici l'agrégation de toutes les personnes dont l'usager est le chef savoir : 1° son conjoint, alors même qu'il ne se serait marié que postérieurement à l'ouverture du droit d'usage ; 2° ses enfants (légitimes, naturels ou adoptifs, *lex non distinguit*), même ceux qui sont survenus depuis la concession de l'usage ; 3° ses domestiques ; mais non ses parents collatéraux et ses ascendants.

Quand la loi dit que l'usager a droit à la portion des fruits qui lui est nécessaire *pour ses besoins*, entendez qu'il a droit à la portion de chaque espèce de fruits du fonds qu'il peut consommer. Ainsi, en supposant que le fonds ne produise que du vin, l'usager n'aura droit chaque année qu'à dix barriques, si cette quantité suffit à sa consommation. Il n'aurait pas le droit d'exiger trente barriques pour acheter avec le prix de celles qu'il ne consommerait pas du blé, de l'huile et toutes autres denrées qui peuvent être nécessaires à sa consommation et que le fonds ne produit pas. D'ailleurs, une fois que l'usager a perçu les fruits auxquels il a droit, il est libre de les consommer ou de les vendre.

L'usager d'un fonds a le droit de l'exploiter par lui-même pour en retirer la portion des fruits nécessaire à ses besoins ; il n'a pas seulement le droit de demander tous les ans cette portion au propriétaire. Le droit d'usage est en effet un droit réel, *jus in re* ; il confère par conséquent à l'usager le droit de se mettre en contact direct avec la chose. D'ailleurs plusieurs dispositions de notre chapitre n'auraient pas de sens, si on ne reconnaissait pas ce droit à l'usager. Ainsi pourquoi le soumettre à l'obligation de faire inventaire et de donner caution, s'il n'a pas le droit de se mettre en possession des biens (art. 626) ? Pourquoi dire qu'il doit jouir en bon père de famille (art. 627) ? Il y a toutefois controverse sur ce point.

Si l'usager n'absorbe pas tous les fruits du fonds, il y aura lieu à un partage de jouissance entre lui et le propriétaire dans la mesure du droit de chacun.

Aux termes de l'article 632 : « *Celui qui a un droit d'habitation dans une maison, peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné.* »

**1208. Des obligations de l'usager.** — En principe elles sont les mêmes que celles de l'usufruitier. Nous en avons déjà trouvé la preuve

dans les art. 626 et 627. L'article 635 dit à son tour : « *Si l'usager absorbe* » tous les fruits du fonds, ou s'il occupe la totalité de la maison, il est » assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien, et au paiement des contributions, comme l'usufruitier. — S'il ne prend qu'une » partie des fruits, ou s'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue » au prorata de ce dont il jouit ».

En ce qui concerne les frais de culture, il est sans difficulté que l'usager doit les supporter intégralement, s'il absorbe tous les fruits. Si une partie seulement des fruits suffit à sa consommation, il ne la reçoit que sous la déduction de sa part contributive dans les frais de culture. Ce n'est donc pas une portion du produit *net* du fonds qu'on lui attribue, mais bien du produit *brut*. Entendue autrement, la disposition relative aux frais de culture n'aurait pas de sens; car l'usager ne contribuerait pas aux frais de culture, si on commençait par les prélever sur la récolte avant de lui donner la portion de cette récolte nécessaire à ses besoins. Il y a toutefois controverse sur ce point.

Celui qui a le droit d'habitation dans une maison dont il n'occupe qu'une partie, doit supporter les réparations d'entretien de toute la maison, proportionnellement à l'importance de la partie qu'il occupe. Il ne serait pas quitte en faisant les réparations d'entretien de cette partie.

**1209.** L'usage n'absorbant pas comme l'usufruit toute l'utilité du fonds, la limitation de sa durée peut paraître moins essentielle que celle de l'usufruit. On s'explique ainsi que la loi reconnaisse dans les forêts des droits d'usage *perpétuels* dont elle règle l'exercice et l'étendue. Sous le point de vue de la perpétuité, ces droits participent de la nature des services fonciers. Ils en diffèrent, en ce qu'ils ne sont point établis pour l'utilité d'un héritage déterminé, mais le plus souvent au profit des habitants d'une ou plusieurs communes ou sections de communes. Ils en diffèrent aussi en ce que le propriétaire peut s'en affranchir par le *cantonnement* (1), s'il s'agit de l'usage d'un bois (C. For., art. 63, 88, 111, 118), ou, s'il s'agit de tout autre droit d'usage, par le rachat moyennant indemnité (C. For., art. 64, 88, 112 et 120).

## TITRE IV

### **Des servitudes ou services fonciers.**

**1210.** Le titre précédent est consacré aux servitudes *personnelles* (usufruit, usage et habitation); celui-ci aux servitudes *réelles*, ou *prédales*, comme disaient les Romains. La servitude réelle suppose deux fonds dont l'un doit ses services à l'autre : d'où la dénomination de *services*

(1) Cette opération consiste à sacrifier une partie du fonds en toute propriété pour racheter le droit d'usage.

*fonciers*, qui est presque une définition de la servitude et que notre législateur paraît avoir placée dans la rubrique de ce titre, pour qu'il fût bien entendu que les servitudes dont il va être question n'ont rien de commun avec les servitudes féodales.

**1211. Définition des servitudes réelles.** — « *Une servitude est* » une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage » appartenant à un autre propriétaire », dit l'article 637.

*Une charge.* Le législateur envisage ici la servitude par rapport au fonds qui la doit ; elle est une charge pour ce fonds, en ce sens qu'elle cause une gêne et quelquefois même un préjudice à son propriétaire qui est obligé d'en souffrir l'exercice. Mais, envisagée par rapport au fonds auquel elle est due, la servitude est un droit ; aussi Pothier la définit-il : « le droit qu'a le propriétaire d'un héritage sur un héritage voisin pour la commodité du sien. »

*Sur un héritage... d'un héritage.* Le mot *héritage*, comme le mot *héritier*, vient de *herus*, qui signifie maître, propriétaire ; il est synonyme de *propriété*, et logiquement il aurait dû, dans sa généralité, désigner toute propriété soit mobilière soit immobilière. Mais, dans notre ancien Droit coutumier, on l'employait exclusivement pour désigner les immeubles réels ou par nature (fonds de terre et bâtiments), sans doute parce qu'on considérait ces immeubles comme constituant la propriété par excellence. C'est dans ce sens restreint que notre législateur emploie le mot *héritage* en matière de servitudes et d'hypothèques.

La servitude, nous l'avons déjà dit, suppose deux fonds, deux héritages, comme dit notre article : un qui doit la servitude et que l'on appelle *fonds dominant*, l'autre auquel elle est due et que l'on désigne sous le nom de *fonds servant*. Ces dénominations, consacrées par une tradition séculaire, ont été bannies du Code civil, qui n'emploie même qu'avec beaucoup de réserve l'expression plus inoffensive encore de *fonds assujetti* (art. 699). Le législateur a craint qu'elles n'évoquassent le souvenir des servitudes féodales. Arriver à l'assujettissement des personnes par le moyen de l'assujettissement des fonds, tel était le trait caractéristique du régime féodal. Notre législateur a pris le contre-pied de ce système. Il a voulu au contraire assurer la liberté des personnes en assurant celle des héritages. C'est cette idée qui a dicté l'article 638, aux termes duquel : « *La servitude n'établit aucune prééminence d'un* » héritage sur l'autre. » Aujourd'hui donc les héritages sont libres comme les personnes ; et c'est là un principe d'ordre public auquel la volonté des particuliers ne pourrait pas déroger (arg., art. 6).

La servitude, étant une charge sur un héritage au profit d'un autre héritage, constitue donc un droit réel. De là résulte notamment cette conséquence que le propriétaire du fonds servant n'a pas le droit de

racheter la servitude dont son fonds est grevé; car, en imposant le rachat au propriétaire du fonds dominant, il l'exproprierait de son droit: ce que ne permet pas l'article 545.

D'autre part, la servitude constitue un droit immobilier; car, soit qu'on l'envisage par rapport au fonds dominant, soit qu'on l'envisage par rapport au fonds servant, elle s'applique à un immeuble (*supra*, n° 1037).

*Pour l'usage ou l'utilité d'un héritage.* Ajoutez: ou pour son agrément, comme il arrive dans la servitude de *prospect, prospectus*, qui assure au propriétaire du fonds une vue libre sur le fonds servant, en interdisant au propriétaire de celui-ci toute plantation ou construction qui pourrait gêner cette vue.

*Appartenant à un autre propriétaire.* Un rapport de servitude ne peut pas en effet se concevoir entre deux fonds appartenant au même propriétaire. Le propriétaire de deux fonds pourra bien affecter l'un au service de l'autre, en passant par exemple sur le second pour exploiter le premier; mais cette affectation ne constituera qu'un exercice de son droit de propriété, et non une servitude. *Nemini res sua servit jure servitutis sed prodest jure dominii.*

**1212.** Il n'est pas essentiel, pour qu'un droit de servitude puisse exister entre deux fonds, qu'ils soient contigus, ni même rapprochés l'un de l'autre. Le mot *voisins*, qui figurait dans la rédaction primitive de l'article 637, en a été supprimé après discussion. Et en effet on conçoit très-bien un rapport de servitude entre deux fonds plus ou moins distants l'un de l'autre. La servitude de puisage par exemple peut exister utilement au profit d'un fonds situé à une certaine distance de la source; de même un domaine complanté en vignes peut avoir le droit *jure servitutis* de prendre des échelas dans une forêt située à plusieurs kilomètres.

**1213.** Des deux fonds dont la servitude suppose l'existence, l'un, le fonds servant, est appelé à jouer un rôle passif, souffrir l'exercice de la servitude; l'autre, le fonds dominant, un rôle actif, exercer la servitude. Le fonds servant peut jouer son propre rôle, qui est un rôle négatif. Il n'en est pas de même du fonds dominant: il ne peut pas exercer lui-même la servitude, cet exercice supposant l'intervention active d'une personne. Qui donc l'exercera? Le propriétaire du fonds dominant, ou en termes plus exacts celui qui a droit à la jouissance de ce fonds: ce peut être un usufruitier ou un usager.

**1214.** Les jurisconsultes romains ont dit avec exactitude que les servitudes sont des qualités des fonds, *qualitates prædiorum*: qualités *actives* pour le fonds dominant qui s'en trouve augmenté de valeur, qualités *passives* par le fonds servant, qui, devant ses services au fonds domi-

nant, perd ainsi au profit de celui-ci une partie de son utilité et par suite de sa valeur. A ce titre les servitudes sont inhérentes aux fonds, *prædiis inherens* ; car les qualités d'une chose n'en peuvent pas être détachées.

De là résultent plusieurs conséquences, et entre autres les suivantes :

1° Les servitudes se transmettent avec les héritages qui les doivent ou auxquels elles appartiennent, *ambulant cum dominio*. Toute personne, qui devient propriétaire d'un fonds, peut exercer les servitudes actives auxquelles il a droit, et est tenue de souffrir les servitudes passives dont il est grevé.

2° Le propriétaire du fonds dominant ne peut pas transporter la servitude de ce fonds à un autre qui lui appartient, ni la vendre au propriétaire d'un autre héritage ; et de même le propriétaire du fonds servant ne peut pas changer l'assiette de la servitude, c'est-à-dire la transporter, l'asseoir sur un autre fonds.

3° La perte d'un fonds entraîne celle des servitudes actives ou passives qui lui étaient inhérentes. Mais les héritages périssent rarement ; aussi peut-on dire qu'en principe les servitudes sont perpétuelles comme les fonds dont elles sont une dépendance, exception peut-être unique au principe que les démembrements de la propriété sont temporaires.

\* 4° Une servitude active est comprise de plein droit dans l'hypothèque du fonds auquel elle appartient ; mais elle ne peut pas être hypothéquée séparément de ce fonds. De même, si un fonds au profit duquel existe une servitude est saisi par les créanciers du propriétaire, la servitude est comprise de plein droit dans la saisie, en ce sens qu'elle sera vendue avec le fonds ; mais elle ne peut pas être saisie séparément du fonds.

**1215.** Un même droit peut être établi, soit à titre d'obligation, *jure obligationis*, soit à titre de servitude personnelle (usufruit, usage ou habitation), soit à titre de servitude réelle. Dans le premier cas, nous sommes en présence d'un droit personnel ; dans les deux derniers, en présence d'un droit réel. Ce point présentant une grande importance, nous l'éclaircirons par un exemple.

Je suis propriétaire d'un château, et vous d'une forêt dans le voisinage. Il me faut tous les ans cent stères de bois pour le chauffage de mon château, et votre forêt peut facilement les fournir. Je pourrai les obtenir en faisant avec vous l'une des trois conventions suivantes :

1° Je conviendrai avec vous que vous me fournirez chaque année, moyennant une somme de mille francs par exemple, les cent stères de bois dont j'ai besoin. Cette convention fera naître à mon profit une créance, un droit personnel par conséquent, et à votre charge une obligation.

2° Je conviendrai avec vous que, moyennant une somme de 40,000 fr. une fois payés, j'aurai le droit, tant que je vivrai, de couper tous les ans dans votre forêt les cent stères de bois nécessaires à ma consommation. Cette convention fera naître à mon profit un droit d'usage sur votre forêt, une servitude personnelle par conséquent.

3° Nous conviendrons ensemble que, moyennant une somme de 20,000 fr. une fois payés, mon château aura droit à perpétuité à cent stères de bois par an à prendre dans votre forêt. Ici la convention aura fait naître au profit de mon fonds un droit de servitude réelle sur le vôtre.

Voilà donc un même droit, celui d'obtenir le bois nécessaire à mon chauffage, qui peut être établi sous trois formes différentes. Et il n'est pas inutile de savoir laquelle; car grandes sont les différences entre le droit personnel, la servitude personnelle et la servitude réelle. Nous allons indiquer les principales.

**1216. Différences entre le droit personnel et la servitude réelle.** — 1<sup>o</sup> Le droit personnel ou droit de créance existe au profit d'une personne, le droit de servitude réelle au profit d'un fonds. Dans l'espèce proposée tout-à-l'heure, si la convention relative au bois de chauffage a engendré un droit de créance, ce droit ne sera pas attaché à mon fonds; si je le vends, l'acheteur n'aura pas droit au bois, et je conserverai le droit de le réclamer. Il en sera autrement, si la convention a fait naître un droit de servitude au profit de mon fonds; en le vendant je transmettrai nécessairement mon droit à l'acheteur, et par conséquent je le perdrai.

2<sup>o</sup> Le droit de créance existe contre une personne, tandis que le droit de servitude existe contre un fonds. Dans l'espèce qui vient d'être proposée, si la convention relative au bois de chauffage a fait naître un droit personnel, vous serez tenu de son exécution, même après avoir vendu votre forêt, parce que ce n'est pas le fonds qui doit, c'est vous, et un débiteur ne peut pas par son fait se soustraire à son obligation. Après votre mort vos héritiers seront tenus à votre place, parce que nos obligations se transmettent à nos héritiers. Au contraire, si la convention a fait naître un droit de servitude réelle, c'est votre fonds qui est débiteur, et non votre personne; par conséquent, le jour où vous aurez cessé d'être propriétaire du fonds, vous ne serez plus tenu vis-à-vis de moi, et la charge passera au nouveau propriétaire du fonds.

3<sup>o</sup> Le droit de créance permet de forcer le débiteur à jouer un rôle actif, d'exiger de lui une prestation; il est tenu *ad aliquid dandum vel faciendum vel præstandum*. Dans l'espèce proposée tout à l'heure, si la convention relative au bois de chauffage a fait naître un droit de créance, je puis exiger que vous me le fournissiez, même que vous me le livriez à domicile s'il en a été ainsi convenu. Au contraire le droit de servitude ne permet pas au propriétaire du fonds dominant d'exiger une prestation du propriétaire du fonds servant. Celui-ci n'est tenu que d'un rôle passif, *tenetur in non faciundo non in faciundo*. Dans notre espèce, si la convention a établi un droit de servitude entre nos deux fonds, je ne pourrai pas exiger que vous coupiez le bois et que vous me le livriez; j'aurai seulement le droit d'aller le couper dans votre forêt sans que vous puissiez vous y opposer. Toutefois cette différence n'est pas essentielle; car on pourrait convenir que le propriétaire du fonds servant jouera un rôle actif, qu'il coupera le bois dans l'espèce proposée (art. 699); mais il resterait toujours que le propriétaire pourrait s'affranchir de la charge par l'abandon du fonds servant, tandis qu'il n'aurait pas ce droit s'il est lié par un lien d'obligation.

4<sup>o</sup> Le titulaire d'un droit de créance peut la céder; au contraire le propriétaire d'un fonds, au profit duquel existe un droit de servitude, ne peut pas céder ce droit; du moins il ne peut le céder qu'avec le fonds auquel il appartient.

**1217. Différence entre le droit de créance et la servitude personnelle.** — 1<sup>o</sup> Le droit de créance permet au créancier de forcer le débiteur à accomplir une prestation, *ad aliquid dandum vel faciendum vel præstandum*; au contraire, celui dont le fonds est grevé d'une servitude personnelle n'est tenu que d'une obligation négative, souffrir la servitude, *tenetur in non faciundo non in faciundo*.

2<sup>o</sup> Le droit de créance est transmissible aux héritiers du créancier; le droit de servitude personnelle est attaché à la personne du titulaire, et meurt avec lui.

**1218. Différences entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles.** 1<sup>o</sup> Elles diffèrent d'abord au point de vue du sujet actif de la servitude. Les servitudes personnelles sont établies au profit d'une personne, les servitudes réelles au profit d'un fonds.

2° Elles diffèrent aussi quant à leur sujet passif. Les servitudes personnelles peuvent être établies sur des choses soit mobilières soit immobilières; les servitudes réelles ne peuvent être établies que sur des héritages, c'est-à-dire sur des fonds de terre ou sur des bâtiments.

3° Les servitudes personnelles sont temporaires comme les personnes en vue desquelles elles sont établies; les servitudes réelles sont perpétuelles comme les fonds auxquels elles sont inhérentes, *qualitates prædiorum*.

**1219.** En résumé, la servitude réelle suppose deux fonds appartenant à deux propriétaires différents, dont l'un doit ses services à l'autre : d'où la dénomination de services fonciers. Elle constitue une qualité du fonds, qualité active pour le fonds dominant, qualité passive pour le fonds servant, et à ce titre elle est attachée au fonds activement ou passivement, *prædiis inhærent*; d'où il résulte notamment que la servitude suit l'héritage, *ambulat cum dominio*, en ce sens qu'elle peut être exercée par le propriétaire du fonds dominant quel qu'il soit, et doit être soufferte par le propriétaire du fonds servant.

**1220. Division des servitudes.** — Aux termes de l'article 639 : « Elle (la servitude) dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires. »

Il y a donc trois catégories de servitudes :

1° Les servitudes résultant de la situation naturelle des lieux, ou servitudes naturelles ;

2° Les servitudes dérivant des obligations imposées par la loi, ou mieux les servitudes légales ;

3° Les servitudes dérivant des conventions entre propriétaires, ou, comme le dit en termes plus exacts la rubrique du chapitre III, les servitudes établies par le fait de l'homme ; car, si la convention est la source la plus fréquente des servitudes résultant du fait de l'homme, elle n'en est pas la source unique ; il y a en outre le testament et la destination du père de famille.

**1221.** Cette division tripartite des servitudes a été très-vivement critiquée. Il n'y a pas de motif, a-t-on dit, pour distinguer les servitudes résultant de la situation naturelle des lieux des servitudes établies par la loi ; on aurait dû comprendre les unes et les autres dans une seule et même catégorie sous la dénomination de servitudes légales ; car toutes ont leur source dans la loi. Quelle différence voit-on par exemple, au point de vue de la nature de la servitude, entre celle dont parle l'article 646, qui permet à tout propriétaire « d'obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës », et celle de l'article 663 aux termes duquel « chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins... » ? Et comment expliquer rationnellement que la première servitude soit rangée parmi celles qui résultent de la situation naturelle des lieux, et la seconde parmi les servitudes légales ? Il aurait donc fallu confondre ces deux catégories en une seule, et dire en conséquence pour les servitudes réelles ce que les articles 579

et 625 combinés disent pour les servitudes personnelles : les servitudes sont établies par la loi ou par le fait de l'homme.

On peut répondre cependant, pour justifier la distinction des servitudes naturelles et des servitudes légales, que les premières sont écrites en quelque sorte sur le sol par la nature elle-même, de sorte que la loi les constate et les consacre bien plus qu'elle ne les crée, à tel point qu'on ne concevrait pas une législation qui ne reconnaîtrait pas l'existence de ces servitudes; tandis que les servitudes légales sont véritablement créées par la loi qui aurait pu ne pas les établir. Ainsi on concevrait fort bien une législation dans laquelle un propriétaire, joignant un mur, ne pourrait pas forcer celui auquel appartient ce mur à lui en céder la mitoyenneté, comme le permet l'article 661; tandis qu'on ne concevrait pas une législation dans laquelle le propriétaire d'un fonds ne serait pas obligé de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs (art. 640).

**1222.** La division de la loi a donné lieu à une autre critique. Les servitudes naturelles et les servitudes légales, a-t-on dit, ne sont pas de véritables servitudes; car elles constituent le Droit commun de la propriété foncière en France, et la servitude suppose une exception à ce Droit commun. Ce sont si peu des servitudes qu'il est souvent impossible de dire quel est le fonds dominant et quel est le fonds servant (voyez notamment art. 646 et 674). Elles semblent même être le contraire d'une servitude, car c'est précisément le fonds qui s'y trouverait soustrait par la volonté du propriétaire qui serait en état de servitude : tel serait le cas où le propriétaire d'un fonds aurait autorisé le propriétaire du fonds voisin à planter plus près que la distance légale. En réglementant la propriété foncière (les servitudes naturelles et légales ont été établies dans ce but), le législateur n'a pas plus mis les fonds en état de servitude, qu'il n'y a mis les personnes en restreignant l'exercice de leur droit de liberté dans de sages limites, afin que cet exercice fût compatible avec le maintien du bon ordre social. Et c'est bien ainsi que l'on comprend les choses dans le langage usuel. Quand un fonds n'est pas grevé de servitudes autres que les servitudes naturelles et les servitudes légales, le propriétaire, en l'aliénant, n'hésite pas à le déclarer libre de toute servitude. C'est qu'en effet il n'y a de véritables servitudes que celles qui résultent du fait de l'homme, parce que ce sont les seules qui constituent une exception au Droit commun de la propriété foncière. — Il nous semble difficile de répondre. Quoi qu'il en soit, en qualifiant de *servitudes* (naturelles ou légales) les différentes charges qu'il impose ici à la propriété foncière dans le but de la réglementer, et en leur donnant asile dans le titre *des Servitudes ou Services fonciers*, notre législateur a prouvé clairement qu'il considérait toutes ces charges comme ayant un égal caractère de *réalité* : ce qui conduit notamment à décider que les contestations, auxquelles peuvent donner lieu les servitudes naturelles ou légales, aussi bien que celles qui peuvent s'élever au sujet des servitudes résultant du fait de l'homme, seront toujours de la compétence du tribunal de la situation des immeubles litigieux (arg., art. 59, al. 3 Pr).

Et toutefois l'article 4370 fait naître quelques doutes à ce sujet, quand il nous présente les charges résultant du voisinage comme des « *engagements* formés involontairement », et résultant « de l'autorité seule de la loi », paraissant bien dire ainsi que les charges dont il s'agit constituent des *obligations* ayant leur source dans la loi, donc des droits *personnels*. Même langage ou à peu près dans les articles 639, 651 et 652. Le doute s'accroît, quand on voit que, dans notre ancien Droit, les charges imposées aux propriétaires voisins, et dont notre Code a fait des servitudes naturelles ou légales, étaient considérées comme des charges personnelles, comme des obligations résultant de ce que Pothier appelle le *quasi-contrat de voisinage*. Mais en définitive la place et le nom, que le législateur a donnés à ces

charges, doivent prévaloir sur des expressions qui n'ont pas été peut-être suffisamment pesées. Il est arrivé ici comme ailleurs que le législateur, tout en répudiant le système admis par notre ancien Droit, a employé *passim* des expressions qui lui sont empruntées. Quand on rompt avec une tradition par les idées, il n'est pas toujours facile de rompre immédiatement avec elle par le langage.

## CHAPITRE I

### DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX

**1223.** Les restrictions au droit de propriété, que le législateur établit ici sous le nom de servitudes, sont dites servitudes *naturelles*, parce qu'elles sont l'œuvre de la nature bien plus que de la loi, qui ne fait en quelque sorte que les enregistrer et ordonner aux particuliers de les respecter.

On est d'ailleurs tout étonné de trouver sous cette rubrique un certain nombre de dispositions, qui, n'étant qu'une consécration du droit de maîtrise appartenant au propriétaire, auraient semblé bien mieux à leur place au titre de la propriété, notamment celle de l'article 647 qui reconnaît à tout propriétaire le droit de clore son héritage. Fidèle à notre plan, nous respectons l'œuvre du législateur même dans ses imperfections, et nous suivrons par conséquent ici comme ailleurs la marche qu'il a adoptée.

Notre chapitre traite : 1<sup>o</sup> des eaux (art. 640-645) ; 2<sup>o</sup> du bornage (art. 646 et 647) ; 3<sup>o</sup> de la clôture (art. 648). Ces dispositions feront l'objet de trois paragraphes distincts.

#### § I. *Dispositions relatives aux eaux.*

**1224.** La loi parle ici successivement : 1<sup>o</sup> des eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs (art. 640) ; 2<sup>o</sup> des eaux de source (art. 641 à 643) ; 3<sup>o</sup> des eaux courantes qui bordent un héritage ou qui le traversent (art. 644 et 645). Nous étudierons ces dispositions dans trois numéros distincts ; un quatrième sera consacré aux lois postérieures qui les ont complétées, et un cinquième aux eaux pluviales dont la loi ne parle pas.

##### N<sup>o</sup> 1. Des eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs.

**1225.** Aux termes de l'article 640 : « *Les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en décou-*

» *lent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.* — *Le*  
 » *propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet*  
 » *écoulement.* — *Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave*  
 » *la servitude du fonds inférieur* ».

C'est en vertu d'une loi de nature que les eaux découlent des fonds supérieurs vers les fonds inférieurs. Cette loi s'impose à l'homme, et notre article oblige les propriétaires à la respecter; autrement ils seraient dans un état perpétuel d'hostilité les uns vis-à-vis des autres.

Tous les fonds de terre sont soumis à cette servitude, même ceux qui font partie du domaine public.

Elle assujettit les fonds inférieurs à recevoir toutes les eaux qui découlent *naturellement* des fonds supérieurs, donc non seulement les eaux de pluie, mais aussi les eaux de source et celles provenant de la fonte des neiges et les neiges elles-mêmes sous forme d'avalanches dans les pays de montagne, à plus forte raison les vases, graviers et toutes autres matières que les eaux charrient naturellement avec elles.

**1226.** Mais les fonds inférieurs ne sont pas obligés de recevoir les eaux qui découlent du fonds supérieur par suite du fait de l'homme (argument des mots : sans que la main de l'homme y ait contribué), par exemple les eaux ménagères écoulées par le propriétaire du fonds supérieur, ou les eaux provenant du déversoir d'une usine, ou celles qui proviennent d'un puits artésien, sauf dans ce dernier cas la faculté qui appartiendrait au propriétaire du puits, s'il ne pouvait pas absorber toute l'eau, de forcer les propriétaires inférieurs à la recevoir moyennant indemnité (arg., art. 3, 1, 29 avril 1845).

Une décision semblable paraît devoir être appliquée au cas où un propriétaire aurait donné naissance à une source par des travaux qui n'auraient pas été effectués dans ce but, *non data ad hoc opera*; par exemple en creusant les fondations d'un édifice ou un fossé. Le propriétaire du fonds inférieur ne pourrait donc être tenu de recevoir ces eaux que moyennant indemnité, par application de la disposition législative qui vient d'être citée. On pourrait dire, il est vrai, que, les travaux qui ont donné naissance à ces eaux n'ayant pas été pratiqués dans ce but, leur apparition doit être considérée comme le résultat d'un cas fortuit, qui doit être mis sur le compte de la nature plutôt que sur celui du propriétaire. Mais il faut répondre que le propriétaire du fonds supérieur est la cause au moins indirecte du préjudice qu'éprouve le propriétaire du fonds inférieur, et qu'il est tenu à ce titre de le réparer conformément à la règle *Qui occasionem damni præstat damnum fecisse videtur*. Le texte de la loi favorise d'ailleurs cette solution; car il n'oblige le propriétaire inférieur à recevoir les eaux qui proviennent du fonds supérieur qu'autant qu'elles en découlent naturellement et « sans que la main de l'homme y ait contribué ».

**1227.** « Le propriétaire, inférieur », dit la loi, « ne peut point élever une digue qui empêche cet écoulement » (des eaux). Ajoutez : ni en général faire aucun travail qui contrarie l'œuvre de la nature, à moins cependant que ces travaux n'allègent pour lui la servitude, sans nuire en rien au propriétaire du fonds supérieur.

Le propriétaire du fonds inférieur ne pourrait même pas, sous prétexte que l'article 647 lui donne le droit de se clore, construire sur les confins de son héritage un mur de clôture, qui arrêterait l'écoulement naturel des eaux provenant du fonds supérieur. S'il veut faire usage de ce mode de clôture, il devra pratiquer à la partie inférieure du mur des ouvertures (*barbacanes*) pour laisser aux eaux leur libre écoulement.

**1228.** De l'avis de tous, la disposition qui défend au propriétaire inférieur de se protéger par des digues contre les eaux découlant naturellement des fonds supérieurs, n'est pas applicable aux propriétaires riverains d'un fleuve ou d'une rivière. Chaque riverain peut construire des ouvrages le long du fleuve pour prévenir ses dévastations, sans que les riverains de face ou les riverains inférieurs puissent se plaindre de ce que ces travaux les exposent à être plus maltraités par les eaux du fleuve. Rien ne les empêche de se protéger eux aussi par des travaux analogues. « Dans le cas d'un danger commun, dit fort bien M. Laurent, chacun se défend pour son compte ».

**1229.** La loi ajoute : « Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur ». Ainsi le propriétaire du fonds supérieur ne peut pas obliger le propriétaire du fonds inférieur à recevoir les eaux pluviales, qui découlent de la toiture de son bâtiment, soit directement (*stillicidium*), soit par un tuyau de conduite (*flumen*) (voy. art. 681). De même le propriétaire du fonds supérieur ne pourrait pas corrompre les eaux de source qui prennent naissance dans son fonds avant de les transmettre au fonds inférieur.

Et toutefois cette règle ne doit pas être appliquée avec trop de rigueur : elle reçoit certains tempéraments d'équité. Les jurisconsultes romains qui nous l'ont léguée la comprenaient de cette façon.

C'est ainsi notamment que le propriétaire du fonds supérieur aurait le droit de faire des sillons sur son fonds et même des rigoles pour favoriser l'écoulement des eaux, *fossas agri colendi causa*, sans que le propriétaire du fonds inférieur puisse se plaindre, sous prétexte qu'il en résulte pour lui une petite aggravation de la servitude. Les fonds sont naturellement destinés à la culture, et par suite les eaux qui découlent d'un fonds cultivé peuvent être considérées comme des eaux qui en découlent naturellement, bien que la culture ait quelque peu modifié l'écoulement naturel des eaux. Et toutefois le propriétaire du fonds supérieur ne pourrait pas, en pratiquant des rigoles pour l'écoulement des eaux nuisibles à la culture, les faire déverser sur un fonds autre que celui qui est appelé à les recevoir par la pente naturelle du terrain.

## N° 2. Des sources.

**1230.** Aux termes de l'article 641 : « Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription. »

Le propriétaire d'un fonds est donc propriétaire de la source qu'il contient : il en est propriétaire parce que l'eau qui l'alimente vient des profondeurs du sol qui lui appartient *usque ad inferos*. Aussi la loi romaine dit-elle avec exactitude : *Portio agri videtur aqua viva*.

Le propriétaire de la source peut à son gré :

Ou laisser l'eau qu'elle fournit suivre la pente naturelle du terrain et couler sur les fonds inférieurs, qui sont tenus de la recevoir parce que c'est la nature qui la leur envoie ;

Ou disposer de cette eau, soit en l'absorbant, soit en détournant son cours naturel pour en faire profiter un propriétaire voisin autre que celui auquel la destinait la pente naturelle du terrain, soit même en aveuglant la source ; sans qu'en aucun cas les propriétaires inférieurs puissent se plaindre de ce qu'ils ne reçoivent plus l'eau que leur amenait la disposition naturelle des héritages. Il en serait ainsi alors même que le propriétaire de la source agirait par pure malice, dans le but de priver un propriétaire inférieur du profit qu'il retire de l'eau de la source. Peu importe que Tronchet ait dit le contraire au Conseil d'Etat. Le principe est absolu par cela même que la loi n'y apporte aucune restriction, et un principe vaut mieux qu'une affirmation de Tronchet.

**1231.** La règle que le propriétaire d'une source peut en disposer souffre deux exceptions. La première a lieu lorsque le propriétaire du fonds inférieure a acquis un droit à l'usage de l'eau ; la deuxième lorsque le cours de la source fournit à une communauté d'habitants l'eau qui leur est nécessaire.

**1232. PREMIÈRE EXCEPTION.** Le propriétaire d'une source ne peut pas priver le propriétaire inférieur des avantages qu'il retire de l'eau de cette source, lorsque celui-ci a *acquis* un droit à son usage. Les rôles sont alors intervertis : c'est le fonds où jaillit la source qui est grevé d'une servitude au profit du fonds inférieur ; il lui doit l'eau de la source en tout ou en partie.

Par quels moyens le propriétaire inférieur peut-il acquérir un droit à l'usage de l'eau ? Notre article indique les deux plus usuels : le titre et la prescription ; il faut ajouter la destination du père de famille qui est un mode général d'acquisition des servitudes continues et apparentes (art. 692).

Nous n'avons à entrer dans aucun détail en ce qui concerne le titre : ce peut être une convention ou un testament ; ses termes détermineront la quantité d'eau qui doit être transmise au fonds inférieur ; il va sans dire que le propriétaire de la source reste le maître de disposer du surplus. Nous ne dirons rien non plus de la destination du père de famille, qui serait ici régie de tous points par Droit commun. Mais

nous avons à nous expliquer sur la prescription qui est gouvernée par des règles particulières.

Il ne suffirait pas, pour qu'il y eût prescription au profit du fonds inférieur, que le propriétaire de la source en eût laissé couler l'eau sur lui pendant trente ans et plus, *etiam per mille annos*, dit Cæpolla. C'était pour le propriétaire supérieur une *faculté* de laisser l'eau suivre la pente du terrain, et aux termes de l'article 2232 : « Les actes de pure faculté... ne peuvent fonder ni possession ni prescription ». D'un autre côté, le propriétaire du fonds inférieur était obligé de recevoir l'eau de la source, et il ne peut pas se faire un titre de ce qui n'est pour lui que l'accomplissement d'une obligation. Que faut-il donc pour que la prescription soit acquise au profit du fonds inférieur ? L'article 642 va nous le dire : « *La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une* »  
 » *jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter* »  
 » *du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé des* »  
 » *ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans* »  
 » *sa propriété.* »

Ainsi la prescription s'accomplit par trente ans ; c'est le Droit commun (art. 2262). Notre article indique avec un soin minutieux les conditions requises pour que les trente ans commencent à courir.

Il faut d'abord des travaux *apparents*. Donc des travaux non apparents ne pourraient pas servir de base à la prescription. En effet une des conditions requises pour que la possession puisse conduire à la prescription est qu'elle soit publique (art. 2229) ; or elle n'a pas ce caractère lorsqu'elle repose sur des travaux non apparents, dont le propriétaire du fonds supérieur n'aura probablement pas connaissance.

Il faut ensuite que ces travaux soient *terminés*. Des travaux en cours d'exécution n'annoncent qu'un projet ; ils ne peuvent pas être considérés comme constituant l'empiétement nécessaire pour conduire à la prescription.

La loi exige en troisième lieu que les travaux aient été faits par le *propriétaire du fonds inférieur*. Donc des travaux faits par le propriétaire de la source ne pourraient pas servir de base à la prescription dont il s'agit. Et en effet le propriétaire du fonds supérieur a certainement fait ces travaux dans son intérêt, pour favoriser l'écoulement d'eaux dont la présence le gênait, et non dans l'intérêt du propriétaire du fonds inférieur. Comment donc celui-ci pourrait-il s'en prévaloir à l'appui de la prescription qu'il invoque ?

\* Conformément au Droit commun, le propriétaire inférieur qui invoque la prescription, doit prouver que les conditions requises pour son accomplissement se trouvent remplies, et notamment que les travaux qui lui servent de base ont été faits par lui. *Probatio incumbit ei qui agit*. Un arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1875 (Sir., 76, 4. 403), décide que les travaux apparents faits sur le fonds supérieur sont

présumés avoir été faits par le propriétaire du fonds inférieur, lorsqu'ils ne peuvent profiter qu'à lui. Si la Cour veut dire que cette circonstance constituera une *présomption simple*, à laquelle les juges pourront avoir tel égard que de raison (arg., art. 1353), nous approuvons sa décision; mais si la Cour entend parler d'une présomption légale s'imposant au juge, nous ne saurions partager son avis; car la loi seule peut établir des présomptions de cette nature, et où est le texte qui établit celle dont il s'agit?

Enfin les travaux doivent être destinés à faciliter « la chute et le cours de l'eau » dans le fonds inférieur; la *chute* de l'eau, c'est-à-dire son passage du fonds supérieur au fonds inférieur; son *cours*, c'est-à-dire sa circulation sur le fonds inférieur.

La loi d'ailleurs ne dit pas quelle doit être la nature de ces travaux, et ce serait ajouter à son texte que d'exiger qu'ils soient construits en maçonnerie. Il a même été jugé qu'une simple rigole pratiquée sur le fonds supérieur peut suffire. C'est une question de fait à résoudre par les juges.

**1233.** Faut-il en outre que les ouvrages empiètent sur le fonds supérieur, c'est-à-dire qu'ils soient pratiqués en tout ou en partie sur ou contre ce fonds? ou bien suffit-il qu'ils soient établis en un point quelconque du fonds inférieur, pourvu qu'ils soient apparents pour le propriétaire du fonds supérieur? Les principes généraux de la prescription conduiraient à décider que les travaux doivent attaquer le fonds supérieur, c'est-à-dire avoir été pratiqués dans des conditions telles que le propriétaire du fonds supérieur aurait pu exiger leur destruction. En effet la prescription suppose une usurpation du droit d'autrui; or il y a bien usurpation quand le propriétaire du fonds inférieur appuie ses travaux en tout ou en partie sur le fonds supérieur; mais où est l'usurpation quand les ouvrages sont faits en entier sur le fonds inférieur? Le propriétaire du fonds inférieur est maître chez lui, et il est bien libre apparemment de faire sur son fonds tels ouvrages qu'il juge à propos. Comment pourrait-il donc se prévaloir de semblables ouvrages, que le propriétaire du fonds supérieur ne pouvait empêcher, pour prescrire contre lui? Tel est en effet, nous l'avons déjà dit, le Droit commun en matière de prescription. Mais il y avait ici de puissants motifs d'utilité publique pour y déroger, et il n'est guère douteux que telle ait été l'intention du législateur. Le texte n'exige que des ouvrages *apparents*, et nous voyons par l'historique de sa rédaction que, sur la demande de la section de législation du Tribunat, les mots *ouvrages apparents* ont été substitués dans la rédaction définitive aux mots *ouvrages extérieurs*, qui figuraient dans le projet, précisément parce que cette dernière expression paraissait donner à entendre qu'il fallait nécessairement des ouvrages effectués sur le fonds supérieur. Il faut renoncer à se servir des travaux préparatoires pour l'interprétation de la loi, si l'on ne doit pas accepter ici l'induction si puissante qu'ils fournissent, induction qui paraît toucher à la certitude.

\* On n'a pas beaucoup affaibli l'argumentation qui précède, en objectant que, si le propriétaire du fonds inférieur peut acquérir la prescription par des ouvrages faits en totalité sur son fonds, le propriétaire supérieur ne pourra pas conjurer cette prescription, puisqu'il ne peut pas exiger la destruction des travaux qui lui servent de base, ces travaux n'empiétant pas sur son fonds. Il était facile de répondre qu'en l'absence de ce moyen le propriétaire supérieur en a d'autres pour interrompre la prescription dont il est menacé. Il pourra arriver à ce but, soit en privant pendant plus d'un an le propriétaire inférieur de l'eau de la source: ce qui empêchera sa

possession d'être continue et la rendra par suite inutile au point de vue de la prescription (arg., art. 2243), soit en l'assignant en justice pour voir dire, s'il refuse de le reconnaître amiablement, que sa possession est précaire, qu'elle est l'effet d'une simple tolérance de la part du propriétaire du fonds supérieur, et que par suite, elle ne peut engendrer à son profit aucune prescription (arg., art. 2244). Sur cette grave question la jurisprudence de la Cour de cassation est en sens contraire; la doctrine est divisée.

**1234.** Quel droit la prescription aura-t-elle fait acquérir au propriétaire du fonds inférieur une fois qu'elle sera accomplie? Un droit à l'usage de l'eau. Dans quelle proportion? La prescription transforme le fait en droit; le propriétaire du fonds inférieur aura donc droit à l'usage de l'eau dans la proportion où il en a usé pendant la durée de sa possession. *Tantum præscriptum quantum possessum*. L'étendue de son usurpation déterminera l'étendue de son droit. Le propriétaire de la source pourra disposer de l'excédant, car cet excédant reste libre entre ses mains: par exemple si le propriétaire inférieur a acquis par prescription le droit à la quantité d'eau nécessaire pour faire tourner son moulin, le propriétaire de la source pourra disposer de toute l'eau qui ne lui est pas nécessaire pour cet usage, c'est-à-dire de toute l'eau qui, si elle lui était transmise, passerait par dessus le déversoir du moulin.

**1235.** DEUXIÈME EXCEPTION. « *Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts* » (art. 643).

Ce texte suppose que l'eau d'une source, après être sortie de l'héritage où elle prend naissance, vient couler sur un territoire auquel les habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau ont un libre accès, par exemple sur un terrain appartenant à la commune, ou sur une voie publique; les habitants viennent y puiser l'eau qui leur est nécessaire. Notre article décide que le propriétaire de la source ne pourra pas en détourner le cours à leur préjudice, et sous-entend qu'il ne pourra pas non plus corrompre l'eau et la rendre ainsi impropre à l'usage des habitants.

Ici, comme dans bien d'autres cas, la loi fait prévaloir un intérêt collectif sur un intérêt particulier: elle sacrifie le droit du propriétaire de la source à celui d'une communauté d'habitants. Et il y a ceci de fort remarquable que le propriétaire de la source se verra privé de son droit de disposition, sans qu'il y ait lieu de procéder contre lui par l'expropriation pour cause d'utilité publique. C'est une dérogation grave au Droit commun. Elle s'explique par l'urgence des besoins auxquels il s'agit de satisfaire. L'eau est un élément essentiel de la vie, comme l'air. La loi n'a pas voulu qu'une communauté d'habitants pût en être temporairement privée, jusqu'à l'issue d'une procédure régulière en expropriation.

**1236.** Par cela même qu'il déroge au Droit commun, notre article

doit être interprété d'une manière restrictive, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. De là résultent les conséquences suivantes :

1° Le droit dont parle notre article n'est établi qu'au profit d'une communauté d'habitants; il ne pourrait donc pas être réclamé par un simple particulier ou même par plusieurs familles habitant des maisons voisines, si elles ne constituaient pas une agglomération suffisante pour former au moins un *hameau* (diminutif de village) : ce qui est une question de fait à décider en cas de contestation par les juges.

2° Les habitants de la commune, village ou hameau ne peuvent invoquer la disposition de notre article qu'autant que l'eau « *leur est nécessaire* ». L'utilité ne suffit donc pas ici, comme elle suffit en matière d'expropriation pour cause d'*utilité* publique. La loi exige la nécessité; et encore ne se contente-t-elle pas d'une nécessité quelconque : le mot *leur* nous indique qu'il s'agit d'une nécessité relative à la consommation personnelle des habitants (ou à celle de leurs bestiaux). Il faut en un mot que l'eau leur soit nécessaire pour les usages domestiques. Ils ne pourraient donc pas invoquer l'article 643, si l'eau leur était nécessaire pour tout autre usage, pour l'irrigation de leurs propriétés par exemple ou pour le roulement d'un moulin, fût-il indispensable à l'approvisionnement de la commune, et sauf en ce cas à procéder s'il y a lieu par l'expropriation pour cause d'utilité publique.

3° Notre article parle d'eaux de source, c'est-à-dire d'eaux vives. De plus il suppose que l'eau de la source forme une eau courante, c'est-à-dire, ainsi qu'il a été expliqué tout à l'heure, qu'elle sort du fonds où elle prend naissance pour couler sur un territoire où les habitants ont un libre accès (argument des mots « lorsqu'il » (le cours) « fournit aux habitants... »). En dehors de ces conditions notre article ne recevrait pas son application. Ainsi il serait inapplicable à des eaux mortes, c'est-à-dire à celles qui seraient contenues dans une citerne, dans une mare, ou dans un étang. Il serait inapplicable même à des eaux de source si elles ne sortaient pas du fonds où elles prennent naissance, par exemple si toute l'eau débitée par la source était contenue et retenue dans un réservoir construit en maçonnerie. Dans tous ces cas il faudrait, si l'on voulait reconnaître aux habitants un droit de puisage, les autoriser à s'introduire sur le fonds qui contient l'eau : ce qui serait une servitude toute différente de celle qu'établit l'article 643, et beaucoup plus gênante. Notre article serait inapplicable également si l'eau ne traversait que des héritages sur lesquels les habitants de la commune, village ou hameau n'ont pas un libre accès ; ils ne pourraient pas forcer l'un des propriétaires, celui dans le fonds duquel la source prend naissance ou un autre, à les laisser établir un aqueduc pour conduire l'eau en un lieu où ils

pourraient venir la puiser; sauf encore ici à procéder s'il y a lieu par l'expropriation pour cause d'utilité publique.

**1237.** D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, la servitude établie par notre article grève non seulement le fonds où la source prend naissance, mais encore les fonds intermédiaires que l'eau de la source traverse avant d'arriver au lieu où les habitants de la commune, du village ou du hameau ont un libre accès pour venir la puiser. Les propriétaires de ces héritages intermédiaires ne pourraient ni détourner le cours de l'eau qui traverse leur héritage, ni l'absorber au préjudice des habitants auxquels elle est nécessaire, ni la corrompre avant de la leur transmettre.

**1238.** Le propriétaire de la source peut réclamer une indemnité aux habitants de la commune, du village ou du hameau qui, en invoquant la disposition de l'article 643, le privent du droit d'*user à sa volonté* de l'eau de la source. Il n'est pas nécessaire, comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, que le paiement de cette indemnité soit préalable. L'indemnité devra être calculée en prenant pour base, non l'avantage que les habitants retirent de l'usage de l'eau, mais le préjudice que souffre le propriétaire de la source. C'est ce que suffit à indiquer le mot *indemnité* qu'emploie notre article, et qui signifie réparation d'un préjudice : indemnité vient de *sine damno*. On estimera donc ce que le fonds vaut en moins pour être grevé de la servitude dont il s'agit. Notre article dit que l'indemnité sera réglée par experts; il serait plus exact de dire qu'elle sera réglée par la justice sur un rapport d'experts. Il est bien entendu d'ailleurs que ni l'intervention de la justice, ni celle des experts ne seront nécessaires, si les parties peuvent parvenir à un règlement amiable de l'indemnité.

D'après la partie finale de notre article, le propriétaire ne peut pas réclamer d'indemnité si les habitants ont « acquis ou prescrit l'usage » de l'eau.

*Acquis.* Il s'agit du cas où les habitants ont droit à l'usage de l'eau en vertu d'un titre (convention ou testament). Le titre fait alors la loi des parties.

Mais que veut dire la loi quand elle fait allusion au cas où les habitants auraient *prescrit l'usage* de l'eau? Il ne peut pas s'agir de la prescription à l'effet d'acquérir le droit d'user de l'eau : la loi l'accorde de plein droit aux habitants; ils n'ont donc pas besoin de l'acquérir. De quoi s'agit-il donc? Suivant l'opinion générale, la loi veut parler de la prescription de l'indemnité due au propriétaire de la source pour le préjudice que la servitude lui cause. Si les habitants ont usé de l'eau pendant trente ans sans payer d'indemnité, la prescription les aura libérés de toute obligation à cet égard. Voyez à ce sujet l'explication de l'article 685.

### N° 3. Des eaux courantes.

**1239.** Les riverains d'un cours d'eau formant une dépendance du

domaine public, c'est-à-dire d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable (*supra*, n° 1058), n'ont aucun *droit* sur les eaux qui y circulent. Ils peuvent cependant obtenir de l'administration l'autorisation de se servir de ces eaux soit pour l'irrigation de leurs propriétés, soit pour un usage industriel. Mais ces concessions ne confèrent aux riverains que des droits précaires, subordonnés au bon plaisir de l'administration, qui peut toujours retirer sans indemnité l'autorisation qu'elle a accordée, si elle estime que l'intérêt supérieur de la navigation l'exige.

Il en est autrement des eaux courantes qui ne forment pas une dépendance du domaine public. La loi accorde aux riverains des droits plus ou moins étendus sur ces eaux, suivant qu'elles bordent ou traversent leurs héritages. L'article 644 dit à ce sujet : « *Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538 au titre de la Distinction des biens, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. — Celui dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.* »

Notons tout d'abord que notre article, parlant d'*eaux courantes*, est inapplicable aux eaux mortes, c'est-à-dire aux eaux des lacs, étangs, citernes ou autres réservoirs. Il est inapplicable aussi aux eaux pluviales et aux eaux qui circulent dans un canal creusé de main d'homme. En un mot notre article n'est écrit qu'en vue des cours d'eau naturels qui ne dépendent pas du domaine public.

Notons ensuite que la disposition de notre article ne peut profiter qu'aux propriétaires riverains du cours d'eau; elle ne pourrait donc pas être invoquée par celui dont la propriété serait séparée du cours d'eau par un chemin; c'est le chemin dans ce cas qui est la propriété riveraine.

**1240.** Cela posé, notre article accorde aux riverains des droits plus ou moins étendus, suivant que leur propriété borde l'eau courante ou qu'elle est traversée par elle. Une propriété borde l'eau courante lorsque le cours d'eau lui sert de limite; elle est traversée par l'eau courante lorsque le cours d'eau entre dans la propriété. En d'autres termes celui dont l'héritage est bordé par l'eau courante n'est propriétaire que d'une seule rive; celui dont l'héritage est traversé par l'eau courante est propriétaire des deux rives. Étudions successivement ces deux hypothèses.

#### A. *L'héritage est traversé par l'eau courante.*

**1241.** Le propriétaire peut se servir de l'eau sur son parcours non seulement pour l'irrigation de son héritage, mais aussi pour tout autre usage, par exemple pour un usage industriel. Il peut même détourner

le cours de la rivière et lui faire décrire dans sa propriété toute sorte de méandres, mais « à la charge de la rendre à la sortie de ses fonds à son cours ordinaire ».

*A la sortie de ses fonds*, c'est-à-dire au point où il cesse d'être propriétaire, soit des deux rives, soit d'une seule. A cet endroit en effet, il y a un ou deux riverains dont les droits seraient lésés si on ne leur restituait pas l'eau courante.

*A son cours ordinaire*, c'est-à-dire au cours qu'elle suivait à l'époque où il l'a détournée. La loi ne dit pas *à son cours naturel*; car le cours ordinaire peut n'être pas le cours naturel, les riverains ayant pu le changer à une époque plus ou moins reculée.

La rédaction primitive de l'alinéa 2 de notre article portait : « Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user à sa volonté... » Ces derniers mots ont été supprimés dans la rédaction définitive à la suite d'une observation faite par Cambacérès, parce qu'ils auraient pu donner à entendre que le propriétaire dont la propriété est traversée par l'eau courante peut l'absorber en totalité au préjudice des riverains inférieurs; mais on a conservé le mot *même* qui rend la rédaction de l'article assez défectueuse.

#### B. *L'héritage borde l'eau courante.*

**1242.** Celui dont la propriété borde une eau courante a en face de lui un autre riverain qui, lui aussi, a des droits à l'eau. On conçoit donc qu'en pareil cas aucun des deux riverains ne puisse détourner le cours de l'eau au préjudice de l'autre. Chacun aura seulement le droit de se servir de l'eau à son passage.

La loi ajoute « pour l'irrigation de ses propriétés » et de là on a conclu que chaque riverain ne peut pas se servir de l'eau pour un autre usage, pour un usage industriel par exemple. Il y aurait donc, entre le propriétaire dont la propriété est traversée et celui dont la propriété est seulement bordée par l'eau courante, cette différence : que le premier pourrait se servir de l'eau pour toute espèce d'usage, et le second pour l'irrigation seulement. Mais cette interprétation, qui conduirait logiquement à refuser au riverain d'un seul côté le droit de se servir de l'eau même pour les usages domestiques, est repoussée par quelques auteurs; ils disent que le texte de la loi n'est pas exclusif, et que si elle parle de l'irrigation seulement, c'est parce qu'elle statue ici comme ailleurs *de eo quod plerumque fit*. En raison d'ailleurs on ne verrait pas pourquoi le droit du riverain d'un seul côté serait limité à l'irrigation.

#### Dispositions communes à tous les riverains.

**1243.** 1° Tout propriétaire, riverain d'un cours d'eau ne dépendant pas du domaine public, peut pratiquer des saignées ou rigoles pour amener sur ses terres l'eau destinée à l'irrigation.

2° Le droit d'irrigation de chaque riverain n'est pas limité en profondeur. En d'autres termes la loi n'a pas tracé de zone d'irrigation. Un propriétaire riverain peut se servir de l'eau pour l'irrigation de terres situées à un kilomètre et plus du cours d'eau si sa propriété s'étend jusqu'à cette distance sans solution de continuité. De là il résulte que

le droit d'irrigation peut se trouver fort inégalement réparti entre les propriétaires riverains.

Un riverain augmente sa propriété en faisant l'acquisition de terrains contigus; a-t-il le droit de se servir de l'eau pour l'irrigation des terrains nouvellement acquis? Il paraît bien difficile de ne pas admettre l'affirmative; car autrement à quelle époque se placerait-on pour déterminer jusqu'à quelle limite les fonds riverains jouissent de la faculté d'irrigation? Faudrait-il considérer l'étendue qu'ils avaient il y a dix ans, il y a vingt ans, il y a cent ans? Faudrait-il, comme le dit Daviel, remonter jusqu'au déluge? On doit donc dire avec la jurisprudence que le juge règle les droits des riverains, en cas de contestation, d'après l'état actuel des propriétés, c'est-à-dire d'après leur état au moment du litige.

Un propriétaire riverain pourrait-il se servir de l'eau pour l'irrigation de propriétés séparées du fonds riverain par des héritages intermédiaires? La question, autrefois controversée, paraît bien aujourd'hui résolue dans le sens de l'affirmative par l'article 3 de la loi du 29 avril 1845 (*infra*, n° 1248). Il y a cependant encore quelques dissensions.

**1244. Règlements d'eau** — Aux termes de l'article 645: « *S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété: et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés* ».

Les contestations sont fréquentes entre riverains: c'est même du mot *riverain*, dit M. Demolombe, que paraît être dérivé le mot *rival* qui désigne les sentiments les plus vifs de la concurrence et de l'antagonisme. Il ne faut pas s'en étonner: les riverains ont tous un droit à l'eau courante, et ils se la disputent, parce que souvent il n'y en a pas une assez grande quantité pour satisfaire aux besoins de tous. Ces contestations peuvent s'élever soit entre deux riverains qui se font face, soit entre un riverain supérieur et un riverain inférieur. Qui règlera le différend? Ce sera le tribunal civil. Sa compétence était tout naturellement indiquée, puisqu'il s'agit d'une question de propriété; tout au moins les riverains sont des co-usagers relativement à l'eau courante, et, de même que les tribunaux civils sont compétents pour opérer le partage d'une chose indivise entre plusieurs copropriétaires, de même ils sont compétents pour répartir en cas de contestation l'usage de l'eau entre les divers ayant-droit: l'usage après tout est un démembrement de la propriété. La décision, par laquelle le tribunal opère cette répartition, porte le nom de *règlement d'eau*. Il ne peut la faire que sur la demande des intéressés, qui viennent s'adresser à lui pour faire régler leur différend.

Quelles règles doit suivre le juge pour la répartition des eaux entre les divers riverains? La loi dit qu'il doit en prononçant « concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ». C'est lui donner, en d'autres termes, un pouvoir discrétionnaire en lui indiquant toutefois

quel est l'esprit qui doit présider à ses décisions. Le juge sera surtout ici un ministre d'équité. Il pourra par exemple décider que chaque riverain aura l'usage exclusif de l'eau courante pendant un jour par semaine ou pendant un certain nombre d'heures par jour...

Notons en passant, que les mots *avec le respect dû à la PROPRIÉTÉ* fournissent un argument très-puissant à ceux qui soutiennent que le lit des petites rivières appartient aux riverains : ils semblent bien en effet faire allusion à la propriété du sol sur lequel l'eau coule.

\* Les règlements d'eau faits par les tribunaux n'ont, comme toutes les décisions judiciaires, qu'une autorité relative (arg., art. 1351). Ils ne pourraient donc pas être opposés aux riverains qui n'étaient pas parties en cause. De là il résulte que la prudence commande aux riverains, qui veulent obtenir un règlement d'eau, de mettre en cause tous ceux qui peuvent avoir intérêt à contester plus tard ce règlement ; mais le juge n'aurait pas le droit de les y forcer.

\* D'un autre côté, les règlements d'eau faits par la justice ne sont pas immuables, même entre les parties qui y ont été représentées ; ils sont susceptibles d'être modifiés suivant les circonstances sur la demande des intéressés (Cass., 29 mai 1876. Sir., 76. 4. 304).

**1245.** Le pouvoir discrétionnaire, que la loi donne en principe aux juges pour régler les droits respectifs des riverains, reçoit trois limitations :

1<sup>o</sup> Le juge doit respecter les *règlements particuliers*. La loi entend sans doute désigner sous ce nom les règlements qui émanent des riverains eux-mêmes, et par lesquels ils ont déterminé d'un commun accord leurs droits respectifs. Ici comme partout la convention des parties fait leur loi, et le juge, loin de la violer, doit au contraire la faire respecter et en assurer l'exécution. En ce sens, Cass., 16 mai 1876. Sir., 77. 1. 63.

2<sup>o</sup> Le juge doit respecter *les règlements locaux*, c'est-à-dire ceux qui émanent de l'administration.

\* En vertu du droit de police qui lui appartient sur les cours d'eau, l'administration peut faire des règlements dans un but d'intérêt général. C'est ainsi qu'elle a le droit de fixer la hauteur des retenues d'eau, dans le but d'en assurer le libre écoulement. L'administration est en outre chargée *de diriger les eaux vers un but d'utilité générale d'après les principes de l'irrigation* (loi des 12-20 août 1790), et à ce titre elle a le droit de faire des règlements destinés à assurer le meilleur mode de jouissance des eaux. Eh bien ! le juge chargé de régler les droits des riverains en conflit, doit toujours respecter ces règlements émanés de l'administration. Au contraire l'administration, quand elle fait des règlements d'eau, n'est obligée de respecter ni les règlements qui émanent des riverains ni ceux qui émanent du juge ; car ils sont faits dans un intérêt particulier, et l'intérêt général domine l'intérêt particulier. Il est bien entendu que l'administration est tenue moralement de respecter ces règlements si elle le peut sans nuire à l'intérêt général.

3<sup>o</sup> Enfin le juge, appelé à trancher une contestation entre deux riverains relativement à l'usage de l'eau, devrait respecter les droits qui seraient acquis à l'un d'eux par titre, par prescription ou par la destination du père de famille.

## N° 4. Servitudes relatives à l'irrigation et à l'écoulement des eaux.

**1246.** Deux lois postérieures au Code civil sont venues compléter les dispositions de ce Code relatives au droit d'irrigation. La première en date des 29 avril-1<sup>er</sup> mai 1845 est intitulée : *Loi sur les irrigations*. Elle crée la servitude dite *d'aqueduc*. La seconde, du 11 juillet 1847, établit la servitude *d'appui*. Une troisième loi comble une lacune importante, que présentait le Code civil, en donnant les moyens pratiques de réaliser l'opération connue sous le nom de *drainage* : c'est la loi du 10 juin 1854. Nous devons entrer dans quelques détails sur ces dispositions législatives qui ont un lien étroit avec le Code civil.

1<sup>o</sup> Servitude d'aqueduc.

**1247.** Les travaux que l'on exécute pour conduire l'eau d'un point à un autre portent le nom d'*aqueduc*, de *aquam ducere*. La servitude d'aqueduc consiste dans le droit, qui appartient au propriétaire d'un fonds, d'avoir un aqueduc sur un autre fonds appartenant à un autre propriétaire. Ce dernier est obligé de souffrir les travaux nécessaires pour l'établissement de l'aqueduc, et de le laisser fonctionner une fois qu'il est établi.

**1248.** Souvent un propriétaire ne peut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, de l'eau dont il a le droit de disposer, qu'à la condition de la faire passer par des héritages intermédiaires, qui la séparent des propriétés à irriguer. Ainsi je suis propriétaire de deux fonds, le fonds A et le fonds B, séparés par des héritages intermédiaires ; j'ai une source dans le fonds A, et je voudrais employer l'eau qu'elle fournit à arroser le fonds B. Il est clair que je ne puis y arriver qu'en faisant passer l'eau sur les fonds intermédiaires.

Sous l'empire du Code civil, le droit d'aqueduc ne pouvait être obtenu qu'au moyen d'un arrangement amiable avec les propriétaires des héritages intermédiaires, de sorte que leur résistance, ou même la résistance d'un seul s'il y en avait plusieurs, pouvait paralyser l'exercice du droit d'irrigation, au grand préjudice de l'agriculture qui vit d'eau autant que d'air, et par suite de la société tout entière qui est intéressée à sa prospérité.

La loi du 29 avril 1845 a changé cet état de choses : elle permet au propriétaire, qui a besoin d'un passage sur les fonds d'autrui pour les eaux qu'il destine à l'irrigation de ses propriétés, d'obtenir de la justice ce qu'il ne peut pas obtenir par le moyen d'un arrangement amiable. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi : « *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.* »

*Des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer.* Ce texte est conçu dans les termes les plus généraux. Peu importe donc qu'il s'agisse des eaux d'un puits artésien (*eaux artificielles*) ou des eaux d'une source, d'un lac, d'un étang. Par cela seul que le propriétaire a le droit de disposer des eaux qu'il veut faire servir à l'irrigation, il peut obtenir la servitude d'aqueduc établie par notre article.

Avant la loi de 1845, il y avait controverse sur le point de savoir si le propriétaire, riverain d'une eau courante ne formant pas une dépendance du domaine public, pouvait employer cette eau à l'irrigation d'une autre propriété non riveraine, en supposant qu'il pût s'entendre avec les propriétaires des héritages intermédiaires, pour obtenir le droit d'établir sur eux un aqueduc. La question était en général résolue dans le sens de la négative. Elle doit l'être aujourd'hui dans le sens contraire. Cela résulte de la généralité du texte de notre article 4<sup>er</sup> et plus encore des explications qui ont été données lors de la confection de la loi. Si l'on admet cette solution, il en résulte que le propriétaire riverain, pourrait obtenir le droit d'établir un aqueduc sur les fonds intermédiaires, pour conduire l'eau à la propriété plus éloignée qu'il veut irriguer. C'est le cas dans lequel notre article reçoit le plus fréquemment son application.

La Cour de cassation a même jugé par un arrêt en date du 29 mai 1877 (Sir., 78. 4. 30), qu'un propriétaire, *non riverain* d'un ruisseau, peut réclamer la servitude d'aqueduc pour en conduire l'eau dans une propriété qu'il veut irriguer, lorsqu'il possède à un titre quelconque le droit de disposer de l'eau pour cet usage. La loi de 1845 ne limite pas sa faveur aux propriétaires riverains, et ce serait ajouter à son texte que d'exiger cette condition. Voyez aussi Cass., 14 juillet 1875. Sir., 76. 4. 470.

\* Mais le propriétaire riverain, qui ne peut pas vu l'escarpement de la rive, pratiquer sur son fonds une saignée pour prendre l'eau nécessaire à l'irrigation de sa propriété, ne pourrait pas forcer un riverain d'amont à lui laisser pratiquer sur son fonds les travaux nécessaires pour prendre l'eau et la conduire de là sur son héritage. Ce serait une servitude de *prise d'eau* et non une servitude d'aqueduc; or notre loi n'établit que cette dernière.

**1249.** La servitude d'aqueduc établie par notre article n'existe pas de plein droit. Faute d'un arrangement amiable, le propriétaire qui veut l'obtenir doit s'adresser à la justice. Celle-ci statue *cognita causa*; c'est-à-dire qu'elle n'est pas obligée d'accorder la servitude; elle peut la refuser si elle estime que l'intérêt de l'agriculture n'exige pas ce sacrifice, si par exemple les terrains qu'il s'agit d'irriguer sont d'une étendue insignifiante. La loi ne dit pas que le propriétaire pourra exiger un passage... ni même qu'il pourra le *réclamer*, comme le portait la rédaction primitive de la loi, mais bien qu'il pourra l'*obtenir*, ce qui donne à entendre que la justice peut le lui refuser.

**1250.** Le droit de forcer les propriétaires des fonds intermédiaires à subir la servitude dont il s'agit, constitue une sorte d'expropriation, expropriation que la loi autorise parce qu'il y a un intérêt général en

cause, l'intérêt de l'agriculture, mais qui en définitive profite principalement à un particulier. Aussi la loi impose-t-elle ici, comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, le paiement d'une *juste et préalable* indemnité (voyez pour la signification de ces expressions *supra*, n° 1064).

**1251.** Souvent la propriété qui recevra l'eau amenée par l'aqueduc ne l'absorbera pas en totalité. Sous peine de retirer d'une main au propriétaire ce qu'on lui accordait de l'autre, il fallait bien l'autoriser à écouler sur les terrains voisins l'excédant de l'eau employée à l'irrigation. C'est ce qu'a fait l'article 2 ainsi conçu : « *Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux qui s'écouleront des terrains ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur être due. — Seront également exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations* ».

La loi dit « sauf l'indemnité qui pourra leur être due ». Ce langage est bien différent de celui de l'article précédent qui a dit « moyennant une juste et préalable indemnité ». L'article 2 n'accorde qu'hypothétiquement l'indemnité que l'article 1<sup>er</sup> alloue dans tous les cas, et par suite il n'en ordonne pas le paiement préalable. La raison en est qu'il y aura peut-être profit plutôt que perte pour les héritages voisins qui recevront l'eau; il faut donc attendre les événements. D'ailleurs il serait bien difficile d'estimer l'importance du préjudice avant qu'il soit réalisé.

**1252.** Nous nous bornerons à transcrire les articles 3, 4 et 5.

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.*

Art. 4. *Les contestations auxquelles pourront donner lieu l'établissement de la servitude, la fixation des 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. — Il sera procédé devant les tribunaux comme en matière sommaire, et, s'il y a lieu à expertise, il pourra n'être nommé qu'un seul expert.*

Art. 5. *Il n'est aucunement dérogé par les présentes dispositions aux lois qui règlent la police des eaux.*

#### 2° Servitude d'appui.

**1253.** Souvent il n'est possible d'utiliser l'eau courante à l'irrigation qu'à la condition d'élever son niveau, pour qu'elle coule par la pente naturelle du terrain et en suivant la voie qu'on lui ouvre, sur les héritages

à irriguer. On obtient cette élévation en faisant un barrage dans le cours d'eau. Ce barrage s'effectue au moyen d'ouvrages, qui doivent nécessairement être appuyés sur les deux rives; car il n'est efficace qu'à la condition d'intercepter complètement le cours de l'eau. Sous l'empire du Code civil, celui dont la propriété était traversée par l'eau courante, et qui par conséquent était propriétaire des deux rives, n'éprouvait pas d'embarras pour établir le barrage dont il vient d'être parlé. Mais il n'en était pas de même du propriétaire riverain d'un seul côté : il ne pouvait appuyer aucun ouvrage sur la rive opposée qu'avec le consentement du propriétaire de cette rive, et son refus pouvait le mettre dans l'impossibilité d'effectuer le barrage, par suite dans l'impossibilité d'utiliser les eaux pour l'irrigation. Cet état de choses, fâcheux pour l'agriculture, a été modifié par la loi du 11 juillet 1847 intitulée comme la précédente *Loi sur les irrigations*, qui est venue créer la servitude d'appui. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la dite loi : « *Tout propriétaire* » *qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux na-* » *turelles 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 indem-* » *nité. — Sont exceptés de cette servitude les bâtiments, cours et jardins* » *attendant aux habitations.* »

Notre article n'établit la servitude d'appui, de même que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 29 avril 1845 n'établit la servitude d'aqueduc, que pour les besoins de l'irrigation. Ni l'une ni l'autre servitude ne pourrait donc être accordée par le juge pour un intérêt industriel, par exemple pour l'établissement d'une usine : ce qui est regrettable, l'industrie paraissant avoir droit à la même protection que l'agriculture.

Remarquez que la loi n'excepte plus ici, comme elle l'a fait pour la servitude d'aqueduc, les parcs et enclos attendant aux habitations : ce qui s'explique par cette considération que la servitude d'appui est beaucoup moins gênante que la servitude d'aqueduc.

**1254.** Nous transcrivons les autres articles de la loi :

Art. 2. — *Le riverain sur le fonds duquel l'appui sera réclamé pourra toujours demander l'usage commun de 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.*

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.*

Art. 4. — *Il n'est aucunement dérogé, par les présentes dispositions, aux lois qui règlent la police des eaux.*

### 3° Servitudes relatives à l'écoulement des eaux nuisibles.

**1255.** L'article 3 de la loi du 29 avril 1845, que nous avons transcrit au n° 1252, permet au propriétaire d'un terrain submergé en tout ou en partie, d'obtenir un passage sur les fonds intermédiaires qui le séparent d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement, pour se débarrasser des eaux qui rendent son fonds insalubre ou stérile. Ce principe a été développé et complété par la loi du 10 juin 1854 *sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage.*

Le mot *drainage* est la traduction d'un mot anglais qui signifie *asséchement*. Le drainage a pour but d'*assécher* un fonds naturellement imprégné d'une trop grande quantité d'eau. On obtient ce résultat par divers moyens, et notamment à l'aide d'une série de tuyaux souterrains, présentant de nombreuses solutions de continuité qui leur permettent de soutirer l'eau pour la conduire à une voie d'écoulement. Mais quand cette voie d'écoulement n'est pas contiguë au fonds qu'il s'agit d'assainir, il faut nécessairement faire passer les tuyaux de conduite sur les fonds intermédiaires. La loi de 1854 permet d'imposer cette servitude aux propriétaires de ces héritages. Auparavant leur consentement était nécessaire. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi : « *Tout propriétaire qui veut assainir son fonds par le drainage, ou un autre mode d'asséchement, peut, moyennant une juste et préalable indemnité, en conduire les eaux souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les propriétés qui séparent ce fonds d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement. — Sont exceptés de cette servitude, les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations* ».

Les termes de cet article, beaucoup plus absolus que ceux des lois de 1845 et de 1847, autorisent le propriétaire qui veut entreprendre le drainage à *exiger* un passage pour les eaux sur les fonds intermédiaires. Le juge n'a donc plus ici le pouvoir d'appréciation qui lui est accordé quand il s'agit de la servitude d'aqueduc et de celle d'appui : ce qui est peut-être regrettable.

Nous renvoyons aux articles de la loi pour les détails.

### N° 5. Des eaux pluviales.

**1256.** Le Code civil est muet sur les eaux pluviales.

Tant qu'elles sont à l'état de nuages les eaux pluviales sont *res nullius*. Après leur chute elles appartiennent au propriétaire du sol sur lequel

elles sont tombées, par droit d'*occupation* suivant les uns, par droit d'*accession* suivant les autres. Cette dernière solution nous paraît mieux fondée. En effet l'*occupation* n'est autre chose qu'une prise de possession ; elle suppose par conséquent l'intervention du fait de l'homme, et la plupart du temps ce fait n'intervient pas pour la prise de possession des eaux pluviales. Quoi qu'il en soit, devenu propriétaire des eaux pluviales qui sont tombées sur son fonds, le propriétaire de ce fonds peut en disposer comme il pourrait disposer de l'eau d'une source qui prend naissance dans son héritage, ou les laisser couler sur les fonds inférieurs suivant la pente naturelle des terrains.

Si l'on admet que la propriété des eaux pluviales s'acquiert par *accession*, on est conduit à décider que les eaux, qui tombent sur une voie publique, appartiennent au propriétaire de la voie, c'est-à-dire à l'Etat, au département ou à la commune. L'administration pourrait concéder à un riverain de la voie le droit de dériver ces eaux à son profit, et stipuler une somme d'argent comme prix de cette concession.

## § II. *Du bornage.*

**1257.** Le bornage est une opération qui a pour but de marquer par des signes matériels la ligne séparative de deux propriétés contiguës. Il s'effectue ordinairement au moyen de pierres-bornes, qui doivent être disposées de telle façon qu'en allant en ligne droite d'une borne à l'autre, on suive exactement la ligne séparative des deux héritages.

Pour que l'on puisse facilement distinguer les pierres-bornes, on leur donne ordinairement une taille particulière, qui varie suivant les usages locaux. Souvent aussi dans le même but, on les entoure en les plantant de certaines substances incorruptibles, telles que de la houille, du verre, des coquilles... dont la présence au pied de la pierre indiquera plus tard, en cas de doute, quelle est sa destination. Dans certains pays, on enterre au pied de chaque borne les deux moitiés d'une même tuile que l'on a brisée, une de chaque côté : ce qui permettra plus tard en les confrontant de reconnaître, comme dit Coquille, « que ça a été autrefois une seule tuile qui à escient a été cassée pour servir à cet effet ». Les diverses substances que l'on enterre ainsi au pied des bornes, pour leur servir en quelque sorte d'étiquette, portent le nom de *témoins* ou *garants*, parce qu'elles remplacent les *témoins* qu'il était d'usage au moyen âge de faire assister à l'opération du bornage. On choisissait ordinairement pour remplir ce rôle de très-jeunes enfants, afin de s'assurer une preuve d'une plus longue durée ; et pour attirer leur attention sur le fait qu'il s'agissait de constater, il paraît qu'on leur infligeait quelque correction en rapport avec leur âge.

**1258.** Aux termes de l'article 647 : « *Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.* »

Si l'un des deux voisins refuse de concourir au bornage, l'autre peut l'y forcer au moyen d'une action, qu'on appelle l'action en bornage.

Cette action peut être intentée, non seulement par l'un des propriétaires voisins contre l'autre, mais aussi par un usufruitier ou un usager, sauf dans ce cas au défendeur à mettre le propriétaire en cause, afin que le bornage soit fait contradictoirement avec lui et lui devienne opposable. Le fermier n'aurait pas l'action en bornage ; car, à la différence de l'usufruitier ou de l'usager, il n'a pas de droit réel sur le fonds.

**1259. Du juge compétent pour statuer sur l'action en bornage.** — Depuis la loi du 25 mai 1838, l'action en bornage est de la compétence des juges de paix ; auparavant elle était de la compétence des tribunaux civils. On lit à ce sujet dans l'article 6, n° 2, de la loi précitée : « *Les juges de paix connaissent... 2° des actions en bornage...* » lorsque la propriété ou les titres qui l'établissent ne sont pas contestés. »

La restriction, établie par ces derniers mots, semble au premier abord rendre la compétence du juge de paix complètement illusoire en matière de bornage. En effet, si la propriété et les titres qui l'établissent ne sont pas contestés, alors les voisins sont d'accord sur les limites de leurs héritages respectifs. Il s'agit donc seulement de planter les bornes sur la ligne séparative des deux héritages, et on ne voit pas comment ils peuvent avoir besoin du ministère du juge de paix pour procéder à cette opération.

Mais tout d'abord il peut parfaitement arriver que l'un des voisins, sans élever pour le moment aucune contestation en ce qui concerne la limite des deux héritages contigus, refuse de procéder au bornage, peut-être pour éviter les frais, bien minimes cependant, auxquels donnera lieu cette opération, plus souvent parce qu'il espère, grâce à l'absence de signe visible indiquant la limite des héritages, pouvoir commettre quelque anticipation sur le voisin. L'action en bornage fournira le moyen de vaincre cette résistance.

D'un autre côté, sans élever aucune contestation relativement à la propriété ou aux titres qui l'établissent, il peut se faire que les deux voisins ne soient pas d'accord sur la ligne séparative de leurs propriétés contiguës, parce que la détermination de cette ligne dépend d'une opération qui n'a pas encore été faite, d'un arpentage par exemple. Ainsi, dans un partage de succession, un champ de forme rectangulaire est attribué à deux cohéritiers, à chacun pour la moitié, la partie nord à l'un, la partie sud à l'autre. Pour procéder au bornage, il faut avant tout déterminer la ligne séparative des deux propriétés. Si les deux cohéritiers, sans contester le partage qui est ici le titre établissant la propriété, ne sont pas d'accord sur les points par lesquels doit passer la ligne séparative, le juge de paix aura qualité pour régler le différend sur l'action en bornage intentée par l'un des cohéritiers.

Le juge de paix compétent est celui de la situation des immeubles à délimiter.

S'il y a contestation entre les propriétaires voisins sur la propriété ou sur les titres qui l'établissent, alors il y a une portion de terrain qui est litigieuse entre eux, et la question est de la compétence du tribunal civil. Le juge de paix, qui aurait été saisi de l'action, devrait en pareil cas se déclarer même d'office incompetent.

L'action en bornage constitue pour les propriétaires voisins un acte de simple faculté; à ce titre elle est imprescriptible (arg., art. 2232).

**1260.** « Le bornage se fait à frais communs », dit l'article 646 *in fine* : ce qui signifie que les frais de bornage (frais d'achat, de taille et de pose des pierres...) doivent être supportés pour moitié par chaque propriétaire voisin, alors même que la propriété de l'un aurait une étendue beaucoup plus considérable que celle de l'autre. La raison en est que le bornage profite également aux deux voisins. On décide généralement toutefois que les frais d'arpentage, quand il y a lieu de procéder à cette opération, ne doivent pas être considérés comme des frais de bornage proprement dits, et qu'ils devraient en conséquence être supportés par chaque propriétaire proportionnellement à l'étendue de sa propriété. D'autre part, il est sans difficulté que les frais des contestations judiciaires, auxquelles le bornage a pu donner lieu, doivent être mis à la charge de celui des deux voisins qui a succombé dans ces contestations, conformément à l'article 130 du Code de procédure civile.

Faute d'un texte qui l'y autorise, le juge français n'aurait pas le droit, comme le juge romain de l'action *finium regundorum*, d'adjuger à l'un des voisins, moyennant indemnité, une partie de la propriété de l'autre, pour arriver à une meilleure délimitation des héritages. Il ne pourrait même pas imposer aux voisins un échange de terrain dans le but de rectifier la ligne séparative de leurs héritages.

### § III. De la clôture.

**1261.** Aux termes de l'article 647 : « Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682. »

Les mots qui terminent l'article font allusion au droit de passage, que la loi permet au propriétaire d'un fonds enclavé, c'est-à-dire sans issue sur la voie publique, de réclamer sur les fonds voisins. Ceux-ci ne peuvent pas être soustraits par la clôture à cette servitude légale, pas plus qu'ils ne pourraient être soustraits par ce même moyen à l'exercice d'une servitude conventionnelle de passage.

Dans notre ancienne jurisprudence, le droit naturel qui appartient à tout propriétaire de clore son héritage recevait une double entrave.

La première résultait du droit de chasse appartenant au seigneur féodal ou haut justicier, droit qui pouvait être exercé même dans les parcs et jardins attenants aux habitations. Ce privilège disparut avec les autres dans la célèbre nuit du 4 août 1789.

La deuxième résultait des droits de parcours et de vaine pâture.

La *vaine pâture* est le droit réciproque que les habitants d'une même commune ont de faire paître leurs troupeaux ou bestiaux sur les héritages les uns des autres « où il n'y a ni semences ni fruits, et qui d'après la loi ou l'usage ne sont point en défends ». Le butin, que les animaux peuvent ainsi recueillir sur des héritages dépouillés de leurs récoltes, est assez maigre, et c'est pourquoi on dit *vaine pâture*, par opposition à la pâture *vive* ou *grasse*, qui s'exerce dans des terrains exclusivement affectés au pâturage.

Le droit de *parcours*, qu'on appelle aussi *entre-cours* ou *marchage*, n'est pas autre chose que le droit de vaine pâture exercé respectivement par les habitants de deux communes voisines, ou en d'autres termes le droit de vaine pâture exercé de commune à commune.

Le nombre de têtes de bétail, que chaque habitant pouvait envoyer à la vaine pâture ou au parcours, était proportionnel à la quantité de terrain qui lui appartenait : tant de têtes par arpent.

D'après quelques-unes de nos anciennes coutumes, le droit de parcours ou de vaine pâture, dans les communes où il existait, faisait obstacle à ce qu'un propriétaire pût clore son héritage, parce que par la clôture il l'aurait soustrait au domaine de la vaine pâture ou du parcours. C'était une véritable servitude, et une servitude fort onéreuse.

La loi du 6 octobre 1791, tout en maintenant les droits de vaine pâture et de parcours, supprima les entraves qu'ils apportaient au droit de clôture. Mais, comme le nombre de têtes de bétail que chaque propriétaire pouvait envoyer au parcours ou à la vaine pâture était proportionnel à la quantité de terrain qu'il possédait, celui qui, par la clôture, soustrayait une partie de ses héritages au domaine commun, devait nécessairement voir son droit au parcours ou à la vaine pâture diminuer proportionnellement. C'est ce que décidait la loi du 6 octobre 1791, et c'est ce que décide après elle l'article 648, ainsi conçu : « *Le propriétaire* » *qui veut se clore, perd son droit au parcours et à la vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait.* »

Notre législateur, reproduisant sur ce point les dispositions de la loi de 1791 affranchit donc les fonds de la servitude dont ils étaient grevés par suite des droits de parcours et de vaine pâture, et on se demande comment une disposition, qui proclame la liberté des héritages, a pu trouver place dans le titre des Servitudes.

\* **1262.** Le projet de Gouvernement sur le Code rural supprime le droit de *parcours* : il modifie dans les termes suivants les articles 647 et 648 du Code civil.

Art. 647. Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682. — Le propriétaire qui veut se clore perd son droit à la vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait.

Art. 648. Est réputé clos tout héritage entouré, soit par une haie vive, soit par un mur, une palissade, un treillage, une haie sèche d'une hauteur d'au moins un mètre, soit par un fossé de 4<sup>m</sup>20 de largeur à l'ouverture et de 0<sup>m</sup>50 de profondeur, soit par des traverses en bois ou des fils métalliques distants entre eux de 33 centimètres au plus et s'élevant à 4 mètre de hauteur, soit par toute autre clôture permanente faisant obstacle à l'introduction des animaux. Si la clôture entre deux héritages, faite par un propriétaire consiste en un fossé, ce fossé doit être creusé à la distance de 25 centimètres au moins de l'héritage voisin. Si la clôture consiste en une haie vive, cette haie vive ne peut être établie qu'à cinquante centimètres au moins de la limite. Toute autre clôture peut être établie au point extrême de la propriété.

## CHAPITRE II

### DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI

**1263.** Aux termes de l'article 649 : « *Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale ou l'utilité des particuliers.* »

Il y a donc des servitudes légales d'utilité publique et des servitudes légales d'utilité privée.

**1264.** Les premières n'appartiennent pas au cadre du Droit civil. C'est ce que dit l'article 650 qui donne en même temps quelques exemples de ces servitudes : « *Celles établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux. — Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou des règlements particuliers.* »

La loi désigne ici, sous l'unique dénomination de *marchepied*, la double servitude établie dans l'intérêt de la navigation sur les rives des cours d'eau navigables ou flottables (*supra*, n° 1093). Il n'est peut-être pas aussi facile de dire au juste quelles sont les servitudes auxquelles le législateur fait allusion par ces mots assez vagues : « *celles... qui ont pour objet... la construction ou réparation des chemins ou autres ouvrages publics ou communaux* ». Il songeait sans doute au droit qui appartient aux agents de l'administration de fouiller dans les terrains privés pour en extraire les matériaux nécessaires à la construction des chemins publics, droit qui est consacré par la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, titre I, section VI, art. 1.

**1264 bis.** Venons aux servitudes légales d'utilité privée. L'article 651 nous en donne une idée assez inexacte quand il dit : « *La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention* ». Cette disposition permettrait de définir

les servitudes légales dont il est ici question : « des obligations résultant du voisinage », et conduirait à dire que ces servitudes sont des droits *personnels*. Mais la place que le législateur leur a assignée, dans le titre *des Servitudes*, proteste au besoin contre le nom qu'il leur donne. Nous en avons déjà fait la remarque (*supra*, n° 1222). Répétons ici que les servitudes légales, comme les servitudes naturelles et les servitudes résultant du fait de l'homme, constituent des droits *réels*.

Aux termes de l'article 652 : « *Partie de ces obligation est réglée par les lois sur la police rurale; — Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage* ».

Le Code civil ne s'occupe pas des lois sur la police rurale dont parle l'alinéa 1<sup>er</sup> de notre article. L'alinéa 2 est une table des matières que va traiter le législateur : elle correspond, à très-peu de chose près, à la rubrique des cinq sections dont se compose notre chapitre.

Une loi promulguée littéralement la veille du jour où cette feuille allait être mise sous presse (25 août 1881), a modifié profondément plusieurs articles de notre section. Elle est intitulée : « *Loi ayant pour objet le titre complémentaire du livre 1<sup>er</sup> du Code rural, portant modification des articles du Code civil relatifs à la mitoyenneté des clôtures, aux plantations et aux droits de passage en cas d'enclave* ». Nous transcrivons un passage du rapport fait au Sénat par M. Léon Clément, qui indique très-nettement le but de cette loi : « Les articles, que l'on vous propose de modifier, appartiennent tous aux sections 1<sup>re</sup> et 5<sup>e</sup> du chapitre II du titre IV du livre II du Code civil, chapitre intitulé : *Des Servitudes établies par la loi*. Les remaniements, qu'on vous demande d'apporter à ces articles, ne sont pas de nature à effrayer beaucoup ceux qui, par respect pour le plus important de nos Codes, tiennent à le défendre contre de téméraires innovations et à maintenir l'intégrité de son texte. Il ne s'agit en effet, dans la plupart des cas, que de faire entrer dans les termes de la loi des solutions déjà admises par la jurisprudence, et de préciser plus clairement les droits et les obligations des propriétaires voisins, afin de diminuer autant que possible les occasions trop fréquentes de querelles entre eux. La seule innovation véritable que contienne le projet concerne la distance à observer pour les plantations, et encore on ne vous propose qu'un mode différent dans l'application du même principe ».

Nous allons rencontrer bientôt les différents articles modifiés par la loi nouvelle.

## SECTION I

## DU MUR ET DU FOSSÉ MITOYENS

**1265.** Cette rubrique n'indique pas à beaucoup près toutes les matières qui font l'objet de notre section. D'abord le législateur ne s'y occupe pas seulement de la mitoyenneté des murs et des fossés; il traite aussi de la mitoyenneté des haies, et même de toutes les autres clôtures depuis la loi des 29 juillet 25 août 1881 (nouveaux articles 666-670). Ensuite, à propos de la mitoyenneté des murs, il parle de la clôture forcée (art. 663) et du cas où les divers étages d'une même maison appartiennent à divers propriétaires (art. 665). Enfin il traite de la distance à observer pour les plantations (art. 671 à 673).

§ I. *De la mitoyenneté.*

**1266. Définition de la mitoyenneté.** — La mitoyenneté est une communauté avec indivision forcée. Cette définition, qui est acceptée par la plupart des auteurs, demande quelques explications.

La *communauté* est la situation dans laquelle se trouvent plusieurs personnes, qui ont un droit de copropriété sur une même chose indivise entre elles; comme si un même immeuble a été légué à *Primus* et à *Secundus*, sans que le testateur en ait opéré la division entre eux. Le droit de chacun des communistes porte, non pas sur une partie *divise* de la chose, c'est-à-dire sur une portion matériellement déterminée, mais sur chacune des molécules dont l'agrégation constitue la chose tout entière.

L'indivision, qui résulte de la communauté, est le plus souvent une source de difficultés et de querelles entre les divers communistes. *Discordias solet parere communio*. Et Loysel dit de son côté: « Qui a compagnon a maître ». D'autre part, l'indivision est le plus souvent un obstacle à la bonne administration et à l'amélioration de la chose indivise: ce que l'un veut, l'autre ne le veut pas. Aussi le législateur autorise-t-il chacun des copropriétaires à demander le partage de la chose commune, et il prohibe même, comme contraire à l'ordre public, toute convention ou prohibition qui devrait avoir pour résultat de perpétuer l'indivision (art. 815).

Ces principes souffrent exception au cas de mitoyenneté. L'un des copropriétaires de la chose mitoyenne n'a pas le droit d'en exiger le partage (arg., art. 656). Partager la chose, ce serait la détruire. Ainsi deux voisins construisent à frais communs un mur pour séparer leurs deux jardins qui sont contigus; le mur est mitoyen. Chacun des voisins a un

droit de copropriété sur chaque partie du mur, qui se trouve ainsi indivis entre eux, et qui restera tel indéfiniment ; car aucun des voisins ne peut demander qu'il soit mis fin à l'indivision par un partage.

Telle est la principale différence entre la mitoyenneté et la communauté : dans la communauté ordinaire, l'un des communistes peut exiger qu'il soit mis fin à l'indivision par un partage, il le peut nonobstant prohibitions et conventions contraires (art. 815) ; ce droit n'appartient pas aux communistes dans la communauté particulière qui constitue la mitoyenneté.

Il y a d'autres différences, que nous ne faisons qu'indiquer ici, et qui s'éclairciront par les détails dans lesquels nous entrerons bientôt. Notamment la mitoyenneté diffère de la communauté :

1° En ce qui concerne la manière de la prouver (voyez art. 653) ;

2° En ce qui concerne les droits des copropriétaires. La mitoyenneté autorise chacun des copropriétaires à faire subir à la chose, sans le consentement de l'autre, des modifications ou même des transformations, qu'il n'aurait pas le droit d'effectuer s'il y avait communauté ordinaire. Notamment le copropriétaire d'un mur mitoyen peut le surélever sans le consentement de l'autre, et le reconstruire en entier dans ce but si c'est nécessaire.

On pourra maintenant facilement comprendre les diverses étymologies qui ont été proposées du mot *mitoyenneté*. D'après les uns il serait dérivé de *moi* et *toi*, parce que la chose mitoyenne appartient à moi et à toi. On fait remarquer en ce sens qu'on disait autrefois *meleyen* et même *moitoyen*. D'après d'autres, *mitoyenneté* viendrait du vieux mot français *mitan*, qui se retrouve encore dans plusieurs patois, et qui signifie *milieu*, *moitié*.

#### N° 4. Du mur mitoyen.

**1267.** Ce n'est pas dans le Droit romain que notre législateur a pu puiser les règles relatives à la mitoyenneté des murs. En effet, pour qu'un mur soit mitoyen il faut qu'il soit construit sur la ligne séparative de deux héritages ; or d'après la législation romaine un propriétaire ne pouvait construire qu'à la distance d'un pied de l'héritage voisin, s'il s'agissait d'un mur de clôture, et de deux pieds s'il s'agissait d'une maison (l. 13. D., *Finium regundorum*). L'espace, qui existait ainsi entre une construction et l'héritage voisin portait le nom de *ambitus*, et les maisons celui de *insulae*, parce que chaque maison étant isolée de la maison voisine formait une sorte d'île.

Notre législateur a principalement emprunté les matériaux relatifs à la mitoyenneté des murs aux coutumes de Paris et d'Orléans, dont les dispositions se trouvent ainsi offrir une importance particulière pour l'interprétation de cette partie du Code civil.

#### I. Quels murs sont mitoyens.

**1268.** « Un mur est mitoyen », dit Pothier, « lorsque deux voisins l'ont fait construire à frais communs sur les confins de leurs deux héritages, ou lorsqu'un seul l'ayant fait construire, l'autre en a acquis la mitoyenneté ». Il faut donc pour qu'un mur soit mitoyen : 1° qu'il soit construit sur la limite de deux héritages contigus ; 2° que les deux voisins l'aient construit à frais communs, ou, si le mur a été construit par un seul, que l'autre en ait acquis la mitoyenneté à titre gratuit ou onéreux.

Prouver que le mur est construit sur la ligne séparative des deux héritages contigus sera ordinairement chose facile. Mais la preuve que le mur a été construit à frais communs, ou que l'un des voisins en a acquis la mitoyenneté de l'autre, qui l'a construit exclusivement à ses frais, aurait pu dans bien des cas offrir de graves difficultés, surtout pour des murs de construction ancienne. Aussi le législateur a-t-il établi des présomptions de mitoyenneté, qui la plupart du temps dispenseront de toute preuve celui des voisins auquel l'autre conteste la mitoyenneté du mur en s'en prétendant propriétaire exclusif; il a ainsi tari par avance une source féconde de procès entre propriétaires voisins. Comme toutes les présomptions, celles-ci sont basées sur des probabilités. *Præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Comme toutes les présomptions aussi, elles doivent être sévèrement restreintes aux cas en vue desquels le législateur les a établies; car les présomptions sont des exceptions au Droit commun et les exceptions sont de stricte interprétation.

**1269.** Les présomptions de mitoyenneté en ce qui concerne les murs sont établies par l'article 653 ainsi conçu : « *Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire* ».

Un mur est construit sur la limite de deux héritages; les deux voisins en retirent un profit. Il est très-probable que le mur leur appartient en commun, qu'il est mitoyen. En effet de deux choses l'une. Ou bien le mur a été utile aux deux voisins dès l'origine, comme s'ils ont construit à la même époque leurs deux maisons en les adossant à un même mur, qui sert de séparation entre elles; et alors il est naturel de supposer que les deux voisins ayant le même intérêt à la construction du mur ont dû la faire à frais communs. *Is fecit cui prodest*. Ou bien à l'origine le mur n'offrait d'utilité que pour l'un des voisins, et alors il a dû le construire exclusivement à ses frais; mais le jour où l'autre voisin a voulu se servir du mur, par exemple pour y adosser sa maison, il a dû vraisemblablement en acquérir la mitoyenneté; car sans cela le propriétaire du mur n'aurait probablement pas consenti à ce qu'il s'en servit. Cette double circonstance que le mur sépare deux héritages et qu'il procure un avantage aux deux voisins, rend donc sa mitoyenneté infiniment probable. Notre article érige cette probabilité en une présomption.

**1270.** Cela posé, étudions les différentes présomptions établies par notre article. Sont présumés mitoyens :

1° « *Tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge.* » Deux bâtiments contigus sont séparés par un même mur. S'ils ont tous les deux la même hauteur, le mur est présumé mitoyen jusqu'à son sommet. Si les deux bâtiments ont une hauteur inégale, le mur

est présumé mitoyen jusqu'au point où ils peuvent profiter l'un et l'autre du mur commun, c'est-à-dire jusqu'à la ligne formée par l'arête des constructions les moins élevées, ligne qui est marquée par le toit de ces dernières. Tel est le sens de ces mots *jusqu'à l'HÉBERGE* (1) qui signifient jusqu'au *toit*, et entendez jusqu'au toit du bâtiment le moins élevé. En effet toute la partie du mur, qui dépasse le toit de ce bâtiment, est inutile au propriétaire de ce dernier, et il n'y a pas de motif pour présumer qu'il a contribué aux frais de sa construction ou qu'il en a acquis la mitoyenneté.

D'ailleurs les mots *entre bâtiments*, qu'emploie notre article, sont des plus généraux, et on doit en conclure que la présomption de mitoyenneté existerait quelle que soit la nature des deux bâtiments séparés par le mur commun; ainsi le mur qui sépare une maison d'une grange serait présumé mitoyen.

2<sup>o</sup> « *Les murs servant de séparation entre cours et jardins* » : ce qu'il faut entendre en ce sens que la présomption de mitoyenneté existe soit pour le mur qui sépare deux cours, soit pour celui qui sépare deux jardins, soit pour celui qui sépare une cour d'un jardin.

Suivant l'opinion générale, les murs entre cours et jardins sont présumés mitoyens, même quand il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture. Si la présomption de mitoyenneté n'avait lieu, comme le pensent quelques-uns, qu'entre cours et jardins entièrement clos tous les deux, notre disposition n'aurait aucune utilité en présence de celle qui suit immédiatement, et d'après laquelle les murs entre enclos sont présumés mitoyens.

3<sup>o</sup> *Tout mur servant de séparation « même entre enclos dans les champs »*. La présomption de mitoyenneté n'existe plus lorsqu'il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture. En effet, dans cette hypothèse le mur ne profite qu'au propriétaire de l'héritage clos de tous les côtés. Quel intérêt offre-t-il pour le voisin, dont l'héritage est ouvert à tout venant? D'après la règle *Is fecit cui prodest*, on ne pouvait donc pas supposer que ce dernier a contribué à la construction du mur et par suite le présumer mitoyen.

Mais la présomption de mitoyenneté existe toutes les fois que les héritages séparés par le mur sont clos de toutes parts; alors même que l'un serait entièrement entouré de murs et que l'autre serait fermé en partie par des clôtures d'une autre nature. *Lex non distinguit*.

**1271.** Telles sont les présomptions de mitoyenneté établies par notre article. Nous avons dit qu'elles doivent recevoir l'interprétation restrictive; et de là il résulte notamment, mais il y a quelque doute sur ce point, que le mur, qui sépare une maison d'une cour ou d'un jardin, n'est pas présumé mitoyen. La loi dit *entre bâtiments*; puis *entre cours et jardins*; mais elle ne dit pas : *entre un bâtiment et une cour ou un jardin*. D'ailleurs le propriétaire de la cour ou du jardin n'a pas eu le même intérêt

(1) Le mot *héberge* est tombé en désuétude; mais nous avons encore le mot *héberger*, qui veut dire: recevoir sous son *héberge*, c'est-à-dire sous son toit.

à la construction du mur que le propriétaire de la maison, et par conséquent le motif de la loi manque ici non moins que son texte. Cette solution devrait être maintenue, mais ce point est plus délicat, même dans le cas où il s'agirait d'héritages situés dans un lieu (ville ou faubourg) où la clôture est obligatoire sur la demande de l'un des voisins.

**1272.** Les présomptions de mitoyenneté, établies par l'article 653, tombent devant un titre ou une marque de non-mitoyenneté. La loi dit : « s'il n'y a titre ou marque contraire. »

**1273.** 1<sup>o</sup> Elles tombent devant un titre. — Le *titre* est ici tout fait juridique établissant la propriété exclusive de l'un des voisins. Ainsi j'ai deux jardins séparés l'un de l'autre par un mur; j'en vends un, en me réservant par une clause du contrat la propriété exclusive du mur de séparation. Le titre, c'est-à-dire la vente, l'emportera sur la présomption de la loi.

D'après l'opinion générale, conforme sur ce point aux véritables principes, le titre doit être commun aux deux voisins, comme il arrive dans l'espèce qui vient d'être proposée. Un titre auquel l'un des voisins est demeuré étranger, par exemple une vente à laquelle il n'a pas été partie, est par rapport à lui *res inter alios acta*, et ne peut fournir aucune preuve contre lui.

\* L'opinion générale exige aussi que le fait juridique, qui établit la propriété exclusive de l'un des voisins, soit monumenté dans un acte écrit. En d'autres termes, on considère le mot *titre* comme désignant ici un acte écrit duquel il résulte que la propriété du mur appartient exclusivement à l'un des voisins. Mais cette interprétation est difficile à justifier. Il est bien plus rationnel de supposer que le mot *titre* désigne le fait juridique lui-même, *id quod actum est*, et non l'écrit qui le constate; sauf à prouver l'existence de ce fait juridique conformément aux règles du Droit commun. D'après cette interprétation, la présomption de mitoyenneté, en matière inférieure à 150 fr., pourrait être combattue par l'allégation d'une vente verbale, faite avec réserve au profit du vendeur de la propriété exclusive du mur, et dont la preuve serait offerte par témoins.

**1274.** 2<sup>o</sup> Les présomptions établies par l'article 653 tombent s'il y a marque de non-mitoyenneté. « La marque de non-mitoyenneté, dit Demante, 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 ». C'est bien en effet en substance ce que dit l'article 654 ainsi conçu : « *Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné; lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur. — Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre* ».

Lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté et présente de l'autre un plan incliné. Par suite de cette disposition l'eau pluviale qui tombe sur le mur se déverse sur un seul voisin.

Lorsqu'il n'y a que d'un seul côté un chaperon ou des filets. Le chaperon c'est le toit

du mur ; il se fait ordinairement en tuiles ou en pierres plates. On désigne sous le nom de *filets* la partie du chaperon qui déborde le mur : c'est le prolongement du chaperon ou toit. Les filets empêchent les eaux pluviales de couler le long du parement du mur et de le dégrader. Ce que la loi appelle *filets* est appelé quelquefois dans la pratique du nom de *larmier*, expression qui rappelle le *stillicidium* des Romains : l'eau qui est déversée par les filets ou *larmier* tombe goutte à goutte. Lorsqu'il n'y a que d'un seul côté un chaperon ou des filets, l'égout du mur tombe tout entier sur un seul des voisins, et cette hypothèse est en définitive la même que la précédente, sauf qu'il s'agit d'un mur chaperonné (couvert d'un toit), tandis que tout à l'heure il s'agissait d'un mur non chaperonné.

Eh bien ! lorsque la partie supérieure du mur, qu'il soit ou non chaperonné, est disposée de telle façon que l'égout tout entier se déverse du même côté, la loi présume que le voisin sur lequel tombe l'égout a seul construit le mur et que par suite il en est propriétaire exclusif. Et en effet, si les deux voisins avaient construit le mur à frais communs, il est probable qu'ils auraient disposé sa sommité de manière à ce que l'égout se déversât également des deux côtés : ils l'auraient probablement « couvert à deux eaux » comme dit Loysel ; car l'égout du mur est une charge, et il n'y a pas de raison si le mur est mitoyen pour que cette charge soit imposée exclusivement à l'un des deux voisins. Aussi la loi présume-t-elle que le mur appartient pour le tout au voisin qui a la charge de l'égout tout entière. La présomption de mitoyenneté, résultant de ce que le mur sert de séparation entre deux cours, deux jardins ou deux enclos, tombe devant cette marque de non-mitoyenneté écrite en quelque sorte sur le mur.

Elle tombe encore, dit la loi, « lorsqu'il n'y a que d'un seul côté des corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur ». Les *corbeaux* sont des pierres en saillie destinées à servir d'appui à des poutres, pour le cas où on viendrait à adosser une construction contre le mur. La loi présume que le mur appartient tout entier au voisin du côté duquel se trouvent les corbeaux ; car, s'il avait été construit à frais communs, il est probable que les corbeaux auraient été placés des deux côtés, de manière à ce que chaque voisin pût bâtir contre le mur.

Remarquez que, pour constituer une marque de non-mitoyenneté, les corbeaux doivent être *de pierre*, et avoir été mis en construisant le mur. Il n'y aurait donc aucune induction à tirer de corbeaux en plâtre, ou même de corbeaux de pierre placés après la construction du mur. Autrement l'un des voisins aurait pu se procurer furtivement une marque de non-mitoyenneté.

**1275.** Les divers signes, dont parle l'article 654, ne constituent des marques de non-mitoyenneté qu'autant qu'ils existent d'un seul côté du mur. S'ils existent des deux côtés, ils se neutralisent. On en revient alors au Droit commun, absolument comme s'il n'y avait de marque d'aucun côté. Ainsi un mur sépare deux terrains dans les champs, dont un seul est en état de clôture ; il y a des deux côtés des corbeaux de pierre qui ont été placés en construisant le mur. La situation sera la même que s'il n'y en avait d'aucun côté, et par suite le mur ne sera pas *présumé* mitoyen, puisqu'il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture. Il y a toutefois quelques difficultés sur ce point.

**1276.** Bien que l'article 654 ne soit pas conçu en termes restrictifs, l'énumération qu'il donne des marques de non-mitoyenneté doit être considérée comme limitative. En effet il résulte des marques de non-mitoyenneté une présomption légale de propriété exclusive au profit de l'un des voisins, et il est de principe que les présomptions sont de droit étroit, et ne peuvent s'étendre d'un cas à un autre.

\* **1277.** La loi n'indique que le titre et la marque contraire comme pouvant

détruire les présomptions de mitoyenneté établies par l'article 653. Il faut ajouter la prescription. En d'autres termes, l'un des voisins pourrait acquérir par prescription la propriété exclusive d'un mur, qui d'après la présomption de la loi est mitoyen, en le possédant comme propriétaire exclusif pendant le temps requis par la loi : ce qui toutefois arrivera assez rarement, parce que le plus souvent les actes, sur lesquels l'un des voisins voudra baser sa possession et par suite la prescription, devront être considérés comme des actes de simple tolérance (art. 2232). Aussi n'insisterons-nous pas sur cette question qui est controversée.

Réciproquement, on doit décider que la mitoyenneté d'un mur pourrait être acquise par la prescription, en supposant, ce qui sera rare, que les actes, d'où le voisin prétend faire résulter sa possession à titre de copropriétaire, ne puissent pas être considérés comme des actes de simple tolérance.

## II. *Du droit qui appartient à tout propriétaire joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté.*

**1278.** Aux termes de l'article 661 : « *Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti.* »

Ainsi le propriétaire d'un mur pourra être forcé d'en céder la mitoyenneté au voisin qui joint ce mur ; il pourra être exproprié dans l'intérêt de celui-ci, dans un intérêt privé par conséquent. Pour justifier cette atteinte au droit de propriété, il ne suffit pas de dire que le voisin qui réclame la mitoyenneté a un intérêt considérable à l'acquérir, et que le propriétaire du mur n'a qu'un intérêt minime à ne pas la lui céder ; car notre Droit n'admet pas l'expropriation pour cause d'utilité privée. Il faut ajouter que l'intérêt privé du voisin se lie ici à l'intérêt général, qui exige qu'on ne perde pas un terrain précieux en constructions inutiles. Or c'est ce qui arriverait si le propriétaire joignant un mur ne pouvait pas s'en faire céder la mitoyenneté ; car, le jour où il voudrait lui aussi construire sur la limite de son héritage, il lui faudrait juxtaposer un nouveau mur à celui du voisin, et l'on aurait ainsi deux murs collés l'un contre l'autre, qui ne procureraient pas aux deux voisins plus de profit qu'un seul, et qui en outre offriraient un aspect fort disgracieux.

**1279.** La faculté d'exiger la cession de la mitoyenneté n'est accordée par notre article qu'au propriétaire « joignant un mur ». Il faut donc que le mur soit construit sur la ligne séparative des deux héritages. S'il est construit en retraite, le voisin ne peut pas exiger qu'on lui en cède la mitoyenneté, parce qu'il faudrait lui céder en même temps la portion de terrain comprise entre le mur et la ligne séparative des deux héritages, et la loi ne lui accorde pas ce droit.

La Cour de cassation applique avec raison le principe dans toute sa rigueur : il s'agit d'une expropriation, et la loi qui l'autorise comporte nécessairement une

interprétation restrictive. Elle l'applique même dans le cas où l'espace de terrain, laissé entre le mur et la ligne séparative des deux héritages, est d'une étendue insignifiante. Bien plus, elle le maintient, même lorsqu'il est démontré que le propriétaire n'a laissé cet espace de terrain que pour se soustraire à l'obligation légale de céder, le cas échéant, la mitoyenneté du mur. Inutilement objecte-t-on que c'est légitimer une fraude à la loi. Il n'y a pas de fraude à user d'un droit que la loi nous accorde. Et d'ailleurs où est le mal qu'un propriétaire puisse s'assurer la propriété exclusive du mur qu'il construit sur son terrain s'il y trouve quelque intérêt? Enfin le système contraire laisse place à un arbitraire sans limites dans l'appréciation du juge; car quand pourra-t-on dire que l'espace laissé entre le mur et la ligne séparative de deux héritages est d'assez peu d'importance pour qu'il n'y ait pas lieu d'en tenir compte?

**1280.** Le droit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur est imprescriptible, comme tous les actes de pure faculté (arg., art. 2232).

Il s'applique à tous les murs situés soit à la ville, soit à la campagne, *lex non distinguit*, et quel que soit l'usage qu'en veut faire le voisin : il n'est pas nécessaire que ce soit pour bâtir contre le mur.

**1281.** Il peut se faire que le propriétaire joignant un mur n'ait besoin que d'une partie de ce mur, par exemple s'il veut s'en servir pour y adosser des espaliers. La loi lui permet de rendre mitoyenne cette partie seulement : ce qu'il faut entendre toutefois en ce sens que le voisin peut exiger la cession de la mitoyenneté d'une partie du mur soit en longueur soit en hauteur, mais non en épaisseur; car, comme le dit Pothier, celui qui acquerrait seulement une partie du mur en épaisseur obtiendrait le même profit que s'il avait acquis l'épaisseur tout entière, ce qui serait injuste. — Quand le voisin demande la mitoyenneté d'une partie du mur en hauteur, la hauteur se calcule à partir des fondations.

**1282.** Le voisin qui use de la faculté concédée par l'article 661 acquiert la mitoyenneté à titre de vente, volontaire si le propriétaire du mur consent à la cession, forcée dans le cas contraire. De là résultent les conséquences suivantes :

1° L'acquéreur de la mitoyenneté doit payer la moitié de la valeur du mur ou de la portion du mur qu'il veut rendre mitoyenne. Dans tous les cas il doit payer en outre la moitié de la valeur du terrain sur lequel le mur est construit. La valeur du mur ou celle du terrain s'apprécie à l'époque de l'acquisition. Si les parties ne peuvent pas s'entendre pour la fixer elle sera réglée par experts.

2° Les frais de l'expertise, si elle est nécessaire, seront à la charge de l'acheteur; ils rentrent dans les frais de la vente, et la loi met ces frais à la charge de l'acheteur (arg., art. 1593).

3° A défaut de paiement du prix, le propriétaire, qui a cédé la mitoyenneté, jouirait du droit de résolution établi par l'article 1654.

4° Le propriétaire qui cède la mitoyenneté doit la garantir à l'acquéreur, conformément aux termes du Droit commun (arg., art. 1603).

**1283.** Conséquences de l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur. Le cessionnaire acquiert sur le mur, devenu mitoyen, tous les droits qui lui appartiendraient s'il avait été copropriétaire du mur dès l'origine. Il pourra donc faire boucher les jours de tolérance que le propriétaire aurait percés dans le mur (arg., art. 675), et cela même quand ils existeraient depuis plus de trente ans. La jurisprudence est constante sur ce point (Cass., 7 mai 1873, Sir., 73. 4. 327).

Mais le voisin qui se fait céder la mitoyenneté d'un mur, n'acquiert cette mitoyenneté que sous la réserve des servitudes actives ou passives dont le mur pouvait être grevé au moment de l'acquisition. (Cass., 15 juillet 1875, Sir., 75. 4. 407).

*Des droits que confère la mitoyenneté d'un mur.*

**1284.** La mitoyenneté d'un mur confère aux deux copropriétaires des droits plus étendus que ceux qui résulteraient d'une communauté ordinaire. En effet chaque voisin peut faire subir au mur mitoyen certaines innovations sans le consentement de l'autre, notamment construire contre le mur, et même le surhausser : ce qu'il n'aurait pas le droit de faire s'il y avait simple communauté. La loi régleme la première de ces deux facultés dans l'article 657, et la seconde dans les articles 658 et suivants. Etudions-les successivement.

**1285.** 1<sup>o</sup> Chacun des deux voisins peut adosser des constructions contre le mur mitoyen : ce qui implique le droit de le percer de part en part pour y incruster des poutres ou solives. L'article 657 dit à ce sujet : « *Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée* ».

*A cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près.* Ce petit espace doit être ménagé pour qu'il soit possible de recouvrir de ciment l'extrémité de la poutre.

*A l'ébauchoir.* On désigne sous ce nom un fort ciseau à l'aide duquel les charpentiers peuvent réduire une poutre sans la déplacer : ce qu'il y aura lieu de faire notamment lorsque le voisin voudra adosser une cheminée à la partie du mur où se trouve placée la poutre ; car elle ne serait pas suffisamment protégée contre le feu par les deux pouces de ciment qui recouvrent son extrémité.

**1286.** 2<sup>o</sup> Chaque voisin a le droit de surhausser le mur mitoyen. « *Tout copropriétaire* », dit l'article 658, « *peut faire exhausser le mur mitoyen ; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur* ».

Ces derniers mots *suivant la valeur* signifient : suivant la valeur de l'exhaussement. La loi a supposé, ce qui sera vrai en effet le plus souvent, mais non pas toujours cependant, que la valeur de l'exhaussement est proportionnée à son poids, et elle a voulu dire que l'indemnité à payer au voisin est proportionnelle à la surcharge imposée au mur, c'est-à-dire au poids de l'exhaussement. En effet plus ce poids est consi-

dérable et plus il fatiguera le mur, qui exigera désormais des réparations plus fréquentes et sera menacé d'une destruction plus prochaine. Une indemnité est due au voisin de ce chef. La coutume de Paris fixait à forfait cette indemnité au sixième du prix qu'avait coûté l'exhaussement « de six toises l'une ». Notre article la règle d'une manière plus équitable en décidant qu'elle sera proportionnée à la surcharge.

Aux termes de l'article 659 : « *Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté* ».

*En entier à ses frais.* Mais alors il n'est plus dû d'indemnité à raison de la surcharge; car, si le mur est plus surchargé, il est aussi plus solide, puisqu'il est neuf et peut-être plus épais; par conséquent il n'exigera pas des réparations plus fréquentes.

Le voisin qui fait exhausser le mur mitoyen doit supporter tous les frais accessoires qu'entraîne cette opération, notamment les frais de l'expertise dont parle l'article 662, si elle a été faite, et les frais faits pour étayer la maison du voisin pendant la reconstruction du mur. Il doit aussi réparer à ses frais les dégâts matériels qui ont été occasionnés par la reconstruction. Ainsi, s'il a été obligé de déranger la toiture de l'édifice voisin adossé à ce mur, ou de détruire les espaliers que le voisin possédait le long du mur, il devra rétablir à ses frais les lieux dans leur ancien état (Paris, 24 nov. 1874. Sir., 76. 2. 409).

Mais il ne devrait aucune indemnité au voisin pour la privation de jouissance qu'il lui a fait subir ou à ses locataires. Ainsi la reconstruction du mur mitoyen, faite en vue de l'exhaussement, a rendu la maison voisine, adossée à ce mur, inhabitable pendant un certain temps. Le voisin n'aura pas droit à la réparation de ce préjudice, alors même qu'il serait forcé de payer de son côté une indemnité à ses locataires par application de l'article 1724, ou qu'il se verrait forcé de subir une résiliation de bail. Car en faisant les travaux nécessaires pour l'exhaussement du mur mitoyen, le voisin n'a fait qu'user de son droit; or *neminem lædit qui jure suo utitur*. La jurisprudence applique ce principe avec une rigueur qui peut paraître excessive. Ainsi il a été jugé à plusieurs reprises que le voisin, qui fait surhausser le mur mitoyen, n'est pas obligé de prolonger jusqu'à l'extrémité de l'exhaussement les cheminées que l'autre voisin a incrustées dans le mur, sauf à celui-ci à acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement et à prolonger lui-même ses cheminées. Cela nous conduit à parler de l'acquisition de la mitoyenneté de l'exhaussement; ce point est réglé par l'article 660.

**1287.** « *Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a* » (art. 660).

Ce texte doit être entendu en ce sens : que le voisin qui veut acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement doit payer, outre la moitié du prix qu'il a coûté, la moitié de ce qu'il a fallu dépenser pour mettre le mur en état de le supporter, et la moitié de la valeur du sol qui aurait été fourni pour l'excédant d'épaisseur.

Ce mode de fixation de l'indemnité diffère de celui établi par l'article 664 pour le cas d'acquisition de la mitoyenneté d'un mur. En effet, tandis que l'article 664 règle le montant de l'indemnité sur la *valeur* du mur, l'article 660 le règle non sur la va-

leur de l'exhaussement, mais sur le prix qu'il a coûté, prix qui sera souvent supérieur à sa valeur; car il est ordinaire qu'en constructions on dépense plus qu'on ne produit. La loi a voulu sans doute, en adoptant ce mode de calcul, déjouer par avance la spéculation peu loyale de l'un des deux propriétaires du mur mitoyen, qui, ayant intérêt comme son voisin à l'exhaussement du mur, laisserait celui-ci faire seul les frais de cet exhaussement pour en acquérir aussitôt après la mitoyenneté à bas prix. Aussi la plupart des auteurs enseignent-ils que, si l'exhaussement était de construction ancienne, l'indemnité à payer par le voisin qui veut en acquérir la mitoyenneté devrait être réglée d'après l'article 664, et non d'après l'article 660.

**1288.** 3<sup>o</sup> Chacun des copropriétaires d'un mur mitoyen peut s'en servir pour tous les autres usages auxquels il est naturellement destiné, par exemple y adosser des espaliers, y encastrer des tuyaux, y pratiquer des enfoncements, pour faire un placard par exemple ou une niche...

**1289.** En usant de son droit sur le mur mitoyen, l'un des copropriétaires ne doit autant que possible ni nuire aux droits de l'autre, ni compromettre la solidité du mur. Aussi, lorsque l'un des voisins veut faire subir au mur une innovation qui pourrait conduire à l'un ou à l'autre de ces résultats, la loi exige-t-elle qu'il obtienne le consentement de l'autre voisin, ou que tout au moins, à défaut de ce consentement, il fasse régler par experts les moyens à employer pour sauvegarder dans la mesure du possible les droits de ce voisin. L'article 662 dit à ce sujet : « *L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen* » *aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans* » *le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par* » *experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas* » *nuisible aux droits de l'autre.* »

*Ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage.* Ces termes sont tellement généraux qu'on s'étonne qu'il puisse y avoir controverse sur le point de savoir si notre article est applicable aux travaux dont parlent les articles 657, 658 et 659, c'est-à-dire aux constructions faites contre le mur mitoyen et à l'exhaussement de ce mur. Construire contre le mur mitoyen, c'est bien *y appliquer un ouvrage*, et l'exhausser, c'est bien *y appuyer un ouvrage*. D'ailleurs il y aurait dans la loi une véritable contradiction, si elle devait être entendue en ce sens : que le consentement du voisin ou une expertise sera nécessaire pour adosser par exemple des espaliers au mur mitoyen, mais non pour construire contre ce mur ou pour le surhausser. Les constructions contre le mur mitoyen et le surhaussement de ce mur sont les innovations qui peuvent le plus gravement compromettre les droits du voisin, et il serait incompréhensible que, précisé ment pour ces deux cas, la loi eût supprimé la mesure de protection établie par l'article 662. La doctrine se prononce généralement en ce sens.

#### IV. *Charges de la mitoyenneté.*

**1290.** « *La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la* » *charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de* » *chacun* » (art. 655).

*Proportionnellement au droit de chacun.* Ces mots font allusion au cas où le mur n'est mitoyen que pour partie.

Il va sans dire que, si la reconstruction ou les réparations étaient devenues nécessaires par la faute de l'un des voisins, elles seraient à sa charge exclusive (arg., art. 1382).

« *Cependant tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté ; pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne* » (art. 656).

L'obligation de contribuer aux réparations et à la reconstruction du mur mitoyen ayant pour chacun des voisins sa cause dans son droit de copropriété, cette obligation doit disparaître par l'abandon de ce droit. C'est d'ailleurs un principe général que celui qui n'est tenu que *propter rem*, peut se libérer de son obligation par l'abandon de la chose.

Le voisin, qui veut user de la faculté établie par notre article, doit abandonner « son droit de mitoyenneté », c'est-à-dire son droit dans la chose mitoyenne. Or la chose mitoyenne, c'est le mur et le sol sur lequel il est bâti; car le mur ne peut pas être isolé du sol dont il est un accessoire. L'abandon doit donc comprendre le mur et le sol tout à la fois; l'un comme l'autre deviendra la propriété exclusive de l'autre voisin.

L'abandon de la mitoyenneté implique un contrat entre les deux copropriétaires du mur. Cet abandon n'est en effet que la réponse de l'un des voisins à une proposition faite par l'autre de procéder à frais communs aux réparations et à la reconstruction du mur conformément à l'article 655, et cette réponse doit être traduite ainsi : faites les réparations ou la reconstruction à vos frais, et, à titre de compensation, je vous abandonne mon droit de mitoyenneté dans le mur. L'abandon de la mitoyenneté est donc conditionnel: il est consenti sous cette condition, exprimée ou sous-entendue, que le voisin procédera aux réparations ou à la reconstruction. Si donc il ne remplissait pas cette condition, c'est-à-dire s'il laissait tomber le mur en ruines, ou à plus forte raison s'il le démolissait, celui qui a fait l'abandon de la mitoyenneté pourrait demander qu'il fût considéré comme non avenu, et réclamer la moitié du sol et des matériaux.

Le propriétaire, qui a fait l'abandon de la mitoyenneté, peut la racheter plus tard.

**1291.** Il y a trois exceptions à la faculté d'abandon :

La première est indiquée par notre article lui-même. Elle a lieu lorsque le mur mitoyen soutient un bâtiment appartenant à l'un des voisins. S'il pouvait, par l'abandon de la mitoyenneté, se libérer de l'obligation de contribuer aux réparations du mur, le propriétaire de ce bâtiment conserverait les avantages de la mitoyenneté sans en supporter les charges. Il ne serait autorisé à faire l'abandon qu'après avoir démoli la partie de son édifice qui s'appuie sur le mur ; et, si cette opération entraînait la ruine du mur il en serait responsable.

La deuxième exception résulte des principes généraux. L'un des copropriétaires ne pourrait pas, par l'abandon de la mitoyenneté, se libé-

rer de l'obligation de reconstruire ou de réparer le mur mitoyen, si la reconstruction ou les réparations étaient devenues nécessaires par sa faute; car alors il ne serait plus tenu *propter rem*, mais bien *quasi ex delicto*.

Enfin la troisième exception, qui est l'objet d'une controverse, existe dans le cas où le mur mitoyen sert de clôture entre deux héritages situés à la ville ou dans les faubourgs. Elle sera mieux comprise après l'explication de l'article 663 auquel nous arrivons à l'instant même.

#### V. Hypothèses particulières.

**1292.** Au sujet de la mitoyenneté des murs, la loi s'est occupée incidemment de la clôture forcée (art. 663) et du cas où les divers étages d'une même maison appartiennent à plusieurs propriétaires.

##### A. De la clôture forcée.

**1293.** Dans les villes et faubourgs chaque propriétaire peut forcer son voisin à contribuer aux frais de la construction et de l'entretien d'un mur mitoyen servant de séparation entre leurs héritages contigus (maisons, cours et jardins). A défaut d'usages locaux, la loi détermine la hauteur que devra avoir le mur de clôture. L'article 663 dit à ce sujet : « *Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis dans dites villes et faubourgs : la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus; et, à défaut d'usages et de règlements, tout mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente-deux décimètres (dix pieds) de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres* ».

Cette disposition contient une atteinte au droit de propriété; car elle contraint un propriétaire à aménager son héritage d'une certaine façon contrairement à la règle *Unusquisque rei suæ moderator est et arbiter*. C'est qu'ici, sous l'intérêt privé des propriétaires voisins, se cache un intérêt général, et la loi n'hésite pas à demander des sacrifices à la propriété quand l'intérêt public est en jeu. Dans les grands centres, la sécurité des personnes exige que les héritages soient clos; la clôture a paru nécessaire aussi pour maintenir la bonne harmonie entre voisins et diminuer les querelles de voisinage. Or la sécurité des personnes et la paix entre les hommes sont des questions d'intérêt général.

**1294.** De là résultent deux conséquences :

1<sup>o</sup> Toute convention, qui dérogerait à l'article 663, devrait être déclarée nulle et de nul effet (arg., art. 6). Il en serait ainsi notamment de la convention, par laquelle les deux voisins s'interdiraient respectivement le droit de réclamer l'application de notre disposition.

2<sup>o</sup> L'un des voisins ne pourrait pas se libérer de l'obligation de contribuer aux

réparations du mur servant de clôture commune, en faisant à l'autre l'abandon de son droit de mitoyenneté. Encore moins pourrait-il s'affranchir de l'obligation de contribuer aux frais de la construction d'un mur de clôture en abandonnant la moitié du terrain nécessaire pour cette construction. Sur l'un et l'autre point la jurisprudence de la Cour de cassation est en sens contraire (Cass., 27 janvier 1874, Sir., 74, 1. 210), et les Cours d'appel, après avoir résisté pendant longtemps, semblent vouloir aujourd'hui se rallier à l'opinion de la Cour suprême (Orléans, 24 mai 1873, Sir., 74. 2. 171). Mais il nous paraît fort douteux qu'en réformant sur ce point leur jurisprudence elles l'aient améliorée. La Cour de cassation dit à l'appui de sa doctrine que l'article 656 est conçu dans des termes généraux et absolus, que par conséquent la faculté d'abandon qu'il consacre doit toujours être admise, sauf l'unique exception qu'il prévoit. — Mais d'abord l'article 656 paraît tout à fait inapplicable au cas où l'un des voisins élève la prétention de se soustraire à l'obligation de contribuer aux frais de la *construction* d'un mur de clôture, en abandonnant la moitié du terrain nécessaire pour cette construction. En effet il parle d'un abandon du droit de *mitoyenneté*; or, pour qu'il puisse être question d'abandonner un droit de mitoyenneté, il faut évidemment qu'il y ait une chose mitoyenne, et il n'y en a pas tant que le mur n'a pas été construit. L'article 656 n'autorise donc pas l'un des voisins à se libérer de l'obligation de contribuer aux frais de la *construction* d'un mur de clôture, et dès lors il ne peut pas l'autoriser à se libérer de l'obligation de contribuer aux frais des réparations du mur existant; car les deux questions se tiennent.

A défaut de l'article 656 invoquera-t-on l'article 699, aux termes duquel le propriétaire du fonds assujéti « peut toujours s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujéti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due »? Mais alors ce n'est pas seulement la moitié du terrain nécessaire à la construction du mur mitoyen ou son droit de mitoyenneté dans le mur existant que le voisin devra abandonner, mais son héritage tout entier; car c'est cet héritage qui est grevé de la servitude de construire ou de réparer.

Les textes ne fournissent donc aucun appui à la solution admise par la Cour suprême. D'ailleurs à l'article 656 on peut opposer l'article 663, qui est conçu lui aussi dans des termes généraux et absolus. Inutilement dit-on qu'il ne faut pas sacrifier l'article 656 à l'article 663. M. Laurent répond fort bien qu'il y a deux espèces de clôtures, la clôture volontaire et la clôture forcée. L'article 656 n'est applicable qu'à la clôture volontaire, la seule dont s'occupent les textes qui le précèdent, et non à la clôture forcée régie par l'article 663 qui le suit. Sur cette question la doctrine est divisée.

**1295.** La clôture dont parle l'article 663 doit consister en un mur, et non en une haie ou en palissades. Les dispositions de la loi relatives à la hauteur du mur de clôture se suffisent à elles-mêmes.

**1296.** L'article 663 n'est applicable qu'aux héritages situés dans les *villes* ou *faubourgs*. La loi n'ayant pas défini ces expressions, il appartiendrait aux tribunaux, en cas de difficulté sur ce point, de décider si le lieu de la situation de deux héritages est ou non une ville ou un faubourg, et si par suite la clôture est ou n'est pas obligatoire pour leurs propriétaires.

*B. Cas où les différents étages d'une même maison appartiennent à divers propriétaires.*

**1297.** La loi autorise la division d'une maison entre divers propriétaires, non seulement par sections verticales, mais aussi par sections horizontales. Le rez-de-chaussée d'une même maison peut donc appartenir à l'un, le premier étage à l'autre, le second à un troisième, et ainsi de suite. Ce mode de division offre ceci de particulier qu'il produit un mélange de propriété exclusive et de copropriété. Il y a en effet des parties du bâtiment qui restent nécessairement indivises entre les divers ayant-droit, notamment les gros murs, le toit, les escaliers. — Quelquefois ce sont des enfants, qui partagent ainsi entre eux la maison paternelle, pour qu'elle ne passe pas entre les mains d'un étranger par suite d'une licitation. Ou bien c'est un testateur qui lègue les différents étages de sa maison à divers légataires. La pratique n'offre d'ailleurs, au moins dans cette région, que très-peu d'exemples de cette copropriété bizarre. Il paraît cependant qu'à Rennes et à Grenoble ce mode de division est assez usité.

En supposant une maison ainsi divisée, quels seront les droits et les devoirs respectifs des divers propriétaires? Si le titre les a réglés, il fera la loi des parties. A défaut de titre, la loi les règle comme suit dans l'article 664, que nous nous bornerons à peu près à transcrire : « *Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. — Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. — Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite.* »

Il y a donc des charges communes à tous les propriétaires et des charges particulières à chacun d'eux. Aux charges communes, qu'indique notre article, il y a lieu d'ajouter notamment les réparations à faire aux puits, fosses d'aisances, aqueducs, cours..., et généralement à toutes les parties de la maison qui sont à l'usage commun des divers propriétaires. Il faut y comprendre aussi l'impôt foncier; mais non celui des portes et fenêtres : chaque propriétaire paye pour les ouvertures qui lui sont exclusivement affectées. Seul l'impôt dû pour les portes d'entrée affectées à l'usage de tous les propriétaires serait compris parmi les charges communes.

Les charges communes sont supportées par chaque propriétaire proportionnellement à la valeur de son étage.

**N° 2. De la mitoyenneté des clôtures autres que les murs.**

**1298.** Les dispositions du Code civil relatives à cette matière viennent d'être profondément modifiées par la loi des 29 juillet-25 août 1881 dont nous avons déjà dit quelques mots (*supra*, n° 1264). Nous allons d'abord transcrire les nouveaux textes en regard des anciens.

ANCIENS ARTICLES

Art. 666. *Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens, s'il n'y a titre ou marque du contraire.*

NOUVEAUX ARTICLES

Art. 666. *Toute clôture qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture,*

Art. 667. *Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.*

Art. 668. *Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.*

Art. 669. *Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs.*

Art. 670. *Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire.*

*ou, s'il y a titre, prescription ou marque contraire.*

*Pour les fossés, il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.*

*Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.*

Art. 667. *La clôture mitoyenne doit être entretenue à frais communs; mais le voisin peut se soustraire à cette obligation en renonçant à la mitoyenneté. — Cette faculté cesse si le fossé sert habituellement à l'écoulement des eaux.*

Art. 668. *Le voisin dont l'héritage joint un fossé ou une haie non mitoyens ne peut contraindre le propriétaire de ce fossé ou de cette haie à lui céder la mitoyenneté.*

*Le copropriétaire d'une haie mitoyenne peut la détruire jusqu'à la limite de sa propriété, à la charge de construire un mur sur cette limite.*

*La même règle est applicable au copropriétaire d'un fossé mitoyen qui ne sert qu'à la clôture.*

Art. 669. *Tant que dure la mitoyenneté de la haie, les produits en appartiennent aux propriétaires par moitié.*

Art. 670. *Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie. Les arbres plantés sur la ligne séparative de deux héritages sont aussi réputés mitoyens. Lorsqu'ils meurent ou lorsqu'ils sont coupés ou arrachés, ces arbres sont partagés par moitié. Les fruits sont recueillis à frais communs et partagés aussi par moitié, soit qu'ils tombent naturellement, soit que la chute en ait été provoquée, soit qu'ils aient été cueillis.*

Art. 673. *Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie ; et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus.*

*Chaque propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient arrachés.*

**1299.** Les nouveaux articles 666 à 670 sont étrangers à la mitoyenneté des murs de clôture, qui continue à être régie par les dispositions des articles 653 et suivants. Cela résulte du texte des nouveaux articles, et plus encore des explications qui ont été données lors de la confection de la loi à laquelle ils doivent leur rédaction actuelle.

**1300.** D'après le nouvel article 666 : « Toute clôture qui sépare des héritages est réputée mitoyenne ». Le législateur de 1881 a ainsi généralisé une présomption, que le Code civil ne formulait expressément qu'en ce qui concerne les murs (art. 653), les fossés (art. 666) et les haies (art. 670), et qu'il sous-entendait peut-être en ce qui concerne les autres clôtures, telles que palissades, treillages. En tout cas, le texte de la loi nouvelle fait disparaître le doute auquel pouvait donner lieu le silence du Code civil sur ce point. En raison, il n'y avait aucun motif pour distinguer entre les différentes clôtures; on devait donc leur appliquer à toutes la présomption de mitoyenneté. Et toutefois, la présomption de mitoyenneté établie par notre article ne s'applique *qu'autant que les deux héritages sont en état de clôture*. Le Code civil n'établissait cette restriction qu'en ce qui concerne les murs (art. 653) et les haies (art. 670). On en avait conclu qu'elle ne devait pas être étendue aux fossés, et que par suite le fossé séparant deux héritages était présumé mitoyen, alors même qu'un seul des héritages était en état de clôture (arg., art. 666). Mais il faut convenir qu'il était assez difficile de donner de bonnes raisons pour justifier cette particularité; la loi nouvelle a eu raison de la faire disparaître. Et en effet, quelle que soit la clôture qui sépare les deux héritages contigus, la présomption de mitoyenneté n'a de raison d'être qu'autant que les deux voisins avaient le même intérêt à son établissement. Or cette condition se trouve bien remplie lorsque les deux héritages sont clos, mais elle ne l'est plus lorsqu'il n'y en a qu'un seul en état de clôture. En pareil cas, le voisin dont l'héritage est clos avait seul intérêt à l'établissement de la clôture; du moins la clôture n'offrait pas un intérêt égal pour l'autre voisin, dont l'héritage est ouvert sur un ou plusieurs aspects. Il n'y avait donc plus lieu de la présumer mitoyenne.

La présomption de mitoyenneté qui nous occupe étant basée sur l'in-

térêt commun qu'avaient les voisins à établir la clôture qui les sépare, il en résulte qu'on doit, pour décider si la présomption de mitoyenneté est ou non applicable, considérer l'état des héritages à l'époque où la clôture a été établie. Ainsi une haie, qui sépare deux héritages aujourd'hui clos l'un et l'autre, ne serait pas présumée mitoyenne, si, à l'époque où elle a été plantée, un seul des héritages était en état de clôture.

**1301.** La haie, qui n'est pas présumée mitoyenne parce qu'il n'y a qu'un seul des héritages en état de clôture, est-elle présumée appartenir exclusivement au voisin dont l'héritage est clos, de telle sorte que l'autre voisin ne pourrait faire tomber cette présomption qu'au moyen d'un titre ou de la prescription? La loi nouvelle, pas plus que l'ancienne, ne dit rien de semblable, et dès lors la présomption dont il s'agit ne saurait être admise en vertu de ce principe qu'il n'y a pas de présomption légale sans loi. Sous l'empire de l'ancien article 670, la Cour de cassation avait résolu la question dans ce sens, au sujet d'une haie séparant deux héritages dont un seul était en état de clôture (Cass., 12 mars 1872, Sir., 72. 1. 63), et elle devrait recevoir encore la même solution sous l'empire de la loi nouvelle, qui a reproduit sur ce point les termes de l'ancienne.

Faut-il conclure de là que le propriétaire de l'héritage clos, qui prétend avoir la propriété exclusive de la haie, ne pourra tirer aucun parti, au point de vue de la preuve de sa prétention, de cette circonstance que son fonds est seul en état de clôture? Ce serait tomber dans un excès opposé. L'état des lieux fournira en pareil cas une présomption simple, dont l'appréciation sera laissée au juge du fait (arg., art. 1353), et sur le fondement de laquelle il pourrait parfaitement décider que la propriété exclusive de la haie appartient au propriétaire de l'héritage clos. Il y a une objection. Les présomptions simples ne sont admissibles comme moyen de preuve que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale; or la preuve testimoniale n'est pas reçue en matière excédant 150 fr. (art. 1341); donc, dans l'hypothèse dont il s'agit, les présomptions simples ne pourront pas être admises, toutes les fois que l'intérêt engagé sera supérieur à cette somme, ce qui arrivera le plus souvent. On peut répondre, ce nous semble : que les présomptions simples, comme la preuve testimoniale, sont admissibles quel que soit l'intérêt engagé, toutes les fois qu'il a été impossible au réclamant de se procurer une preuve écrite du fait qu'il s'agit de prouver (arg., art. 1348 et 1353). Or n'est-ce pas la situation de celui qui établit à ses frais exclusivement une clôture sur la limite de son fonds? Qu'on dise donc comment il devra s'y prendre pour se procurer une preuve écrite de ce fait. Nous entendons une preuve écrite opposable à son voisin, c'est-à-dire un écrit émanant de lui ou réputé tel?

Ainsi les faits, qui détruisent une présomption légale de mitoyenneté, n'entraînent pas nécessairement une présomption légale de propriété exclusive au profit de l'un des voisins. Cette dernière présomption ne peut être admise que dans les cas où un texte formel l'établit, comme on en voit des exemples dans l'article 654, et dans l'ancien article 668, dont la disposition a été reproduite par la loi nouvelle. En l'absence d'une semblable disposition, les faits, qui détruisent la présomption légale de mitoyenneté, ne peuvent être invoqués que comme présomptions simples par application de l'article 1353.

On voit donc qu'il faut bien se garder de confondre les marques de *non-mitoyenneté*, qui font nécessairement naître une présomption de propriété exclusive au profit de l'un des voisins (arg., art. 654 et 666), avec les circonstances qui détruisent

purement et simplement une présomption de mitoyenneté. L'existence du rejet de la terre d'un seul côté du fossé est une marque de *non-mitoyenneté*; il doit en résulter forcément que le fossé appartient exclusivement à l'un des voisins; car un fait, qui prouve que le fossé *n'est pas mitoyen*, prouve nécessairement qu'il appartient à un seul des deux voisins. Au contraire cette circonstance qu'un seul des fonds séparés par un fossé est en état de clôture, n'est pas une marque de non-mitoyenneté; c'est un fait destructif de la présomption de mitoyenneté, et voilà tout. Mais de ce que le fossé n'est plus *présumé* mitoyen, il n'en résulte pas nécessairement qu'il ne le soit pas, ni surtout qu'il appartienne exclusivement à tel voisin. Autre chose est la *présomption de non-mitoyenneté* qui est une présomption de propriété exclusive, autre chose la *non-présomption de mitoyenneté*, qui n'est que l'absence de toute présomption relativement à la mitoyenneté.

**1302.** La présomption de mitoyenneté établie par l'article 666 tombe: «s'il y a titre, prescription ou marque contraire». Le législateur de 1881, qui soumet toutes les clôtures à une règle uniforme en ce qui concerne la présomption de mitoyenneté, les soumet à une règle uniforme aussi relativement aux modes de preuves de la non-mitoyenneté.

**1303.** La présomption de mitoyenneté tombe d'abord devant un titre. En cas de conflit entre la présomption et le titre, c'est ce dernier qui l'emporte (Cpr. *supra*, n° 1273). Tel serait le cas où, étant propriétaire de deux pièces de terre closes de toutes parts et séparées par une haie, je vous vendrais l'une, mais en me réservant par une clause formelle de l'acte de vente la propriété exclusive de la haie.

**1304.** La présomption de mitoyenneté peut tomber en second lieu devant la prescription. Cette disposition signifie que, si l'un des voisins a possédé *à titre de propriétaire exclusif* la clôture qui sépare les deux héritages pendant le temps requis pour la prescription, son droit de mitoyenneté se sera transformé en un droit de propriété exclusive.

Notre législateur a ainsi tranché la controverse qui s'était élevée sous l'empire du Code civil sur le sens des mots «s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire» de l'article 670. Quelques-uns pensaient que la possession, dont le législateur entendait parler, et qui faisait tomber la présomption de mitoyenneté, était la possession *annale*. La plupart des auteurs estimaient au contraire qu'il s'agissait de la possession pendant le temps requis pour la prescription. Ils se fondaient principalement sur ce que la loi mettait la possession sur la même ligne que le titre: n'était-ce pas dire que la possession dont elle entendait parler était une possession équivalente à un titre, c'est-à-dire une possession suffisante pour engendrer la prescription? C'est cette dernière solution qu'a consacrée législativement notre nouvel article, et il convient d'ajouter que c'est la bonne.

**1305.** Enfin la présomption de mitoyenneté peut tomber devant une marque contraire. Quelles sont les marques de non-mitoyenneté? Notre législateur, reproduisant à peu près littéralement les dispositions des anciens articles 667 et 668, dit: «Pour les fossés il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seu-

lement du fossé. Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve ». Présomption très-rationnelle. Quand deux voisins creusent à frais communs un fossé mitoyen sur la ligne séparative de leurs héritages, ils rejettent ordinairement la terre des deux côtés. Il n'y a pas de raison en effet pour la rejeter sur l'un plutôt que sur l'autre ; car si le rejet de la terre constitue un avantage, il est naturel que chaque voisin en ait sa part, et, s'il constitue une charge, il ne serait pas juste qu'elle fût supportée par un seul. Cette double loi d'équité sera vraisemblablement observée toutes les fois que le fossé sera construit à frais communs, et par conséquent si le rejet de la terre n'existe que d'un côté, tout porte à croire que le fossé a été construit par un seul des voisins sur son terrain. Il a rejeté toute la terre de son côté, parce qu'il a voulu garder pour lui tout le profit du rejet, ou parce que le voisin s'est opposé à ce qu'il lui en fît partager la charge. Aussi la loi déclare-t-elle que le fossé construit dans ces conditions est exclusivement sa propriété.

**1306.** Une marque de non-mitoyenneté n'étant pas autre chose qu'une présomption légale de propriété exclusive au profit de l'un des voisins, et les présomptions légales étant de droit étroit et par suite de stricte interprétation, on en concluait généralement sous l'empire de la loi ancienne, et on doit en conclure encore sous l'empire de la loi nouvelle qu'il n'y a pas, en ce qui concerne les fossés, d'autres marques de non-mitoyenneté que celle qui est indiquée par l'article 666. Ainsi cette circonstance que l'un des voisins a seul curé le fossé et employé le produit du curage à la fécondation de ses terres, ne formerait pas en sa faveur une présomption de non-mitoyenneté et par suite de propriété exclusive. Ce fait, comme tous autres du même genre, ne pourrait être considéré que comme une présomption simple à laquelle les juges pourraient avoir tel égard que de raison (cpr. *supra*, n° 4301).

Si l'on admet la solution qui vient d'être développée, on doit admettre aussi qu'il n'existe pas, en ce qui concerne les haies et les autres clôtures, de présomption légale de non-mitoyenneté ; car la loi n'en indique aucune. Les différents signes, qui pourront rendre plus ou moins probable le droit exclusif de propriété de l'un des voisins sur la clôture qui sépare les deux héritages, ne pourront donc être invoqués que comme présomptions simples (arg., art. 4353).

**1307.** Le nouvel article 667, généralisant pour toutes les clôtures les dispositions des articles 655 et 656 relatives aux murs mitoyens, dispose que : « La clôture mitoyenne doit être entretenue à frais communs ; mais le voisin peut se soustraire à cette obligation en renonçant à la mitoyenneté ». Sur ce dernier point, quelques difficultés s'étaient élevées, sous l'empire du Code civil, pour les clôtures autres que les murs. La loi nouvelle consacre la solution qui était généralement admise, et qui n'est qu'une déduction de ce principe : que celui qui est tenu *propter rem* peut se décharger de son obligation par l'abandon de son droit sur la chose à l'occasion de laquelle il est tenu. L'article ajoute : « Cette faculté cesse, si le fossé sert habituellement à l'écoulement des eaux ». Si l'on eût permis à l'un des voisins d'abandonner la mitoyenneté dans ce

cas, on l'aurait autorisé à en conserver les avantages sans en supporter les charges. Cette disposition peut donc être considérée comme le pendant de celle contenue dans l'article 656 *in fine*.

**1308.** Les motifs, qui ont porté le législateur à autoriser une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée, en permettant au propriétaire joignant un mur d'exiger que la mitoyenneté lui en soit cédée (art 661), ne se rencontrant plus, ou tout au moins ne se rencontrant qu'en partie, quand il s'agit d'une clôture autre qu'un mur, il était tout simple que le législateur n'étendit pas à ce cas la faculté d'exiger la cession de la mitoyenneté. Mais on ne voit pas trop quelle utilité il y avait à le dire; car il va de soi qu'une faculté, aussi exorbitante que celle autorisée par l'article 661, n'est pas susceptible d'être étendue d'un cas à un autre. Aussi M. Xavier Blanc a-t-il demandé au Sénat la suppression de l'alinéa 1<sup>er</sup> du nouvel article 668, qui consacre cette déduction élémentaire d'un principe certain. A entendre la réponse qui lui a été faite par le rapporteur : savoir que la loi s'appliquerait surtout à des agriculteurs qui en général ne sont pas des jurisconsultes, et que par suite elle ne saurait être trop claire, on pensera sans doute qu'il a dû obtenir gain de cause. Ce serait une erreur. Le Sénat a maintenu l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 668. M. Xavier Blanc n'a même pas pu obtenir comme fiche de consolation la suppression dans ledit alinéa des mots *non mitoyens*, qui constituent cependant une superfétation évidente, et que le législateur de 1804 s'est bien gardé, lui, d'insérer dans l'article 661.

**1309.** On ne peut pas adresser le même reproche d'inutilité à l'alinéa 2 de l'article 668, aux termes duquel : « Le copropriétaire d'une haie mitoyenne peut la détruire jusqu'à la limite de sa propriété à la charge de construire un mur sur cette limite. La même règle est applicable au copropriétaire d'un fossé mitoyen qui ne sert qu'à la clôture ». C'est une innovation : sous l'empire du Code civil l'un des copropriétaires de la haie ou du fossé mitoyen n'aurait certainement pas eu un pareil droit. On a dit pour la justifier que le voisin ne peut pas se plaindre du changement qui est accompli par l'autre, puisque la haie ou le fossé sera remplacé par un mur qui formera une meilleure clôture et qui, occupant moins d'espace que le fossé ou la haie, permettra de rendre à la culture un terrain qui s'y trouvait auparavant soustrait. Cette raison n'existant pas lorsque le fossé présente une autre utilité que celle de la clôture, par exemple lorsqu'il sert à l'écoulement des eaux, on s'explique tout naturellement l'exception que notre article établit pour ce cas.

La disposition, qui vient d'être analysée, implique que les copropriétaires de la haie ou du fossé mitoyen ne peuvent pas demander sa

suppression et le partage du terrain qu'il occupait. Notre texte résout ainsi implicitement la difficulté qui s'était élevée sur ce point sous l'empire du Code civil, et il lui donne la solution que la majorité des auteurs avait admise.

**1310.** Aux termes du nouvel article 669 : « Tant que dure la mitoyenneté de la haie, les produits en appartiennent aux propriétaires par moitié. »

Encore un texte dont M. Xavier Blanc n'a pas eu beaucoup de peine à démontrer l'inutilité et dont il a cependant en vain demandé la suppression. Il fallait bien, a dit le rapporteur de la loi, avoir quelque chose à mettre sous le n° 669, pour échapper à l'alternative de changer le numérotage des articles du Code civil ou de laisser un numéro en blanc !

**1311.** Le nouvel article 670 reproduit l'ancien article 673 en le complétant. Il décide d'abord que : « Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie ». Il en est ainsi, alors même que les arbres seraient plus rapprochés de l'un des voisins que de l'autre ou même tout entiers de son côté. C'est une conséquence du principe que la chose mitoyenne est indivise entre les deux voisins : chacun a un droit égal sur chacune de ses parties, donc sur les arbres qui sont compris dans la haie.

L'article ajoute : « Les arbres plantés sur la ligne séparative de deux héritages sont aussi réputés mitoyens ». Ce texte tranche une controverse qui s'était élevée sous l'empire du Code civil. Beaucoup pensaient que chaque voisin était propriétaire des arbres proportionnellement à la partie du tronc qui se trouvait de son côté.

Le principe de la mitoyenneté des arbres étant proclamé, il s'en suivait nécessairement que leurs fruits devaient être partagés par portions égales entre les deux voisins, et que les arbres eux-mêmes une fois abattus ou arrachés devaient être partagés de la même façon. Notre nouveau législateur a cru utile de formuler ces déductions que le législateur du Code civil s'était borné avec raison à sous-entendre. Au sujet des fruits, il entre dans certains détails dont l'utilité peut aussi paraître contestable quand il dit : « Les fruits sont recueillis à frais communs, et partagés par moitié, soit qu'ils tombent naturellement, soit que la chute en ait été provoquée, soit qu'ils aient été cueillis ».

Notre article dit en terminant que chaque propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient *arrachés*. L'ancien article 673 disait *abattus* : le mot *arraché* est plus radical. C'est une exception, facile à justifier d'ailleurs, au principe que l'un des copropriétaires de la chose mitoyenné n'en peut pas demander le partage, et qui n'aurait pu être admise si un texte de la loi ne l'avait consacrée. Cette disposition prouve

bien qu'en principe l'un des copropriétaires ne peut pas demander le partage de la chose mitoyenne.

## § II. De la distance à observer pour les plantations.

**1312.** Nous avons déjà dit que les articles 671 et 672 du Code civil, qui réglementaient cette matière, ont été eux aussi modifiés profondément par la loi du 29 juillet 1881. Voici d'abord les textes anciens et les nouveaux :

### ANCIENS ARTICLES

Art. 671. *Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par les usages constants et reconnus; et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les arbres à haute tige, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives.*

Art. 672. *Le voisin peut exiger que les arbres et haies plantés à une moindre distance soient arrachés. — Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin, peut contraindre celui-ci à couper ces branches. — Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les y couper lui-même.*

### NOUVEAUX ARTICLES

Art. 671. *Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants ou par des usages constants et reconnus, et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations.*

*Les arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en espaliers, de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance, mais ils ne pourront dépasser la crête du mur.*

*Si le mur n'est pas mitoyen, le propriétaire seul a le droit d'y appuyer ses espaliers.*

Art. 672. *Le voisin peut exiger que les arbres, arbrisseaux et arbustes, plantés à une distance moindre que la distance légale, soient arrachés ou réduits à la hauteur déterminée dans l'article précédent, à moins qu'il n'y ait titre, destination du père de famille ou prescription trentenaire.*

*Si les arbres meurent ou s'ils sont*

*coupés ou arrachés, le voisin ne peut les remplacer qu'en observant les distances légales.*

*Art. 673. Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre celui-ci à les couper. Les fruits tombés naturellement de ces branches lui appartiennent.*

*Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les y couper lui-même.*

*Le droit de couper les racines ou de faire couper les branches est imprescriptible.*

**1313.** Un propriétaire peut construire sur l'extrême limite de son héritage, mais il ne peut planter d'arbres ou arbustes qu'à une certaine distance du fonds voisin. Sur ce dernier point la loi apporte une restriction grave au droit absolu de disposition qui appartient au propriétaire. Elle était commandée par la nature des choses. Un arbre planté sur l'extrême limite d'un héritage ou trop près de cette limite, aurait pu nuire à l'héritage voisin par ses branches et surtout par ses racines. Sans doute un propriétaire est seigneur et maître sur son fonds ; mais il n'a pas le droit d'empiéter sur celui d'autrui ; or une plantation trop rapprochée conduit nécessairement, sinon dans le présent, du moins dans l'avenir, à un empiétement sur le voisin. La loi devait le prévenir, et c'est le but qu'elle s'est proposé en édictant les dispositions de nos articles, qui déterminent la distance que les propriétaires voisins doivent respectivement observer pour leurs plantations.

Le Code civil maintenait, en ce qui concerne la distance à observer pour les plantations, l'autorité des règlements particuliers et des usages constants et reconnus. A défaut de règlements et usages il fixait la distance à observer à deux mètres pour les arbres de haute tige et à cinquante centimètres pour les arbres de basse tige et les haies vives (art. 671).

Le législateur de 1804 n'ayant pas donné la liste des arbres de haute et basse tige, il appartenait naturellement au juge de décider, dans chaque espèce qui lui était soumise, si tels arbres étaient ou non de haute tige. Mais quelles règles devait-il suivre pour cette détermination ? Sur cette difficile question un conflit grave s'était élevé entre la Cour de cassation et les tribunaux soumis à sa censure. Ces derniers la résolvaient généralement en ayant égard à l'aménagement de l'arbre et non à son

essence : de telle sorte que le même arbre pouvait être considéré tantôt comme étant de haute tige, tantôt comme étant de basse tige, suivant le développement qu'on lui permettait de prendre. D'après ce *criterium*, un frêne croissant en plein vent était un arbre de haute tige, et ne pouvait être planté qu'à deux mètres de l'héritage voisin ; au contraire une haie plantée de frênes que l'on recépait périodiquement, tous les trois ans, tous les quatre ans, de manière qu'ils ne dépassassent jamais une certaine hauteur, quatre mètres par exemple, était considérée comme composée d'arbres de basse tige, et pouvait être plantée à 50 centimètres de l'héritage voisin.

La Cour de cassation estimait au contraire que, la question de savoir si un arbre est de haute ou de basse tige devait être résolue en tenant compte uniquement de l'essence de l'arbre, quel que fût d'ailleurs son aménagement. Sa jurisprudence était constante sur ce point. Il est inutile de citer les arrêts.

La Cour suprême allait plus loin. Argumentant judaïquement des termes de l'article 671, elle décidait que les usages locaux avaient bien force de loi en tant qu'ils autorisaient la plantation à une distance plus rapprochée que la distance légale, mais non en tant qu'ils établissaient l'assimilation d'arbres de haute tige à des arbres de basse tige, lorsqu'ils étaient aménagés d'une certaine façon. Ainsi, en face d'attestations en règle constatant de la manière la plus positive que les usages locaux assimilaient les frênes à des arbres de basse essence quand ils étaient périodiquement recépés tous les trois ans, tous les quatre ans, et qu'en conséquence la plantation en était autorisée à une distance moindre de deux mètres par les usages locaux, la Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait nul compte à tenir de ces usages.

Cette jurisprudence était fatale pour certains pays dans lesquels il est d'usage de planter des haies formées d'arbres de haute tige, qui offrent le double avantage d'opposer aux bestiaux un obstacle infranchissable, et de fournir aux habitants un bois précieux pour leur chauffage. Aussi notre nouveau législateur n'a-t-il pas voulu la consacrer. Il a préféré sanctionner la jurisprudence contraire, celle que M. Raoul Duval a appelée la jurisprudence des juges de paix. En supposant que cette dernière ne fût pas la plus conforme au texte de la loi, elle était certainement la plus en harmonie avec les besoins de la pratique. D'après le nouvel article 671, il n'y a jamais lieu de considérer l'essence de l'arbre pour résoudre la question de savoir à quelle distance il doit être planté, mais uniquement son aménagement. Un arbre d'une essence quelconque peut être planté à une distance de cinquante centimètres de l'héritage voisin,

à la condition d'être maintenu à une hauteur ne dépassant pas deux mètres (1).

**1314.** Telle est la disposition capitale de la loi nouvelle relativement aux plantations. En supposant que l'article 671 du Code civil dût recevoir l'interprétation que lui donnait la Cour de cassation, il est certain que cette loi réalise à ce point de vue une importante amélioration. D'abord elle supprime l'arbitraire, que la distinction des arbres de haute tige et de basse tige engendrait nécessairement dans les décisions du juge. D'un autre côté le système de la loi nouvelle ne se justifie pas moins bien au point de vue rationnel qu'au point de vue de l'application pratique. Ce dont il y a lieu de se préoccuper ici bien évidemment, c'est du dommage que les plantations faites par l'un des voisins peuvent causer à l'autre par leurs branches et par leurs racines. Or, tout le monde sait aujourd'hui ce que les rédacteurs du Code ignoraient peut-être, c'est qu'un arbre se développe à peu près également par les branches et par les racines, de sorte qu'en limitant son domaine aérien, on limite dans la même proportion son domaine souterrain. C'est donc de la hauteur de l'arbre qu'il faut se préoccuper et non pas de son essence.

**1315.** Les autres dispositions de la loi nouvelle reproduisent en les complétant les anciens articles 671 et 672.

Ainsi le nouvel article 671 maintient, en conservant exactement ses termes, la disposition de l'ancien relative aux règlements et usages : « Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine *qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants ou par les usages constants et reconnus*, et à défaut..... » Les mots « règlements particuliers actuellement existants » désignaient dans l'ancien article 671 les règlements existants à l'époque de la promulgation du Code civil ou plutôt de la loi qui contenait l'article 671. Le législateur de 1804 voulait bien maintenir les règlements actuellement en vigueur, mais il ne voulait pas autoriser la création de nouveaux règlements, parce qu'il aurait ainsi compromis le succès de l'œuvre d'unification législative qu'il avait en-

(1) D'après le projet du Gouvernement, la distance à observer était de 0<sup>m</sup> 30 pour les arbres ne dépassant pas 2 mètres de hauteur, de 0<sup>m</sup> 50 pour ceux ne dépassant pas 4 mètres, de 2 mètres pour les autres. Le projet proposé par la commission fixait la distance *minima* à observer pour les plantations à 0<sup>m</sup> 50, et la hauteur *maxima* des arbres plantés à cette distance à 4 mètres. Cette hauteur a été réduite à 2 mètres sur un amendement proposé par M. Labiche et accepté par la commission. C'est à ce même amendement qu'on doit la disposition relative aux règlements actuellement existants et aux usages locaux, qui ne figurait ni dans le projet du Gouvernement ni dans celui de la commission.

treprise. Ce sont indubitablement ces mêmes règlements que le législateur de 1881 entend désigner dans le nouvel article 671. Mais alors il aurait dû changer la formule ; car, dans un texte écrit en 1881, les mots *règlements actuellement existants* désignent les règlements existant en 1881 et non ceux existant en 1804.

Par la substitution des mots « Il n'est permis d'*avoir* des arbres... » aux mots « Il n'est permis de *planter* des arbres » de l'ancien art. 671, notre nouveau législateur a tranché le doute, bien léger il est vrai, que ce dernier texte avait fait naître sur le point de savoir si les arbres venus naturellement étaient soumis à la distance légale comme ceux plantés par l'homme. L'affirmative, qui était généralement admise par les auteurs, est aujourd'hui législativement consacrée.

Sous l'empire de la loi nouvelle, comme sous celui de l'ancienne, la distance légale doit être calculée depuis le centre de l'arbre jusqu'à la ligne séparative des deux propriétés. Si les propriétés sont séparées par une clôture mitoyenne, la ligne séparative est censée être au milieu de l'espace occupé par la clôture.

L'ancien article 671 formulant dans les termes les plus absolus la règle relative aux distances à observer pour les plantations, les auteurs en concluaient généralement que cette règle était applicable même aux plantations en espalier faites le long d'un mur, bien que cette application fût difficile à justifier au point de vue rationnel, les arbres plantés en espalier le long d'un mur ne pouvant guère nuire au voisin par leurs racines ni même par leurs branches, si du moins on ne les laisse pas dépasser la hauteur de mur. De là serait résultée l'interdiction à peu près absolue de planter des espaliers le long d'un mur de clôture mitoyen ou non, si presque partout les usages locaux n'étaient venus corriger sur ce point la rigueur de la loi. Le droit que les usages locaux conféraient dans la plupart des localités, est aujourd'hui inscrit dans le nouvel article 671, dont l'alinéa 2 est ainsi conçu : « Les arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en espalier de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance, mais ils ne pourront dépasser la crête du mur. Si le mur n'est pas mitoyen, le propriétaire seul a le droit d'y appuyer ses espaliers ». Cette dernière disposition nous paraît complètement inutile ; elle n'est qu'une déduction toute simple du principe que la propriété est un droit exclusif (*supra*, n° 1062).

**1316.** Qu'arrivera-t-il maintenant si les prescriptions de la loi relativement aux plantations n'ont pas été observées ? Il faut distinguer.

S'agit-il tout d'abord d'un arbre ou arbuste qui a été planté à une distance moindre que le *minimum* légal (cinquante centimètres) ? Le voisin pourra exiger qu'il soit arraché.

S'agit-il d'un arbre qui a été planté à une distance au moins égale au *minimum* légal, mais inférieure au *maximum* qui est de deux mètres ? Le voisin ne pourra en aucun cas demander qu'il soit arraché ; mais il pourra exiger que l'arbre soit toujours maintenu à la hauteur légale (deux mètres).

Toutefois le droit, soit d'avoir des arbres plantés à une distance inférieure au *minimum* légal (cinquante centimètres), soit d'avoir des arbres d'une hauteur de plus de deux mètres à une distance inférieure au *maximum* (deux mètres), peut s'acquérir soit par titre, soit par destination du père de famille, soit par la prescription trentenaire (art. 672, al. 1).

*Par titre.* Cela n'a jamais fait de difficulté sous l'empire de l'ancien article 671.

*Par destination du père de famille.* Il y avait à ce sujet une controverse très-vive, que la loi nouvelle tranche dans le sens de la jurisprudence et de la majorité des auteurs.

*Par la prescription trentenaire.* Mais quel droit la prescription une fois accomplie aura-t-elle fait acquérir au voisin ? Sera-ce seulement le droit de conserver les arbres plantés plus près que la distance légale ou tenus plus haut que le *maximum* légal ? ou bien sera-ce le droit d'avoir à perpétuité des arbres dans ces conditions : ce qui implique la faculté de les remplacer par d'autres après leur mort ? Sous l'empire du Code civil, la majorité des auteurs et la jurisprudence admettaient la première solution, qui paraît plus conforme aux principes, et notamment à la règle *Tantum præscriptum quantum possessum*. C'est aussi celle que consacre législativement le nouvel article 672 *in fine* : « Si les arbres meurent ou s'ils sont coupés ou arrachés, le voisin ne peut les remplacer qu'en observant la distance légale ». Ajoutez : et la hauteur légale.

**1317.** Supposons maintenant que des arbres aient été plantés à la distance de deux mètres ; malgré cela, leurs branches ou leurs racines empiètent sur l'héritage voisin. Le nouvel article 673, reproduisant sur ce point et presque dans les mêmes termes la disposition de l'ancien article 672 al. 2, autorise le voisin à couper lui-même les racines qui empiètent sur son héritage ; quant aux branches, il a seulement le droit d'obliger le propriétaire de l'arbre à les couper. Cette différence entre les branches et les racines se justifie facilement. D'abord les racines ne paraissent pas, et le voisin sur l'héritage duquel elles empiètent les coupera souvent sans les voir en labourant la terre. De quelque façon qu'il les coupe d'ailleurs, il fera cette opération ni mieux ni moins bien que ne la ferait le propriétaire lui-même. Il n'en est pas de même des branches ; elles demandent à être coupées avec une certaine intelligence. En autorisant le voisin à les couper lui-même, il aurait été à craindre que par maladresse ou mauvais vouloir il ne les coupât de façon à déprécier l'arbre. Aussi la loi l'autorise-t-elle seulement à les *faire* couper.

**1318.** Pour encourager le voisin à tolérer les branches qui empiètent sur son héritage, la loi nouvelle lui attribue les fruits qui tombent naturellement de ces branches. Y avait-il bien là un motif suffisant pour déroger au principe que les fruits d'un arbre appartiennent à son propriétaire?

**1319.** Une disposition du projet autorisait le fermier à exercer le droit du propriétaire en ce qui concerne les racines et les branches. Cette disposition a été supprimée au Sénat. On a craint de mettre aux mains des fermiers une arme dont ils pourraient abuser. Mais il a été positivement expliqué, et d'ailleurs cela allait de soi, qu'on n'entendait porter aucune atteinte aux prérogatives que le Droit commun accorde au fermier. Il pourra donc de sa propre autorité couper les racines qui peuvent nuire à la culture, jusqu'à la plus grande profondeur que peut atteindre la charrue ou la bêche, mais non les racines profondes, qui ne nuisent pas à la culture. De même, il pourra s'adresser au propriétaire, tenu de le faire jouir, pour qu'il fasse couper les branches empiétant sur son fonds et dont l'ombre lui causerait préjudice.

**1320.** Aux termes de l'article 673 *in fine* : « Le droit de couper les racines et de faire couper les branches est imprescriptible ». En effet il s'agit d'un acte de *pure faculté*. D'un autre côté, le fait de la part d'un propriétaire de souffrir sans réclamer les branches ou les racines qui empiètent sur son héritage, peut être considéré comme un acte de simple tolérance. Or aux termes de l'article 2232 : « Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription ». C'était la solution généralement admise sous l'empire du Code civil; mais il s'était élevé quelques difficultés sur ce point, et le nouveau législateur a peut-être bien fait de s'expliquer catégoriquement.

## SECTION II

### DE LA DISTANCE ET DES OUVRAGES INTERMÉDIAIRES REQUIS POUR CERTAINES CONSTRUCTIONS

**1321.** Aux termes de l'article 674 : « *Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non; — Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau, — Y adosser une étable, — Ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives, — Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements ou usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin* ».

La loi énumère ici certains travaux de nature à nuire aux construc-

tions voisines, et commande de prendre à leur égard certaines précautions indiquées par les règlements et usages.

L'énumération que la loi fait de ces travaux n'est d'ailleurs qu'énonciative, et non limitative; notre disposition devrait donc s'appliquer à tous les ouvrages de nature à compromettre une construction voisine.

Le législateur défend de faire les travaux dont il est question sans les précautions voulues, « *contre un mur mitoyen ou non* ». Cette règle se comprend, s'il s'agit d'un mur mitoyen ou appartenant au voisin; mais la même disposition s'appliquera-t-elle, s'il s'agit d'un mur qui est la propriété exclusive de celui qui fait les travaux? En pareil cas, il faut établir une distinction. Si les travaux à faire sont de nature à compromettre seulement la solidité du mur sur lequel ils s'appuient, notre article ne s'appliquera plus; l'auteur des travaux ne nuit qu'à lui-même. Tel serait par exemple le cas d'un dépôt de sel fait par une personne contre un mur à elle appartenant. Mais, s'il s'agit de travaux qui peuvent compromettre la sécurité publique, quand ils ne sont pas faits comme l'exigent les règlements ou usages, comme par exemple de la construction de fours, forges ou fourneaux, le constructeur devra se soumettre aux prescriptions du dernier alinéa de l'article 674.

Les *règlements*, dont nous parle la loi, sont des dispositions administratives; telles que l'ordonnance du 24 septembre 1819 sur le mode de construction des fosses d'aisances dans la ville de Paris. Le projet du Code ne visait que ces règlements; sur les observations du Tribunat, on ajouta les usages, qui comblent souvent les lacunes des règlements administratifs.

S'il n'y avait ni règlements ni usages prévoyant le genre de travail que l'on veut effectuer près d'un mur mitoyen ou non, il faudrait recourir à une expertise, afin de déterminer les précautions nécessaires pour sauvegarder ou le mur voisin ou même la sécurité publique.

\* Remarquons que, si, malgré l'observation des règlements ou usages, les voisins prouvaient un préjudice par suite de l'accomplissement de certains travaux, ils seraient toujours en droit d'en réclamer la réparation (arg. art. 1382). Aussi, au premier abord, semble-t-il qu'il n'y ait pas de différence entre le cas où l'on a observé les règlements ou usages et celui où on ne l'a pas fait, puisque dans un cas comme dans l'autre, s'il y a dommage souffert, une action est ouverte à la partie lésée. Cependant la différence existe, et profonde: si les formalités de l'article 674 n'ont pas été observées, le voisin peut exiger la démolition des travaux; dans le cas contraire, il ne peut qu'invoquer l'article 1382 et demander une réparation pécuniaire du dommage qu'il éprouve.

### SECTION III

#### DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DE SON VOISIN.

**1322. Distinction entre les jours et les vues.** — Bien que la rubrique de cette section ne parle que des vues, il y est aussi question des jours qu'il faut soigneusement distinguer des vues.

Les *jours*, dits *de tolérance*, sont des ouvertures pratiquées dans un mur et destinées exclusivement à éclairer les appartements. Elles ne laissent pas passer l'air, et ne permettent que difficilement de jeter les regards sur l'héritage voisin.

Les *vues* sont des ouvertures qui laissent pénétrer à la fois l'air et la lumière, et qui permettent de plus « *d'avoir un regard pénétratif sur l'héritage d'autrui* » (cout. d'Orléans, art. 229).

On voit par ces définitions que les vues sont beaucoup plus gênantes pour les voisins que les jours, et on s'explique ainsi que la loi ait apporté plus de restrictions à l'établissement des vues sur l'héritage d'autrui qu'à celle des jours.

La question générale qu'a pour but de résoudre notre section est celle de savoir si le propriétaire d'un mur situé à peu de distance de l'héritage voisin a le droit d'ouvrir dans ce mur des jours ou des vues. Nous distinguerons à ce sujet, avec la loi elle-même, suivant que le mur est mitoyen ou non.

#### A. *Le mur est mitoyen.*

**1323.** Aux termes de l'article 675 : « *L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant.* »

« *Même à verre dormant* ». Cette dernière restriction fut introduite sur les observations de Treilhard, malgré la proposition contraire de Tronchet. Le verre dormant est un verre fixé dans un châssis qui ne peut pas s'ouvrir.

Le motif de notre disposition avait déjà été donné en ces termes par Pothier : « Le mur mitoyen étant fait pour s'enclorre et pour qu'on y appuie ce qu'on juge à propos d'y appuyer, il s'ensuit que chacun des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, s'en servir pour d'autres usages ; c'est pourquoi il ne peut, sans le consentement de l'autre, y faire des trous ou fenêtres sur l'héritage du voisin ». A cela on peut ajouter que, s'il en était autrement, il y aurait appropriation exclusive du mur mitoyen au profit de l'un des voisins au point où le mur est percé ; l'autre voisin ne pourrait plus se servir du mur à cet endroit pour un usage quelconque.

Cependant la faculté d'avoir un jour ou une vue dans un mur mitoyen peut être acquise : 1<sup>o</sup> par titre, c'est-à-dire par convention ou par testament ; 2<sup>o</sup> par la prescription qui sera accomplie lorsque le voisin aura laissé subsister les ouvertures pendant trente ans. Dans ces deux cas, le mur mitoyen est grevé d'une véritable servitude.

#### B. *Le mur n'est pas mitoyen.*

**1324.** D'après les principes généraux, le propriétaire exclusif d'un

mur devrait pouvoir en disposer librement, et par suite y pratiquer des jours ou des vues, son mur fût-il d'ailleurs très-voisin de l'héritage d'autrui (arg., art. 544). Mais le législateur a cru devoir, dans l'intérêt général, établir à ce point de vue certaines restrictions au pouvoir absolu du propriétaire. Ces restrictions peuvent être ainsi formulées d'une manière générale : le propriétaire d'un mur ne peut y pratiquer ou y conserver que des jours de tolérance, lorsque ce mur est situé sur la ligne séparative de l'héritage voisin ou à une distance de cet héritage inférieure au minimum fixé par la loi. Si le mur est situé au delà de cette distance, le propriétaire peut y avoir des vues.

De là la nécessité d'examiner tour à tour les règles de la loi en ce qui concerne les jours de tolérance et les vues.

#### 1<sup>o</sup> Des jours de tolérance.

**1325.** « *Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maille et verre dormant. — Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre (environ trois pouces huit lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant* » (art. 676).

Bien que la loi ne parle dans ce texte que du mur non mitoyen joignant immédiatement l'héritage d'autrui, la même règle s'appliquerait *a fortiori* à un mur bâti à une distance moindre que celle exigée pour pouvoir pratiquer des vues.

Les jours de tolérance doivent satisfaire à trois conditions, dont deux sont indiquées par notre article et la troisième par l'article 677.

a). Ils doivent être « à verre dormant » ;

b). Ils doivent être « à fer maille », c'est-à-dire recouverts d'un treillis en fer formant des mailles. La loi détermine la dimension des mailles.

c). Enfin les jours de tolérance doivent être placés à une certaine hauteur : « *Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher, pour les étages supérieurs* » (art. 677). Des ouvertures placées à cette hauteur ne permettent que très-difficilement de jeter les regards sur l'héritage voisin. La loi exige une élévation plus grande pour les jours du rez-de-chaussée, parce qu'on s'y tient plus habituellement et qu'on s'y trouve plus près de la propriété voisine. Remarquons que la hauteur se compte « du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, et non du niveau de l'héritage voisin.

L'article 677 ne parlant que du rez-de-chaussée ne paraît pas viser les soupiraux

des caves; aussi la jurisprudence décide-t-elle que ces soupiraux peuvent être établis à une distance du sol de la cave moindre que celle qu'exige notre article. Cette solution est du reste des plus pratiques, car souvent les caves n'ont pas huit pieds de profondeur. Il n'est pas même nécessaire que les soupiraux des caves soient à fer maillé et verre dormant; car, outre que le législateur ne paraît pas s'occuper d'eux dans nos articles, ils ne sont pas de nature à causer une grande gêne aux voisins.

La loi n'a pas d'ailleurs limité la dimension des jours. On peut donc les faire aussi grands que l'on veut, en respectant les règles que nous donnent les articles 676 et 677.

\* **1326.** La faculté, qui appartient au propriétaire d'un mur proche de l'héritage d'autrui, d'y avoir des jours dans les conditions que nous venons d'indiquer, n'empêche pas le propriétaire de l'héritage voisin d'élever des constructions, fussent-elles obstruer les jours. Ce droit lui appartiendrait, même si les jours étaient percés depuis plus de trente ans. D'une part en effet, le propriétaire du mur n'a pu acquérir par prescription le droit de conserver des jours sur le terrain voisin; car le propriétaire de ce dernier ne pouvait le contraindre à fermer ces jours autorisés par la loi, ni par conséquent interrompre la prescription; or, *contra non valentem agere non currit prescriptio*. Et d'autre part, le propriétaire de l'héritage voisin n'a pu perdre par la prescription le droit de faire sur son terrain des constructions qui obstrueraient les jours; car construire est un acte de pure faculté, et les actes de ce genre ne peuvent fonder aucune prescription (art. 2232).

#### 2° Des vues.

**1327.** Comme les vues sont beaucoup plus gênantes que les jours, la loi ne permet de les établir sans le consentement du voisin, que quand le mur où on les pratique est placé à une certaine distance de la propriété voisine.

Il y a lieu de distinguer à ce sujet les *vues droites* ou *de face* et les *vues obliques* ou *de côté*.

La vue droite est celle qui s'exerce dans la direction de l'axe d'une ouverture. Une fenêtre donne une vue droite, lorsqu'elle permet de voir sur l'héritage voisin sans se pencher au dehors et sans tourner la tête ni à droite ni à gauche. Toute vue qui ne peut s'exercer que dans d'autres conditions est une vue oblique.

On définit souvent les vues droites : celles qui sont pratiquées dans un mur parallèle à la ligne séparative des deux héritages. Cette définition n'est pas exacte; car on peut avoir une vue droite sur un fonds dont la ligne séparative forme un angle aigu avec le mur où est pratiquée la vue, si cette ligne se prolonge jusque devant l'ouverture par laquelle la vue s'exerce; et d'autre part, on n'a qu'une vue oblique sur un fonds placé parallèlement au mur où est percée l'ouverture, lorsque le fonds ne se prolonge pas assez pour se trouver, au moins en partie, en face de cette ouverture.

**1328. Distance exigée pour les vues.** — Elle varie suivant que la vue est droite ou oblique. La loi dit à ce sujet :

« On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, »  
 « s'il n'y a dix-neuf décimètres (six pieds) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage » (art. 678).

« On ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, » s'il n'y a six décimètres (deux pieds) de distance » art. (579).

« La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents se compte » depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y a » balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jus- » qu'à la ligne de séparation des deux propriétés » (art. 680).

Pour les vues droites, le calcul de la distance légale ne donne lieu à aucune difficulté. S'agit-il d'une fenêtre ? La distance se compte depuis le parement extérieur du mur où elle est pratiquée jusqu'à la ligne séparative des héritages. S'agit-il d'un balcon ? Il faut en faire la projection verticale sur le sol, et cette projection servira de point de départ pour le calcul de la distance. Remarquons qu'un balcon donnant une vue droite non seulement en face mais aussi à droite et à gauche, la distance exigée pour les vues droites doit exister par rapport aux trois côtés du balcon. — Aux balcons il faudrait assimiler les terrasses placées sur le toit des maisons et les balustrades.

Pour les vues obliques, on reconnaît qu'il n'est pas possible de calculer la distance comme l'indique notre article ; car il conduirait à dire qu'on ne peut avoir aucune vue oblique dans un mur touchant l'héritage d'autrui par une de ses extrémités. On est d'accord pour décider que la distance doit être calculée à partir de l'arête du jambage de la fenêtre la plus rapprochée du fonds voisin.

La loi ne distinguant pas, la distance à observer pour les vues doit être calculée de la même manière à la ville et à la campagne.

**1329. Examen de quelques cas particuliers.** — Une première difficulté peut se présenter, lorsque, sur la ligne séparative de deux héritages, se trouve un mur ou un fossé mitoyens. En pareil cas on décide que la distance se comptera à partir du milieu du mur ou du fossé.

Deux héritages sont séparés par un mur non mitoyen. Le propriétaire du mur construit sur son terrain, et ouvre des vues sur l'héritage voisin en observant la distance légale ; puis le voisin se fait céder la mitoyenneté du mur : ce qui a pour résultat de déplacer la ligne séparative laquelle se trouve désormais au milieu du mur devenu mitoyen ; et il arrive ainsi que les vues ne se trouvent plus à la distance légale. Le voisin pourra-t-il exiger qu'elles soient fermées ? Non, car c'est seulement au moment de la construction que la loi exige l'observation des distances légales.

On pourrait ouvrir des vues à une distance moindre que la distance légale, s'il y avait entre elles et le fonds voisin un mur assez élevé pour empêcher de porter les regards sur ce fonds, ce mur fût-il d'ailleurs mitoyen ou la propriété exclusive de l'un des deux voisins. Mais sauf, bien entendu, le droit pour le propriétaire du fonds voisin de demander que les vues soient fermées, si le mur intermédiaire vient à être détruit. Il conserverait ce droit, même si les fenêtres étaient ouvertes depuis plus de trente ans. En effet, tant que le mur intermédiaire a existé, le propriétaire des fenêtres n'a pas possédé de vue sur l'héritage du voisin ; or pour prescrire il faut posséder, faire un acte d'empiétement sur le bien d'autrui.

La loi ne distinguant pas, on doit décider avec la majorité des auteurs, que les distances légales devraient être observées, non-seulement pour les vues établies dans

le mur d'une maison, mais aussi pour celles pratiquées dans un simple mur de clôture, bien que ces dernières soient moins gênantes pour le voisin que les premières.

Mais l'observation des distances légales pour les vues ne paraîtrait plus nécessaire entre deux héritages séparés l'un de l'autre par une rue ayant moins de six pieds de largeur. La jurisprudence est en ce sens ainsi que la plupart des auteurs. En effet c'est une des destinations de la rue d'être bordée de constructions. D'ailleurs le droit de construire est réciproque pour les riverains de face. Enfin le texte de la loi ne paraît viser que les vues donnant directement sur un héritage voisin.

**1330. Sanction des règles relatives aux distances à observer pour les vues.** — Le voisin peut demander que les ouvertures pratiquées à une distance moindre que la distance légale soient fermées.

Le voisin perd ce droit dans trois cas : 1<sup>o</sup> quand il existe un titre, par exemple une convention passée entre les deux voisins et autorisant l'un d'entre eux à garder les ouvertures à une distance moindre que la distance légale. Le titre formant la loi des parties, il faudra en consulter les termes pour résoudre toutes les difficultés qui pourront se présenter; 2<sup>o</sup> quand il y a destination du père de famille (art. 692 et 693); 3<sup>o</sup> quand il y a prescription. La servitude de vue étant continue et apparente, celui qui possède pendant trente ans une vue à une distance moindre que la distance légale, acquiert le droit de l'y conserver indéfiniment (arg., art. 690).

#### SECTION IV

##### DE L'ÉGOUT DES TOITS

**1331.** Aux termes de l'article 681 : « *Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin* ». Ajoutons qu'après avoir reçu les eaux sur son terrain, le propriétaire doit leur laisser suivre leur cours naturel, sans faire aucun ouvrage, tel que rigole, aqueduc etc., pour les amener chez le voisin.

En revanche, il n'est astreint à aucune obligation pour maintenir les eaux chez lui. Le voisin, chez qui elles sont portées par la pente du sol, doit les recevoir par application de l'article 640 al. 1 et 2. A moins toutefois que, par suite de la construction de la maison du toit de laquelle viennent les eaux, cette servitude légale du fonds inférieur ne soit aggravée (art. 640 al. 3). C'est ainsi que, si l'égout du toit d'une maison voisine donne lieu à des infiltrations compromettant le bâtiment d'autrui, ou si le larmier se déverse trop près du mur du voisin, la partie lésée pourra exiger du propriétaire de l'égout qu'il fasse les travaux destinés à le protéger contre ce dommage.

#### SECTION V

##### DU DROIT DE PASSAGE

**1332.** La loi traite ici du droit de passage en cas d'*enclave*. Elle permet au propriétaire d'un fonds *enclavé*, c'est-à-dire sans issue pour arriver à la voie publique, de forcer les propriétaires des héritages voisins à lui fournir, moyennant indemnité, le passage nécessaire à l'exploitation

de son fonds. L'intérêt général, qui exige que toutes les propriétés foncières puissent être exploitées, justifie l'atteinte que la loi apporte ici au droit de propriété des voisins en grevant leurs héritages d'une servitude au profit du fonds enclavé.

Les articles 682 à 685, relatifs à notre matière ont été profondément modifiés par la loi des 29 juillet-25 août 1831, dont nous avons déjà eu à nous occuper plus haut.

Voici tout d'abord les textes. Nous mettons les anciens en regard des nouveaux :

## TEXTES ANCIENS

Art. 682. *Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.*

Art. 683. *Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.*

Art. 684. *Néanmoins, il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il s'exerce.*

Art. 685. *L'action en indemnité dans le cas prévu par l'article 682*

## TEXTES NOUVEAUX

Art. 682. *Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante pour l'exploitation, soit agricole, soit industrielle de sa propriété, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.*

Art. 683. *Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.*

*Néanmoins, il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé.*

Art. 684. *Si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat, le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes.*

*Toutefois, dans le cas où un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés, l'article 682 serait applicable.*

Art. 685. *L'assiette et le mode de la servitude de passage pour cause*

*est prescriptible ; et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable.*

*d'enclave sont déterminés par trente ans d'usage continu.*

*L'action en indemnité dans le cas prévu par l'article 682 est prescriptible ; et le passage doit être continué, quoique l'action en indemnité ne soit plus recevable.*

**1333. Conditions requises pour que le passage soit dû.** — Le droit de passage n'existe qu'au profit des fonds enclavés. Le nouvel article 682, tranchant le doute qu'avait fait naître à ce sujet la rédaction de l'ancien, décide qu'il y a lieu de considérer comme tels, non seulement les fonds qui n'ont aucune issue sur la voie publique, mais aussi ceux qui ont une issue insuffisante pour leur exploitation. Tel serait le cas où un fonds que le propriétaire veut vouer à la culture des céréales ne communiquerait avec la voie publique que par un sentier praticable pour les piétons seulement. Au surplus, sous l'empire de la loi nouvelle comme sous l'empire de l'ancienne, on ne devrait pas considérer comme enclavé *hoc sensu* le fonds qui a une issue suffisante pour son exploitation, mais incommode, ou le fonds auquel il est possible de procurer cette issue en faisant des travaux qui ne sont pas en disproportion avec le résultat à obtenir, par exemple en jetant un pont sur un petit cours d'eau. Le passage que la loi accorde est un passage de nécessité, et non un passage d'utilité, encore bien moins un passage de commodité ou d'agrément.

Bien que l'ancien article 682 accordât, dans les termes les plus généraux, le droit de passage pour l'*exploitation* du fonds enclavé, quelques auteurs, se fondant principalement sur ce que la loi paraissait viser uniquement les rapports des propriétaires ruraux et l'intérêt de l'agriculture, pensaient que le passage ne pouvait être réclamé que pour l'*exploitation agricole* du fonds, et non pour son exploitation *industrielle*. La nouvelle rédaction de l'article 682, qui parle de l'*exploitation soit agricole, soit industrielle* du fonds enclavé, condamne cette interprétation qui n'avait trouvé qu'un faible écho dans la doctrine et que la jurisprudence avait toujours repoussée. Ainsi le droit de passage établi par nos articles peut être réclamé aussi bien pour l'exploitation d'une carrière ou d'une tourbière que pour la culture des terres.

On est d'ailleurs d'accord pour reconnaître que le droit de passage peut être réclamé soit par le propriétaire du fonds enclavé, soit par l'usufruitier ou l'usager de ce fonds qui ont un droit réel, mais non par le fermier qui n'a qu'un droit personnel.

**1334. Assiette de la servitude de passage.** — La loi statuant

dans les termes les plus généraux, aucun fonds ne saurait être, à raison de sa nature, affranchi de la servitude légale qui nous occupe. Ainsi elle grève les héritages clos comme ceux qui ne le sont pas. La loi n'excepte même pas, comme elle le fait ailleurs (l. du 29 avril 1845, art. 1<sup>er</sup>), les cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations. Notre servitude grève aussi les immeubles dotaux, bien qu'ils soient inaliénables (art. 1554). Elle grève enfin les fonds de terre faisant partie du domaine privé de l'Etat, et même, d'après quelques auteurs, ceux qui font partie du domaine public.

Il peut y avoir plusieurs fonds voisins susceptibles de fournir le passage. Il faut d'abord déterminer celui auquel cette charge sera imposée. Ce premier point une fois réglé, il faut encore fixer la partie du fonds sur laquelle la servitude sera *assise*, qui lui servira d'*assiette*? Comment parviendra-t-on à cette double détermination? Le nouvel article 683 dit à ce sujet dans son alinéa 1<sup>er</sup> : « *Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique* ».

Voilà le principe. Il comporte deux exceptions.

PREMIÈRE EXCEPTION. La loi autorise le juge à déroger à notre règle dans l'intérêt du propriétaire du fonds qui offre le trajet le plus court pour gagner la voie publique. « *Néanmoins, dit l'article 683, al. 2, il (le passage) doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé.* » C'est la reproduction littérale de l'ancien article 682. Ainsi le juge pourra ordonner que le passage ne sera pas exercé en suivant inflexiblement la ligne la plus courte du fonds enclavé à la voie publique, si on se trouve ainsi conduit à traverser une cour, un jardin ou un parc... On décidait même sous l'empire de l'ancien article 682, et on doit décider encore sous l'empire de la loi nouvelle que le juge peut imposer la servitude de passage à un fonds autre que celui qui offre le trajet le plus court, si la servitude doit être beaucoup plus onéreuse pour le propriétaire de ce dernier que pour celui du fonds voisin. On décidait enfin, en se conformant à l'esprit de la loi plutôt qu'à ses termes, et on doit décider encore, que le juge pourrait déroger à notre règle dans l'intérêt du propriétaire du fonds enclavé, aussi bien que dans l'intérêt du propriétaire du fonds qui doit le passage. Ainsi le juge pourra ordonner qu'on s'écarte de la ligne la plus courte, si l'indemnité à payer pour établir le passage en suivant cette ligne est beaucoup plus considérable, à raison de la valeur du terrain, que l'indemnité qu'il faudra payer pour établir le passage sur une autre partie du même fonds ou même sur un fonds voisin.

DEUXIÈME EXCEPTION. Elle résulte du nouvel article 684. Toutes les fois que l'enclave provient de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat, le passage

ne peut être établi que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes. Ainsi, par suite d'un partage, un terrain confinant à un chemin est divisé en plusieurs parcelles dont quelques-unes se trouvent désormais séparées de la voie publique par les autres : c'est sur ces dernières que le passage sera dû en faveur des premières. De même, si, à la suite d'une vente portant sur une partie d'un fonds, la portion vendue se trouve enclavée, le vendeur devra un passage à l'acheteur sur la portion qu'il conserve. En sens inverse, le vendeur pourra exiger que l'acheteur lui fournisse un passage, si c'est la portion qu'il conserve qui se trouve enclavée par suite de la vente.

C'est donc seulement lorsque l'enclave résulte d'un cas fortuit, comme le changement de lit d'un fleuve, ou bien lorsqu'elle existe depuis un temps immémorial, de telle sorte qu'il est impossible d'en déterminer la cause, que le propriétaire du fonds enclavé peut réclamer le droit de passage accordé par nos articles. Les parties ne peuvent pas faire subir aux voisins les conséquences d'une enclave qui résulte de leur fait.

\* A cette raison d'équité, il faut en ajouter d'autres tirées des principes juridiques. Dans un partage, les parties se doivent réciproquement garantie de la propriété des biens mis dans leur lot. Il s'agit là évidemment d'une propriété utile, par conséquent d'une propriété que l'on peut exploiter, à laquelle on peut parvenir. Si donc le bien mis dans un lot est enclavé par suite du partage, les copartageants devront procurer, sur les biens à eux échus, le passage jusqu'à la voie publique. La même obligation de garantie, avec les mêmes conséquences, existe dans la vente et dans l'échange. De plus, l'article 1615 impose au vendeur l'obligation de livrer la chose avec ses accessoires et tout ce qui est destiné à son usage perpétuel, donc avec le passage indispensable, si le bien vendu est enclavé par suite de la vente.

Ce sont ces raisons si décisives qui avaient déjà déterminé la plupart des auteurs et la jurisprudence à adopter cette solution, que le nouvel article 684 a consacré législativement.

Cependant on revient au Droit commun, à l'application de l'article 682, lorsqu'un passage suffisant ne peut être établi sur les terrains ayant fait l'objet des conventions qui sont la cause de l'enclave. C'est ce que nous dit le 2<sup>e</sup> alinéa du nouvel article 684 ; c'est aussi ce que décidait déjà la jurisprudence (Cass., 25 février 1874, Dalloz, 1876. I. 78). Le cas semble d'ailleurs être de nature à ne pouvoir se présenter que rarement.

**1335. De l'indemnité.** — L'enclave ne donne droit au passage sur les fonds voisins que moyennant une indemnité. Elle doit être proportionnée, non au profit que le passage procurera au propriétaire du fonds enclavé, mais au préjudice qu'il causera au propriétaire sur le fonds duquel il s'exercera (art. 682). Le montant en est réglé par la justice sur expertise, si les parties ne peuvent pas s'entendre pour le déterminer à l'amiable. On peut induire par argument *a fortiori* de l'article 545 que le paiement de cette indemnité doit être préalable à l'exercice du droit

de passage. Aucune indemnité n'est due en principe pour le droit de passage réclamé à la suite d'une enclave provenant d'un contrat, conformément à l'article 684. La concession du passage étant alors une obligation résultant de l'engagement des parties, doit être gratuite, sauf convention contraire.

**1336. De la prescription.** — Si le propriétaire d'un fonds enclavé a passé pendant trente ans sur un fonds voisin en l'absence de toute convention ou de tout règlement judiciaire, cet usage trentenaire aura produit à son profit deux effets importants, qu'indique le nouvel article 685 : 1<sup>o</sup> déterminer l'assiette et le mode de la servitude de passage ; 2<sup>o</sup> libérer le propriétaire du fonds enclavé de l'obligation de payer l'indemnité due aux termes de l'article 682.

**1337. PREMIER EFFET.** Après trente ans d'usage continu, l'*assiette* et le *mode* de la servitude de passage sont définitivement établis.

L'*assiette*, c'est-à-dire le fonds et même la partie de ce fonds sur laquelle la servitude sera désormais définitivement *assise*. Ici comme ailleurs la prescription transforme le fait en droit. Quelques doutes s'étaient élevés sur ce point sous l'empire du Code civil ; la loi nouvelle les fait disparaître.

Remarquez que la prescription ne fait pas acquérir ici le droit de passage (car ce droit existe en vertu des seules dispositions de la loi) ; elle fait acquérir le droit de passer sur tel fonds et sur telle partie déterminée de ce fonds. Tant que la prescription n'est pas accomplie, le propriétaire du fonds sur lequel le passage est exercé peut soutenir, soit que la servitude doit être exercée sur une autre partie de son fonds, soit qu'elle doit être exercée sur un fonds autre que le sien. Il ne peut plus élever l'une ou l'autre prétention après trente ans d'usage continu. La loi considère son silence prolongé comme impliquant un consentement tacite au maintien de l'état de choses actuel qu'il a toléré pendant si longtemps.

*Le mode de la servitude.* La loi désigne par ces mots la façon de passer : à pied, avec du bétail, en charrette... Avant que la prescription soit accomplie, le propriétaire du fonds sur lequel le passage est exercé peut, tout en reconnaissant qu'il doit la servitude, contester l'étendue que le propriétaire du fonds enclavé prétend lui donner, soutenir par exemple qu'un passage à pied suffit pour l'exploitation du fond enclavé, quand le propriétaire de celui-ci soutient qu'il a besoin d'un passage à cheval ou avec charrette. Une fois la prescription accomplie, il ne peut plus élever aucune contestation sur ces divers points.

**1338. DEUXIÈME EFFET.** L'usage trentenaire du droit de passage entraîne l'extinction de l'action en indemnité appartenant au propriétaire sur le fonds duquel il a été exercé.

Il est incontestable que le droit à l'indemnité est perdu, si le passage a été exercé pendant trente ans à compter d'un règlement conventionnel ou judiciaire déterminant, soit l'assiette du passage et le montant de l'indemnité tout à la fois, soit l'assiette du passage seulement, la question d'indemnité étant réservée. Dans l'un et l'autre cas, le droit à l'indemnité était né au profit du propriétaire du fonds sur lequel le passage a été exercé, et il doit nécessairement se prescrire par trente ans d'inaction conformément au Droit commun (art. 2262).

Mais il faut aller plus loin, et décider que le droit à l'indemnité est éteint par l'usage trentenaire, même quand le passage a été exercé en l'absence de tout règlement, soit quant à l'assiette de la servitude, soit quant à l'indemnité. Dès le jour en effet où le passage a été exercé sur l'un des fonds voisins, une action est née au profit du propriétaire de ce fonds pour réclamer une indemnité. S'il reste pendant trente ans sans l'exercer, son droit sera éteint par la prescription (arg., art. 2262).

La solution que nous venons de donner a été vivement contestée sous l'empire du Code civil, et elle pourra l'être encore sous l'empire de la loi nouvelle qui s'est bornée à reproduire purement et simplement sur ce point l'ancien article 682. On a soutenu, et on peut soutenir encore aujourd'hui, que la prescription de l'action en indemnité ne peut commencer à courir qu'à compter du jour où un règlement a fixé le montant de l'indemnité ou tout au moins l'assiette de la servitude. En effet, a-t-on dit, l'enclave ne crée pas *ipso jure* le droit de passage; elle donne seulement la faculté de l'acquérir par une sorte d'expropriation des propriétaires voisins. Cela est si vrai que l'article 682 permet au propriétaire dont le fonds est enclavé de « réclamer » ce passage; s'il doit le réclamer, c'est qu'il ne l'a pas déjà de plein droit. Or, si le droit de passage n'est obtenu que par une convention ou une décision judiciaire, il est bien évident que l'action en indemnité, qui en est la conséquence, ne commencera elle-même à se prescrire que du jour de cette convention ou de cette décision de justice. — Observons tout d'abord que l'argument tiré du mot *réclamer* n'est pas très-concluant; on peut aussi bien dire qu'on ne réclame que ce qui vous appartient, et que la loi, si elle avait le sens qu'on lui attribue, aurait employé plutôt le mot *obtenir*, ou tout autre équivalent. De plus, l'article 685 combat, par son texte même, la théorie que nous venons d'exposer. La loi nous indique comme étant prescriptible « l'action en indemnité », c'est-à-dire le droit de demander une indemnité, d'en faire fixer une. Or, du jour où il est intervenu une convention ou une décision judiciaire relativement à l'indemnité, il ne peut plus être question de l'action en indemnité, dont le but est déjà atteint par la convention ou le jugement, mais d'une action en paiement de l'indemnité. Et il est bien évident que la loi, dans l'article 685, n'a pu se préoccuper de cette dernière; il eût été parfaitement inutile de dire que l'indemnité dont il s'agit une fois déterminée, l'action pour en exiger le paiement était prescriptible par trente ans.

**1339.** En dehors du cas d'enclave, le droit de passage est encore accordé dans quelques hypothèses spéciales.

1° Toute personne peut passer sur les héritages bordant une voie publique devenue impraticable, alors même qu'ils seraient clos et quel que soit leur état de culture. C'est à la commune de payer, en pareil cas, l'indemnité due aux propriétaires riverains du chemin impraticable (l. des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. II, art. 41, et l. 21 mai 1836, art. 1<sup>er</sup>).

2° Le propriétaire d'un essaim d'abeilles peut le poursuivre sur le fonds où il s'est posé (l. des 28 septembre-6 octobre 1794, tit. I, sect. III, art. 5).

3° Le propriétaire d'objets enlevés par les eaux peut aller les retirer dans le fonds où ils ont été entraînés.

## CHAPITRE III

### DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME

**1340.** Il n'y a de véritables servitudes que celles dont s'occupe notre chapitre, celles qui résultent du fait de l'homme. Ce sont les seules en effet qui constituent une exception au Droit commun de la propriété foncière en France. Nous avons déjà noté (*supra*, n° 1222) que les diverses restrictions au droit de propriété, établies par le législateur dans les chapitres I et II sous les noms de *servitudes naturelles* et de *servitudes légales*, constituent le Droit commun de la propriété foncière, et que par suite, dans une langue juridique bien faite, elles ne devraient pas être désignées sous le nom de *servitudes*, la servitude supposant, ainsi que ce mot lui-même l'indique, une exception au Droit commun de la liberté des fonds.

### SECTION I

#### DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES QUI PEUVENT ÊTRE ÉTABLIES SUR LES BIENS

**1341.** Le législateur donne aux propriétaires la plus grande latitude pour établir sur leurs fonds ou au profit de leurs fonds telles servitudes que bon leur semble. Toutefois, après avoir formulé ce principe, l'article 686 al. 1<sup>er</sup> y apporte deux restrictions importantes : « *Il est permis* » *aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs* » *propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que* » *les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la* » *personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que* » *ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.* »

**1342.** *Première restriction.* Les particuliers ne peuvent pas établir sur leurs fonds ou au profit de leurs fonds des servitudes contraires à l'ordre public. Telle serait une servitude de passage établie pour favoriser la contrebande. La pratique n'offre guère d'exemples de servitudes de ce genre, et nous n'y insisterons pas davantage.

**1343.** *Deuxième restriction.* Elle est indiquée par ces mots de notre article : « *pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds.* »

La loi dit tout d'abord que les services établis ne doivent pas être imposés à *la personne*, mais seulement à *un fonds*. Cette disposition signifie que la servitude ne peut pas consister en une prestation personnelle imposée au propriétaire d'un fonds *en cette qualité*, de sorte qu'il cesserait d'en être tenu en cessant d'être propriétaire du fonds et que le nouveau propriétaire en serait tenu à sa place. Ainsi, je ne puis m'obliger *en qualité de propriétaire d'un fonds* à labourer le vôtre ou à curer vos fossés, de telle sorte que je serai tenu de cette obligation tant que je conserverai la propriété du fonds et que celui qui me succédera dans le fonds en sera tenu à ma place. Je puis bien contracter un semblable engagement *personnellement*, mais je ne puis pas le contracter *réellement*, c'est-à-dire *en qualité de propriétaire d'un fonds*, par conséquent pour moi et pour ceux qui me succéderont dans le fonds.

Cependant il résulte de l'article 698 que le propriétaire du fonds assujéti peut être obligé *en cette qualité* à faire les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude, par exemple à entretenir le chemin par lequel s'exerce une servitude de passage. Mais ici, qu'on le remarque bien, la prestation personnelle ne constitue pas la servitude comme dans les exemples cités tout à l'heure; elle n'en est que l'accessoire. La servitude porte sur un fonds, et c'est seulement pour en faciliter l'exercice que le propriétaire de ce fonds s'engage à faire certains travaux. Il n'y a donc pas antinomie entre l'article 686, al. 1<sup>er</sup>, et l'article 698.

En second lieu notre texte dit que les services ne doivent pas être établis « *en faveur de la personne* », mais seulement *en faveur d'un fonds*. Prise à la lettre, cette formule proscrireait les servitudes personnelles (usufruit, usage et habitation). Ce sont bien là en effet des servitudes établies en faveur d'une personne, et non en faveur d'un fonds. Mais telle ne peut avoir été la pensée du législateur. Ce qu'il a voulu proscrire, ce sont les services qui devraient profiter à une personne *en qualité de propriétaire d'un fonds* sans profiter à ce fonds lui-même. Ainsi je ne puis pas stipuler *en qualité de propriétaire d'un fonds*, c'est-à-dire pour moi et pour tous ceux qui me succéderont dans ce fonds, le droit de cueillir des fleurs sur l'héritage voisin, ou le droit de promenade sur cet héritage, ou le droit d'y chasser ou d'y pêcher (ce dernier point toutefois est un peu plus douteux). Je puis bien stipuler ces divers avantages pour ma personne; mais je ne puis les stipuler pour mon fonds, parce qu'ils ne profiteraient pas à ce fonds, en ce sens qu'il est impossible de les considérer comme établis pour son *usage* ou son *utilité* (art. 637), mais seulement à la personne de celui qui en serait propriétaire.

En résumé, la double règle que la servitude ne peut pas être imposée à la personne ni en faveur de la personne, signifie : d'une part, qu'une servitude réelle ne peut pas avoir pour objet direct et principal des

services qui seraient imposés à une personne en qualité de propriétaire d'un fonds plutôt qu'au fonds lui-même ; et d'autre part, qu'on ne peut pas grever un fonds, à titre de servitude réelle, de services qui devraient profiter à la personne du propriétaire d'un autre fonds plutôt qu'à ce fonds lui-même.

Pour achever d'éclairer ce sujet, nous citerons un exemple, qui n'a pas le mérite de la nouveauté, mais qui a celui de nous faire toucher du doigt la double prohibition établie par notre article parce qu'il nous montre une servitude imposée tout à la fois à la personne et en faveur de la personne. Deux fonds voisins, le fonds A et le fonds B, appartiennent à deux propriétaires différents. Sur le fonds A se trouve une maison d'habitation ; sur le fonds B, une mare peuplée de nombreuses grenouilles. Les propriétaires des deux héritages font la convention suivante : toutes les fois qu'il y aura une personne malade dans la maison d'habitation sise sur le fonds A, le propriétaire du fonds B battra la mare aux grenouilles pour empêcher que leur chant ne trouble le sommeil du malade. Cette convention est doublement nulle, en tant qu'elle aurait pour but d'établir une servitude réelle. Elle est nulle d'abord, parce qu'elle impose un service *personnel* au propriétaire du fonds B ; elle est nulle ensuite, parce qu'elle ne profite pas au fonds A, mais seulement à la personne de son propriétaire. La convention ne peut être valable qu'en tant qu'elle obligerait personnellement l'un des contractants envers l'autre, abstraction faite de leur qualité respective de propriétaires des fonds A et B ; elle est nulle en tant qu'elle pourrait obliger ceux qui deviendront ultérieurement propriétaires du fonds B ou profiter à ceux qui deviendront propriétaires du fonds A.

**1344.** Aux termes de l'article 686, al. 2 : « *L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue ; à défaut de titre, par les règles ci-après.* »

Nous retrouverons cette disposition sous les article 697 et suiv.

#### Divisions des servitudes.

**1345.** La loi nous indique ici trois divisions des servitudes résultant du fait de l'homme : 1<sup>o</sup> servitudes urbaines et servitudes rurales ; 2<sup>o</sup> servitudes continues et servitudes discontinues ; 3<sup>o</sup> servitudes apparentes et servitudes non apparentes.

**1346.** 1<sup>o</sup> **Servitudes urbaines et servitudes rurales.** « *Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. — Celles de la première espèce s'appellent urbaines, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. — Celles de la seconde espèce se nomment rurales* » (art. 687).

Personne n'ayant encore pu dire quelle est l'utilité de cette distinction, nous nous bornons à citer le texte qui la consacre. Elle devrait disparaître ; à quoi bon surcharger la science du Droit de distinctions inutiles ?

**1347.** 2<sup>o</sup> **Servitudes continues et servitudes discontinues.** — Si la distinction précédente est sans intérêt pratique, celle-ci au contraire présente une importance capitale au point de vue de l'établissement des servitudes (*infra*, n<sup>o</sup> 1353 et s). Aussi convient-il d'y insister.

Lisons tout d'abord l'article 688, qui contient des définitions précieuses : « *Les servitudes sont ou continues, ou discontinues. — Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : telles sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce. — Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables.* »

Les servitudes *discontinues*, dont nous parlerons tout d'abord, sont celles « qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées ». Ce qui les caractérise, c'est que leur exercice ne survit pas au fait de l'homme ; il cesse dès que ce fait cesse de se produire. Telle est la servitude de passage ; elle s'exerce chaque fois que le propriétaire du fonds dominant passe sur le fonds servant, et seulement pendant le temps qu'il met à passer. La loi cite encore les servitudes de puisage, de pacage. On peut ajouter la servitude d'extraire de la marne ou du sable, la servitude d'abreuvement...

Les servitudes *continues* sont celles dont l'usage est ou peut être continuuel sans le fait actuel de l'homme. La loi ne dit pas sans le fait de l'homme, mais bien sans son fait *actuel*. Et en effet les servitudes, dites *continues*, supposent l'intervention du fait de l'homme au moins pour leur établissement, et souvent pour leur exercice qui nécessite ordinairement certains travaux, tels qu'une construction s'il s'agit d'une servitude de vue. Mais ce qui caractérise la servitude continue, c'est qu'une fois qu'elle est établie et que les choses sont mises dans l'état nécessaire pour son exercice, elle s'exercera toute seule et indéfiniment sans une nouvelle intervention de l'homme, c'est-à-dire du propriétaire du fonds dominant, sans son fait actuel, comme le dit la loi, par conséquent en son absence aussi bien qu'en sa présence, pendant son sommeil aussi bien que quand il veille.

Ainsi la loi cite comme exemple de servitudes continues les conduites d'eau (servitude d'*aqueduc*, de *aquam ducere*). Le fait de l'homme est nécessaire pour l'établissement de cette servitude : il se produira le plus ordinairement sous forme de convention entre les propriétaires. Puis, la servitude une fois créée, le fait de l'homme sera nécessaire encore pour établir l'aqueduc sur le fonds servant : il faudra placer des tuyaux ou creuser un canal. Mais une fois ces travaux faits, la servitude s'exercera toute seule sans l'intervention active de l'homme ; l'aqueduc une fois établi, l'eau suivra indéfiniment la voie qui lui a été ouverte à travers le fonds servant, et arrivera ainsi d'elle-même au fonds dominant. Peut-être la servitude ne s'exercera-t-elle pas sans intermittences, car il est possible que la source qui alimente l'aqueduc se tarisse à certaines époques de l'année ; mais peu importe, la servi-

tude n'en sera pas moins continue, parce qu'elle s'exerce d'elle-même et sans le fait *actuel* de l'homme toutes les fois que la source fournit de l'eau. Elle ne cesserait même pas de l'être par suite de cette circonstance que l'aqueduc serait muni d'une pelle ou vanne qu'il faudrait lever pour donner passage à l'eau. En effet, la vanne une fois levée, l'eau coule indéfiniment tant qu'on ne la ferme pas; de sorte qu'il est vrai de dire que la servitude s'exerce sans le fait *actuel* de l'homme.

La loi cite ensuite comme exemple de servitudes continues la servitude de vue. Si l'homme n'est pas toujours à la fenêtre pour regarder sur l'héritage voisin, la fenêtre est toujours là, menaçant le voisin qui peut craindre d'être vu sans voir. En ce sens on peut dire que la fenêtre est un regard permanent sur l'héritage d'autrui. Et puis les fenêtres ne servent pas seulement à regarder; elles sont aussi destinées à fournir l'air et la lumière, et elles remplissent ce double office, le second surtout, sans le fait *actuel* de l'homme.

Enfin la loi cite les *égouts*. Que cette disposition s'applique à l'égout des toits, c'est incontestable. Le fait de l'homme est bien nécessaire au début pour l'établissement de cette servitude : il devra nécessairement intervenir pour disposer le toit de la maison ou les tuyaux de conduite de manière à ce que l'eau se déverse sur l'héritage voisin; mais, une fois ces travaux exécutés, la servitude s'exercera d'elle-même. Elle ne s'exercera pas d'une manière continue il est vrai, car il ne pleut pas toujours; mais elle s'exercera toutes les fois qu'il pleuvra, sans l'intermédiaire de l'homme, sans son fait actuel, *quia, licet non exercentur semper, tamen semper apta est exerceri sine facto hominis*, dit Cœpolla.

**1348.** Mais la disposition de la loi s'applique-t-elle aussi à la servitude d'égout des eaux ménagères ou servitude d'évier? J'ai disposé mon évier de façon que les eaux qui en découlent se déversent sur votre fonds par un tuyau de conduite, et vous recevez ces eaux sans vous plaindre. La servitude que vous subissez ainsi est-elle continue ou discontinue? La question est très-importante; car, si la servitude est continue, elle sera susceptible de s'établir par la prescription, c'est-à-dire par un exercice trentenaire (arg., art. 690); tandis qu'elle ne pourra pas s'établir par ce moyen si elle est discontinue (arg., art. 694).

La Cour de cassation juge que la servitude d'évier est discontinue. Elle a fait tout récemment une application nouvelle de ce principe en décidant que la servitude d'évier ne peut faire l'objet d'une action possessoire (Cass., 17 février 1875, Sir., 77. 4. 74). « Attendu », dit la Cour, « que la servitude d'évier a pour destination spéciale l'écoulement des eaux ménagères, et que cet écoulement n'a et ne peut avoir lieu que par le fait actuel et incessamment renouvelé de l'homme ». — Il est incontestable que le fait de l'homme est nécessaire pour que la servitude dont il s'agit puisse s'exercer; l'eau ne coulera sur le fonds voisin que lorsqu'on la versera dans l'évier. Mais elle coulera pendant un certain temps encore après que le fait de l'homme aura cessé de se produire, et on ne peut s'empêcher de remarquer l'analogie qui existe à ce point de vue entre la servitude d'évier et la servitude d'aquedu

qui ne peut s'exercer qu'en levant une vanne, circonstance qui ne l'empêche pas d'être continue. L'analogie est plus grande encore avec la servitude de vue, que la loi déclare continue bien qu'elle semble ne pouvoir s'exercer que moyennant le fait actuel de l'homme, sans doute parce que la fenêtre par laquelle elle s'exerce est une menace continuelle pour le voisin, qui peut toujours craindre qu'elle donne passage à quelque regard indiscret. N'en est-il pas absolument de même de la servitude d'évier? L'eau ne coule pas toujours, soit; mais il y a là le tuyau de conduite, qui est une menace permanente pour le voisin, de même que la fenêtre. De plus, les traces indélébiles que la servitude d'évier laisse ordinairement sur le sol, et les miasmes dont elle empeste l'air, offrent bien le caractère de la continuité. A ce double point de vue, il est rigoureusement exact de dire que l'exercice de la servitude survit au fait actuel de l'homme. Si l'on ajoute que l'article 688 attribue dans les termes les plus généraux aux égouts le caractère de servitudes continues, et que les servitudes discontinues ont été déclarées insusceptibles de s'établir par la prescription parce qu'on peut considérer le voisin qui les subit comme accomplissant un acte de pure tolérance (*infra*, n° 1355), on pensera peut-être qu'il est difficile de se ranger sur ce point à l'avis de la Cour suprême. La doctrine est divisée sur cette question.

**1349. Servitudes apparentes; servitudes non apparentes.**—

Art 689. « *Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes. — Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. — Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme par exemple la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée* ». Notons tout de suite que la partie finale de l'article est mal rédigée. Au lieu de dire « la prohibition... de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée », il aurait fallu dire : la prohibition de bâtir au-delà d'une hauteur déterminée. Il s'agit de la servitude *altius non tollendi*. Comme toutes les servitudes *negatives*, elle n'est pas apparente parce qu'aucun signe visible ne trahit son existence.

Une même servitude peut être, tantôt apparente, tantôt non apparente. Ainsi la servitude d'aqueduc, qui s'exerce par des tuyaux placés à la surface du sol, est apparente, tandis que celle qui s'exerce par des tuyaux souterrains est non apparente. De même, la servitude de passage sera apparente si son existence est dénoncée par un chemin empierré ou par une porte, tandis qu'elle sera non apparente si aucun signe extérieur ne trahit son existence.

**1350.** L'alliance des deux dernières divisions que nous venons d'indiquer peut amener les quatre combinaisons suivantes :

1° *Servitudes continues et apparentes*. Exemples : servitudes de vue, d'égout des toits.

2° *Servitudes continues non apparentes*. Exemples : servitudes d'aqueduc souterrain, servitude *altius non tollendi*.

3° *Servitudes discontinues apparentes*. Exemple : servitude de passage s'annonçant par un chemin macadamisé.

4° *Servitudes discontinues non apparentes*. Exemples : servitude de pâtage, d'abreuvement.

**1351.** Servitudes positives, servitudes négatives. — Nous ne ferons qu'indiquer cette distinction, qui n'est pas formulée par le Code civil. La servitude *positive* est celle qui donne au propriétaire du fonds dominant le droit de faire quelque chose, par exemple de passer sur le fonds servant; la servitude *négative*, celle qui lui permet seulement d'exiger que le propriétaire du fonds servant s'abstienne de certains actes qu'il aurait le droit d'accomplir en l'absence de la servitude, par exemple de bâtir.

## SECTION II

### COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES

**1352.** Les servitudes s'établissent : 1<sup>o</sup> *par titre*; 2<sup>o</sup> *par prescription*; 3<sup>o</sup> *par la destination du père de famille*.

#### I. Du titre.

**1353.** « *Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans* » (art. 690).

« *Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titre* (art. 691, 1<sup>er</sup> alin.).

La loi désigne ici sous le nom de *titre* le fait juridique (contrat ou testament) qui donne naissance à la servitude. Ailleurs elle emploie quelquefois cette même expression pour désigner l'acte écrit qui constate ce fait juridique, notamment dans l'article 695. Un acte écrit est toujours nécessaire, quand la servitude est établie à titre gratuit, soit par testament (arg., art. 969), soit par donation entre-vifs (arg., art. 931); et dans la pratique les parties en dressent presque toujours un quand la servitude est constituée à titre onéreux, par vente par exemple, bien qu'alors il ne soit pas indispensable, au moins entre les parties.

Toute servitude quelle qu'elle soit, continue ou discontinue, apparente ou non apparente, positive ou négative, peut être établie par titre.

Aux termes de l'article 695 : « *Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi.* »

On appelle *titre récognitif* un nouvel acte écrit, destiné à en remplacer un autre anciennement rédigé. Le propriétaire du fonds dominant devra se procurer un titre récognitif de la servitude, lorsque le titre constitutif aura été perdu ou détruit. Si le propriétaire du fonds assujéti refuse de le délivrer, il pourra y être contraint judiciairement. Du moins le juge, devant lequel il sera assigné en reconnaissance de la servitude, pourra, s'il refuse de le fournir, rendre un jugement qui en tiendra lieu.

\* Pour pouvoir tenir lieu du titre primordial, le titre récognitif de la servitude n'a pas besoin de satisfaire aux conditions exigées par l'article 1337. Il est de jurisprudence que l'article 695 se suffit à lui-même, et que les dispositions de l'article 1337 ne se réfèrent qu'aux obligations.

La constitution de servitude, au moins quand elle est faite par acte entre-vifs, ne devient opposable aux tiers que par la transcription du titre constitutif (art. 1 et art. 2, al. 1<sup>er</sup> de la loi du 23 mars 1855).

II. *De la prescription.*

**1354.** « *Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de trente ans* » (art. 690).

Le délai exigé pour acquérir une servitude par la prescription est toujours de trente ans, et il n'y aurait pas lieu d'appliquer à notre matière l'article 2265 du Code civil, aux termes duquel on peut prescrire par dix à vingt ans, quand on a juste titre et bonne foi.

Pour soutenir que les servitudes peuvent s'établir par la prescription de dix à vingt ans, on a dit que les servitudes sont des immeubles (art. 526), et que l'article 2265 s'applique d'une façon générale à tous les cas où l'on possède l'immeuble d'autrui avec juste titre et bonne foi. — Mais l'article 2264 nous dit que les règles de la prescription, relatives à des objets autres que ceux mentionnés dans le titre de la prescription, sont déterminées dans les titres qui leur sont propres. Or l'article 690 indique les règles de la prescription en ce qui concerne les servitudes, c'est donc à lui seul qu'il faut se référer. Comme il nous parle de l'acquisition des servitudes, non pas par la prescription en général, mais par la possession de trente ans, il faut en conclure qu'il exclut l'usucapion par dix à vingt ans de l'article 2265. Cette solution est confirmée par ces paroles de Malleville : « A l'égard des servitudes, le Code n'a pas admis d'autre prescription que celle de trente ans ».

**1355.** Les seules servitudes susceptibles d'être acquises par la prescription de trente ans, sont celles qui sont à la fois continues et apparentes. Telles sont les servitudes de vue, d'aqueduc, d'égout des toits, etc., mais non la servitude de passage, qui peut être apparente mais n'est jamais continue, ni la servitude de ne pas bâtir, qui est continue mais non apparente.

Maintenant pourquoi la loi exige-t-elle la double condition de l'apparence et de la continuité, pour qu'une servitude soit susceptible de s'acquérir par la prescription ?

Elle exige l'*apparence* par application de ce principe, que la possession pour conduire à la prescription doit être publique (art. 2229). La possession ou, en d'autres termes, l'exercice d'une servitude non apparente ne peut pas satisfaire à cette condition. Aucun signe extérieur ne révélant ici l'existence de la servitude, la loi considère son exercice ou, si l'on veut, sa possession comme clandestine.

Quant à la continuité, la loi paraît l'avoir exigée, non par application de cette règle écrite en l'article 2229 : que la possession, pour pouvoir servir de fondement à la prescription doit être continue (car, comme on le verra, la possession d'une servitude discontinue pourrait être continue dans le sens de l'article 2229), mais bien par application de la règle que les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription (art. 2232). Le législateur a considéré que l'exercice d'une servitude discontinue ne constitue pas un empiètement suffisant sur le bien d'autrui pour conduire à la prescription, en ce sens que le propriétaire, qui souffre sans se plaindre l'exercice d'une pareille servitude, a

pu n'y pas voir une usurpation méritant d'être réprimée, et l'aura souvent tolérée à titre de bon voisinage. Si le législateur avait autorisé l'acquisition par la prescription des servitudes discontinues, telles que la servitude de passage ou de puisage, un propriétaire n'aurait jamais consenti à laisser passer le voisin sur son fonds ou à l'y laisser venir puiser de l'eau..., alors même que ces actes ne lui auraient causé, aucun préjudice, parce qu'il aurait craint qu'ils ne pussent être invoqués plus tard contre lui comme fondement de l'acquisition d'une servitude par la prescription. On aurait ainsi envenimé les relations entre propriétaires voisins, en les obligeant à se montrer peu tolérants les uns envers les autres.

Telle est notre loi. Au premier abord son système paraît aussi juridique qu'équitable. Mais Machelard observe avec raison qu'en allant au fond des choses on arrive à la trouver fort défectueuse. Il est parfaitement vrai que, la plupart du temps, l'exercice d'une servitude discontinue devra être considéré comme ne constituant pas un empiètement suffisant pour conduire à la prescription, parce que le propriétaire qui l'aura soufferte aura agi par pure tolérance. Mais, de ce qu'il en est ainsi la plupart du temps, il serait téméraire de conclure qu'il en doit être ainsi toujours. Voilà un propriétaire qui laisse de temps à autre son voisin passer à pied sur son fonds, ou qui même l'y laisse quelquefois passer avec charrettes, mais tantôt par ici, tantôt par là, sans qu'il y ait aucun chemin tracé pour le passage. Il sera fort juste de dire que ce propriétaire fait acte de bon voisinage, qu'il souffre le passage par pure tolérance et que l'empiètement du voisin, si c'en est un, ne pourra fonder à son profit aucune prescription. Mais peut-on en dire autant dans l'espèce suivante? Le propriétaire d'un fonds a passé pendant trente ans sur le fonds voisin; non seulement il a passé mais il a construit pour favoriser son passage, et cela depuis plus de trente ans, un chemin sur l'héritage voisin, chemin qu'il a macadamisé ou pavé, de telle sorte que le terrain affecté au chemin est devenu impropre à toute culture. Dira-t-on qu'il y a là un empiètement, une usurpation qui ne présente pas les caractères suffisants pour conduire à la prescription? que le propriétaire qui l'a supportée doit être considéré comme ayant accompli un acte de pure tolérance? Logiquement la prescription devrait être possible dans cette hypothèse. Et cependant l'article 694 s'oppose à ce qu'elle puisse se produire *etiam per mille annos*; car la servitude de passage est discontinue. De même, voilà un propriétaire qui laisse le voisin puiser de l'eau à sa source ou à son puits. La plupart du temps il sera très-vrai de dire qu'il n'y a là qu'un acte de pure tolérance ne pouvant fonder aucune prescription. Mais pourtant supposez qu'un propriétaire ne se soit pas borné à puiser dans le puits qui appartient au voisin, mais qu'il y ait établi une pompe et qu'il s'en soit servi pendant trente ans. Dira-t-on encore qu'il s'agit d'un acte de pure tolérance? Cela paraît impossible! Et cependant, comme la servitude de puisage ne cesse pas d'être discontinue quand elle s'exerce au moyen d'une pompe, la disposition de la loi conduit à décider qu'au bout de trente ans et plus le propriétaire de la pompe n'aura pas acquis le droit de puisage par la prescription.

Ces solutions, qu'impose le texte de la loi, ne satisfont guère la raison. Aussi qu'est-il arrivé? C'est que dans plusieurs hypothèses la jurisprudence a pris un biais pour éluder l'application d'une disposition législative qui lui paraissait défectueuse. Ne pouvant décider que la prescription avait fondé un droit de servitude au profit du réclamant, elle a décidé que la prescription avait fondé à son profit un droit de propriété. Ainsi il est arrivé à plusieurs reprises qu'un propriétaire, se voyant con-

tester le droit de passage sur le fonds voisin, bien qu'il l'eût exercé pendant trente ans par un chemin macadamisé ou pavé, est venu soutenir en justice, non qu'il avait acquis le droit de passage par la prescription (en formulant ainsi sa prétention il aurait dû succomber), mais bien qu'il avait acquis par prescription la *propriété* du terrain affecté au droit de passage ; et les juges ont accueilli cette prétention. De sorte que, pour avoir voulu protéger trop énergiquement le droit de propriété en le mettant à l'abri de la prescription d'un droit de servitude, le législateur en est arrivé finalement à le compromettre dans son existence même. Il a voulu empêcher qu'on pût acquérir par prescription une servitude de passage sur le fonds voisin, et il a acculé les juges dans une impasse qui les a conduits à admettre, contrairement à toutes les vraisemblances, la prescription de la propriété du terrain affecté à la servitude : ce qui est grave pour celui auquel appartenait le terrain, car désormais il ne pourra plus même y passer, ni construire dans le voisinage, sans observer la distance légale !

Que conclure de tout cela ? C'est que le législateur aurait dû purement et simplement laisser les servitudes soumises aux règles du Droit commun en ce qui concerne la prescription. Elles auraient conduit à déclarer la plupart du temps, mais non toujours, la prescription impossible pour les servitudes discontinues (arg., art. 2232) ; de même qu'en sens inverse elles auraient conduit presque toujours, mais non toujours peut-être, à déclarer la prescription possible pour les servitudes, qui, tout en étant apparentes, sont en même temps continues. On aurait obtenu ainsi des résultats beaucoup plus satisfaisants que ceux auxquels conduisent les dispositions des articles 690 et 691.

**1356.** Par application du principe que la loi n'a pas d'effet rétroactif, l'article 691, al. 2, après avoir posé le principe que : « *la possession même* » *immémoriale ne suffit pas pour les établir* » (les servitudes continues et apparentes), ajoute « *sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui* » *les servitudes de cette nature déjà acquises par la prescription dans les* » *pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière* » (art. 691, 2<sup>e</sup> alin.). Ceux qui avaient acquis par prescription, à l'époque où le Code civil a été promulgué, une servitude qu'on ne peut plus acquérir de la sorte aujourd'hui, ont dû se procurer une preuve écrite de l'existence de cette servitude, en faisant assigner le propriétaire du fonds servant en reconnaissance de la servitude. Autrement, il serait très-difficile de prouver aujourd'hui que ces servitudes étaient déjà acquises par prescription lors de la promulgation du Code civil.

La règle, établie par l'article 698 relativement à l'acquisition des servitudes par la prescription, a considérablement simplifié l'ancienne législation des coutumes sur ce point. Dans notre ancien Droit, on ne se préoccupait pas, en général, de la distinction des servitudes continues ou discontinues, au point de vue de la prescription ; mais la plus grande variété existait entre les coutumes pour les délais de la prescription des servitudes. Tandis que certaines, excluant la prescription en notre matière, posaient la règle « *Nulle servitude sans titre* », d'autres exigeaient le délai de trente ans, d'autres de quarante ou même cent ans, d'autres enfin n'admettaient la prescription d'une servitude qu'après une possession immémoriale.

### III. *De la destination du père de famille.*

**1357.** La destination du père de famille est l'acte par lequel le pro-

priétaire de deux immeubles établit entre eux une relation telle qu'elle constituerait une servitude, si les deux immeubles appartenait à deux propriétaires différents.

« *La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes* » (art. 692) .

« *Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné* » (art. 694).

Le propriétaire de deux fonds établit entre eux un rapport, qui constituerait une servitude continue et apparente si les fonds appartenait à deux propriétaires différents; par exemple, il construit le toit de sa maison de façon à ce que l'égout se déverse sur son jardin. Tant que les deux immeubles resteront entre ses mains, il n'y aura pas de véritable servitude, par application de la règle *Nemini res sua servit*. Mais, si l'un des fonds, par exemple le jardin, passe entre les mains d'un tiers pour quelque cause que ce soit, il ne lui passera que sous la charge de l'égout du toit de la maison. La servitude d'égout, qui n'existait pas, ou qui n'existait qu'à l'état latent quand les deux fonds appartenait au même maître, apparaîtra le jour où l'obstacle qui s'opposait à son existence aura disparu, c'est-à-dire le jour où les deux fonds appartiendront à deux propriétaires différents. La loi suppose qu'il a été dans l'intention commune des parties de maintenir l'état de choses existant lors de la séparation des fonds. Voilà pourquoi, aux termes de l'article 692, la destination du père de famille *vaut titre*, c'est-à-dire convention.

Il y aurait également destination du père de famille, si la servitude était établie par le propriétaire, non plus entre deux fonds à lui appartenant, mais entre deux parties d'un même fonds dont l'une serait ensuite transmise à un tiers.

**1358.** Aux termes de l'article 693 : « *Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude* ».

Deux conditions sont donc nécessaires pour qu'il y ait destination du père de famille :

1<sup>o</sup> Que les deux fonds actuellement divisés aient appartenu au même propriétaire ;

2<sup>o</sup> Que ce soit lui qui ait établi l'état duquel résulte la servitude. Un usufruitier par exemple, et à plus forte raison un locataire, n'auraient pas le pouvoir d'établir entre les deux fonds cette relation, qui, par

définition, doit émaner du père de famille, c'est-à-dire du propriétaire.

Bien que la loi exige que les choses aient été *mises* par le propriétaire dans l'état duquel résulte la servitude, on s'accorde pour reconnaître qu'il y aurait destination du père de famille si le propriétaire de deux fonds avait *maintenu* entre eux un rapport qu'il n'a pas créé lui-même. Ainsi le propriétaire d'une maison ouvre des vues sur un terrain contigu dont il n'est pas propriétaire. J'achète successivement la maison et le terrain contigu, et je maintiens l'état de choses existant. Il y aura destination du père de famille.

**1359.** D'après l'article 692, les servitudes continues et apparentes semblent être les seules qui puissent s'établir par la destination du père de famille. Au contraire l'article 694 paraît dire que ce mode de constitution est aussi applicable aux servitudes qui sont apparentes sans être continues (argument des mots : entre lesquels il existe un signe apparent de servitude). Il y a là une antinomie, qui a servi depuis la promulgation du Code civil à exercer la sagacité des jurisconsultes, sans qu'ils aient pu réussir encore à se mettre d'accord. Voici les diverses solutions qui ont été proposées.

I. Pour les uns il faut suppléer dans l'article 694 la condition de continuité indiquée dans l'article 692, et que le législateur aurait oublié de reproduire. Cela revient à faire de l'article 694 une répétition inutile de l'article 692.

II. Pour d'autres, les articles 692 et 693 se rapportent au cas où les deux fonds sont séparés à la suite d'un partage, tandis que l'article 694 s'applique à l'hypothèse où le propriétaire *dispose* par aliénation de l'un de ses deux héritages. Dans le premier cas, la loi exige la continuité et l'apparence de la servitude ; dans le second elle se contente de l'apparence. — Cette opinion manque de base rationnelle. Quel motif y a-t-il en effet d'exiger la continuité de la servitude, quand les deux fonds sont séparés par un partage, plutôt que lorsqu'ils le sont pour toute autre cause ?

III. Dans un troisième système on dit : Lorsque le propriétaire de deux fonds *crée* entre eux un rapport, qui constituerait une servitude si les deux fonds appartenaient à deux propriétaires différents, il faut, pour qu'il en résulte effectivement une servitude quand les deux fonds seront séparés, que ce rapport ait les caractères d'une servitude continue et apparente. Ce premier cas est prévu par les articles 692 et 693. L'article 694 au contraire vise l'hypothèse où une servitude existant entre deux fonds est éteinte par la réunion de ces deux héritages dans les mêmes mains (confusion, art. 705), et revit ensuite par leur séparation. Le fait, de la part de celui qui est devenu propriétaire des deux héritages, d'avoir *maintenu* le rapport existant entre eux, sera considéré comme une destination du père de famille, si ce rapport constitue une servitude apparente, fût-elle discontinuée. En pareil cas, le Droit romain déclarait la servitude éteinte, à moins qu'on ne stipulât expressément son maintien dans l'acte qui opérait la division des deux fonds. Mais les rédacteurs du Code ont pensé que les parties, suffisamment averties par le signe apparent de la servitude, ont voulu maintenir l'état de choses existant au moment de la séparation des deux fonds. Si elles avaient voulu le faire cesser, elles l'auraient exprimé dans l'acte qui opère la séparation des deux fonds. En résumé par conséquent, la loi exige, pour qu'il y ait destination du père de famille, qu'il s'agisse d'une servitude continue et apparente quand le rapport entre les deux fonds a été créé par le propriétaire des deux immeubles, et d'une servitude apparente seulement quand le rapport a été simplement maintenu par lui. — Quoiqu'exposé par le tribun Albisson

devant le Tribunal, ce système paraît difficilement acceptable, parce que la distinction sur laquelle il est fondé ne trouve pas plus d'appui dans la raison que dans le texte de la loi. Qu'importe que le rapport d'où résulte la servitude ait été créé ou seulement maintenu par le propriétaire des deux fonds? Et, si le rapport *créé* par le propriétaire ne peut fonder qu'une servitude continue et apparente, comment expliquer que le rapport *maintenu* par lui puisse servir de fondement à une servitude qui est apparente sans être continue?

IV. Il reste une quatrième opinion, qui est la plus généralement suivie et qui nous semble en effet la meilleure. Lorsqu'un propriétaire a créé ou maintenu, entre deux fonds à lui appartenant, un rapport qui constituerait une servitude si les immeubles appartenaient à deux personnes différentes, la question qui se pose quand ces deux fonds sont séparés, est celle de savoir si les parties n'ont pas stipulé la cessation de cet état de choses dans l'acte qui opère la séparation des deux fonds. Aussi les coutumes de Paris et d'Orléans ne déclaraient-elles la servitude établie, après la séparation des deux héritages, qu'autant que cet acte était représenté et ne contenait rien de contraire à la destination du père de famille. Notre Code, moins rigoureux, établit à cet égard une distinction. S'agit-il d'une servitude continue et apparente? Après la séparation des héritages, elle sera considérée comme établie par la destination du père de famille, sans qu'il soit nécessaire de représenter le titre par suite duquel cette séparation a été opérée, et de prouver qu'il ne contient rien de contraire à l'établissement de la servitude. Ce premier cas est prévu par les articles 692 et 693. S'agit-il au contraire d'une servitude qui est apparente seulement sans être continue? La destination du père de famille ne vaudra titre qu'à la condition que « le contrat ne contienne aucune convention relative à la servitude » (art. 694); ce contrat devra donc être représenté.

**1360.** Notre section se termine par une disposition qui se comprend sans difficulté : « *Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. — Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui, emporte nécessairement le droit de passage* (art. 696). Mais ces droits accessoires à la servitude suivent nécessairement le sort de celle-ci. C'est ainsi que le droit de passage s'éteint avec la servitude de puisage dont il était la conséquence.

### SECTION III

#### DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS AUQUEL LA SERVITUDE EST DUE

**1361.** Aux termes de l'article 686, al. 2 : « *L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règle par le titre qui les constitue : à défaut de titre, par les règles ci-après* ». Cette disposition n'est écrite qu'en vue des servitudes établies par titre. S'il s'agit d'une servitude acquise par prescription, les droits du propriétaire du fonds dominant sont réglés par la maxime *Tantum præscriptum quantum possessum*. Quant aux servitudes constituées par la destination du père de famille, l'étendue et le mode de leur exercice sont déterminés par l'état de choses duquel est née la servitude.

Voici maintenant un certain nombre de règles applicables en géné-

ral à toutes les servitudes, de quelque manière qu'elles aient été établies.

**1362.** Aux termes de l'article 697 : « *Celui auquel est due une servitude* » a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la » *conserver* ». Par exemple, celui qui a le droit de passage peut faire paver ou macadamiser le chemin, si c'est nécessaire pour l'exercice de la servitude.

« *Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds* » assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le » *contraire* » (art. 698). En principe en effet, les servitudes n'imposent qu'un rôle passif au propriétaire du fonds servant. On peut déroger à cette règle, non seulement, comme le dit la loi, dans le titre d'établissement de la servitude, mais aussi dans un titre postérieur.

L'article 699 ajoute : « *Dans le cas même où le propriétaire du fonds* » assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages néces- » *saires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours* » *s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujetti au proprié-* » *taire du fonds auquel la servitude est due.* »

« *Peut toujours s'affranchir de la charge* » ; alors même, par consé- quent, qu'il l'aurait supportée pendant plus de trente ans. L'abandon établi par notre article est un acte de pure faculté, et par suite le droit de l'effectuer ne peut s'éteindre par la prescription (arg., art. 2232).

« *En abandonnant le fonds assujetti* ». Si une portion seulement du fonds est assujettie, il suffira d'abandonner cette portion. Ainsi pour se libérer de l'obligation de faire des travaux d'entretien d'un chemin affecté à l'exercice d'une servitude de passage, il suffira que le propriétaire du fonds servant abandonne le terrain consacré au chemin. Si au contraire le fonds tout entier est assujetti, le propriétaire devrait en faire l'abandon total pour se libérer. — La question de savoir si le fonds est assujetti pour le tout ou partie paraît être dans la plupart des cas une question de fait plutôt que de droit.

« *Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé,* » *la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la con-* » *dition du fonds assujetti soit aggravée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit* » *d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer* » *par le même endroit* » (art. 700).

Au cas où l'exercice de la servitude serait divisible, par exemple s'il s'agit d'une servitude donnant le droit de puiser cent hectolitres d'eau par an à une source, ou de tirer cent quintaux de sable d'une sablière, il se diviserait entre les divers ayant-droit, proportionnellement à la portion du fonds dominant qui leur est échue. Ainsi celui auquel a été attribuée une portion du fonds dominant équivalente au quart, aura

droit dans notre espèce de puiser 25 hectolitres d'eau ou de tirer 25 quintaux de sable.

« *Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire*  
 » *qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. Ainsi, il*  
 » *ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude*  
 » *dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. —*  
 » *Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus oné-*  
 » *reuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire*  
 » *des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de*  
 » *l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et*  
 » *celui-ci ne pourrait pas le refuser* » (art. 701).

Cette règle que le propriétaire du fonds servant ne peut « *changer l'état des lieux* », ne s'appliquerait pas, aux changements, qui peuvent lui profiter sans nuire en aucune façon au propriétaire du fonds dominant. Ainsi le propriétaire d'un héritage grevé d'une servitude de vue peut en changer l'exploitation, par exemple transformer une prairie en un champ ou réciproquement.

« *De son côté, celui qui a un droit de servitude, ne peut en user que sui-*  
 » *vant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servi-*  
 » *tude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la*  
 » *condition du premier* » (art. 702).

Ainsi une servitude de prise d'eau pour l'irrigation ne saurait être affectée à l'abreuvement des bestiaux, ni utilisée pour obtenir une force motrice.

#### SECTION IV

##### COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT

**1363.** Le Code civil indique trois causes d'extinction des servitudes : 1° l'impossibilité d'en user (art. 703 et 704); 2° la confusion (art. 705); 3° le non-usage pendant trente ans (art. 706 à 710). Nous verrons qu'il y a lieu d'ajouter à cette liste.

##### 1° Impossibilité d'user de la servitude.

**1364.** « *Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état*  
 » *qu'on ne peut plus en user* » (art. 703).

« *Elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en*  
 » *user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé une espace de temps suffisant*  
 » *pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à*  
 » *l'art. 707* » (art. 704).

Les expressions *cessent*, *revivent*, employées ici par le législateur sont inexactes. Lorsque l'état des choses devient tel que l'usage de la servitude est impossible, le droit à la servitude subsiste; mais il y a un

obstacle de fait à son exercice. Si cet obstacle disparaît, la servitude pourra de nouveau être exercée; car elle n'était pas éteinte, elle sommeillait seulement. Pourvu toutefois, comme le dit notre article, que l'obstacle disparaisse avant l'expiration du délai de trente ans. Autrement la servitude serait définitivement éteinte par le non-usage conformément à l'article 706.

### 2° Confusion.

**1365.** « *Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main* » (art. 705). La confusion, d'une manière générale, est la réunion sur la même tête de deux qualités incompatibles. En matière de servitude, elle a lieu lorsque le propriétaire du fonds dominant acquiert la propriété du fonds servant, ou réciproquement. Par application de la règle *Nemini res sua servit*, la servitude se trouve alors éteinte.

Mais la confusion peut cesser par la séparation ultérieure des deux fonds; la servitude revivra-t-elle en pareil cas? On distingue si la confusion, cesse avec effet rétroactif (*ex tunc*) ou sans effet rétroactif (*ex nunc*).

Si la confusion cesse avec effet rétroactif, la servitude revit, ou mieux elle est considérée comme n'ayant jamais été éteinte; car la confusion, qui avait amené son extinction, est censée n'avoir jamais existé. Ainsi le propriétaire du fonds dominant achète le fonds servant. Il y a confusion, et par suite extinction de la servitude. Mais voilà que la vente est résolue pour défaut de paiement du prix. La servitude revivra, ou mieux elle sera censée n'avoir jamais été éteinte; car la vente qui avait produit la confusion est considérée comme non avenue; elle disparaît avec effet rétroactif par suite de la résolution, et avec elle la confusion qui en était la conséquence.

Au contraire, si la confusion cesse sans effet rétroactif, la servitude ne revivra pas. C'est ce qui arriverait, si le propriétaire du fonds dominant, après avoir acheté le fonds servant, le revendait à un tiers.

Dans ce dernier cas cependant, si la servitude était continue et apparente, elle serait maintenue par destination du père de famille (arg., art. 692 et 693). Il suffirait même qu'elle fût apparente, si le titre constatant la séparation des deux fonds était représenté et ne contenait rien de contraire à son maintien (art. 694, *supra*, n° 4359).

### 3° Non-usage pendant trente ans.

**1366.** « *La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans* », dit l'article 706. La loi suppose que le propriétaire du fonds dominant a renoncé à son droit, lorsqu'il est resté pendant un aussi long délai sans l'exercer.

Bien que ce motif n'existe qu'au cas de non-usage volontaire, notre disposition devrait être appliquée même au cas de non-usage forcé, car la loi ne distingue pas. Il y a non-usage forcé, lorsqu'un obstacle de fait invincible s'oppose à l'exercice de la servitude, comme si la source grevée de la servitude de puisage vient à se tarir. Trente ans de non-usage forcé entraîneraient donc l'extinction de la servitude, aussi bien que trente ans de non-usage volontaire. L'article 704 ne permet guère d'en douter; car il ne fait revivre la servitude éteinte par l'impossibilité d'user qu'autant

que l'usage en redevient possible avant l'expiration du délai de trente ans. Aussi cette solution, qui trouve d'ailleurs un point d'appui dans les travaux préparatoires de la loi, est-elle consacrée par la jurisprudence et admise par les auteurs, sauf quelques dissidences. D'ailleurs le propriétaire du fonds dominant peut conjurer la prescription, dont il est menacé par le non-usage auquel il est condamné, en obtenant du propriétaire du fonds servant une reconnaissance volontaire ou judiciaire de la servitude.

**1367.** Toutes les servitudes quelles qu'elles soient, continues ou discontinues, apparentes ou non, positives ou négatives, sont susceptibles de s'éteindre par le non-usage ; tandis que les servitudes, qui sont à la fois continues et apparentes, peuvent seules être acquises par la prescription. Et toutefois les servitudes continues périssent plus difficilement par le non-usage que les servitudes discontinues. En effet aux termes de l'article 707 : « *Les trente ans commencent à courir, selon* » *les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir,* » *lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait* » *un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes conti-* » *nues* » (art. 707).

L'exercice de la servitude discontinue supposant le fait actuel et incessamment renouvelé de l'homme, du jour où ce fait ne se produit plus, du jour par exemple où l'homme ne passe plus s'il s'agit d'une servitude de passage, la servitude cesse d'être exercée et par suite la prescription extinctive commence à courir. Il n'en pouvait être de même pour les servitudes continues, qui s'exercent d'elles-mêmes, sans le fait actuel de l'homme, comme la servitude d'égout des toits, d'aqueduc... Elles ne cessent de s'exercer que lorsqu'il a été accompli (par le propriétaire du fonds servant ou par tout autre, *lex non distinguit*) quelque acte contraire à l'exercice de la servitude, tel que la rupture des tuyaux de conduite s'il s'agit d'une servitude d'aqueduc ; et c'est alors seulement que la prescription peut commencer à courir.

\* **1368.** C'est une question très-discutée que celle de savoir si une servitude peut s'éteindre par la prescription de dix à vingt ans, conformément à l'article 2265, lorsque le fonds servant est possédé comme libre de servitude par un tiers détenteur qui a juste titre et bonne foi. Dans le sens de l'affirmative, on invoque l'ancien Droit (coutume de Paris, art. 186 et 144) et la loi du 11 brumaire an VII (chap. II, art. 35). On invoque ensuite l'article 2180-4<sup>o</sup>, qui déclare l'usucapion de l'article 2265 applicable aux privilèges et hypothèques, et qui semble devoir être étendu par analogie aux servitudes. Enfin à l'argument tiré de l'article 706, qui ne parle que du non-usage pendant trente ans, on répond qu'il existe un texte tout semblable pour l'usufruit (art. 617), et que cependant on reconnaît en général que l'usufruit peut être éteint par la prescription de dix à vingt ans (*supra*, n<sup>o</sup> 1203).

Malgré ces raisons, nous préférons la solution contraire qui triomphe en doctrine et en jurisprudence. En effet l'article 2264 dispose que : « Les règles de la prescription, sur des objets autres que ceux mentionnés dans le présent titre, sont expliquées dans les titres qui leur sont propres ». Or, en ce qui concerne les servitudes, l'article 706 fixe à trente ans le délai de la prescription. Donc la prescription ne pourra

jamais avoir lieu que par ce laps de temps. Si l'on décide autrement pour l'usufruit malgré le texte de l'article 617 qui, lui aussi, dispose que l'usufruit s'éteint par le non-usage pendant trente ans, cela tient à ce que le détenteur, en possédant l'immeuble comme propriétaire, en possède par cela même l'usufruit, ce qui lui permet d'acquérir cet usufruit par la prescription de dix à vingt ans. Mais pour une servitude il n'y a rien de semblable; le possesseur de l'immeuble évidemment ne l'a pas exercée, ni par conséquent acquise par prescription; il ne peut donc être question que de l'extinction de la servitude par le *non-usage*, et ce non-usage doit durer trente ans aux termes de l'article 706. Quant à l'article 2180 il est tout à fait spécial aux privilèges et hypothèques, et ne peut être étendu par analogie au cas qui nous occupe.

**1369.** Pour prévenir l'extinction de la servitude par le non-usage, le propriétaire du fonds dominant n'a pas besoin de l'exercer par lui-même; il suffit qu'elle soit exercée *en son nom*, par exemple par un fermier ou par des ouvriers, ou même *au nom du fonds* par quelqu'un qui le représente, par exemple par un usufruitier ou un possesseur même de mauvaise foi. La loi fait une application de ce principe dans l'article 709 « *Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie, appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous* ».

En usant de la servitude, en effet, l'un quelconque des copropriétaires du fonds dominant l'a conservée pour le fonds lui-même, et par conséquent pour tous ceux qui ont un droit dans le fonds. Il en est ainsi non-seulement lorsque l'exercice de la servitude est indivisible, comme s'il s'agit d'une servitude de passage, mais aussi lorsqu'il est susceptible de division comme si la servitude consiste dans le droit de puiser cent hectolitres d'eau par an à une source.

L'article 710 va plus loin; il dispose que: « *Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres* ». L'idée qui paraît ressortir de ce texte est que le droit conservé par l'un des copropriétaires, est conservé pour tous, et ainsi entendu l'article 710 cadre parfaitement avec celui qui précède.

Les dispositions des articles 709 et 710 ne sont écrites qu'en vue de l'indivision existant entre les copropriétaires d'un même fonds. Elles cessent donc de s'appliquer après le partage de ce fonds. Il n'y a plus désormais aucun lien entre les divers propriétaires, et il pourra arriver que l'un perde par le non-usage la servitude attachée à son fonds tandis que l'autre ou les autres l'auront conservée.

**1370.** « *Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière* » (art. 708).

Cette disposition signifie que l'étendue d'une servitude peut se trouver diminuée, lorsque l'usage qu'on en fait pendant trente ans est plus restreint que celui auquel on a droit. La servitude est alors éteinte en

partie par le non-usage. Ainsi celui qui a le droit de passage en charrette comme à pied, et qui ne passe qu'à pied pendant trente ans, ne peut plus désormais passer autrement.

L'étendue d'une servitude pourrait-elle être augmentée par la prescription? En d'autres termes peut-on acquérir par la prescription un mode d'exercice de la servitude plus avantageux que celui auquel on a droit? Cette question à laquelle notre article paraît étranger, car il est placé dans la section qui traite de l'*extinction* des servitudes et il s'agit ici d'une *acquisition*, doit être résolue d'après les principes généraux. Or ils nous conduisent à une distinction. S'agit-il d'une servitude continue et apparente? La prescription, qui peut faire acquérir la servitude elle-même (art. 690), peut à plus forte raison faire acquérir un mode d'exercice plus avantageux de cette même servitude. Ainsi celui auquel son titre donne droit d'avoir trois fenêtres sur l'héritage voisin, et qui pendant trente ans en a possédé quatre, aura acquis par prescription le droit de conserver la quatrième. S'agit-il au contraire d'une servitude discontinue ou non apparente? La prescription sera aussi impuissante à fonder un mode d'exercice plus avantageux de la servitude qu'elle le serait à fonder la servitude elle-même (arg., art. 691). Ainsi celui qui a le droit de passer à pied seulement ne pourra pas acquérir par la prescription de trente ans le droit de passer à cheval ou en voiture.

La prescription peut donc modifier *en moins* le mode d'exercice de toutes les servitudes, mais elle ne peut modifier *en plus* que celui des servitudes continues et apparentes. Il pourra résulter de là que le propriétaire du fonds dominant, pour avoir changé le mode d'exercice de la servitude, perde au bout de trente ans de cet exercice irrégulier son droit tout entier. Ainsi j'ai le droit de conduire dans un fonds par un aqueduc l'eau d'une source qui prend naissance dans le fonds voisin. Je n'établis pas l'aqueduc ou je le détruis après l'avoir établi, et pendant trente ans je vais puiser de l'eau à la source; j'aurai perdu la servitude d'aqueduc par la prescription et je n'aurai pas acquis la servitude de puisage qui est discontinue.

4° Causes d'extinction non prévues par la section IV.

**1371.** Aux causes d'extinction des servitudes énumérées ici par la loi il y a lieu d'ajouter :

1° L'arrivée du terme fixé par les parties, lorsque la servitude a été constituée pour un certain temps seulement, ce qui sera rare.

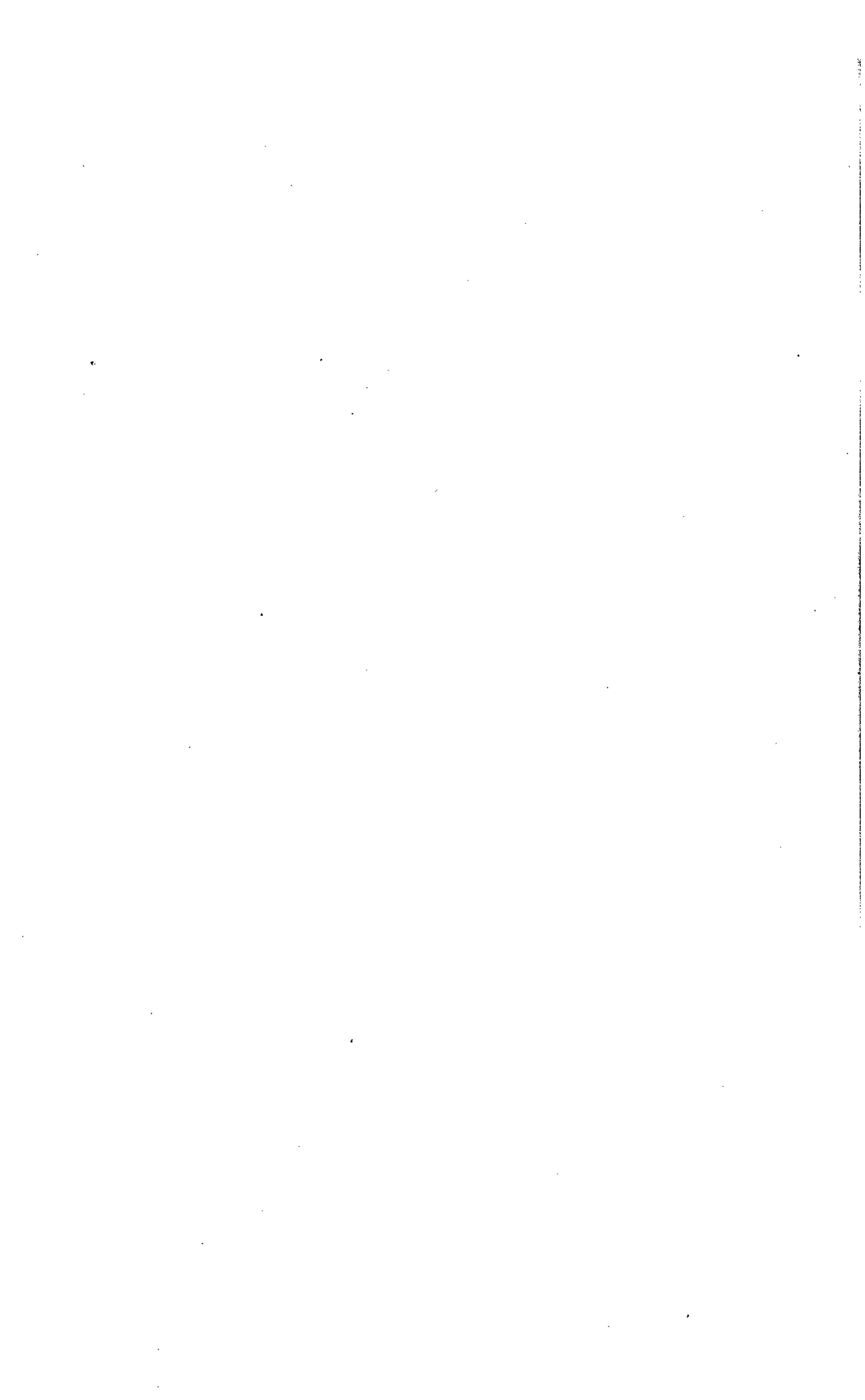
2° L'avènement de la condition résolutoire, lorsque la servitude a été constituée sous une semblable condition.

3° La résolution rétroactive du droit qu'avait le constituant sur le fonds grevé de la servitude. On applique la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*.

4° La renonciation à la servitude faite par le propriétaire du fonds dominant. Cette renonciation peut être expresse ou tacite.

Elle n'est opposable aux tiers, qui ont acquis des droits réels sur l'héritage dominant, que par la transcription de l'acte qui la constate (loi du 23 mars 1855, art. 2-2°).

5° Enfin, les servitudes s'éteignent par l'expropriation pour cause d'utilité publique du fonds servant; sauf indemnité juste et préalable pour le propriétaire de l'héritage dominant (loi du 3 mai 1841, art. 21, 23 et 39).



# TABLE DES MATIÈRES

## Table Analytique.

	Pages
INTRODUCTION . . . . .	4
<b>TITRE PRÉLIMINAIRE</b>	
DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL . . . . .	21
<b>LIVRE PREMIER</b>	
<b>Des personnes.</b>	
<b>Titre premier. — De la jouissance et de la privation des droits civils . . . . .</b>	<b>59</b>
CHAPITRE PREMIER. — De la jouissance des droits civils. . . . .	62
CHAPITRE II. — De la privation des droits civils. . . . .	92
Sect. I. — De la privation des droits civils par suite de la perte de la qualité de Français. . . . .	Ib.
Sect. II. — De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires. . . . .	104
<b>Titre II. — Des actes de l'état civil. . . . .</b>	<b>122</b>
CHAPITRE PREMIER. — Dispositions générales. . . . .	123
CHAPITRE II. — Des actes de naissance . . . . .	148
CHAPITRE III. — Des actes de mariage . . . . .	153, 271 et s.
CHAPITRE IV. — Des actes de décès . . . . .	153
CHAPITRE V. — Des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire français. . . . .	158
CHAPITRE VI. — De la rectification des actes de l'état civil. . . . .	158
<b>Titre III. — Du domicile. . . . .</b>	<b>165</b>
<b>Titre IV. — Des absents . . . . .</b>	<b>187</b>
CHAPITRE PREMIER. — De la présomption d'absence. . . . .	189
CHAPITRE II. — De la déclaration d'absence. . . . .	193
CHAPITRE III. — Des effets de l'absence déclarée. . . . .	198
Sect. I. — Des effets de l'absence relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition. . . . .	Ib.
Sect. II. — Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent . . . . .	227
Sect. III. — Des effets de l'absence relativement au mariage. . . . .	232
CHAPITRE IV. — De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu. . . . .	235
<b>Titre V. — Du mariage . . . . .</b>	<b>239</b>
CHAPITRE PREMIER. — Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage . . . . .	247
CHAPITRE II. — Des formalités relatives à la célébration du mariage . . . . .	270
CHAPITRE III. — Des oppositions au mariage , . . . . , . . . . .	284
CHAPITRE IV. — Des demandes en nullité de mariage . . . . .	296
CHAPITRE V. — Des obligations qui naissent du mariage . . . . .	348

CHAPITRE VI. — Des droits et des devoirs respectifs des époux . . . . .	365
CHAPITRE VII. — De la dissolution du mariage . . . . .	395
CHAPITRE VIII. — Des seconds mariages. . . . .	395
Titre VI. — <i>Du Divorce</i> . . . . .	397
CHAPITRE V. — De la séparation de corps . . . . .	399
Titre VII. — <i>De la paternité et de la filiation</i> . . . . .	444
CHAPITRE PREMIER. — De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage . . . . .	445
CHAPITRE II. — Des preuves de la filiation des enfants légitimes . . . . .	439
CHAPITRE III. — Des enfants naturels. . . . .	458
Sect. I. — De la légitimation des enfants naturels . . . . .	460
Sect. II. — De la reconnaissance des enfants naturels . . . . .	466
Titre VIII. — <i>De l'adoption et de la tutelle officieuse</i> . . . . .	490
CHAPITRE PREMIER, — De l'adoption . . . . .	Ib.
Sect. I. — De l'adoption et de ses effets . . . . .	Ib.
Sect. II. — Des formes de l'adoption . . . . .	504
CHAPITRE II. — De la tutelle officieuse. . . . .	503
Titre IX. — <i>De la puissance paternelle.</i> . . . .	505
Titre X. — <i>De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.</i> . . . .	523
CHAPITRE PREMIER. — De la minorité . . . . .	525
CHAPITRE II. — De la tutelle . . . . .	Ib.
Sect. I. — De la tutelle des père et mère . . . . .	529
Sect. II. — De la tutelle déferée par le père ou par la mère . . . . .	536
Sect. III. — De la tutelle des ascendants . . . . .	538
Sect. IV. — De la tutelle déferée par le conseil de famille. . . . .	539
Sect. V. — Du subrogé tuteur . . . . .	548
Sect. VI. — Des causes qui dispensent de la tutelle . . . . .	551
Sect. VII. — De l'incapacité, des exclusions et destitutions de la tutelle . . . . .	556
Sect. VIII. — De l'administration du tuteur . . . . .	560
Sect. IX. — Des comptes de la tutelle . . . . .	587
CHAPITRE III. — De l'émancipation . . . . .	596
Titre XI. — <i>De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire.</i> . . . .	614
CHAPITRE PREMIER. — De la majorité . . . . .	Ib.
CHAPITRE II. — De l'interdiction . . . . .	616
CHAPITRE III. — Du conseil judiciaire . . . . .	634

## LIVRE DEUXIÈME

<b>Des biens et des différentes modifications de la propriété</b> . . . . .	<b>643</b>
Titre premier. — <i>De la distinction des biens.</i> . . . . .	647
CHAPITRE PREMIER. — Des immeubles. . . . .	654
CHAPITRE II. — Des meubles. . . . .	667
CHAPITRE III. — Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent. . . . .	678
Titre II. — <i>De la propriété.</i> . . . . .	683
CHAPITRE PREMIER. — Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose. . . . .	685
CHAPITRE II. — Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose. . . . .	693
Sect. I. — Du droit d'accession relativement aux choses immobilières. . . . .	Ib.
Sect. II. — Du droit d'accession relativement aux choses mobilières. . . . .	706
Titre III. — <i>De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.</i> . . . . .	708
CHAPITRE PREMIER. — De l'usufruit. . . . .	709
Sect. I. — Des droits de l'usufruitier. . . . .	718
Sect. II. — Des obligations de l'usufruitier. . . . .	745

<i>Sect. III.</i> — Comment l'usufruit prend fin. . . . .	764
CHAPITRE II. — De l'usage et de l'habitation . . . . .	774
<b>Titre IV.</b> — <i>Des servitudes ou services fonciers.</i> . . . . .	776
CHAPITRE PREMIER. — Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux. . .	783
CHAPITRE II. — Des servitudes établies par la loi. . . . .	805
<i>Sect. I.</i> — Du mur et du fossé mitoyens . . . . .	807
<i>Sect. II.</i> — De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certains constructions. . . . .	835
<i>Sect. III.</i> — Des vues sur la propriété de son voisin. . . . .	836
<i>Sect. IV.</i> — De l'égout des toits. . . . .	841
<i>Sect. V.</i> — Du droit de passage. . . . .	Ib.
CHAPITRE III. — Des servitudes établies par le fait de l'homme. . . . .	848
<i>Sect. I.</i> — Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens. . . . .	Ib.
<i>Sect. II.</i> — Comment s'établissent les servitudes. . . . .	854
<i>Sect. III.</i> — Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due. .	860
<i>Sect. IV.</i> — Comment les servitudes s'éteignent. . . . .	862

# TABLE

## DES ARTICLES DU CODE CIVIL

ET DES LOIS QUI S'Y RATTACHENT

avec renvoi aux divers passages où chacun de ces articles ou de ces lois  
se trouve expliqué.

Articles	Pages	Numéros	Articles	Pages	Numéros
1	22-28	31-44	42	132	233
2	29-39	47-67	43	132	233
3	40-49	68-85	44	132	234
4	49-51	86-91	45	133-139	236-244
5	51-54	92-94	46	139-143	245-248
6	54-55	95-96	47	143-144	250
7	62-63	110-111	48	144-145	251-252
8	62-63	110-111	49	132-133	235
9	69-72	122-124	50	145-146	254
10, 1 <sup>er</sup> al.	64-66	113-118	51	146	256
10, 2 <sup>e</sup> al.	72-73	126	52	146-147	257
11	81-85	145-149	53	147	258
12	73-74	127	54	147-148	258
13	79-81	142-144	55	148-149	259
14	85	149	56	149-150	260-262
15	85-88	149-153	57	151-152	262
16	88-92	154-160	58-61	152	263
17	93-97	165-171	62	152-153	264
18	97-98	171-173	63	271-272	444
19	98-100	173-177	64	272-273	445-446
20	102-104	181-182	65	273	446
21	100-101	177	66	290-291, 292-	469, 471
22 à 33	104-122	183-214		293	
34	129	228	67	293	471
35	127-129	226-227	68	293-294	472-473
36	125-126	223	69	274	448
37	126-127	225	70	274	448
38	129	228	71-72	274	448
39	130	228	73	254-255	418
40	130-131	230-232	74	274-277	450
41	131	233	75	277-278	451-452

TABLE DES MATIÈRES

873

Articles	Pages	Numéros	Articles	Pages	Numéros
76	278	452	139	232-235	382-384
77	154	266	140	235	385
78	154-155	267	141	235-236	388
79	155-156	268-269	142	236-238	389-390
80-84	157	271	143	238	392
85	156	270	144	248	408
86-87	157-158	271	145	248-249	409
88-98	158	272	146	298	478
99	159-161	274-278	147	263-264, 319	428, 512
100	161	278	148	251-252	414
101	161-162	279	149	252	415
102	165-166	285	150	252-254	416-417
103-105	177-179	301-302	151	255-257	419-420
106	170-172	293	152-153	257	420
107	170-172	293	154	257-259	421
108, 1 <sup>er</sup> al.	172-173	294-295	155	259	422
108, 2 <sup>e</sup> al.	173-174	296-297	156	262-263	427
108, 3 <sup>e</sup> al.	174-175	298	157	263	427
109	175-177	299-300	158-159	261-262	426
110	169	289	160	260	424
111	182-186	305-311	161	264-265	430, 432
112	189-191	316-318, 320	162	265-266	431-432
113	190-191, 192- 193	319, 321-322	163	266-267	433
114	191-192	320	164	267	434
115	194-195, 196- 197	326-327, 330	165	274-277, 322- 324	450, 518-520
116	197-198	331	166	273	447
117	196	329	167	273	447
118	198	331	168	273	447
119	198	331	169	272	444
120	200-202, 203- 204	336, 339, 340	170	278-282	453-457
121	194-195	326-328	171	282-283	458
122	195-196	329	172	285	462
123	202-204	337, 340	173	285-287	463-464
124	212-218	354-362	174	287-288	465
125	206-208	343-346	175	288-290	466
126	204-206	340-344	176	291-292	469-470
127	210-211	350-351	177	295	474
128	208-209	347	178	295	474
129	219-221	363-366	179	296	475
130	212, 224-225	353, 369-370	180	301-306	484-489
131	212	353	181	306-308	490-492
132	221-224	367-369	182	308-310	494-497
133	226	373	183	310-312	498-501
134	208	346	184	312-314	502-504
135-136	227-232	376-380	185	316-317	508
137	230	379	186	317-319	509-510
138	230-231	379	187	314	505
			188	313	504
			189	319	513

Articles	Pages	Numéros	Articles	Pages	Numéros
190	315-316	506	315	436-438	697-698
191	312-314, 315-316, 320-324	502-504, 506 515-520	316	432-433	689
192	321	516	317	433-434	690
193	323-324	520	318	434-435	694-694
194	334-335, 338	536, 543-544	319	440-442	702-705
195	335-336	536-539	320	442-443, 443-444	706-707, 709
196	336-338	540-542	321	443	708
197	338-340	545-547	322	445-446	712
198	340-344	548-552	323	446-448	713-714
199	344-346	553-554	324	448-449	715
200	346-348	555-557	325	449-450	716
201-202	324-334	521-534	326-327	451-455	718-720
203	349-350	559-563	328	455-456	721
204	350-351	564	329-330	456-457	722-723
205	352	566	331	464-464	730-734
206	352-356	566-573	332	462	731
207	352-353	566-567	333	464-465	735
208	360-361	578-582	334	466-469	740-744
209	364-362	583	335	469-472	745-747
210-211	358-359	577	336	473-474	749
212	365-368	589-593	337	477-481	755-760
213	368	594	338	476-477	752-753
214	368-371	595-598	339	474-475	750-751
215	373-375	602	340	482-485	762-766
216	375-377	603-604	341	485-490	767-772
217	377-384	605-614	342	490	774
218	384	615	343-346	491-498	777-784
219	384, 387-388	615, 617	347	498	785
220	389-391	622	348, 1 <sup>er</sup> al.	498	785
221	384-385	615	348, 2 <sup>e</sup> al.	498-499	786
222	385	615	349	499	787
223	388-389	619-621	350	499-500	788
224	385-386	615	351-352	500-501	789
225	392-393	624	353-360	501-503	790
226	379-380	608	361-370	503-505	791-794
227	395	630	371	506-507	799
228	395-397	631-635	372-373	507-508	800
229-305	397-399	636	374	508	802
306	400-406	639-646	375	508-509	803
307	409-411	651-657	376	509	805
308	402-403	641	377	510	806
309	403	642	378	512	809
310	397-399	636	379	512-513	810
311	412	661	380	509-510	805
312, 1 <sup>er</sup> al.	416-420	668-670	381	511	807
312, 2 <sup>e</sup> al.	420-422	673-674	382, 1 <sup>er</sup> al.	510	805-806
312, 3 <sup>e</sup> al.	425-426	680	382, 2 <sup>e</sup> al.	513	812
313	422-425	675-679	383	521-522	823
314	429-430	684	384	513-515	813-816

TABLE DES MATIÈRES

875

Articles	Pages	Numéros	Articles	Pages	Numéros
385	517-519	848	463	577	944
386	519-521	849-821	464	577-578	942-944
387	515-516	846	465	578-579	945
388	525	827-828	466	586	923
389	525-528	830-833	467	586-587	923
390	529	835	468	561	885
391	530-531	837-839	469	588-589	927-930
392	531	840	470	588	926
393	531-533	841-842	471	590-591	932-933
394	533	843-844	472	592-594	935-937
395-396	533-536	845-848	473	589-590	931
397	536-537	849	474	591-592	934
398	537-538	852	475	594-595	938-939
399	537	851	476	596-597	942
400	537	851	477-478	597-600	943-948
401	538	853	479	599	946
402-404	539	855	480	600-602	949-951
405	539-540	857	481	603-604	955-956
406	544	864	482	604-605	957
407	542	861	483	607	962
408	542-543	862	484, 1 <sup>er</sup> al.	606-607	961
409-410	543-544	863	484, 2 <sup>e</sup> al.	609-610	964-965
411-414	544-546	865	485	610-612	966-968
415-416	546-547	866	486	612	969
417	547-548	867	487	612	970
418-419	548	868	488	614-616	972-973
420	548-549	869-871	489	617-619	975-976
421-422	549	871	490-491	619-620	977
423	550-551	872-873	492	620	978
424	549	870	493	620-621	978
425-426	551	874	494-495	621-622	978
427-437	552-555	876	496	622-623	978
438-439	555	878	497	623	978
440-441	555-556	879	498	623-624	978
442	557-558	881	499	624, 635	978, 993
443-444	558-559	882	500	624	978
445	559	883	501	624, 625	978
446-449	558-559	882	502	630-632	987-988
450, 1 <sup>er</sup> et 2 <sup>e</sup> al.	560-563, 571	884-888, 902	503	632-633	989
450, 3 <sup>e</sup> al.	572-574	904-907	504	633-634	990
451	563-565	891-892	505	625-626	980
452	565-566	893	506	626	981
453	566-567	894	507	626-628	982-983
454	567-568	895-897	508	628	984
455	568-570	898-899, 901	509	629	985
456	570	900-901	510-511	628-629	984
457-460	579-583	917-921	512	634	991
461	575-576	908-910	513	635-636	993-995
462	576	910	514-515	636-637	996
			516	649-650	1012

Articles	Pages	Numéros	Articles	Pages	Numéros
517	651	1014	588	737-738	1142
518-521	651-655	1015-1021	589	737	1144
522	658-659	1027	590	739-741	1144-1146
523	655	1022	591-592	741-742	1147-1149
524	656-657, 659-662	1025, 1028-1031	593-594	743	1150
525	662-664	1032-1034	595	726-729	1124-1129
526	665-666	1037	596-597	725-726	1123
527	667	1039	598	743-745	1151-1153
528	667	1040	599	730-732	1134-1132
529	668-674	1041-1049	600	745-747	1156-1158
530	674-677	1050-1053	601	747-749	1159-1162
531-532	668	1040	602-603	749-750	1163
533-536	677-678	1055	604	751	1164
537	678-679	1056	605	752	1167
538	679-680	1058	606	753-755	1168-1172
539	680-681	1059	607	755-756	1172
540	679-680	1058	608	756-757	1173
541	681	1059	609	757-758	1174
542	681	1060	610	759-760	1177-1178
543	682	1061	611	762	1182
544	683-684	1062-1063	612	760-762	1179-1181
545	684-685	1064-1065	613	762	1183
546	685	1066	614	762-763	1184
547	685-686	1067	615-616	763-764	1185
548	686-687	1068	617	764-770	1187-1195
549	687	1069	618	770-772	1196-1198
550	687-693	1070-1078	619	765	1187
551	693	1079	620	765-766	1188
552	693-694	1081-1082	621	772	1200
53	695	1083	622	772-773	1201
554	695-697	1084-1086	623-624	769-770	1193-1194
555	697-700	1087-1091	625-627	774	1205-1206
556	700-701	1093	628-630	774-775	1207
557-558	701-702	1094	631	774	1205
59	702-703	1095-1097	632-633	775	1207
560-562	703-705	1098	634	774	1205
563	705	1099	635	775-776	1208
564	705-706	1100	636	776	1209
565-577	706-708	1101	637	777-781	1211-1219
578	709-713	1103-1106	638	777	1211
579	713-716	1107-1111	639	781-783	1220-1222
580	716-717	1112	640	783-785	1225-1229
581	717	1113	641	785-787	1230-1232
582	718	1115-1116	642	787-789	1232-1234
583	719	1117	643	789-791	1235-1238
584	719-720	1117	644	791-794	1239-1243
585	720-723	1119-1121	645	794-795	1244-1245
586	723-725	1122	646	801-803	1258-1260
587	732-736	1133-1138	647	803-805	1261-1262
			648	804-805	1261-1262

Articles	Pages	Numéros	Articles	Pages	Numéros
649	805	1263	682-685	841-848	1332-1339
650	805	1264	686, 1 <sup>er</sup> al.	848-850	1341-1343
651-652	805-806	1264 (bis)	686, 2 <sup>e</sup> al.	860-864	1361
653	809-813	1269-1274, 1277	687	850	1346
654	811-812	1274-1276	688	850-853	1347
655-656	817-819	1290-1291	689	853	1349-1350
657-659	815-816	1284-1286	690	854, 855-857	1353-1354
660	816-817	1287	691, 1 <sup>er</sup> al.	854	1353
661	813-815	1278-1283	691, 2 <sup>e</sup> al.	857	1356
662	817	1289	692-694	857-860	1357-1359
663	819-820	1293-1296	695	854	1353
664	821	1297	696	860	1360
666-670	821-829	1298-1311	697-702	861-862	1362
671-673	829-835	1312-1320	703-704	862-863	1363
674	835-836	1321	705	863	1364
675	837	1323	706	863	1364
676-677	837-839	1324-1326	707	864	1367
678-680	839-841	1328-1330	708	865, 866	1370
681	841	1331	709-710	865	1369

## LOIS DIVERSES

Dates des lois	Objet	Pages	Numéros
Loi du 30 ventôse an XII	Réunion des lois civiles en un seul code.	44, 45, 47	22, 24, 25, 28
Décret du 16 janv. 1808, art. 7.	Actions de la Banque de France.	666	1038
Loi du 8 mai 1816	Abolition du divorce.	398	636
Ordon. du 27 novembre 1816	Promulgation des lois.	25-26	40
Loi du 14 juillet 1819	Abolition du droit d'aubaine.	84	148
Loi du 1 <sup>er</sup> avril 1837	Cour de cassation.	53, 54	94
Loi du 30 juin 1838	Aliénés.	640-642	1003-1005
Loi du 29 avril 1845	Irrigations.	796-798	1247-1252
Loi du 11 juillet 1847	Id.	798-800	1253-1254
Loi du 22 mars 1849	Modification à l'art. 9. C.	71-72	124
Loi du 6 décembre 1850	Désaveu de paternité.	425-426	680
Loi du 7 février 1851	Modification à l'art. 9. C.	66-68, 72	118-119
Loi du 31 mai 1854	Abolition de la mort civile.	114-122	199-214
Loi du 10 juin 1854	Drainage.	800	1255
Loi du 29 juin 1867	Naturalisation.	74-76	128-132
Décret du 5 novembre 1870	Promulgation des lois.	26-27	41
Lois de 1871 et de 1872	Actes de l'état civil.	162-165	280-284

Dates des lois	Objet	Pages	Numéros
Loi du 16 décembre 1874	Fils d'étrangers nés en France.	66-69	118-120, 125
Décret du 6 avril 1876	Promulgation des lois.	23	35
Loi du 27 février 1880	Aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aux interdits.	569-570, 583-585 606, 608 609	899, 922, 957, 962
Loi des 29 juillet-25 août 1884	Mitoyenneté des clôtures. Distances à observer pour les plantations. Droit de passage au cas d'enclave.	806, 824-835, 844-847	1265, 1298-1320, 1332-1338

## EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS

---

Cass.....	Arrêt de la Cour de cassation.
Req. rej.....	Arrêt de rejet de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Civ. rej.....	Arrêt de rejet de la Chambre civile de la Cour de cassation.
Civ. cass.....	Arrêt de cassation de la Chambre civile.
S., 77. 1. 74.....	Recueil périodique de Sirey, année 1877, première partie, page 74.
Arg. art.....	Argument tiré de l'article.
Cpr.....	Comparez.
Cbn.....	Combiné.
<i>v. gr</i> .....	<i>Verbi gratia</i> .
C.....	Code civil.
Pr.....	Code de procédure civile.
Co.....	Code de commerce.
I. Cr.....	Code d'instruction criminelle.
P.....	Code pénal.

*N. B.* — Tous les articles cités sans autre indication appartiennent au Code civil.





TABLE DES MATIERES

Table Analytique.

INTRODUCTION

TITRE PRELIMINAIRE

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GENERAL

LIVRE PREMIER

**Des personnes.**

**Titre premier. - De la jouissance et de la privation des droits civils**

CHAPITRE PREMIER. - De la jouissance des droits civils

CHAPITRE II. - De la privation des droits civils

Sect. I. - De la privation des droits civils par suite de la perte de la qualité de Français

Sect. II. - De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires

**Titre II. - Des actes de l'état civil**

CHAPITRE PREMIER. - Dispositions générales

CHAPITRE II. - Des actes de naissance

CHAPITRE III. - Des actes de mariage

CHAPITRE IV. - Des actes de décès

CHAPITRE V. - Des actes de l'état civil concernant les militaires hors du territoire français

CHAPITRE VI. - De la rectification des actes de l'état civil

**Titre III. - Du domicile**

**Titre IV. - Des absents**

CHAPITRE PREMIER. - De la présomption d'absence

CHAPITRE II. - De la déclaration d'absence

CHAPITRE III. - Des effets de l'absence déclarée

Sect. I. - Des effets de l'absence relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition

Sect. II. - Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent

Sect. III. - Des effets de l'absence relativement au mariage

CHAPITRE IV. - De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu

**Titre V. - Du mariage**

CHAPITRE PREMIER. - Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage

CHAPITRE II. - Des formalités relatives à la célébration du mariage

CHAPITRE III. - Des oppositions au mariage

CHAPITRE IV. - Des demandes en nullité de mariage

CHAPITRE V. - Des obligations qui naissent du mariage

CHAPITRE VI. - Des droits et des devoirs respectifs des époux

CHAPITRE VII. - De la dissolution du mariage

CHAPITRE VIII. - Des seconds mariages

**Titre VI. - Du Divorce**

CHAPITRE V. - De la séparation de corps

**Titre VII. - De la paternité et de la filiation**

CHAPITRE PREMIER. - De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage

CHAPITRE II. - Des preuves de la filiation des enfants légitimes

CHAPITRE III. - Des enfants naturels

Sect. I. - De la légitimation des enfants naturels

Sect. II. - De la reconnaissance des enfants naturels

**Titre VIII. - De l'adoption et de la tutelle officieuse**

CHAPITRE PREMIER. - De l'adoption

Sect. I. - De l'adoption et de ses effets

Sect. II. - Des formes de l'adoption

CHAPITRE II. - De la tutelle officieuse

**Titre IX. - De la puissance paternelle**

**Titre X. - De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation**

CHAPITRE PREMIER. - De la minorité

CHAPITRE II. - De la tutelle

Sect. I. - De la tutelle des père et mère

Sect. II. - De la tutelle déferée par le père ou par la mère

Sect. III. - De la tutelle des ascendants

Sect. IV. - De la tutelle déferée 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

Sect. IX. - Des comptes de la tutelle

CHAPITRE III. - De l'émancipation

**Titre XI. - De la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire**

CHAPITRE PREMIER. - De la majorité

CHAPITRE II. - De l'interdiction

CHAPITRE III. - Du conseil judiciaire

LIVRE DEUXIEME

**Des biens et des différentes modifications de la propriété**

**Titre premier. - De la distinction des biens**

CHAPITRE PREMIER. - Des immeubles

CHAPITRE II. - Des meubles

CHAPITRE III. - Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent

**Titre II. - De la propriété**

CHAPITRE PREMIER. - Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose

CHAPITRE 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 III. - De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation**

CHAPITRE PREMIER. - De l'usufruit

Sect. I. - Des droits de l'usufruitier

Sect. II. - Des obligations de l'usufruitier

Sect. III. - Comment l'usufruit prend fin

CHAPITRE II. - De l'usage et de l'habitation

**Titre IV. - Des servitudes ou services fonciers**

CHAPITRE PREMIER. - Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux

CHAPITRE II. - Des servitudes établies par la loi

Sect. I. - Du mur et du fossé mitoyens

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

CHAPITRE 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

TABLE DES ARTICLES DU CODE CIVIL ET DES LOIS QUI S'Y RATTACHENT avec renvoi aux divers passages où chacun de ces articles ou de ces lois se trouve expliqué.

Articles Pages Numéros

1  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10, 1<sup>er</sup> al.  
10, 2<sup>e</sup> al.  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22 à 33  
34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44  
45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58-61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71-72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80-84  
85  
86-87  
88-98  
99  
100  
101  
102  
103-105  
106  
107  
108, 1<sup>er</sup> al.  
108, 2<sup>e</sup> al.  
108, 3<sup>e</sup> al.  
109  
110  
111  
112  
113  
114  
115  
116  
117  
118  
119  
120  
121  
122  
123  
124  
125

126  
127  
128  
129  
130  
131  
132  
133  
134  
135-136  
137  
138  
139  
140  
141  
142  
143  
144  
145  
146  
147  
148  
149  
150  
151  
152-153  
154  
155  
156  
157  
158-159  
160  
161  
162  
163  
164  
165  
166  
167  
168  
169  
170  
171  
172  
173  
174  
175  
176  
177  
178  
179  
180  
181  
182  
183  
184  
185  
186  
187  
188  
189  
190  
191  
192  
193  
194  
195  
196  
197  
198  
199  
200  
201-202  
203  
204  
205  
206  
207  
208  
209  
210-211  
212  
213  
214  
215  
216  
217  
218  
219  
220  
221  
222  
223  
224  
225  
226  
227  
228

229-305  
306  
307  
308  
309  
310  
311  
312, 1<sup>er</sup> al.  
312, 2<sup>e</sup> al.  
312, 3<sup>e</sup> al.  
313  
314  
315  
316  
317  
318  
319  
320  
321  
322  
323  
324  
325  
326-327  
328  
329-330  
331  
332  
333  
334  
335  
336  
337  
338  
339  
340  
341  
342  
343-346  
347  
348, 1<sup>er</sup> al.  
348, 2<sup>e</sup> al.  
349  
350  
351-352  
353-360  
361-370  
371  
372-373  
374  
375  
376  
377  
378  
379  
380  
381  
382, 1<sup>er</sup> al.  
382, 2<sup>e</sup> al.  
383  
384  
385  
386  
387  
388  
389  
390  
391  
392  
393  
394  
395-396  
397  
398  
399  
400  
401  
402-404  
405  
406  
407  
408  
409-410  
411-414  
415-416  
417  
418-419  
420  
421-422  
423  
424  
425-426  
427-437  
438-439  
440-441  
442  
443-444  
445

446-449  
450, 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> al.  
450, 3<sup>e</sup> al.  
451  
452  
453  
454  
455  
456  
457-460  
461  
462  
463  
464  
465  
466  
467  
468  
469  
470  
471  
472  
473  
474  
475  
476  
477-478  
479  
480  
481  
482  
483  
484, 1<sup>er</sup> al.  
484, 2<sup>e</sup> al.  
485  
486  
487  
488  
489  
490-491  
492  
493  
494-495  
496  
497  
498  
499  
500  
501  
502  
503  
504  
505  
506  
507  
508  
509  
510-511  
512  
513  
514-515  
516  
517  
518-521  
522  
523  
524  
525  
526  
527  
528  
529  
530  
531-532  
533-536  
537  
538  
539  
540  
541  
542  
543  
544  
545  
546  
547  
548  
549  
550  
551  
552  
53  
554  
555  
556  
557-558  
59  
560-562

563  
564  
565-577  
578  
579  
580  
581  
582  
583  
584  
585  
586  
587  
588  
589  
590  
591-592  
593-594  
595  
596-597  
598  
599  
600  
601  
602-603  
604  
605  
606  
607  
608  
609  
610  
611  
612  
613  
614  
615-616  
617  
618  
619  
620  
621  
622  
623-624  
625-627  
628-630  
631  
632-633  
634  
635  
636  
637  
638  
639  
640  
641  
642  
643  
644  
645  
646  
647  
648  
649  
650  
651-652 (bis)  
653  
654  
655-656  
657-659  
660  
661  
662  
663  
664  
666-670  
671-673  
674  
675  
676-677  
678-680  
681  
682-685  
686, 1<sup>er</sup> al.  
686, 2<sup>e</sup> al.  
687  
688  
689  
690  
691, 1<sup>er</sup> al.  
691, 2<sup>e</sup> al.  
692-694  
695  
696  
697-702  
703-704  
705  
706

707

708

709-710

LOIS DIVERSES

Dates des lois Objet Pages Numéros

Loi du 30 ventôse an XII Réunion des lois civiles en un seul code.

Décret du 16 janv. 1808, art. 7. Actions de la Banque de France.

Loi du 8 mai 1816 Abolition du divorce.

Ordon. du 27 novembre 1816 Promulgation des lois.

Loi du 14 juillet 1819 Abolition du droit d'aubaine.

Loi du 1<sup>er</sup> avril 1837 Cour de cassation.

Loi du 30 juin 1838 Aliénés.

Loi du 29 avril 1845 Irrigations.

Loi du 11 juillet 1847 Id.

Loi du 22 mars 1849 Modification à l'art. 9. C.

Loi du 6 décembre 1850 Désaveu de paternité.

Loi du 7 février 1851 Modification à l'art. 9. C.

Loi du 31 mai 1854 Abolition de la mort civile.

Loi du 10 juin 1854 Drainage.

Loi du 29 juin 1867 Naturalisation.

Décret du 5 novembre 1870 Promulgation des lois.

Lois de 1871 et de 1872 Actes de l'état civil.

Loi du 16 décembre 1874 Fils d'étrangers nés en France.

Décret du 6 avril 1876 Promulgation des lois.

Loi du 27 février 1880 Aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aux interdits.

Loi des 29 juillet-25 août 1881 Mitoyenneté des clôtures. Distances à observer pour les plantations. Droit de passage au cas d'enclave.